

DIREITO PENAL ESPECIAL

TOMO 1



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Carlos Henrique Martins Lima

Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União
Maurício Correia de Mello

Câmara Editorial Geral

Afonso de Paula Pinheiro Rocha
Procurador do Trabalho — PRT 21ª Região(RN)

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República — PR/RJ

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça — MPDFT

José Antonio Vieira de Freitas Filho
Procurador do Trabalho — PRT 1ª Região (RJ)

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça — MPDFT

Otávio Augusto de Castro Bravo
Promotor de Justiça Militar — PJM/RJ

Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas
Procurador de Justiça Militar — PJM/Recife

Robério Nunes dos Anjos Filho
Procurador Regional da República — 3ª Região

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

DIREITO PENAL ESPECIAL

TOMO 1

DOUGLAS FISCHER
Organizador

Brasília-DF
2014



série pós-graduação
volume 3

Série Pós-Graduação
DIREITO PENAL ESPECIAL

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2º andar
70200-640 — Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 — Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2014. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação de originais e revisão de provas

Maiara Geórgia Sena de Melo

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto gráfico e capa

Rossele Silveira Curado

Tiragem: 3.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

D598 Direito penal especial: Tomo I / Organizador : Douglas Fischer ; colaboradores :
Carlos Magno Araújo Júnior ... [et al.]. – Brasília : ESMPU, 2014.

394 p. - (Série pós-graduação ; v.3)

ISBN 978-85-88652-70-5

Disponível também em *e-book* sob o ISBN 978-85-88652-71-2

1. Direito penal especial. 2. Interrogatório – processo penal. 3. Videoconferência.
4. Mandado de prisão – aspectos constitucionais. 5. Súmula Vinculante. 6. Princípio da
insignificância - Brasil. 7. Cartel – aspectos jurídicos. 8. Sonegação fiscal - Brasil. 9. Violên-
cia contra a mulher – legislação – Brasil. 10. Ministério Público. 11. Investigação criminal.
12. Lei de responsabilidade fiscal. I. Fisher, Douglas. II. Série.

CDD 341.5

Colaboradores desta obra

Tomo 1

Carlos Magno Araújo Júnior

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério
Público da União (ESMPU).

Cleuber Delano José Lisboa Filho

Analista do Ministério Público da União. Assessor Jurídico na Procuradoria-
-Geral da República.

Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério
Público da União (ESMPU).

Eider Nogueira Mendes Neto

Advogado.

Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério
Público da União (ESMPU) e em Direito Público pelo Instituto Brasiliense
de Direito Público (IDP).

Erika Meneses Sayd

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério
Público da União (ESMPU), em Direito Processual Civil pelo Instituto
LFG/Universidade Anhanguera (UNIDERP) e em Direito Público pela
Fortium/Faculdade Projeção.

Giselle Aguiar Santos de Chantal

Analista do Ministério Público da União.

Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério
Público da União (ESMPU).

Helder Valadares Durães

Técnico Administrativo do Ministério Público da União. Assessor Jurídico
na Procuradoria-Geral da República.

Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério
Público da União (ESMPU) e em Direito Constitucional pela Universidade
do Sul de Santa Catarina (UNISUL).

Marcelo Vasconcelos de Góis

Técnico Administrativo do Ministério Público da União.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Márcio Gomes da Silva

Técnico Judiciário do Conselho da Justiça Federal.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Tomo 2**Marisperc de Sousa Lima Araújo Sá**

Técnico Administrativo do Ministério Público da União.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)

Mary Lucy Pereira Sousa

Analista do Ministério Público da União
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Milton Vinícius Machado Lage de Melo

Analista Judiciário do Superior Tribunal de Justiça.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Nishlei Vieira de Mello

Analista Judiciário do Superior Tribunal de Justiça.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Renata Gonçalves Pereira Guerra Pouso

Analista Judiciário do Supremo Tribunal Federal. Assessora Jurídica no Conselho Nacional de Justiça. Professora universitária.
Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em Direito Público

pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (UCB).

Ricardo Manhães Seabra

Técnico Judiciário do Conselho da Justiça Federal.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em Direito e Constituição pela UNIPLAC e em Direito Penal pela Fortium.

Roberto Buch

Técnico Judiciário do Superior Tribunal de Justiça.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Vilvana Damiani Zanellato

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Assessora na Procuradoria-Geral da República. Professora de Direito Processual Penal no Curso de Graduação de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Wanessa Silva Tocantins Álvares

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Sumário

Apresentação Eugênio Pacelli de Oliveira	11
Prefácio Douglas Fischer	13
Interrogatório por videoconferência no processo penal: perspectivas constitucionais e a Lei n. 11.900/2009 Carlos Magno Araújo Júnior	19
Uso de algemas e a Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal Cleuber Delano José Lisbôa Filho	63
Aplicação do princípio da insignificância do crime de descaminho Eider Nogueira Mendes Neto	83
Competência penal no crime de cartel Erika Meneses Sayd	123
Crime do art. 1º, <i>caput</i>, da Lei n. 8.137/1990 e o julgamento do Habeas Corpus n. 81.611 pelo Supremo Tribunal Federal Giselle Aguiar Santos de Chantal	165
A efetividade da tutela jurídico-penal nas lesões corporais de natureza leve pelo novo modelo de intervenção estatal previsto na Lei Maria da Penha Helder Valadares Durães	231

Atuação do Ministério Público na investigação criminal Marcelo Vasconcelos de Góis	271
A efetividade da Lei n. 10.028, de 19.10.2000, no que se refere aos delitos contra as finanças públicas Márcio Gomes da Silva	325

Apresentação

A Escola Superior do Ministério Público da União se notabiliza pela excelência de suas contribuições acadêmico-profissionais não só para os membros do *Parquet* da União mas também nas interlocuções permanentes que mantém com outras instituições. Toda sorte de atividades acadêmicas (cursos, módulos, palestras, congressos, conferência etc.) é patrocinada sob os auspícios de uma gestão orientada para o aprimoramento técnico dos participantes, sem perder de vista, contudo, os superiores interesses da comunidade na qual se dará a respectiva atuação profissional ou acadêmica. Em tempos mais recentes a Academia brasileira parece ter-se rendido às evidências da pós-modernidade, incorporando ao então hermético universo científico as inúmeras e inegáveis contribuições de uma formação de base também profissional. A ESMPU já percorria tais caminhos há mais tempo.

O que vem agora a dar-se ao conhecimento de todos, em forma de literatura jurídica especializada, são os resultados dos esforços e da capacidade laborativa e intelectual dos participantes do Curso de Especialização em Direito Penal Especial – e não há aqui qualquer redundância, mas circunstância – realizado nos anos de 2008/2009, sob nossa Coordenação. Sob nossa coordenação, mas efetivamente comandado pelos ilustre Professores que nele atuaram. A destacar também – por que não? – a generosidade e a abnegação daqueles mestres integrantes do Ministério Público Federal, que, apesar de seus compromissos institucionais, ministraram suas disciplinas sem qualquer remuneração, em obediência à sistemática adotada pela Escola àquele tempo. Destaque ainda maior para aqueles que tiveram que se deslocar de seus Estados até a sede da Escola, para cumprir tarefas que sequer se incluíam em sua rotina profissional, mas que mais que gentilmente foram aceitas. Nossos agradecimentos públicos, tardios, mas não menos sinceros.

E como já verá o leitor, trata-se de obra de muitos méritos e que explicita muito claramente a diversidade temática tratada no Curso, que abriu espaço para as mais variadas preferências teóricas e práticas, como convém, aliás, a um ambiente oxigenado pelo pluralismo

de ideias e ideologias, confortado pela abertura proposital da área de concentração então oferecida (Direito Penal Especial). Estão de parabéns todos os alunos e agora (e vários, muito antes!) autores, cujos trabalhos foram criteriosamente analisados quando de sua admissão à publicação. Ficam estendidos também a eles os nossos melhores e mais sinceros agradecimentos. E fica, por fim, o convite ao leitor, para que ele se disponha a visitar as reflexões tão cuidadosamente expostas na obra, fruto, sim e antes de qualquer outra coisa, da capacidade pessoal de cada um, mas, também, ainda que em menor escala, da seriedade e do compromisso daqueles que integram e movem a Escola Superior do Ministério Público da União.

Eugênio Pacelli de Oliveira

Mestre e Doutor em Direito. Procurador Regional da República e Relator-Geral da Comissão de Juristas formada pelo Senado da República para a elaboração de novo CPP (PLS 156, agora PL 8045/10, na Câmara dos Deputados).

Prefácio

A Escola Superior do Ministério Público da União vem há algum tempo envidando esforços concentrados para melhorar a qualidade e a amplitude de sua atuação, permitindo o aprimoramento dos membros dos quatro ramos do Ministério Público da União, dos servidores da instituição e, quando possível, também de outros órgãos.

Tem-se agora a publicação de obra, composta de dois tomos, cujos textos foram apresentados como trabalhos de conclusão do Curso de Especialização em Direito Penal realizado nos anos de 2008 e 2009 sob a coordenação do Professor Doutor Eugênio Pacelli, do qual participaram servidores vinculados ao Ministério Público da União, ao Superior Tribunal de Justiça, ao Supremo Tribunal Federal, ao Conselho da Justiça Federal, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e à Advocacia-Geral da União.

O que mais se destaca nos textos – mas não surpreende, dada a qualidade de todos seus autores – são pesquisas efetivamente acadêmicas e bem detalhadas (basta reportar aos conteúdos escritos e às bibliografias pesquisadas), mas sem descurar de algo que se tem perdido nos dias atuais, ao menos em nossa visão: a crítica com a finalidade de aprimorar do pensamento que está “posto por alguns” como o único, o correto e o dominante.

Independentemente da posição que se tenha, todo jurista que efetivamente aceita um debate dialético e aberto deve reconhecer os méritos de todos os textos apresentados.

Um dado inicial extremamente importante para quem vai analisar os textos é não perder de vista que os trabalhos foram escritos originariamente no final do curso, já tendo decorrido algum tempo até que, agora, foi possível fazer a compilação, organização e editoração da obra. De qualquer modo, foram, tanto quanto possível, devidamente atualizados e contextualizados aos dias atuais.

Relevante consignar que os temas e as linhas de argumentações adotadas foram escolhidos de forma totalmente livre pelos autores, diferentemente do que se vê em muitas publicações nas quais, embo-

ra não se admita explicitamente, são facilmente verificados direcionamento e ideologia bem delineados.

Definitivamente não é esse o caminho que vem sendo trilhado pela Escola Superior do Ministério Público da União, que tem como finalidade também o aprimoramento da doutrina e da jurisprudência por meio de verdadeira liberdade de pensamento. A dialética é a essência e o espírito de um dos pilares da Escola Superior do Ministério Público da União.

Pela ordem apresentada, no primeiro tomo, há análise acerca de novidade legislativa existente à época (e para muitos hoje ainda uma novidade, porque não implementado), o interrogatório por videoconferência, em que se analisa a importância do instituto diante da realidade em que se vive, sem descurar jamais do devido sopesamento à luz das bases constitucionais fundamentais. Analisa-se, ainda, a proposta contida no PLS 156, que trata do novo Código de Processo Penal, em trâmite no Congresso Nacional.

Sobre a o uso de algemas, há texto que aborda os termos da Súmula Vinculante n. 11 do STF, demonstrando com detalhes o que se denominou equívoco da Corte Suprema ao editar, de forma açodada, referido comando. Revela-se que o uso de algemas deve sim ser analisado diante do caso concreto, mas que não deveria ter sido objeto de edição de súmula vinculante.

Tema de muitos debates pendentes ainda é a aplicação do Princípio da Insignificância. Há dois textos, um no primeiro tomo, outro no segundo, ambos extremamente técnicos, que destoam – positivamente – da massiva doutrina repetitiva e dos precedentes jurisprudenciais (que mais repetem ementas do que, tecnicamente, declinam fundamentos racionalmente justificáveis) no que se refere aos delitos de descaminho. Há demonstração detalhada, com argumentos consistentes, que a jurisprudência brasileira tem literalmente inventado critérios – quando não aviltantes – a uma dogmática minimamente fundamentada acerca do que seja efetivamente a insignificância penal e seus pressupostos. Em complemento, um dos textos traz uma demonstração de que não há critério algum (racionalmente coerente) para a aferição da insignificância, notadamente para situações que

mereceriam idêntico tratamento, destacando que a tarifação que se realiza não se coaduna com os princípios constitucionais vigentes. E nessa mesma linha há um terceiro texto, no segundo tomo, e igualmente técnico, que aborda o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, alertando para os problemas causados pela jurisprudência e defendendo ser perigosa a aplicação do referido princípio, pois não há como se falar em menor gravidade para uma conduta que atinja valores de uma boa administração.

Analisa-se também de forma bastante percuciente a competência para julgar os crimes de cartéis. Ao mostrar com segurança a importância do uso do Direito Penal nesse tipo de conduta à luz de uma moderna criminalização de delitos efetivamente graves, traz ponderações sobre o entendimento jurisprudencial acerca da competência atualmente reconhecida, bem assim analisa o Projeto de Lei n. 3.937/2004, que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Uma abordagem bastante técnica também é possível ser aferida no texto que analisou o entendimento consolidado no âmbito do STF (e que posteriormente redundou em expedição da Súmula Vinculante n. 24) no sentido de que a persecução penal pelos crimes materiais de sonegação fiscal dependeria do exaurimento da discussão na esfera administrativa sobre a exigibilidade do tributo. De forma bem objetiva, pode-se dizer que o texto retira todas as pedras (poucas, é verdade) que dão base a esse precedente, em nossa visão, tão mal fundamentado e que tem gerado impunidade de proporções sem tamanho no âmbito dos interesses do Estado brasileiro.

Importante também o texto que analisa criticamente a exclusão da incidência da Lei 9.099/1995 das hipóteses previstas na Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, destacando que uma das melhores maneiras de controlar a violência contra a mulher é fazer com que o agressor se conscientize que seu agir é indevido.

Muito consistentes também são os argumentos trazidos em texto para demonstrar que, à luz do ordenamento constitucional, o Ministério Público tem base para o exercício de atividade investigatória, concluindo, após longos e profundos debates, que há espaços fundamentais para o aprimoramento do trabalho de persecução e que dele

se afastam posicionamentos que defendem a exclusividade da investigação pela polícia judiciária. Convém referir que, posteriormente à elaboração do texto, no ano passado o Congresso Nacional rechaçou a proposta de alteração constitucional contida na PEC 37, que pretendia conferir exclusividade dos atos de investigação à polícia judiciária.

Encerrando o primeiro tomo, faz-se uma abordagem da Lei 10.028/2000, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, enfrentando-se questões referentes à sua efetividade quanto aos delitos nela previstos. O texto é muito detalhado, diferindo dos demais que podem ser encontrados disponíveis para pesquisa.

No segundo tomo, encontra-se tema de Direito Eleitoral, em que se faz uma análise minuciosa do denominado crime de captação ilícita de sufrágio em relação às eleições municipais realizadas nos anos de 2000, 2004 e 2008. A abordagem vai além de uma sólida argumentação jurídica, trazendo dados estatísticos muito importantes para analisar a eficácia da repressão dessas condutas. E igualmente critica a falta de transparência e de outros dados dos registros públicos para melhor análise da proposta apresentada.

Em tema também deveras atual, há texto que se defronta com os crimes de perigo abstrato e, especificamente, o de embriaguez ao volante diante das alterações ocorridas no art. 306 do CP. Conclui-se que, malgrado a alteração, não houve ampliação da proteção dos bens jurídicos vida e integridade física, na medida em que não acarretou mudanças no comportamento dos condutores de veículo.

Os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional também foram objeto de estudo, centrando-se uma análise aos delitos de gestão temerária e fraudulenta (art. 4º e parágrafo único da Lei 7.492/1986), muitas vezes contestados doutrinária e jurisprudencialmente. Com pesquisa detalhada e fundamentos sólidos, procura-se demonstrar que não há inconstitucionalidade nas previsões abstratas dos delitos, mas que é preciso atentar para o devido processo legal e considerações de todas provas coletadas, inclusive as conclusões tomadas no âmbito administrativo, ao encargo do Banco Central do Brasil.

Ainda muito incipiente no Brasil, há um texto que procura demonstrar que a adoção de parâmetros de uma Justiça Restaurativa não significa esvaziamento, enfraquecimento ou ausência do poder punitivo do Estado. Utilizando-se especificamente dos ensinamentos de Foucault, procura mostrar que a ideia está ainda em construção e precisa ser aprimorada, e que, embora possa parecer que a proposta enseja uma retração do Estado, poderá ser, em verdade, uma ideia de expansão da ação estatal a auxiliar o agente infrator para que sua reinserção no seio da sociedade se dê em condições melhores do que antes da prática criminosa.

Em abordagem também muito instigante e fundamentada, há texto que aborda o que denomina de inimizabilidade cronológica como direito fundamental, referindo que daí deflui a impossibilidade de redução da maioria penal e de aplicação à criança ou ao adolescente de qualquer sanção em decorrência da prática de conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Na sequência, é trazido à baila um trabalho que procura explicitar como funciona o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), com base no texto do Projeto de Lei n. 1.627/2007. O texto traz inúmeras considerações críticas e faz, quando escrito, no ano de 2009, uma prospecção de que o parlamento brasileiro terá a importante tarefa de aprovar um documento que mude a percepção da sociedade em relação à responsabilização do adolescente que estiver em conflito com a lei. Anota-se que referido projeto foi aprovado e incorporado ao ordenamento pela Lei n. 12.594, de 18.1.2012.

Em razão de muitos conflitos pendentes de solução na época pela jurisprudência brasileira, por fim tem-se texto que procurou analisar o crime de sonegação de IPVA mediante a declaração falsa de residência em Unidade da Federação distinta do verdadeiro domicílio do sujeito passivo, concluindo que a conduta constitui crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º, I, Lei n. 8.137/1990, na medida em que o falso seria o meio para alcançar o fim principal (redução ou supressão do tributo devido).

Enfim, esta obra demonstra que o bom caminho está sendo bem trilhado, lembrando, também aqui, como já fiz noutra oportunidade,

conhecida frase que diz “Caminante, no hay camino se hace camino al andar”.

Honrado por prefaciá-la e organizar a presente obra, nada melhor que, em férias, poder ler novamente os textos e aprender mais enquanto o frio intenso – amenizado por uma lareira acesa – não chega no corrente mês de julho de 2014 nas colinas do Rio Branco da capital gaúcha.

Douglas Fischer

Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUC/RS. Procurador Regional da República. Coordenador da Assessoria Criminal do Procurador-Geral da República no Supremo Tribunal Federal (STF).

Interrogatório por videoconferência no processo penal: perspectivas constitucionais e a Lei n. 11.900/2009

Carlos Magno Araújo Júnior

A videoconferência é um arcabouço tecnológico destinado a ampliar as perspectivas de comunicação entre as pessoas. Cuida-se de meio que visa a minimizar os impactos negativos dos contatos à distância, valendo-se de todas as potencialidades extraídas do mundo virtual. (Juliana Fioreze)

1 Introdução. 2 Interrogatório por videoconferência. 2.1 Conceito de videoconferência. 2.2 Uma novidade processual. 3 Aspectos constitucionais 3.1 Direito de defesa. 3.2 Razoável duração do processo. 3.3 O drama processual e o mito do contato físico com o juiz – uma breve crítica. 4 Aspectos infraconstitucionais – A Lei n. 11.900/2009. 4.1 A regra da excepcionalidade. 4.2 As hipóteses legais. 4.3 O Projeto de Lei n. 156/2009 no Senado Federal: o Novo Código de Processo Penal. 5 Conclusões.

1 Introdução

A adoção do interrogatório por videoconferência no processo penal brasileiro é motivo de acirradas críticas na doutrina e na jurisprudência. A negativa de utilização do novo modelo de interrogatório vem acompanhada de ideias como a transformação do acusado em objeto do processo (e não em sujeito), a necessidade de contato físico com o magistrado – para aferição de sentimentos, nível de verdade em seus depoimentos etc. – e a transmutação do processo em campo insensível de solução de conflitos.

Contudo, o tema tem sido mal compreendido. Não parece cabível falar numa inconstitucionalidade *a priori*, ou seja, sem que se

aprenda antes a forma do novo interrogatório. Ademais, a regra deve ser, ainda, o interrogatório na sua forma clássica, prevista no Código de Processo Penal.

O tema em questão foi impulsionado pela advertência levada a efeito pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, no julgamento do HC n. 88.914/SP (DJ de 5.10.2007).

Nesse julgamento, o ministro Cezar Peluso, em voto condutor, entendeu que o teleinterrogatório é ato processual que, necessariamente, deve haurir seus contornos de expressa disposição legal federal (art. 22, I, da CF/1988). Mesmo assim, o ato em si – segundo o Ministro – redundaria em sério amesquinamento do *Devido Processo Legal* e limitação ao exercício da ampla defesa, compreendida a auto-defesa e a defesa técnica.

Ao proferir seu voto, o ministro Gilmar Mendes endossou a tese do desrespeito ao Princípio da Estrita Legalidade naquele caso. Contudo, ressaltou que a conformação do interrogatório por videoconferência no processo penal à Constituição Federal deveria – *na superveniência de norma federal nesse sentido* – se submeter a uma rigorosa discussão sobre questões relevantes do ponto de vista constitucional, concernentes ao contraditório e ampla defesa.

O legislador federal não tardou. Em janeiro de 2009, foi sancionada a Lei n. 11.900, que tornou realidade o interrogatório virtual no processo penal brasileiro.

Nesse sentido, este trabalho visa, então, contribuir para uma análise serena dessa forma de prática processual, levando-se em conta os aspectos constitucionais mencionados pelo ministro Gilmar Mendes.

Aqui, a pretensão não é causar qualquer tipo de impacto na discussão já encetada, mas conferir uma singela abordagem acerca da compatibilidade vertical do interrogatório por videoconferência. O ponto de partida é a consideração de que tal ato processual não pode ser taxado de inconstitucional, sem a prévia análise das circunstâncias sempre excepcionais que podem fazer face ao direito de ampla defesa do acusado no processo penal.

Como contraponto necessário à abordagem em tela, foi preciso perpassar o direito ao contraditório e à igualdade no processo, sobretudo naquilo que melhor ilustra as duas realidades citadas: a paridade de armas.

Se, por um lado, a igualdade é tema merecedor de homenagem constitucional, por outro, é válido afirmar que a ponderação de interesses é plenamente acolhida na sistemática constitucional, porquanto, inexistem direitos fundamentais de índole absoluta.

Outrossim, considerar os interesses do acusado como os únicos a justificar proteção no processo é assertiva totalmente divorciada da realidade. É que, tendo em vista a natureza instrumental do processo, é natural conceber que a tutela de sua própria compostura denota um viés estritamente vinculado ao direito a uma pretensão jurídica legítima (prestação jurisdicional legítima).

Para assegurar esse direito, não se pode descurar do interesse à prova legitimamente produzida e obtida, em situações, v.g., em que o próprio acusado opõe risco à materialização da prova a ser produzida em juízo (temor a testemunhas em seus depoimentos).

Além disso, após a exposição do tema da celeridade processual, foi realizada uma crítica discreta sobre o que se chamou de mito do contato físico com o juiz, em que o objetivo foi demonstrar que o contato físico com o magistrado nem sempre é o principal panorama a ser destacado no interrogatório judicial.

Por fim, não poderia passar em branco o cotejo dos principais pontos controvertidos acerca da implementação do novel ato processual, esculpido na Lei n. 11.900/2009 e no Projeto do Senado Federal n. 156/2009.

2 Interrogatório por videoconferência

2.1 Conceito de videoconferência

Segundo a União Internacional de Telecomunicações (ITU), a videoconferência é um serviço de teleconferência audiovisual de con-

versação interativa que prevê uma troca bidirecional e em tempo real, de sinais de áudio (voz) e vídeo (imagem), entre grupos de usuários em dois ou mais locais distintos (FIOREZE, 2008, p. 51).

Referido conceito já constava da Recomendação F.730 do ITU-T, de agosto de 1992, substituído pela Recomendação F.702, de julho de 1996, elaborado pela União Internacional de Telecomunicações – que nada mais é do que uma organização internacional na qual os governos e companhias coordenam a operação de redes e serviços de telecomunicações –, que identifica a videoconferência entre os serviços de telecomunicação não telefônicos, na categoria de serviços de conferência multimídia (FIOREZE, 2008, p. 51).

Antes de tudo, a videoconferência é um arcabouço tecnológico destinado a ampliar as perspectivas de comunicação entre as pessoas. Cuida-se de meio que visa minimizar os impactos negativos dos contatos a distância, valendo-se de todas as potencialidades extraídas do mundo virtual.

O Direito é uma realidade cultural. É, por assim dizer, um trecho da realidade humana construído ao longo do tempo, com todas as vicissitudes que a beleza da vida nos lega. No afã de dirigir a realidade que circunda o homem, o Direito não poderia assentar-se na posição de mero observador do que ocorre. Sua função, entre outras, é regular, com atualidade, o comportamento humano e a vida como um todo.

Tendo em vista que o processo é um instrumento de reconstrução histórica daquilo que aconteceu, para servir de norte à aplicação da norma material (penal), a videoconferência sinaliza um novo tempo semelhante ao que foi visto com o próprio uso do computador, depois dos *softwares* e dos instrumentos de multimídia, nos escritórios de advocacia e gabinetes de juízes, procuradores e membros do Ministério Público há alguns anos.

Se existe algo que incomoda, chama-se novidade. Entretanto, se a novidade ostenta nítidos aspectos evolutivos, pelo menos uma análise mais acurada deve merecer daqueles que o manuseiam, e não o pânico dos opositores de seu uso.

2.2 Uma novidade processual

A crescente necessidade de se executar maior quantidade de tarefas e serviços em menor espaço de tempo e o comodismo trazido pelo progresso tecnológico fizeram da informática um elemento indispensável às atividades humanas. Desde o momento em que acordamos (rádio-relógio) até a mais singela operação bancária efetuada no dia a dia, estamos nos servindo dela.

O Direito, como fenômeno social que é, não poderia ficar alheio ao progresso tecnológico. Uma simples análise do ordenamento jurídico pode confirmar que o Direito já se “contaminou” com a insurgência de novas tecnologias. É o que se observa com o peticionamento eletrônico, novidade advinda da Lei n. 11.419/2006; as páginas eletrônicas; as consultas processuais *on-line*; o sistema *push*; os *clippings* da legislação; os malotes digitais; as certificações digitais; a penhora *On-Line*; o leilão eletrônico; as precatórias eletrônicas; audiências gravadas; as digitalizações de processos (processo eletrônico) etc.

O interrogatório por videoconferência, nesse sentido, vem sinalizar para uma nova era no Direito Processual Penal. Uma era marcada pela adaptação do processo ao mundo digital. Trata-se de um interrogatório realizado a distância, ficando o juiz em seu gabinete, no fórum, e o acusado em uma sala especial dentro do próprio presídio, onde há uma interligação entre ambos, por meio de câmeras de vídeo e som, de modo que um pode ver e ouvir perfeitamente o outro (FIOREZE, 2008, p. 107).

Numa sala, dentro do próprio complexo penitenciário, ficam o preso, os agentes penitenciários, o oficial de justiça, o advogado, uma impressora, os monitores de vídeo, um microfone e uma câmera conectada ao computador. No outro lado, ligados por cabos de fibra ótica, ou outra tecnologia mais avançada, ficam instalados os mesmos equipamentos, à disposição do juiz, no fórum ou tribunal, que conduzirá a audiência. O Ministério Público também pode participar.

Como qualquer novidade, o interrogatório por videoconferência vem sofrendo muitas críticas no meio doutrinário e jurisprudencial.

Lesões à ampla defesa e ao contraditório são os argumentos mais levantados para impedir sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro.

Como síntese de raciocínio, vale colacionar as palavras do juiz federal Carlos Henrique Borlido Haddad (2002, p.114) que pontificou, *verbis*:

[...] no caso do interrogatório on-line, não é nenhum receio ao novo que legitima as censuras. Afora as razões acima expostas, cumpre ressaltar que mesmo que o processo penal se modernize, os autos se tornem peças de museu e a apuração da verdade se faça com avançadas técnicas científicas, não cremos aceitável que o acusado seja obrigado a submeter-se a um interrogatório digital. O homem que condena não se pode esquecer de que o faz em relação ao seu semelhante. Recomendável que as condenações sejam impostas a réus cujos semblantes foram antevistos pelo magistrado. Ainda que não registre na sentença a impressão subjetiva do contato com o acusado, é no interesse deste que o juiz deve agir de forma humana e conceder-lhe a oportunidade de vista pessoal direta.

Não se está a pregar que a realização do interrogatório em sua forma clássica deva ser substituída pelo interrogatório por videoconferência. Essa substituição seria – pelo menos no estágio atual da técnica jurídica – de duvidosa constitucionalidade.

Contudo, não beira o absurdo o fato de o legislador selecionar algumas circunstâncias – sempre excepcionais e mediante expressa fundamentação judicial – para lançar mão da nova tecnologia.

Se existe viabilidade para o tolhimento da liberdade individual antes de sentença penal condenatória (medida cautelar), *a fortiori*, a tomada de depoimento do acusado a distância, desde que tomadas cautelas mínimas destinadas a salvaguardar o *direito ao contraditório e à prova legitimamente obtida e produzida* (TUCCI, 2004, p. 206).

3 Aspectos constitucionais

3.1 Direito de defesa

A adoção do novel ato processual repercute em sensíveis pontos da Constituição Federal. Entre esses pontos, a análise do direito de

defesa é inafastável. Isso se explica muito facilmente. É que – entre outros motivos – a imposição de uma distância entre o juiz e o acusado pode tolher a possibilidade de influência positiva no convencimento do magistrado, dado este de indiscutível importância.

Com efeito, o direito de defesa foi contemplado na Constituição Federal pelo art. 5º, LV, que assegura aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes.

Numa perspectiva publicística, a defesa é mais que um direito; constitui uma dupla garantia, para o acusado e para o processo justo. Outrossim, se considerarmos uma moderna análise do ponto, pode-se aceitar a ponderação levada a efeito por Ada Pellegrini Grinover (apud SCARANCA FERNANDES, 2007, p. 289), quando pontificou que o direito de defesa pode ser visto sob uma óptica do acusado, ou “como condição de regularidade do procedimento, na óptica do interesse público à atuação do contraditório”.

Rogério Lauria Tucci (2004, p. 206) entende que a ampla defesa na Constituição abrange três realidades procedimentais distintas: *a) direito à informação; b) bilateralidade da audiência; e c) direito à prova legitimamente obtida ou produzida*. Essas três realidades são o contraponto da análise constitucional acerca de qualquer medida restritiva de direitos no processo, como se verifica no interrogatório por videoconferência, claramente mitigador da ampla defesa.

É certo que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Como salienta Pontes de Miranda (1987, t. 5, p. 234), a essência da mensagem constitucional descrita no art. 5, LV, da CF está intimamente relacionada a uma *pretensão à tutela jurídica*.

Como destaca Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 592), aludida pretensão à tutela jurídica envolve, além do direito de manifestação no processo, o direito de informações sobre o objeto do processo e o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

O que convém destacar de todos esses posicionamentos expostos é o destaque à “observância às regras do jogo” pelos atores estatais (principalmente), de forma a evitar qualquer tipo de amesquinamento a direitos e interesses do acusado no processo, sobretudo em face de um autêntico *poder de resistência e ação positiva* do acusado (TOURINHO FILHO, 1998, p. 456).

Referido poder de resistência e ação positivado acusado encontra amparo constitucional na autodefesa, que outra coisa não é senão a defesa exercida pelo próprio acusado, em momentos fundamentais do processo.

3.1.1 Autodefesa e a questão da nulidade

A expressão máxima da autodefesa no processo penal se observa no *interrogatório judicial*. Efetivamente, é nesse ato processual que o acusado tem a possibilidade/faculdade de exercer sua defesa pessoalmente, sem a intervenção da defesa técnica.

O direito à autodefesa, embora não possa ser desprezado pelo juiz condutor do processo, é – diferentemente da defesa técnica – renunciável, não podendo o acusado ser compelido a lançar mão de prerrogativas processuais que foram instituídos em seu exclusivo interesse.

Existem duas formas principais de manifestação desse direito no processo: direito de presença e direito de audiência.

O direito de audiência se consubstancia na prerrogativa que tem o acusado de, pessoalmente, apresentar ao juiz da causa a sua defesa. Isso se manifesta por meio do interrogatório, momento processual em que o acusado, em contato com o juiz, pode trazer sua versão a respeito da imputação.

O direito de presença é aquele que assegura ao acusado a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa (SCARANCA FERNANDES, 2007, p. 304-305).

Assim como ocorre com o descumprimento de um modelo legal, a inobservância de uma norma constitucional – como a que

garante a plenitude de defesa (art. 5º, LV, da CF) – acarreta a desconformidade com o padrão imposto com a Lei Maior, ocasionando o fenômeno, batizado por Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 26) de atipicidade constitucional.

No caso de atipicidade constitucional, descumprida a observância do tipo imposto pela Carta Magna, a estatuição da invalidade há de ser buscada na própria Constituição ou no ordenamento como um todo. E, quando se tratar de descumprimento de princípio ou norma constitucional com relevância processual (normas de garantia), a sanção provirá da própria Constituição ou do ordenamento processual.

No que se refere especificamente ao interrogatório judicial, é preciso examinar, caso a caso, se o vício do ato processual defensivo prejudica a ampla defesa como um todo, ou se não tem esse alcance.

Não foi por outro motivo que o STF consolidou seu entendimento no sentido de que: “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo ao réu” (Súmula n. 523 do STF).

De forma mais clara, a jurisprudência tem asseverado que a nulidade absoluta é a sanção adequada para fazer face à defesa afetada como um todo; sendo a relativa, quando o vício não tiver aquela abrangência.

Mutatis mutandis, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região parece ter perfilhado esse posicionamento. Em uniformização de sua jurisprudência, a 1ª Seção daquele tribunal entendeu que a nulidade decorrente de vício na realização do interrogatório por videoconferência deve ser analisada caso a caso, a depender do efetivo prejuízo à defesa do acusado, consoante se pode observar da ementa, *verbis*:

HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA – AUSÊNCIA DE PROVA DO PREJUÍZO – CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL – ORDEM DENEGADA.

1. Preliminar. Diante da relevância e necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, a Seção conheceu do pedido, nos termos do voto do E. Desembargador Federal Relator.

2. Mérito. A Egrégia 5ª Turma já examinou o tema em pelo menos duas oportunidades, *Habeas Corpus* números 2007.03.00.082440-2 e 2007.03.00.094633-7, sendo que, em ambos os casos, foi reconhecida a legitimidade dos atos processuais praticados por videoconferência.

3. A realização de atos processuais por videoconferência é uma realidade que se insere no contexto inafastável da incorporação de novas tecnologias ao serviço público de prestação da tutela jurisdicional. A própria Emenda Constitucional n. 45 ao inserir o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal impõe que o Poder Público empreenda medidas da natureza exposta nestes autos, no desiderato de garantir a “[...] razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação [...]”.

4. Não se vislumbra qualquer prejuízo que decorra, pura e simplesmente, da realização de um ato processual por videoconferência. Há que se ter em mente que é premissa básica do processo penal a regra segundo a qual não se declara nenhuma nulidade sem a demonstração do prejuízo. O artigo 563 do Código de Processo Penal é firme nesse sentido.

5. Nestes autos não há nenhuma prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, de modo que a rejeição da pretensão veiculada em seu benefício é medida que se impõe.

6. A realização de um ato processual por videoconferência não se constitui em ofensa ao princípio da legalidade. O procedimento previsto nos artigos 185 a 196 do CPP é integralmente observado na sua substância.

7. O STF aceita o interrogatório por carta precatória, na qual não há contato pessoal entre o Juiz da causa e o acusado, mesmo ausente previsão legal expressa. Essa mesma linha de raciocínio deve ser aplicada ao caso.

8. Ordem denegada¹.

3.1.2 Igualdade no processo penal

Igualdade, assim como liberdade, é noção fluida, variável, que se subordina a cada credo, Estado, ideologia. Como ponto de partida, é possível defini-la como equivalência entre duas grandezas.

¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Habeas Corpus. Interrogatório por Videoconferência*. HC n. 30.630/SP, rel. RAMZA TARTUCE, p/ o acórdão Baptista Pereira, DJF3, divulgado em 15.7.2008.

Na sua aplicação concreta entre os homens é que surgem inúmeras dificuldades, tendo em vista as inevitáveis imprecisões, inexatidões etc. Como bem esclarece Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (2001, p. 21-22), “Pessoas, em quaisquer circunstâncias ou situações, não são absolutas ou estáticas. [...], mas, [...]devem ser consideradas iguais quando se tratar de distribuir ou comutar bens”.

Apesar disso, têm-se bipartido as noções de igualdade: a que atribui à igualdade uma noção formal, estática e a que a conceitua de forma positiva, real e dinâmica. Na dimensão estática, o axioma de que todos são iguais perante a lei parece configurar mera ficção jurídica, no sentido de que é evidente que todos são desiguais, mas essa patente desigualdade é recusada pelo legislador. Por sua vez, na dimensão dinâmica, verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real (SCARANCA FERNANDES, 2007, p. 49-50).

Migrando essas ideias para o processo, Antônio Scarance Fernandes expõe dois sentidos para a igualdade:

- exigência de mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo (v.g.: testemunhas, peritos e acusados entre si);
- igualdade de armas no processo para as partes, ou *par condicio*².

Entre as ideias supra, mais interessa a noção de paridade de armas, porquanto é ela que vai dar os contornos da análise da igualdade no interrogatório por videoconferência.

De fato, a isonomia processual entre os sujeitos parciais do processo reclama a concessão das mesmas armas, a fim de que tenham idênticas chances de reconhecimento e satisfação do direito que constitui o objeto material do processo.

Todavia – como já exposto –, é fato que não se pode cogitar de uma igualdade absoluta, no seio da sociedade. Considerando essa assertiva, a própria Constituição pode, quando e onde estipular, permitir a desigualdade.

² SCARANCA FERNANDES, 2007, p. 50.

Nesse desiderato, deve-se considerar se o tratamento discriminatório encontra-se juridicamente legitimado por força não só de preceito constitucional como, por igual, de pressupostos lógicos e objetivos, que embasem racionalmente, eventual desequilíbrio.

É que se houver valor juridicamente relevante, contemplado na própria Constituição, é possível relativizar a proteção conferida à ampla defesa, em situações pontuais, considerando a razoabilidade do *discrimen* escolhido pelo legislador para fazer a diferenciação.

Ao dispor sobre o tema, Rogério Lauria Tucci encarece o debate com as seguintes considerações pontuais, *verbis*:

Em suma, importa verificar, primeiramente, se as partes integrantes do processo estarão nele postadas em situações desequilibradas; e, por via de consequência, considerada a desigualdade, estabelecer meios e instrumentos apropriados à determinação do indispensável equilíbrio, a fim de ser atingida a finalidade de consecução do bem comum, com a pacificação social e a segurança pública³.

Em monografia específica acerca da igualdade no processo penal, a professora Paula Bajer Fernandes Martins da Costa admite que as discriminações no processo (sobretudo, penal) não são estranhas ao ordenamento jurídico, ao contrário são admissíveis. Segundo a professora:

A própria lei é agente de discriminação. Devem, porém, as distinções legais acontecer sob critérios razoáveis, adotados para possibilitar o equilíbrio das relações jurídicas e da convivência dos homens em sociedade.

O critério da razoabilidade, aqui, está associado ao devido processo legal substantivo porque, quando o conceito foi aperfeiçoado pela doutrina norte-americana (...), a razão foi identificada com a justiça. Justiça e razoabilidade, portanto, são indispensáveis na formulação da lei

O critério a proporcionalidade, ou da razoabilidade, integram o devido processo legal em sua versão substancial, deve ser utilizado com cautela e restritivamente pelo Direito Processual Penal, na formulação da lei. Não se pode abdicar dos direitos e garantias previstos na Constituição, ainda que grave o crime ou considerável o dano acarretado ao ofendido ou à comunidade.

No Direito Processual Penal, a regra da razoabilidade, ou da proporcionalidade, não substitui a regra da igualdade. A proporcionalidade é útil

até certo ponto, enquanto não esbarrar em direitos e garantias individuais. Tanto quanto possível, busca-se a igualdade entre as pessoas na formulação da lei processual penal. Quando a diferença for imprescindível, até mesmo para garantir ou preservar igualdade em diferentes termos, será calculada sempre em relação de proporcionalidade entre os sujeitos e os bens jurídicos envolvidos, até o ponto em que for possível distinguir sem atingir direitos e garantias delineadores do devido processo legal em sua versão processual, de garantia⁴.

Seria possível, então, pensar em discriminações em face do interrogatório por videoconferência?

A possibilidade seria possível, desde que observados pressupostos de fato taxativamente descritos pelo legislador, sempre levando em consideração um valor acolhido pela Constituição Federal, que possa fazer face ao direito de ampla defesa.

A tarefa seria evitar transmutar o interrogatório por videoconferência em regra ordinária a ser observada no processo penal, aplicando-o apenas nos casos previstos em lei, em que a regra da razoabilidade possa ser contemplada efetivamente, como corolário do *due process of law*. Na verdade, o devido processo legal consiste, mesmo, na elaboração correta e razoável da lei, na aplicação das normas por meio do processo e na asseguuração da paridade de armas entre as partes.

3.1.3 O direito ao contraditório

Entre nós, tem-se adotado a clássica conceituação de contraditório de Joaquim Canuto Mendes de Almeida como “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”⁵.

No processo penal, não basta que a informação e a possibilidade de reação sejam previstas ou admitidas, é necessário que sejam absorvidas pelo ordenamento jurídico plena e efetivamente. A plenitude se alinha à necessidade de observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa. Por sua vez, para consagrar a efetividade, não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de

³ TUCCI, 2009, p. 124.

⁴ COSTA, 2001, p. 62-63.

⁵ ALMEIDA, 1973, p. 81.

contrariá-los. Aqui, é evidente o contato com a paridade de armas, já que um contraditório efetivo não prescinde de que as partes estejam munidas das mesmas forças.

Não se ajustam aqui, *in totum*, as afirmações que foram direcionadas ao princípio da igualdade, quando se admitiu certo desnivelamento em favor de uma das partes – o réu. O contraditório põe uma parte em confronto com a outra, exigindo que ela tenha ciência dos atos da parte contrária, com possibilidade de contrariá-los. O princípio da igualdade, por outro lado, coloca as duas partes em posição de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz. Não se confunde com o contraditório nem o abrange. Apenas se relacionam, pois, ao se garantir a ambos os contendores o contraditório, também se assegura tratamento igualitário⁶.

Ademais, embora a igualdade entre as partes no processo penal seja estudada no contexto do contraditório e da ampla defesa, a realidade normativa e processual ilustra que pode haver contraditório e ampla defesa mesmo quando ausente isonomia entre os interessados na persecução penal⁷. A existência de prazos diferenciados para uma das partes (no processo civil) e a colocação de algumas espécies recursais apenas para uma das partes no processo penal (v.g. embargos infringentes) exemplificam a questão.

Com nítida estrutura dialética, o processo apresenta um diálogo incessante entre os sujeitos parciais do processo, que não necessita se comportar com requintes de equivalência na posição processual. Ainda que para a compostura do contraditório a igualdade não seja essencial, o fato é que a *bilateralidade da audiência* deixará de existir, ou será insuficiente, quando a defesa for exercida de modo precário.

3.1.4 Direito à prova legitimamente obtida ou produzida

Ninguém ignora a importância de que se reveste, em sede de persecução penal, o interrogatório judicial, cuja natureza jurídica permite qualificá-lo, notadamente após o advento da Lei n. 10.792/2003,

⁶ SCARANCE FERNANDES, 2007, p. 68-69.

⁷ COSTA, 2001, p. 90.

como ato de defesa, ainda que passível de consideração, embora em plano secundário, como fonte de prova, em face dos elementos de informação que dele emergem.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal deu aplicação concreta ao postulado do interrogatório como meio de defesa, ao cancelar a possibilidade de a defesa do acusado fazer reperguntas ao corréu. O voto condutor do julgado, proferido pelo Ministro Celso de Mello, está assim redigido, no trecho que melhor ilustra o debate:

Essa particular qualificação jurídica do interrogatório judicial, ainda que nele se veja um ato simultaneamente de defesa e de prova (JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código de Processo Penal Interpretado”, p. 510, item n. 185.1, 11ª ed., 2007, Atlas, v.g.), justifica o reconhecimento de que se revela possível, no plano da *persecutio criminis in iudicio*, “(...) que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus (...)” (AP 470-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno – grifei).

Esse entendimento que o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou no precedente referido reflete-se, por igual, no magistério da doutrina, como resulta claro da lição de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (“Curso de Processo Penal”, p. 29, item n. 3.1.4, 9. ed., 2008, Lumen Juris): Embora ainda haja defensores da idéia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base.

É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da “garantia de participação”, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.

E, exatamente por isso, não temos dúvidas em ver incluído, no princípio da ampla defesa, o direito à participação da defesa técnica – do advogado – de co-réu durante o interrogatório de “todos os acusados”. Isso porque, em tese, é perfeitamente possível a colisão de interesses entre os réus, o que, por si só, justificaria a participação do defensor daquele co-réu sobre quem recaiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório. A ampla defesa e o contraditório exigem, portanto, a participação dos defensores de co-réus no interrogatório de “todos os acusados”.

[...] Ressalta-se que, em virtude de recente reforma do Código, o advogado do corréu tem direito a participar do interrogatório e formular perguntas.

Igual percepção do tema é revelada por AURY LOPES JÚNIOR (“Direito Processual e sua Conformidade Constitucional”, vol. I/603-605, item n. 2.3, 2007, Lumen Juris):

No que tange à disciplina processual do ato, cumpre destacar que – havendo dois ou mais réus - deverão eles ser interrogados separadamente, como exige o art. 191 do CPP. Aqui existe uma questão muito relevante e que não tem obtido o devido tratamento por parte de alguns juízes, até pela dificuldade de compreensão do alcance do contraditório inserido nesse ato, por força da Lei n. 10.792/2003, que alterou os arts. 185 a 196 do CPP.

Até essa modificação legislativa, o interrogatório era um ato pessoal do juiz, não submetido ao contraditório, pois não havia qualquer intervenção da defesa ou acusação.

Agora a situação é radicalmente distinta. Tanto a defesa como a acusação podem formular perguntas ao final. Isso é manifestação do contraditório.

Nessa linha, discute-se a possibilidade de a defesa do co-réu fazer perguntas no interrogatório. Pensamos que, principalmente se as teses defensivas forem colidentes, deve o juiz permitir o contraditório pleno, com o defensor do outro co-réu (também) formulando perguntas ao final. Ou seja, deve o juiz admitir que o defensor do interrogando formule suas perguntas ao final, mas também deve permitir que o advogado do(s) outro(s) co-réu(s) o faça. Contribui para essa exigência o fato de que à palavra do co-réu é dado, pela maioria da jurisprudência, o valor probatório similar ao de prova testemunhal.

Observo, finalmente, que essa orientação vem de ser reafirmada em recentíssimo julgamento emanado da colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, ao decidir o HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, reiterou o entendimento de que cada litisconsorte penal passivo tem o direito, fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV), de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares⁸.

A problemática exposta no voto mencionado, entre outras, conduz-nos à necessária apreciação do *direito à prova no processo penal*. É que, considerando o interrogatório judicial como eminente ato de defesa, a outra assertiva não se pode chegar, senão de que o acusado goza do direito de influir no convencimento do magistrado.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Interrogatório. Ato de defesa. *Habeas Corpus* n. 94.601/CE, rel. min. Celso de Mello, DJe-171, divulgado em 10.9.2009.

Como destaca Rogério Lauria Tucci, *verbis*:

Para que a garantia da plenitude de defesa seja uma realidade, ao direito à informação e atuação, e ao contraditório, deve ser somado o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, que, por certo, se faz ínsito à contraditoriedade da instrução criminal.

Expressa-se ele na concessão, aos sujeitos parciais integrantes do processo penal, de idênticas possibilidades de oferecer e materializar, nos autos, todos os elementos de convicção demonstrativos da veracidade dos fatos alegados, bem como de participar de todos os atos probatórios e manifestar-se sobre os seus respectivos conteúdos; e descartando-se, na expressão de BARBOSA MOREIRA, ‘qualquer disparidade no deferimento ou indeferimento de sua apresentação ou produção’⁹.

Com efeito, o art. 5º, LV, da Constituição Federal não tem apenas como objetivo a defesa em seu sentido negativo – direito de resistência –, mas principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. É essa visão, segundo Ada Pellegrini Grinover:

Que coloca ação, defesa e contraditório como direitos a que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de posições de vantagem que se titularizam quer no autor, quer no réu¹⁰.

Assim, o direito à prova como particular aspecto da ampla defesa está estritamente ligado à alegação e indicação dos fatos – como atividade dirigida à tentativa de demonstrar um fato, revestindo-se particular relevo para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.

3.2 Razoável duração do processo

Na hipótese do interrogatório por videoconferência, o valor confrontado com a ampla defesa, notadamente a autodefesa (direito de presença), é a *eficiência do processo*.

⁹ TUCCI, 2009, p. 164.

¹⁰ GRINOVER, 2004, p. 143.

O interrogatório por videoconferência não é mais um “modismo” utilizado apenas por conta da novidade de seu arcabouço. Na verdade, a nova tecnologia visa, entre outras coisas, à agilização da justiça criminal.

Não é de hoje que o processo vem se caracterizando como instrumento moroso, inábil à prestação de uma justiça célere e eficaz, a ponto de, já em sua época, Rui Barbosa ter proferido frase que se tornou célebre: “A justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

O direito à tempestividade da tutela jurisdicional é constitucionalmente protegido. É de conhecimento ordinário que o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva (adequada e tempestiva).

Em abono do que aqui vem exposto, Marinoni pontifica que:

A busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao *due process of law*, e insito no princípio da inafastabilidade, que é garantido pelo princípio da separação dos poderes e que constitui princípio imanente ao próprio Estado de Direito, aparecendo como contrapartida à proibição da autotutela privada, ou dever que o Estado se impôs quando chamou a si o monopólio da jurisdição. A tutela antecipatória, portanto, nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional¹¹.

No embalo das ideias supra, a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal, que assegura o direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, ou seja, para que cumpra sua função constitucional, a atividade jurisdicional deve estar não somente acessível a todos, mas principalmente ser a mais pronta possível, a fim de conservar sua utilidade e a adequação ao interesse reclamado.

A propósito, nosso País é um dos signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em *San Jose*, Costa Rica, no dia 22.11.1969, e cujo artigo 8º, 1, estipula que:

¹¹ MARINONI, 2006, p. 413.

Toda a pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação formal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza¹².

De fato, a compatibilização entre as garantias da ampla defesa e da eficiência do processo, no entanto, deve ser construída à luz do princípio da proporcionalidade, que tradicionalmente atua como critério solucionador dos conflitos entre valores constitucionais, mas que constitui, na realidade, uma norma de sobredireito ou de conformação, que define a dimensão conceitual e o âmbito de aplicação de cada liberdade pública.

O princípio da proporcionalidade constitui, enfim, uma solução de compromisso, que procura realizar o primeiro mandamento básico fórmula política de um ordenamento, que é o respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e difusos.

Nesse sentido, portanto, a participação a distância acarreta evidente mitigação do princípio da ampla defesa, notadamente, o direito de presença, mas não o inviabiliza, já que o núcleo essencial ou duro está preservado pelo princípio da proporcionalidade, diante da possibilidade de o acusado intervir no ato processual por meio da tecnologia, mas não fisicamente, resguardado o contato com o defensor¹³.

O que deve autorizar o uso da técnica, contudo, é o fundado receio de comprometimento da eficiência do processo, seja por motivos de segurança pública, seja porque o processo guarda certa complexidade e a participação a distância resulta necessária para evitar o atraso no seu andamento. É evidente que não se pode presumir que, em todos e qualquer processo, haverá tal receio, da mesma forma que o uso da técnica não pode ser feito aleatoriamente.

Daí porque, para que a participação a distância seja legítima do ponto de vista constitucional, é fundamental a observância da regra da excepcionalidade e da reserva jurisdicional fundamentada. Se a

¹² Código penal, código de processo penal, legislação penal e processual penal, Constituição Federal, organização Luiz Flávio Gomes, 11. ed., São Paulo: RT, 2009, p. 701.

¹³ BECHARA *in* SILVA, 2006, p. 223.

audiência a distância provoca a dispensa da presença física do acusado no ato processual, mitigando a ampla defesa em nome da eficiência do processo, é necessária decisão judicial fundamentada autorizando a providência.

3.3 O drama processual e o mito do contato físico com o juiz – uma breve crítica

Cotidianamente, o processo penal experimenta um drama segundo a qual se digladiam duas forças diretivas que estão em franco conflito, acarretando o que Denilson Feitoza chamou de *contrariedade fundamental da persecução criminal*:

[...] quanto mais intensamente se procura demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria (princípio instrumental punitivo), mais se distancia das garantias dos direitos fundamentais, e quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais (princípio instrumental garantista), mais difícil se torna a coleta e a produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria¹⁴.

Tal situação é agravada com a pouca gradatividade das medidas de intervenção em direitos fundamentais de que dispõe a persecução criminal na legislação infraconstitucional. Os protagonistas estatais da persecução criminal vivem o drama, por exemplo, de decidir, muitas vezes sem gradações, entre os extremos da prisão e da liberdade, com o que acarretam as tragédias individuais e sociais que afetam negativamente não apenas a liberdade de locomoção, mas também a educação, o trabalho, a convivência familiar etc.

Considerando a admoestação do nobre processualista, ressalte-se que a utilização do interrogatório por videoconferência somente deve ser utilizado em hipóteses especialíssimas, de forma que a regra ainda deve ser o interrogatório na sua forma clássica.

Talvez, a adoção da novel forma de comunicação com o réu seja a maior prova de que é possível contemplar princípios processuais penais de índole punitiva e garantista em um mesmo contexto, numa perfeita demonstração de que é possível, no processo penal, observar

¹⁴ FEITOZA, 2009, p. 48.

momentos de verdadeira oscilação entre aquelas vertentes principiológicas (punitiva e garantista), sem amesquinamento da funcionalidade do processo.

É fato que, no processo penal, o investigado, o acusado, o réu são considerados sujeitos de direitos individuais, na perspectiva de ver o Estado se abstendo de intervir cegamente em sua liberdade de locomoção, vida privada etc.¹⁵

Nesse ensejo, uma interpretação constitucional-sistemática do ordenamento jurídico nos leva de um processo *reduutivo-punitivo* para um processo *holístico-garantista* (de direitos fundamentais), no sentido de que a persecução criminal deve considerar a multifuncionalidade e a integralidade dos direitos fundamentais das pessoas que lhe são submetidas.

O fato é que a postura garantista tem levado a intelecção do processo penal a alguns exageros. O principal deles pode ser estampado na importância que se tem dado ao *contato físico do acusado com o juiz*. Como pano de fundo dessa idéia está a própria compostura do contraditório e aceitação do acusado como sujeito, e não como objeto de processo.

Tem-se dito, igualmente, que em termos de garantias individuais, o interrogatório virtual não vale como se real fosse. Nesse sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho pontifica, *verbis*:

Processo, por definição, é atividade que se realiza em contraditório, ou seja, com a participação dos interessados no provimento final (Fazzalari). Por isso, não há como falar em processo penal sem a presença do maior interessado na decisão – o acusado – nos atos processuais, que assim são qualificados exatamente pela circunstância de serem realizados diante do juiz e com a intervenção das partes.

Daí ser inviável, a menos que se considere o processo como simples encenação ou formalidade, a ouvida do preso como acusado, ou mesmo como testemunha em outro processo, sem que o mesmo esteja fisicamente presente ao ato processual correspondente¹⁶.

O professor Aury Lopes Júnior, por sua vez, ao falar sobre o ambiente virtual, pontificou, *verbis*:

¹⁵ SARLET, 2001, p. 32.

¹⁶ LOPES JÚNIOR, 2005, p. 6.

Acrescentando-se a distância e a “asepsia” gerada pela virtualidade, teremos a indiferença e a insesibilidade do julgador elevadas a níveis insuportáveis. Se uma das maiores preocupações que temos hoje é com o resgate da subjetividade e do próprio sentimento no julgar [...], combatendo o refúgio na generalidade da função e completo afastamento do eu, o interrogatório on-line é um imenso retrocesso civilizatório¹⁷.

Não parece que assim seja.

Dizer que o ideal, para fins de contato juiz-réu, é o interrogatório *on-line* é totalmente descabido. No entanto, dizer que sua adoção significa a instalação de um simulacro de processo, ou uma encenação, é também algo um tanto sem sentido.

Na verdade, o argumento de que o contato físico do juiz com o réu é necessário, sob a ideia de que aquele poderia aquilatar o caráter, a índole e os sentimentos para efeito de alcançar a compreensão da personalidade do réu, soa mais como argumento ideológico do que outra coisa.

Se o interrogatório “real” (em contraposição ao virtual) serve para embasar a convicção do julgador em aspectos eminentemente subjetivos, então a condenação será fatalmente viciada, porquanto fundamentada em dados extra processo, da cabeça do juiz. Convinhamos que essa situação não é desejável para a conformação de um processo de índole democrática.

Ademais, a capacidade humana de forjar, de dissimular, de manipular o espírito alheio é algo surpreendente, de tal sorte que é descabido afirmar que com base em um único interrogatório é possível extrair os contornos da personalidade do réu. Isso iria de encontro com toda a Ciência da Psicologia.

Muito embora a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de San Jose da Costa Rica, tenha prescrito que “toda a pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à *presença física de um juiz* ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” (destaques nossos – art. 7º, n. 5, promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992), não podemos esquecer que referido pacto foi elaborado em 22 de novembro de 1969. Nessa

¹⁷ Idem, ibidem.

época (1969), a Internet foi criada pelo sistema de defesa americano, como um projeto militar, em pleno período da Guerra Fria, cujo objetivo era criar um sistema de informação independente e descentralizado de Washington para, no caso de um ataque à capital americana, não serem cortadas as linhas de comunicação entre cientistas e engenheiros militares¹⁸.

De fato, a presença do acusado, na videoconferência, é uma presença real. Existe entre juiz e acusado uma troca direta de experiências comunicacionais, uma verdadeira interação, presentes na mesma unidade temporal. A diferença entre ambos não se dá no tempo, mas no espaço, proporcionada pela tecnologia. Nada se perde.

Hodiernamente, estar presente não implica necessariamente compartilhar o mesmo espaço físico. A globalização e a rede mundial de computadores têm nos dado a real circunstância de estarmos todos, simultaneamente, presentes no Brasil, na China, na Rússia, nos EUA, na Espanha. Basta pensar no Skype, no MSN, nos canais de notícias 24 horas na Internet etc. Não se trata de adesão inocente e ingênua ao modernismo, mas à realidade que nos cerca, gostemos ou não, de forma irreversível.

Portanto, a sacralização do contato físico do juiz com o acusado é um mito que não se sustenta por argumentos plausíveis e que deve receber uma nova releitura diante dos padrões de modernidade que nos apresentam, sobretudo diante do *contato virtual*.

4 Aspectos infraconstitucionais – A Lei n. 11.900/2009

Em 2005, o Estado de São Paulo disciplinou o interrogatório por videoconferência, por meio da Lei Estadual n. 11.819/2005. Após inúmeras críticas da doutrina e jurisprudência, o STF, em sessão plenária de 30.10.2008, declarou a inconstitucionalidade formal da mencionada lei, sob a tese de que a Lei n. 11.819/2005 viola flagrantemente o art. 22, I, da CF.

Para contornar a eiva formal, o legislador ordinário federal elaborou a Lei n. 11.900/2009, cujo conteúdo foi aduzido *verbis*:

¹⁸ DOS SANTOS, 2009, p. 613

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corretores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.” (NR)

A seguir, alguns aspectos de maior relevância jurídica serão postos como forma de apresentação.

4.1 A regra da excepcionalidade

A disciplina normativa andou bem. Em sede de interrogatório por videoconferência, a regra deve ser a prática do ato dentro do estabelecimento prisional em que se encontra recolhido o acusado. Em outras palavras, e como fazia a lei anterior (Lei n. 10.792/2003), a Lei n. 11.900/2009, especificamente no art. 185, parágrafo 1º, do CPP, estipula que a regra, em se tratando de réu preso, deve ser ainda a autoridade judicial, o Ministério Público e a defesa se deslocarem até o estabelecimento prisional, interrogando o acusado presencialmente.

Nesse versículo normativo, exigem-se apenas dois requisitos para a realização do ato no estabelecimento prisional: garantia de segurança dos envolvidos e publicidade do ato. É cediço que a realização de interrogatórios em presídios não é prática muito comum, tendo em vista, talvez, a falta de segurança em nossos presídios.

Seja como for, a nova lei foi expressa ao destacar que a adoção do interrogatório por videoconferência deve ser efetivada em casos excepcionais, em decisão fundamentada (parágrafo 2º).

A lei deu uma demonstração de sensibilidade ao reconhecer que a videoconferência pode ser daninha ao acusado, sobretudo quando se consideram cláusulas de ampla defesa. Contudo, levando em conta circunstâncias de caráter excepcional, e em obséquio à regra da proporcionalidade, ela indicou hipóteses de arrefecimento da regra do interrogatório “real”.

A pergunta que faz é a seguinte. Quais hipóteses poderiam ensejar o interrogatório por videoconferência?

Considerando que o processo penal é o instrumento da jurisdição destinado à composição de conflitos de interesse e, a tornar realidade o Direito Penal¹⁹, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que a novel forma de realização do interrogatório deve ter como critério norteador a *funcionalidade do próprio processo*, isto é, a inteireza da relação processual – sem fazer tábula rasa de princípios constitucionais como o contraditório e a ampla defesa – destinada à eficaz e útil aplicação da lei penal, sobretudo quando se consideram situações de impunidade, que poderiam ser evitadas com a celeridade dos julgamentos, assim como gastos astronômicos de dinheiro público no transporte de presos e deslocamento de policiais para escolta²⁰.

O critério suso mencionado é por demais aberto, é verdade. Contudo, é o único parâmetro que pode servir para a eleição de situações concretas (de fato), para o legislador ordinário, tendo em vista a existência de cláusulas de salvaguarda da ampla defesa e da proporcionalidade.

A respeito da proporcionalidade, Paulo Bonavides nos adverte que o referido princípio contribui notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza desse axioma²¹.

A seguir, as hipóteses elencadas pelo legislador ordinário serão apreciadas criticamente.

4.2 As hipóteses legais

4.2.1 Risco de fuga e dano à segurança pública

O inciso I do parágrafo 2º do art. 185 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.900/2009, estipula que o interrogatório por videoconferência dever ser adotado, desde que necessário para prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso

¹⁹ TOURINHO FILHO, 2004, p. 29.

²⁰ DE ASSIS; ALMEIDA, 2009, p.20-22.

²¹ BONAVIDES, 2004, p. 399.

integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento.

Comentado aludida situação normativa, o procurador da República Andrey Borges de Mendonça pontificou, *verbis*:

A primeira situação é o risco à segurança pública. A nova lei já indica dois fatores alternativos que caracterizam a situação de risco, quais sejam, o fato de existir fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento. O conceito de organização criminosa aqui pode ser extraído da Convenção de Palermo (Dec. 5. 015/2004), cujo art. 2 define grupo criminoso organizado como um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente a algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na referida convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. Certamente o dispositivo legal está se referindo aos grupos criminosos que atualmente dominam os presídios nacionais, especialmente o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho. Ainda dentro do conceito de risco de risco à ordem pública, justifica também a utilização da videoconferência a probabilidade de que haja fuga do preso em caso de deslocamento para a audiência. Eventuais tentativas anteriores de fuga do presídio ou a constatação de que há planos para tanto, por exemplo, podem justificar a adoção da medida²².

Parece-nos que o inciso guarda um problema.

Pela leitura, e como bem destacou o procurador da República citado, a preocupação da situação de fato que aqui se analisa é com o risco de lesão à segurança ou ordem pública.

Com efeito, é fato que a *necessidade* (subprincípio da proporcionalidade) da adoção de uma medida restritiva de direito deve observar a ideia da proibição do excesso (*Übermassverbot*), isto é, a “medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja”, como bem lembra Ulrich Zimmerli²³.

Não nos parece proporcional (necessidade) que o simples fato de o réu fazer parte de uma organização criminosa possa ensejar seu in-

²² MENDONÇA, 2009, p. 307-308.

²³ BONAVIDES, 2004, p. 97.

terrogatório por videoconferência, como deixa entrever o dispositivo em comento.

Não restam dúvidas de que existem no ordenamento jurídico brasileiro crimes que, por critérios políticos, dão margem para uma disciplina extremamente rígida por parte do legislador, como se observa do art. 5º, XLIII, da CF e das Leis n. 8.072/1990, 11.343/2006, 10.054/2000 etc.

Parece até um paradoxo entender que os autores de tráfico de entorpecentes não sejam beneficiados por fiança, graça e anistia (medidas de cunho, também, processual), e não se submetam, por escolha legal, ao interrogatório por videoconferência.

Vale a pena lembrar que o interrogatório *on-line* não é a regra, mas alternativa diante de circunstâncias especialíssimas.

Outrossim, a interpretação que aqui se indica problemática também fere a isonomia, tendo em vista que a seleção empreendida pelo legislador não guarda qualquer sintonia ou correlação lógica com a finalidade da norma infraconstitucional, como bem lembra o professor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴.

Dessa forma, tendo em vista a ideia já exposta de *funcionalidade do processo*, parece que a melhor interpretação do inciso I do parágrafo 2º do art. 185 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.900/2009, é aquela que contempla a conjugação o risco de fuga daquele que vai se submeter ao interrogatório e de sua integração à organização criminosa, de acordo com os elementos contidos nos autos de um processo.

4.2.2 Proteção aos acusados

O inciso II do parágrafo 2º do art. 185 do CPP possibilita a utilização do interrogatório por videoconferência para viabilizar a participação do acusado no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância.

Se a hipótese descrita no inciso I está voltada à garantia da ordem e segurança pública, o versículo suso citado visa a dar amparo

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, s/d, p. 11.

exclusivo aos interesses do acusado, ou seja, a hipótese mencionada no art. 185, parágrafo 2º, inciso II, é exclusivamente utilizada em benefício do réu.

Enfermidade foi apenas uma condição pessoal encontrada pelo legislador para exemplificar o grau de dificuldade em deslocar o acusado para o fórum, caso o juiz não possa ir ao presídio.

Outras circunstâncias podem ser indicadas para justificar a adoção do interrogatório *on-line*, tendo em vista que o dispositivo possibilita a interpretação analógica para alcançar hipóteses impeditivas do deslocamento do acusado.

É cediço que inúmeros presos são provenientes de grupos criminosos altamente perigosos. A prisão de um de seus componentes pode ser a chave para que o poder instituído possa desvendar a arquitetura e funcionamento do aludido grupo. Não parece jogo de imaginação acreditar que uma oportunidade é o que basta para “apagar” o suposto “X-9”.

Se existem elementos concretos colhidos pela polícia que indiquem desejo ardente em eliminar um tal acusado, essa situação pode trazer sérios desembaraços à escolta policial. Insistir no deslocamento do preso seria subestimar a atuação dos homicidas e pôr em risco a sua vida.

Embora não tratado na lei, ainda se poderia indagar se o requerimento do acusado seria idôneo para dar vazão ao interrogatório por videoconferência. Em outras palavras: seria possível o réu requerer seu interrogatório pela nova tecnologia, mesmo que não esteja presente nenhuma das hipóteses de admissibilidade indicadas?

Como resposta, vale citar o pensamento de Andrey Borges, com o qual concordamos, *verbis*:

Entendemos ser possível esta situação, especialmente porque o inciso II autoriza a realização do interrogatório por videoconferência quando houver dificuldade para o seu comparecimento em juízo em razão de circunstância pessoal. Embora não se enquadre perfeitamente na hipótese, parece-nos possível incluir a situação dentro do referido conceito, desde que seja no interesse do réu. Se o exercício do direito de autodefesa é facultativo, pode o réu escolher a melhor forma de exercê-lo e,

ainda, se quer exercitá-lo. Mas para tanto, caso se trate de réu preso, oportuno observar o quanto disposto no art. 457 do CPP por analogia, devendo haver pedido conjunto subscrito pelo réu e por seu defensor²⁵.

Nessa situação, entendemos que o interrogatório por videoconferência poderia ser utilizado, desde que, é claro, fossem tomadas todas as cautelas processuais (decisão fundamentada, prévia intimação etc.).

4.2.3 Defesa da prova oral durante a instrução criminal

A situação fática descrita no inciso III do parágrafo 2º do art. 185 do CPP se refere à adoção do ato processual aqui estudado houver necessidade de evita a influência do réu no ânimo da testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento do destas por videoconferência, nos termos do art. 217 do CPP.

Nesse caso, a preocupação do legislador foi com a qualidade e integridade da prova oral. A prática forense tem exposto que existem situações em que a figura do acusado exerce grande pressão psicológica na vítima ou testemunha, v.g., um esturador para com sua vítima, ou empregado de prefeitura que testemunha contra seu antigo patrão, o ex-prefeito de cidade interiorana que ainda exerce enorme poder na região.

Como se sabe, a Lei n. 11.690/2008 possibilitou a ouvida de testemunhas pelo sistema de videoconferência, quando o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento.

O dispositivo em comento não dá ensejo para que o magistrado lance mão do interrogatório por videoconferência quando possível a coleta do depoimento da testemunha por meio virtual. A regra estampada no inciso é da subsidiariedade do interrogatório *on-line*.

Com efeito, o que pode amesquinhar o depoimento da testemunha ou da vítima é a atitude ou presença do acusado. Tendo em

vista a compostura do direito de presença do réu, parece coerente sustentar que o juiz deve primeiramente envidar esforços para utilizar a videoconferência para ouvir as testemunhas ou vítimas. Apenas quando isso não for possível é que o réu poderá se distanciar do magistrado. De qualquer sorte, chega-se a esta interpretação especialmente porque o simples fato de se interrogar o réu por videoconferência não evitará a influência no ânimo de testemunha ou da vítima. Para tanto, será necessário primeiro restringir o direito de presença e, como consequência, realizar o interrogatório por videoconferência²⁶.

Finalmente, a última hipótese cabível para a adoção do interrogatório por videoconferência está assim disposta:

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

(...).

IV – responder à gravíssima questão de ordem pública.

O legislador não foi feliz ao empregar a expressão “ordem pública”.

Como cediço, a referida expressão tem como sentido maior uma situação ou estado de coisas. Mais precisamente, uma situação de paz e ausência de crimes²⁷.

Acerca da prisão preventiva, o Supremo Tribunal Federal tem interpretado a expressão “ordem pública”, prevista com base em quatro perspectivas, entre outras: a) acautelamento do meio social (STF, 1ª Turma, HC n. 97.049/PR, rel. min. Carlos Britto, *DJe* n. 148, divulgado em 6.8.2009); b) impedimento à reiteração delitiva, resguardando, assim, a sociedade de maiores danos (STF, 2ª Turma, RHC n. 97.449/RJ, rel. min. Ellen Gracie, *DJe* n. 118, divulgado em 25.6.2009); c) credibilidade das instituições (STF, 2ª Turma, HC n. 98.143, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* 27.6.2008); e d) Periculosidade do réu evidenciada pelo *modus operandi* na prática do crime (STF, 2ª Turma, HC n. 98.197/SP, rel. min. Eros Grau, *DJe*-121, divulgado em 30.6.2009).

25 MENDONÇA, 2009, p. 310.

26 MENDONÇA, 2009, p. 309.

27 FEITOZA, 2006, p. 171.

Sendo assim, não é difícil chegar à conclusão de que “ordem pública” é expressão polissêmica, repleta de meandros interpretativos. Não é à toa que seu emprego no processo penal é muito criticado na doutrina, tendo em vista sua indeterminação conceitual²⁸ e seu apego às raízes autoritárias da época de feitura do Código de Processo Penal de 1941.

Nesse sentido, convém ressaltar as assertivas de *Fauzi Hassan Choukri, verbis*:

Outra forma inequívoca de manifestação autoritária do Código de Processo Penal é a utilização de uma expressão vaga e sem qualquer referencial semântico como ‘ordem pública’ [...], conceito este que fica extremamente ao sabor de interpretações ocasionais, e que a jurisprudência, ao longo de uma vida de código, ainda não conseguiu padronizar²⁹.

Com efeito, o parágrafo 2º do art. 185 do CPP (com a redação dada pela Lei n. 11.900/2009) estipula que a adoção do interrogatório por videoconferência é medida de caráter *excepcional*. Sendo assim, a utilização do fundamento da ordem pública para justificar a aplicação do art. 185, parágrafo 2º, IV, do CPP seria desmontar a coerência e logicidade do sistema constituído para a compostura do interrogatório por vídeo conferência.

Em verdade, a hipótese que ora se analisa é uma carta branca para a concretização de abusos e desvios; o que fora criado para ser exceção, poderia assumir contornos de regra ordinária.

Em abono do que se expôs, vale colacionar a seguinte crítica inscrita no IBCCRIM pelo delegado de Polícia Eduardo Luiz Cabette, *verbis*:

O encerramento do rol de casos excepcionais que ensejam o interrogatório à distância com a referência do indefinido e aberto critério da ‘ordem pública’, equivale a fazer desmoronar todo o sistema de proporcionalidade erigido pelo próprio legislador ao longo dos outros três incisos do artigo 185, CPP. O inciso IV pode transformar a excepcionalidade em mera ‘aparência de excepcionalidade’, convertendo a exceção em regra. A plasticidade do conceito de ‘ordem pública’ pode permitir a adequação de uma infinidade de situações na suposta excepcionalidade imposta pela lei [...]. O inciso IV do artigo 185, CPP, é um elemento de autofagia da Lei

28 Idem, 2009, p. 853.

29 CHOUKRI, 1995, p. 26.

n. 11.900/09, na medida em que solapa toda a edificação de proporcionalidade projetada pela própria lei³⁰.

Assim, tendo em vista a flagrante desproporcionalidade do inciso IV do art. 185 do CPP, não parece desmedido afirmar que sua aplicação não encontra amparo no sistema constitucional brasileiro esculpido pelo Constituinte de 1988.

4.3 O Projeto de Lei n. 156/2009 no Senado Federal: o Novo Código de Processo Penal

Como cediço, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n. 156/2009, relativo ao Novo Código de Processo Penal, que contou, em sua elaboração, com a participação de personalidades do meio jurídico nacional, como Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

Na exposição de motivos dirigida ao Presidente do Senado Federal, o ministro Hamilton Carvalhido (Coordenador) e Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator) deixaram registrado os contornos das recentes alterações no CPP/41 recepcionadas pelo projeto:

[...]

Do ponto de vista instrumental, o anteprojeto acolhe os méritos de recentes reformas da legislação processual penal, notadamente as trazidas pela Lei n. 11.689, Lei n. 11.690 e Lei n. 11.719, todas do ano de 2008, além da Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009, que alteraram, recente e profundamente, os procedimentos em processo penal.

No entanto, a experiência judiciária cuidou de demonstrar algumas dificuldades imediatas na aplicação de determinadas normas, frutos das particularidades concretas de situações específicas, a recomendar um novo acomodamento legislativo. Assim, embora o anteprojeto mantenha a unidade da instrução criminal, ressaltou-se a possibilidade de fracionamento da audiência, quando presentes razões que favoreçam o livre curso do procedimento. Mantém-se a possibilidade do interrogatório e da inquirição de testemunhas por videoconferência, naquelas situações de excepcionalidade já chanceladas pelo Congresso Nacional.

30 CABETTE, 2009, p. 11-12

[...]³¹.

O referido projeto dirigiu expressa preocupação com o interrogatório de acusados presos a distância, consoante se pode observar dos arts. 73 e 74, *verbis*:

Subseção III

Do Interrogatório do Réu Preso

Art. 73. O interrogatório do réu preso, como regra, será realizado na sede do juízo, devendo ser ele requisitado para tal finalidade.

§1º O interrogatório do acusado preso também poderá ser feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que esteja garantida a segurança do juiz e das demais pessoas presentes, bem como a publicidade do ato.

§2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 179.

§3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência do respectivo ato.

§4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que trata o art. 265, §1º.

§5º Se o interrogatório for realizado por videoconferência, fica garantido, além do direito à entrevista do acusado e seu defensor, o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre os advogados, presentes no presídio e na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

31 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojecto.pdf>>.

§6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz criminal, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§7º Aplica-se o disposto nos §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações da vítima.

§8º Na hipótese do §5º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.

Art. 74. O defensor poderá ingressar no processo ainda que sem instrumento de mandato, caso em que atuará sob a responsabilidade de seu grau³².

O art. 73, *caput* e parágrafo 1º, do projeto tem o claro discurso de sinalizar que o interrogatório do réu preso deve ser realizado, *como regra*, na sede do juízo ou no estabelecimento em que se encontrar. Apenas *excepcionalmente* existe a possibilidade de utilização do interrogatório por videoconferência, nas hipóteses descritas no parágrafo 2º do art. 73 do projeto.

Outrossim, vislumbrando a eiva de inconstitucionalidade, o Projeto não reproduziu a hipótese prevista no art. 185, parágrafo 2º, do CPP (com a redação dada pela Lei n. 11.900/2009), concernente à adoção do interrogatório a distância fundamentada em resposta à gravíssima questão de ordem pública, no que andou bem.

No mais, o conteúdo do Projeto não discrepa da redação atual do CPP, reproduzindo as modificações da Lei n. 11.900/2009.

5 Conclusões

A crescente necessidade de se implementar maior quantidade de tarefas e serviços em menor espaço de tempo e o comodismo trazido pelo progresso tecnológico fizeram da informática elemento indispensável às atividades humanas. Seja em tarefas simples, ou naquelas mais complexas, esse panorama se mostra verdadeiro.

32 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojecto.pdf>>.

Nesse contexto, o direito – sobretudo, o processual penal – não poderia ficar alheio ao progresso e à tecnologia. Seguindo essa onda progressiva, o interrogatório por videoconferência se mostra como instrumento de contato réu-juiz no processo penal.

O interrogatório por videoconferência, nesse sentido, vem sinalizar para uma nova era no Direito Processual Penal. Uma era marcada pela adaptação do processo ao mundo digital. Trata-se de um interrogatório realizado a distância, ficando o juiz em seu gabinete, no fórum, e o acusado em uma sala especial dentro do próprio presídio, onde há uma interligação entre ambos, por meio de câmeras de vídeo e som, de modo que um pode ver e ouvir perfeitamente o outro.

Como qualquer novidade, o interrogatório por videoconferência vem sofrendo muitas críticas no meio doutrinário e jurisprudencial. Lesões à ampla defesa e ao contraditório são os argumentos mais levantados para impedir sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro

A adoção do novel ato processual repercute em sensíveis pontos da Constituição Federal. Entre esses pontos, a análise do direito de defesa é inafastável. Isso se explica muito facilmente. É que – entre outros motivos – a imposição de uma distância entre o juiz e o acusado pode tolher a possibilidade de influência positiva no convencimento do magistrado, dado este de indiscutível importância.

A tese fundamental de sustentação às ideias de adoção do interrogatório por videoconferência é o direito de ampla defesa.

A expressão máxima da autodefesa no processo penal se observa no *interrogatório judicial*. Efetivamente, é nesse ato processual que o acusado tem a possibilidade/faculdade de exercer sua defesa pessoalmente, sem a intervenção da defesa técnica.

O direito à autodefesa, embora não possa ser desprezado pelo juiz condutor do processo, é – diferentemente da defesa técnica – renunciável, não podendo o acusado ser compelido a lançar mão de prerogativas processuais que foram instituídos em seu exclusivo interesse.

Assim como ocorre com o descumprimento de um modelo legal, a inobservância de uma norma constitucional – como a que garante a plenitude de defesa (art. 5º, LV, da CF) – acarreta a desconformidade

com o padrão imposto com a Lei Maior, ocasionando o fenômeno, batizado por Ada Pellegrini Grinover, de *atipicidade constitucional*.

No que se refere especificamente ao interrogatório judicial, é preciso examinar, caso a caso, se o vício do ato processual defensivo prejudica a ampla defesa como um todo, ou se não tem esse alcance. A jurisprudência tem asseverado que a nulidade absoluta é a sanção adequada para fazer face à defesa afetada como um todo; sendo a relativa, quando o vício não tiver aquela abrangência.

O princípio da igualdade no processo (penal) pode assumir duas conotações distintas: a) exigência de mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo (v.g. testemunhas, peritos e acusados entre si); e b) igualdade de armas no processo para as partes, ou *par condicio*.

Entre as ideias citadas, mais interessa a noção de paridade de armas, porquanto é ela que vai dar os contornos da análise da igualdade no interrogatório por videoconferência.

É fato que não se pode cogitar de uma igualdade absoluta, no seio da sociedade. Considerando essa assertiva, a própria Constituição pode, quando e onde estipular, permitir a desigualdade.

Nesse desiderato, deve-se considerar se o tratamento discriminatório encontra-se juridicamente legitimado por força, não só de preceito constitucional, como, por igual, de pressupostos lógicos e objetivos, que embasem racionalmente, eventual desequilíbrio.

É que se houver valor juridicamente relevante, contemplado na própria Constituição, é possível relativizar a proteção conferida à ampla defesa, em situações pontuais, considerando a razoabilidade do *discrímen* escolhido pelo legislador para fazer a diferenciação.

A possibilidade de adotar o interrogatório por videoconferência seria real, desde que observados pressupostos de fato taxativamente descritos pelo legislador, sempre levando em consideração um valor acolhido pela Constituição Federal, que possa fazer face ao direito de ampla defesa.

No processo penal, não basta que a informação e a possibilidade de reação sejam previstas ou admitidas, é necessário que sejam

absorvidas pelo ordenamento jurídico plena e efetivamente. A plenitude se alinha à necessidade de observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa. Por sua vez, para consagrar a efetividade, não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de e pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Aqui, é evidente o contato com a paridade de armas, já que um contraditório efetivo não prescinde de que as partes estejam munidas das mesmas forças.

Embora a igualdade entre as partes no processo penal seja estudada no contexto do contraditório e da ampla defesa, a realidade normativa e processual ilustra que pode haver contraditório e ampla defesa mesmo quando ausente isonomia entre os interessados na persecução penal. A existência de prazos diferenciados para uma das partes (no processo civil) e a colocação de algumas espécies recursais apenas para uma das partes no processo penal (v.g. embargos infringentes) exemplificam a questão.

Com nítida estrutura dialética, o processo apresenta um diálogo incessante entre os sujeitos parciais do processo, que não necessita se comportar com requintes de equivalência na posição processual. Se para a compostura do contraditório a igualdade não seja essencial. O fato é que a *bilateralidade da audiência* deixará de existir, ou será insuficiente, quando a defesa for exercida de modo precário.

Ninguém ignora a importância de que se reveste, em sede de persecução penal, o interrogatório judicial, cuja natureza jurídica permite qualificá-lo, notadamente após o advento da Lei n. 10.792/2003, como *ato de defesa*, ainda que passível de consideração, embora em plano secundário, como fonte de prova, em face dos elementos de informação que dele emergem.

O art. 5º, LV, da Constituição Federal não tem apenas como objetivo a defesa em seu sentido negativo – direito de resistência –, mas principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo.

O direito à prova como particular aspecto da ampla defesa está estritamente ligado à alegação e indicação dos fatos – como atividade dirigida à tentativa de demonstrar um fato, revestindo-se particular relevo para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.

O interrogatório por videoconferência não é mais um “modismo” utilizado apenas por conta da novidade de seu arcabouço. Na verdade, a nova tecnologia visa, entre outras coisas, à agilização da justiça criminal.

O direito à tempestividade da tutela jurisdicional é constitucionalmente protegido. É de conhecimento ordinário que o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva (adequada e tempestiva). Confira-se o art. 8º, 1, do Pacto de San Jose da Costa Rica.

O que deve autorizar o uso da técnica, contudo, é o fundado receio de comprometimento da eficiência do processo, seja por motivos de segurança pública, seja porque o processo guarde certa complexidade e a participação a distância resulte necessária para evitar o atraso no seu andamento. É evidente que não se pode presumir que em todo e qualquer processo haverá tal receio, da mesma forma que o uso da técnica não pode ser feito aleatoriamente.

Daí porque, para que a participação a distância seja legítima do ponto de vista constitucional, é fundamental a observância da regra da excepcionalidade e da reserva jurisdicional fundamentada. Se a audiência a distância provoca a dispensa da presença física do acusado no ato processual, mitigando a ampla defesa em nome da eficiência do processo, é necessária decisão judicial fundamentada autorizando a providência.

O contato físico do acusado com o juiz é eminentemente um mito. o argumento de que o contato físico do juiz com o réu é necessário, sob a ideia de que aquele poderia aquilatar o caráter, a índole e os sentimentos para efeito de alcançar a compreensão da personalidade do réu, soa mais como argumento ideológico do que outra coisa.

Ademais, a capacidade humana de forjar, de dissimular, de manipular o espírito alheio é algo surpreendente, de tal sorte que é descabido afirmar que a partir de um único interrogatório é possível extrair os contornos da personalidade do réu. Isso iria de encontro com toda a Ciência da Psicologia.

Não obstante a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de San Jose da Costa Rica, tenha prescrito que “toda a pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à *presença física de um juiz* ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” (destaques nossos – art. 7º, n. 5, promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992), não podemos esquecer que referido pacto foi elaborado em 22 de novembro de 1969. Nessa época (1969), a Internet foi criada pelo sistema de defesa americano, como um projeto militar, em pleno período da Guerra Fria, cujo objetivo era criar um sistema de informação independente e descentralizado de Washington para, no caso de um ataque à capital americana, não serem cortadas as linhas de comunicação entre cientistas e engenheiros militares.

A presença do acusado na videoconferência é uma presença real. Existe entre juiz e acusado uma troca direta de experiências comunicacionais, uma verdadeira interação, presentes na mesma unidade temporal. A diferença entre ambos não se dá no tempo, mas no espaço, proporcionada pela tecnologia. A sacralização do contato físico do juiz com o acusado é um mito que não se sustenta por argumentos plausíveis, e que deve receber uma nova releitura diante dos padrões de modernidade que nos apresentam, sobretudo diante do *contato virtual*.

Levando em consideração a necessidade de fundamentada decisão judicial, a Lei n. 11.900/2009 encampou o interrogatório por videoconferência no processo penal brasileiro, em situações especia-

líssimas, taxativamente previstas. Tais hipóteses visam a salvaguardar o risco à segurança pública, a incolumidade da prova legitimamente produzida e obtida – tanto pela acusação quanto pela defesa – (art. 185, parágrafo 2, I, II, III, do CPP).

A hipótese descrita no inciso IV (gravíssima questão de ordem pública) é flagrantemente inconstitucional, porquanto sua excessiva amplitude amesquinha indevidamente o direito de defesa do acusado.

Por fim, o Projeto de Lei n. 156/2009 do Senado Federal trilhou o mesmo rumo da Lei n. 11.900/2009, não repetindo, outrossim, o equívoco da questão de ordem pública.

Referências

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.

ASSIS, Alexandre Camanho de; ALMEIDA, Tatiana Pereira. Videoconferência: tecnologia a serviço da justiça. *Revista Combate ao Crime*: Brasília, a. 2, n. 4, p. 20-22, janeiro/maio 2009.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Processo penal contemporâneo: interface entre a eficiência e garantias — questões pontuais. In: SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Videoconferência: reiterando o equívoco da ordem pública. *Boletim IBCCRIM*, a. 16, n. 195, fevereiro de 2009.

CHOUKRI, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal*. São Paulo: RT, 2001.

FIGLIANO, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2008.

FIGLIANO, Denilson Pacheco. *Direito processual penal*. 6.ed. Niterói: Impetus, 2009.

_____. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. 2006. 284 p. Tese (Doutorado em Direito – Ciências Penais). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Garantismo à paulista (a propósito da videoconferência). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo. a. 12. n. 147, fev. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 8.ed. São Paulo: RT, 2004.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. O interrogatório *on-line* no processo penal: entre a assepsia judiciária e o sexo virtual. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 13, n. 154, p. 6-7, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, s/d.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição Federal de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*. t. 5, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SANTOS, André Alencar dos. *Informática descomplicada*. 3.ed. Brasília: Vestcon, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 5.ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 1. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Processo penal*. v. 2, 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2.ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3.ed. São Paulo: RT, 2009.

O uso de algemas e a Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal

Cleuber Delano José Lisbôa Filho

1 Introdução. 2 Competência do Supremo Tribunal Federal. 3 Uso de algemas no ordenamento jurídico pátrio. 4 Uso de algemas e a Súmula Vinculante n. 11. 5 Conclusão.

1 Introdução

O uso de algemas em pessoas detidas no Brasil ganhou contornos antes inimagináveis. Fruto de excessos cometidos por alguns agentes públicos (no caso, policiais) – prontamente cobertos pela mídia –, pessoas “públicas” permearam as telas de televisores e de jornais impressos, recentemente, sendo conduzidas com o uso de algemas após a deflagração de diversas operações policiais, como, por exemplo, as da Polícia Federal.

Em razão da forma como essas operações foram conduzidas pelas autoridades policiais e a partir da pronta intervenção de advogados perante os tribunais, surgiu o questionamento acerca da legalidade e da conveniência do uso de algemas em determinadas ocasiões.

Depois de acaloradas trocas de farpas entre instituições (entenda-se: Supremo Tribunal Federal e Polícia Federal/Ministério da Justiça), a mais alta Corte de nosso País decidiu espancar o tema editando a Súmula Vinculante n. 11:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A repercussão foi imediata, pois gerou a seguinte dúvida no meio jurídico: o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula Vinculante n. 11, teria atuado nos limites de sua competência constitucional? Vozes favoráveis e desfavoráveis à utilização da súmula se fizeram ouvir. Copiosos *habeas corpus* foram impetrados em todas as instâncias judiciais pugnando pelo reconhecimento da nulidade da prisão de detentos tão somente com arrimo na aludida súmula. Doutra banda, algumas ações foram ajuizadas no Pretório Excelso requerendo a invalidação da aludida súmula, dentre as quais se destaca o pedido de cancelamento da Súmula Vinculante n. 11 pela Confederação Brasileira dos Trabalhadores Policiais Cíveis – COBRAPOL.

Ocorre que a Súmula Vinculante n. 11 acabou por inovar inadequadamente o ordenamento jurídico pátrio ao exigir justificção por escrito para o uso de algemas. Noutra parte, os requisitos para sua edição não foram observados pelo Órgão de Cúpula do Judiciário.

Disto, surge a inexorável constatação de que o Judiciário corriqueiramente vem legislando, ainda que raramente o reconheça. A invocação de princípios, ideais e valores inscritos na Constituição pelo Pretório Excelso é, neste caso, mera retórica, que, em *ultima ratio*, equivale à criação de regra jurídica.

Para tanto, o objetivo geral deste artigo é mostrar que o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula Vinculante n. 11, invadiu competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal e Processual Penal, na medida em que inovou o ordenamento jurídico pátrio ao dispor que o uso de algemas será exceção e deverá estar devidamente justificado por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Para se chegar ao objetivo geral, se fez necessária breve incursão em dois pontos fundamentais, quais sejam: a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal dentro do espectro do princípio da separação de poderes (*checks and balances*) e um breve histórico do instituto da súmula vinculante e sua pertinência com o uso de algemas.

2 Competência do Supremo Tribunal Federal

2.1 Tripartição dos poderes

Desde a Antiguidade Clássica, mais precisamente a partir das obras de Platão e de seu discípulo Aristóteles, é reconhecido que o Estado, independentemente do seu regime, exerce três funções essenciais: a legislativa, a executiva e a judiciária.

Aristóteles, com muita propriedade, já externava sua preocupação com a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, o que considerava injusto e perigoso¹.

A posteriori, no século XVII, John Locke (1632-1704), filósofo liberal inglês, formulou, ainda que implicitamente, a Teoria da Tripartição dos Poderes do Estado (LOCKE, 1689), que foi apresentada em quadro muito mais amplo e específico na clássica obra *O espírito das leis* (Montesquieu, 1748), no período do apogeu do *Ancient Regime* na França.

Na obra de referência, Montesquieu apregou que cada Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) tinha sua função intrínseca e inconfundível. Tais funções poderiam ficar a cargo de um só órgão, sendo ideal, no entanto, que o Estado promovesse a separação dos três órgãos, cada qual com sua função determinada, atuando de forma independente, mas harmônica entre si.

A proposta de separação dos Poderes de Montesquieu, sob influência de ideias iluministas e do liberalismo, resultou da intolerância ao absolutismo dos governos existentes à época e, em síntese, visava à proteção da liberdade individual, bem como à diminuição do poder estatal, aumentando sua eficiência. Neste ponto, Montesquieu partiu da premissa de que a redução do poder aliada a uma melhor divisão de atribuições e competências otimizaria a atividade estatal.

¹ ARISTÓTELES. Política. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

Desde então, a separação dos Poderes passou a ser manifestada nos movimentos constitucionalistas mais importantes – entre os quais, a Declaração de Direitos da Virgínia (EUA, 1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) –, como resultado da aspiração daqueles que procuravam a democracia como sistema de freios e contrapesos (*cheks and balances*).

Neste sistema, caberia ao Estado praticar dois tipos de atos: os gerais (praticados pelo Poder Legislativo) e os especiais (praticados pelo Poder Executivo). O ato geral seria aquele não específico e abstrato, o qual, pela sua mera existência, não teria o condão de influenciar a vida social ou privilegiar certas pessoas ou grupos específicos. Por sua vez, o ato especial seria aquele levado a efeito pelo Poder Executivo na consecução do ato legislativo.

Por fim, surgiria a necessidade de controle dos atos anteriormente mencionados, que ficaria a cargo do terceiro poder, o Judiciário. Trata-se da função fiscalizadora, que seria a força coercitiva que impeliria cada qual a permanecer dentro de seus limites e esferas de competências.

Assim, teve-se o início da tripartição dos poderes, teoria que não restou isenta de críticas, consoante veremos.

A principal crítica é que a teoria tripartite não seria prática, ou seja, encontraria seu fundamento de validade tão somente no campo formal. Seus críticos argumentavam que, não obstante a existência da separação formal dos poderes, haveria sempre a tentativa de interferência de um poder em outro, como forma de demonstrar sua superioridade.

Outra crítica pertinente é que o poder é uno e indivisível, pois emana da vontade do Estado, sendo que o melhor, então, seria que se determinasse a tripartição de funções ao invés da tripartição de poderes. Não é outro o entendimento de Pedro Lenza, ao asseverar *in litteris* que “[...]o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções”.

No entanto, tornou-se difícil criticar e querer derrubar essa teoria, uma vez que é aliada da democracia e da liberdade indivi-

dual, anotando-se, todavia, a necessidade de retornar a atuação do Estado em áreas tradicionais, como resposta aos excessos de determinados grupos.

2.2 A organização dos Poderes na Constituição brasileira

Como visto, o momento histórico que retrata a fundamentação para a separação dos poderes é a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, o que influenciou, também, a Constituição brasileira.

No ordenamento jurídico da República Federativa do Brasil, a Constituição brasileira, por meio de seu art. 2º, estabelece que os Poderes devem ser “independentes e harmônicos entre si”. Noutras palavras, os poderes devem atuar de forma independente, no entanto, sem conflitos ou subordinação, e sempre visando assegurar o bem comum.

No Título IV da Constituição Federal de 1988, encontra-se a organização dos Poderes, cabendo ao Legislativo (art. 44 e seguintes) a elaboração de leis e normas gerais e abstratas impostas a todos, ao Executivo (art. 76 e seguintes), a administração do Estado, baseadas nas leis elaboradas pelo Legislativo, e, por fim, ao Judiciário (art. 92 e seguintes), a função jurisdicional do Estado.

Trata-se, em verdade, do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), uma vez que a separação não é rígida, e cada poder, além de exercer sua competência dentro de sua especialização funcional e independência orgânica, também realiza funções atípicas (próprias dos demais poderes) bem como fiscaliza a competência dos outros.

Nesta configuração verifica-se que a democracia constitucionalista brasileira segue a tripartição proposta por Montesquieu, evitando-se, assim que os poderes permaneçam nas mãos de um só.

Isto posto, impende ressaltar que o princípio tripartite é cláusula pétrea fundamental, por expressa previsão do poder constituinte originário de 1988, que o disciplinou expressamente no art. 60, § 4º, III:

Art. 60 [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III – a separação dos Poderes.

Assim, trata-se de matéria intangível, não suscetível a ingerências de quaisquer dos poderes reconhecidos, que não pode ser abolida ou mitigada, e sim ampliada.

2.3 Papel constitucional do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula de todo o Judiciário (LENZA, 2005, p. 473), cabendo-lhe, por conseguinte, a guarda e a defesa da Carta Magna, por meio do julgamento de causas (ações diretas de constitucionalidade ou recursos previstos expressamente no art. 102, incisos II e III) que tenham como objeto alegada violação ao texto constitucional.

3 Uso de algemas no ordenamento jurídico pátrio

Ab initio, cumpre lembrar que, no âmbito militar, o uso de algemas encontra expressa previsão legal, por meio do Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.002/1969), senão vejamos, *in litteris*:

Art. 234. O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para a defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do defensor. De tudo se lavrará auto subscritos pelo executor e por suas testemunhas.

§ 1º O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.

Ocorre que, aqui, discorre-se acerca do uso de algemas no âmbito penal comum, e não especial, sob o enfoque da Súmula Vinculante n. 11, do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não se faz necessária a incursão na seara processual penal castrense.

Passa-se adiante.

Não obstante a existência de pretéritas tentativas de se fazer constar no ordenamento jurídico brasileiro a previsão do uso de algemas (Projeto do Código de Processo Penal, 1935, e Projeto de Hélio Tornaghi apresentado no Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código de Processo Penal Brasileiro, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), o Código de Processo Penal, datado de 3.10.1940, não logrou êxito em prever expressamente o uso de algemas.

O legislador pátrio ainda tentou corrigir a lacuna por meio da edição da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), que trouxe em seu bojo, mais especificamente no art. 199, a previsão do uso de algemas, *verbis*: “Art. 199. O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”.

Ocorre que, como se vê, a aludida previsão de futuro decreto federal nunca se concretizou, passados 25 anos desde a edição da Lei de Execuções Penais.

Nesta senda, as regras para a utilização de algemas passaram a ser inferidas, mais especificamente pelos arts. 284 e 292 do Código Processual Penal, senão vejamos, *in verbis*:

Art. 284. Não será permitido o emprego de força salvo a indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga do preso.

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Somente em 2008, por meio da Lei n 11.689, que reformou o Código de Processo Penal, mais especificamente na parte referente ao procedimento do Tribunal do Júri, é que a expressão “algemas” foi inserida no rito processual:

Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.

[...]

§ 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente neces-

sário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

[...]

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

Sob o manto da inexistência de previsão legal expressa sobre o uso de algemas nas prisões efetuadas pelas forças policiais é que foi editada a malfadada Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal. Malfadada porque a Corte Excelsa inovou o ordenamento jurídico, invadindo, assim, a competência da União para legislar sobre direito penal e processual penal, *ex vi* do art. 22, inciso I, da Constituição Federal.

4 Uso de algemas e a Súmula Vinculante n. 11

4.1 Breve histórico da Súmula Vinculante

Em síntese, a ideia da súmula vinculante surgiu da constatação do caótico quadro de demora na prestação jurisdicional no País, causada por diversos motivos, entre os quais a estrutura judiciária extremamente deficitária (pessoal e material), o cesso de recursos previstos na legislação processual, a falta de cultura conciliatória do povo brasileiro, bem como o excesso de edição de atos normativos e administrativos pelo Poder Público eivados ora de ilegitimidade/ilegalidade, ora de inconstitucionalidade; este último, exemplificado pelos malsanados planos econômicos que, por muito anos, foram a causa de uma miríade de ações repetitivas.

Daí a necessidade de criar um mecanismo jurisdicional que servisse de barreira a infundável interposição de recursos repetitivos, o que culminou na criação da súmula vinculante, por muitos considerada claramente inconstitucional, sob o fundamento da impossibilidade de se vincularem juízes de instâncias inferiores, os quais deveriam julgar com absoluta e total independência².

² Luís Flávio Gomes, disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/>.

Nesta moldura fática, nasceu a súmula vinculante, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o art 103-A na Carta Política, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir da sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

De fácil percepção que o objetivo do instituto é a otimização da prestação jurisdicional por meio da vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, em todas as esferas (federal, estadual e municipal), ao entendimento da Corte Suprema quanto a determinadas matérias de índole constitucional.

4.2 Inadequada inovação do ordenamento jurídico

Dada a lacuna existente no ordenamento jurídico processual acerca do uso de algemas, o Pretório Excelso, a partir do julgamento do HC 91952³, entendeu por bem disciplinar seu uso por meio da Súmula n. 11, que assim dispõe:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

³ “ALGEMAS – UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO – ACUSADO ALGEMADO – TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório.” (Rel. min. MARCO AURÉLIO, Plenário, julg. em 7. ago. 2008, DJe n. 241, publ. em 19 dez. 2008).

Ocorre que, ao tentar disciplinar o uso de algemas, o Supremo Tribunal Federal inovou o ordenamento jurídico pátrio, ao consignar que elas poderão ser utilizadas excepcionalmente *mediante justificação por escrito*, ferindo, assim, o princípio da separação dos Poderes, devido à usurpação da função precípua do Poder Legislativo de elaboração das leis.

Na ocasião, o órgão colegiado pretendeu, em verdade, coibir os excessos/abusos na utilização de algemas não só no âmbito do plenário do Tribunal Popular, mas também nos casos de prisões cautelares e outros atos processuais. Mirou-se, assim, no resguardo da dignidade e a intimidade das pessoas presas, mormente diante da indevida exposição midiática.

No ponto, não se discute a necessidade de regulamentação do uso de algemas, o que nunca foi levado a efeito no corpo do ordenamento processual comum, pois, de fato, não há como negar a existência de abusos em casos pontuais⁴; no entanto, ao editar a Súmula Vinculante n. 11, o Supremo Tribunal Federal violou claramente o princípio da Separação dos Poderes, pois atuou como legislador positivo, usurpando, assim, competência do Poder Legislativo, senão vejamos.

Data venia ao entendimento do órgão de cúpula do *Parquet*⁵, ao prescrever que o uso excepcional de algemas deverá ser precedido de justificação escrita, o Pretório Excelso inovou o ordenamento jurídico penal, o que somente pode ser feito pela União, *ex vi* do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, que assim dispõe, *verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, *penal*, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [grifo nosso]

É bem verdade que a edição de súmula vinculante não consiste em atividade legislativa, mas a partir do momento em que vin-

4 Casos que ganharam grande cobertura midiática à época, entre os quais, as prisões cautelares de Cacciola e Daniel Dantas, bem como de outros agentes políticos, com a indevida exibição da pessoa presa, no intuito de demonstrar a suposta “eficiência” dos profissionais de segurança pública.

5 No parecer ministerial enviado ao Supremo Tribunal Federal, nos autos da Proposta de Cancelamento da Súmula Vinculante n. 11 ajuizada pela Confederação Brasileira dos Trabalhadores da Polícia Civil (COBRAPOL), o Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, manifestou entendimento no sentido da inexistência, aprioristicamente, de violação do princípio da separação de poderes.

cula os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, resulta, sim, em inovação legislativa, na medida em que cria requisito não previsto em lei.

Veja-se, oportunamente que o § 1º do art. 103-A da Constituição Federal dispõe que “A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”. Ocorre que inexistente norma expressa acerca do uso de algemas no ordenamento jurídico penal, salvo no âmbito militar.

Por sua vez, para justificar a edição da malfadada súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 91952, contornou a lacuna ao referir-se aos incisos III e XLIX do art. 5º da Constituição Federal. No ponto, sequer foram mencionados os arts. 284 e 292 do Código de Processo Penal, que tratam do uso restrito da força quando da prisão de uma pessoa.

Todavia, tantos os dispositivos constitucionais quanto os dispositivos legais não tratam especificamente da questão do uso das algemas por autoridades e demais agentes públicos. Já os que existem padecem da mesma ineficácia: (I) o decreto previsto no art. 199 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais) e; (II) o § 3º do art. 474 do Código de Processo Penal disciplina o uso de algemas no âmbito do Tribunal do Júri.

Conclui-se, então, de forma inexorável, que o Supremo Tribunal Federal atuou como legislador positivo, ultrapassando sua competência constitucional e, por conseguinte, ferindo o princípio da separação dos poderes.

Impende observar, aqui, que não se trata da impossibilidade de tratar de matéria penal em sede de súmula vinculante, mas sim de constatar a inadequação da via eleita para criar requisito legal.

4.3 Falta de preenchimento dos requisitos constitucionais

Com a *venia* da repetição, novamente a transcrição do art. 103-A da Constituição Federal se faz necessária:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, *após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*, aprovar súmula que, a partir da sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja *controvérsia atual* entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Da acurada leitura do artigo supratranscrito, dessume-se que para se editar súmula vinculante o Supremo Tribunal Federal deve constatar os seguintes pontos: I) se a matéria foi objeto de reiteradas decisões na Corte; II) se a respeito da matéria há controvérsia atual; III) se a controvérsia se estabeleceu entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública; IV) se a controvérsia acarreta insegurança jurídica e, por fim, V) se a controvérsia resultou em multiplicação de processos de questão idêntica.

No caso, *concessa venia* ao entendimento do Pretório Excelso, a Súmula Vinculante n. 11 não preenche nenhum dos requisitos balizados no preceito constitucional, senão vejamos.

O Supremo Tribunal Federal enumera os seguintes processos como precedentes que sustentaram a edição da Súmula Vinculante n. 11⁶: RHC 56465 (DJ 6.10.1978), HC 71195 (DJ 4.8.1995), HC 89429 (DJ 2.2.2007) e HC 91952 (DJe n. 241/2008, em 19.12.2008). Ora, de fácil percepção que quatro processos julgados pela Excelsa Corte não configuram “reiteradas decisões”, muito menos “controvérsia atual”, dado que dentre eles, tão somente o HC 89429 e o HC 91952 poderiam representar uma discussão atual. Os demais datam de 1995 e 1978 (!).

Ainda no ponto, verifica-se que somente no HC 89429 (DJ 2.2.2007) e no HC 91952 (DJe n. 241/2008, em 19.12.2008) foi cons-

6 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>.

tatada a existência de constrangimento ilegal, consoante se extrai das ementas as seguir transcritas, *verbis*:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDUTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra sim mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. 2. *Habeas corpus* concedido. (HC 89429/RO, Rel. Min. CARMEM LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJ 2.2.2007)

ALGEMAS – UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO – ACUSADO ALGEMADO – TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório. (HC 91952/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, TRIBUNAL PLENO, DJe 241/08, publicado em 19.12.2008)

Nos demais – RHC 56465 (DJ 6.10.78), HC 71195 (DJ 4.8.1995) – o constrangimento ilegal foi prontamente rechaçado, *verbis*:

NÃO CONSTITUI CONSTRANGIMENTO ILEGAL O USO DE ALGEMAS POR PARTE DO ACUSADO, DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL, SE NECESSÁRIO A ORDEM DOS TRABALHOS E A SEGURANÇA DE TESTEMUNHAS E COMO MEIO DE PREVENIR A FUGA DO PRESO. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO COMPROVADA. RHC IMPROVIDO. (RHC 56465, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, SEGUNDA TURMA, DJ 6/10/1978)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PROTESTO POR NOVO JÚRI. PENA INFERIOR A VINTE ANOS. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS NO JULGAMENTO. MEDIDA JUSTIFICADA. I – No concurso material de crimes considera-se, para efeito de protesto por novo júri, cada uma das penas e não sua soma. II – O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial a ordem dos trabalhos e a segurança dos presentes. *Habeas corpus* indeferido. (HC 71195/SP, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, SEGUNDA TURMA, DJ 4.8.1995)

Assim, não obstante a existência do entendimento no âmbito do Pretório Excelso no sentido do caráter extraordinário da utilização das algemas pelos agentes públicos, não se verifica controvérsia alguma que sustente a edição de súmula vinculante.

No caso, salvo melhor juízo, o que se teve foi uma excessiva e indevida exposição de pessoas públicas nas mídias televisivas e impressas (e não controvérsia entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública), que acarretaram uma consciente e oportuna discussão acerca do uso de algemas em pessoas conduzidas pelas polícias, o que, no entanto, não serve a inaugurar a via da súmula vinculante, expressa no art. 103-A da Constituição Federal.

Nesta moldura fática, o tão só fato de inexistir “controvérsia atual” já seria óbice à análise dos requisitos da “insegurança jurídica” e da “multiplicação de processos”, uma vez que estes são decorrentes exatamente da “controvérsia atual”, a teor do § 1º do art. 103-A, da Constituição Federal (“[...] acerca dos quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”).

No entanto, com vistas a não se deixar dúvidas quanto à inadequação da Súmula Vinculante n. 11, passa-se às suas análises.

Com relação à “multiplicação de processos”, a Súmula Vinculante n. 11 não prospera, consoante anteriormente já explicitado, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal listou somente quatro precedentes que sustentaram a edição da súmula.

Poder-se-ia questionar, por amor ao debate somente, se outros tribunais se defrontaram com a questão, de maneira repetitiva. A resposta é negativa, de forma contundente.

Até a presente data, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, listam-se tão somente quatorze decisões relacionadas ao uso de algemas⁷: HC 118147/SP (*DJe* 22.6.09), HC 104050/SP (*DJe* 16.2.2009), HC 111112/DF (*DJe* 2.3.2009), HC 63779/SP (*DJ* 29.6.2007), HC 55421/SC (*DJ* 26.11.2007), REsp 571924/PR (*DJ* 10.11.2006), HC 35654 (*DJ*

20.3.2006), RHC 16808 (*DJ* 7.3.2005), HC 35540/SP (*DJ* 6.9.2004), HC 25856/PR (*DJ* 25.8.2003), REsp 276009/PR (*DJ* 9.12.2002), RHC 6922/RJ (*DJ* 9.12.1997), HC 4743/SP (*DJ* 29.10.1996), RHC 5663/SP (*DJ* 23.9.1996). Levando-se em conta que a Súmula Vinculante n. 11 foi publicada em 22.8.2008, consideram-se, para efeito de contagem de múltiplos processos, somente aqueles anteriores a esta data, ou seja, onze.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais (1ª a 5ª), mediante pesquisa realizada no Portal da Justiça Federal⁸, foram localizados vinte e três processos com a mesmo argumento de pesquisa: “algemas”.

No TRF/1ª Região: HC 200901000223294 (*e-DJF1* 22.5.2009), HC 200801000404388 (*e-DJF1* 31.10.2008), MS 200401000596576 (*DJ* 22.6.2007), AC 200143000016180 (*DJ* 25.10.2004), AC 200143000016192 (*DJ* 10.9.2003). Destes, computam-se somente estes três últimos relacionados, pois anteriores à súmula.

No TRF/2ª Região: AC 1998851010173421 (*DJU* 3.9.2009), HC 200802010023994 (*DJU* 5.9.2008), HC 200802010052222 (*DJU* 12.6.2008). Computa-se somente este último.

No TRF/3ª Região: HC 200903000299857 (*DJF3* 5.11.2009), HC 200903000253626 (*DJF3* 07.10.2009), HC 200803000117325 (*DJF3* 12.1.2009), HC 200703000878526 (*DJF3* 27.11.2008), HC 200403000127490 (*DJU* 17.8.2004). Computa-se somente este último.

No TRF/4ª Região: AC 200404010005310 (*DE* 6.5.2009), AC 200170000011340 (*DE* 28.1.2009), HC 200804000326986 (*DE* 6.5.2009), HC 200804000434370 (*DE* 28.1.2009), MS 200004011319422 (*DJ* 17.1.2001). Computa-se somente este último.

E, por fim, no TRF/5ª Região: AC 200384000053172 (*DJ* 29.7.2009), ACR 200383000017712 (*DJ* 15.12.2006), ACR 200283000154449 (*DJ* 24.10.2007), SER 200405000178945 (*DJ* 8.1.2007), ACR 200005000379829 (*DJ* 19.2.2004). Computam-se estes quatro últimos.

Passa-se ao âmbito estadual, tendo sido escolhidos os tribunais com maior representatividade em termos numéricos processuais, mais o Distrito Federal.

⁷ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUM_O&livre=algemas&b=ACOR>.

⁸ Disponível em: <<http://www.columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>.

No TJDF, foram listados 51 processos⁹, entre os quais somente 9 são anteriores à publicação da súmula.

No TJSP, foram listados 719 processos¹⁰, entre os quais 498 anteriores à publicação da súmula.

No TJMG, foram listados 298 processos¹¹, dos quais 285 são anteriores à publicação da súmula.

Como se vê, nem os números colhidos juntos aos endereços eletrônicos dos tribunais não autorizam o Supremo Tribunal Federal a se valer de súmula vinculante sob o fundamento da “relevante multiplicação de processos”, pois, apesar de, no total, não ser uma quantidade irrelevante (pelo menos nas cortes estaduais), também não pode ser considerada “relevante” – tomando-se por base o universo de processos criminais em curso em todo sistema judiciário pátrio.

Ressalva-se, ainda, que entre os processos colhidos, grande parte não tem como objeto específico a irrisignação pelo uso de algemas, e outra grande parte é muito anterior à Súmula Vinculante n. 11, do STF, o que reduz ainda mais a amostra produzida, corroborando o entendimento da inexistência de “relevante multiplicidade de processos”.

Por fim, *concessa venia* ao Pretório Excelso, o requisito da “insegurança jurídica” restou inaugurado exatamente com a edição da Súmula Vinculante n. 11. A uma, porque não foi possibilitada, por meio de audiência pública, a manifestação de determinados setores da sociedade diretamente interessados no tema em testilha, como, por exemplo, a Polícia Civil, a Polícia Militar, a Polícia Federal, a Ordem dos Advogados do Brasil, bem como associações nacionais representativas dos direitos humanos. No caso das polícias, ressalta-se, oportunamente, que a malfadada súmula, reforçou, inclusive a possibilidade de sanções (civil, administrativa e penal), no caso de eventuais abusos, razão pela qual fazia-se imprescindível a oitiva das instituições.

9 Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrh tm028&ORIGEM-INTER&PGATU=2&I=20&ID=61683,65749,6392&TOTPG=3&OPT=>>>.

10 Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>.

11 Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comr Codigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasCon ulta=algemas&tipoFiltro=and&orderByData>.

A duas, porque, salvo nos casos de oferecimento de resistência pelos conduzidos – nos quais resta patente a necessidade de utilização das algemas – os demais critérios previstos na Súmula Vinculante n. 11 são bastante subjetivos para que seja considerada justificada a excepcionalidade do uso de algemas – “fundado receio” de fuga ou “perigo à integridade física do preso ou de terceiros”.

A propósito do tema, veja-se o escólio do prof. Fernando Capez¹², *in litteris*:

Diante disso, muito embora a edição da Súmula vise garantir a excepcionalidade da utilização de algemas, na prática, dificilmente, lograr-se-á a segurança jurídica almejada, pois as situações nelas descritas conferem uma certa margem de discricionariedade à autoridade policial, a fim de que esta avalie nas condições concretas a necessidade de seu emprego. Basta verificar que se admite o seu uso na hipótese de receio de fuga ou de perigo para a integridade física. Ora, a expressão “fundado receio” contém certa subjetividade, e não há como subtrair do policial essa avaliação acerca da conveniência ou oportunidade do ato. Tampouco é possível mediante lei ou súmula vinculante exaurir numa fórmula jurídica rígida e fechada todas as hipóteses em que é possível o emprego de algemas.

Ainda nos ensinamentos de Capez, *verbis*:

Para aqueles que propugnam a proscrição desse juízo discricionário, pela insegurança jurídica causada, só há duas soluções: a vedação absoluta do uso de algemas ou a sua permissão integral em toda e qualquer hipótese como consectário natural da prisão. Já para aqueles que buscam uma solução intermediária, não há como abrir mão da discricionariedade do policial ou autoridade judiciária.

Extrai-se, assim, que não há que se falar em “insegurança jurídica” a sustentar a edição da Súmula Vinculante n. 11, uma vez que os policiais são agentes públicos e seus atos gozam de presunção de legitimidade, pois atuam em nome do Estado. Ao revés, exigir do agente público justificção escrita para o uso de algemas é que criará inexorável “insegurança jurídica” no seio daquele que tem como dever agir de forma firme e equilibrada numa situação de risco não só pessoal, mas do conduzido e da sociedade em geral.

12 Disponível em: <<http://189.74.152.131/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=51>>.

Sobre o tema, relevante trazer à colação os argumentos do então Procurador-Geral da República Antonio Fernando Barros e Silva de Souza por ocasião da elaboração do texto definitivo da Súmula Vinculante n. 11:

[...] do ponto de vista da situação fática, considero relevante observar que uma circunstância é aquela em que o réu é levado, pela prática de um ato processual, a uma audiência judicial em que há uma prévia preparação, designação, de modo que o próprio juiz pode tomar providências para adequar a segurança à presença do réu sem algemas – e aí a razão da norma que está em vigor a partir do dia 10. *A outra hipótese é aquela em que o agente público, ao cumprir um mandado judicial de constrição da liberdade, gera uma situação de tensão natural entre aquele que será privado da sua liberdade, situação essa potencialmente conflituosa.*

A preocupação do Ministério Público, exatamente porque tem atribuições de controle externo, é porque, nessa segunda situação, a observância dessa regra gera maior tensão. Porque a própria avaliação de quem fará a prisão pode se frustrar diante de uma compreensão equivocada da conduta da própria pessoa ou de quem estiver próximo. É uma preocupação com a aplicação do comando dessa súmula em face de situações concretas. Da mesma maneira que se preserva, com razão, a dignidade da pessoa humana – e o Ministério Público está ao lado dessa tese –, *também temos de ter a consciência de que não podemos partir da presunção contrária de que o agente do Estado – o policial –, quando cumpre com os seus deveres, também estaria, presumidamente, violando a regra.*

[...]

A preocupação do Ministério Público é no sentido de que essa ponderação se faça com o mesmo rigor da aplicação desse enunciado, porque, se há hipótese de descumprimento, de violação – não do comando constitucional, na verdade, mas do enunciado da súmula –, *ela também não pode gerar uma situação de desestabilização do trabalho do Estado quando age nessa função importante de manter a segurança e de dar apoio à atuação jurisdicional de persecução penal. A preocupação do Ministério Público é esta: vamos agir, devemos agir, mas todo o Judiciário deve estar consciente de que, como pode haver o desvio de um lado, pode também o agente colaborar nesse sentido.*

Então, a decisão desta Corte, evidentemente, é abrangente, como já disse. Mas vejo que as situações, enquanto há reprovabilidade e a possibilidade de haver o desvio, nos casos em que há o conflito, como é perante o júri, perante uma audiência, em que pode ser ponderado, *ela pode ser muito mais exigida do que naquela em que o agente, às vezes sozinho, perante duas ou três pessoas, tenha que tomar uma decisão dessas, como no caso de prisão em flagrante.*

Então, é só uma ponderação da atuação do Ministério Público diante deste contexto. *Não podemos viabilizar esse interesse não só estatal, mas também da própria sociedade, de conter a criminalidade e usar, quando necessário, a força na exata medida.* (DJe n. 214/2008, p. 18) [grifo nosso]

Não foi outro o entendimento do ministro Cezar Peluzo na mesma sessão, *in litteris*:

[...] *o ato de prender ou de conduzir um preso é sempre ato perigoso.* Por isso, o que me parece também necessário acentuar, na mesma linha de argumentação do eminente Procurador-Geral, é que, provavelmente, e isto deveria ser uma diretriz, *a interpretação dos casos concretos deve ser feita sempre em favor do agente e da autoridade do Estado.* Isto é, só vamos reconhecer ilícito, quando este fique claro, como caso em que se aplicam as algemas sem nenhum risco, com o só propósito de expor o preso à execução pública, ou de lhe impor, longe do público, constrangimento absolutamente desnecessário. *Nos casos de dúvida, a interpretação tem sempre de ser a favor do agente do Estado, porque realmente é situação perigosa a de conduzir preso. Não se trata de ato anódino [...].* (DJe n. 214/2008, p. 18) [grifo nosso]

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que, além da impossibilidade de inovação do ordenamento jurídico pátrio por uma súmula vinculante – sob pena de ferimento do princípio da separação dos poderes – os requisitos para a edição da Súmula Vinculante n. 11 não foram cumpridos.

Também não há como não concluir que o Pretório Excelso, no afã de cumprir seu relevante papel constitucional de guardião dos direitos fundamentais dos cidadãos, e, noutra vértice, sensível demais à mídia que deu ampla cobertura na prisão de pessoas “públicas”, olvidou uma miríade de situações fáticas do cotidiano da autoridade policial e demais agentes públicos.

Em verdade, deveria concluir que, numa acurada leitura do ordenamento jurídico vigente, já existem regras suficientes para o uso moderado das algemas – entre eles, os já citados arts. 284 e 292, ambos do Código de Processo Penal –, que nunca foi, portanto, desregrado ou arbitrário.

Dessa feita, forçoso observar que a malfadada súmula não trouxe qualquer melhoria às situações em que possa caber o uso de algemas, tendo o Supremo Tribunal Federal, em verdade, tão somente limitado-se a erigir a um enunciado sumular seu entendimento acerca da excepcionalidade do emprego do artefato, pondo fim, entre outras coisas, ao sensacionalismo feito pela mídia quando uma prisão ou outro ato processual é realizado.

Ao fim, bastava reprimir de forma contundente aquele agente público que teve o objetivo de expor o conduzido à situação vexatória e reprovável, pois se trata de hipótese de mera aplicação da legislação vigente.

REFERÊNCIAS

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Direito constitucional*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HERBELLA, Fernanda. *Algemas e a dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Lex Editora, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2005.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Alex Marins (Tradução). São Paulo: Martin Claret, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho

Eider Nogueira Mendes Neto

1 Princípios jurídicos. 2 Princípios aplicáveis ao Direito Penal. 2.1 Princípio da intervenção mínima. 2.2 Princípio da fragmentariedade. 3 Princípio da insignificância. 3.1 Origem. 3.2 Conceito. 4 Princípio da insignificância como instrumento de razoabilidade e interpretação restritiva. 5. Exclusão da tipicidade penal. 6 Bem jurídico penal. 7 Incidência do princípio da insignificância segundo a doutrina. 8 Incidência do princípio da insignificância segundo a jurisprudência. 9 Crime de descaminho e o bem jurídico protegido pela norma penal. 10 Evolução da aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho, segundo a jurisprudência. 11 Entendimento quanto à aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho. 12 Conclusão.

1 Princípios jurídicos

O significado do termo “princípio” provém do latim *principiare* que significa: “aquilo que se toma primeiro”. Portanto, indica início, fonte primária, ponto de partida. Constitui-se alicerce de toda ciência, a base de construção científica ordenada, que garante a compreensão de modo organizado de todo o sistema.

O autor francês André Lalande (1996, p. 861), na sua obra *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*, conceitua os “princípios de uma ciência”, como:

[...] conjunto de proposições diretivas, características, às quais todo o desenvolvimento ulterior deve ser subordinado. Princípio, nesse sentido, e *principal* evocam, sobretudo a ideia do que é primeiro em importância e, na ordem de assentimento, do que é “fundamental”.

Para o jurista Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1997, p. 29), é o:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

No campo da ciência jurídica, os princípios devem ser vistos como normas fundamentais que regulam conflitos em casos concretos. Celso Antônio Bandeira de Mello (1994, p. 15) afirma que somente “há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito”.

Segundo Paulo Bonavides (1994, p. 255), os princípios jurídicos cumprem três funções clássicas: fundamentadora, interpretativa e supletiva.

A primeira função consiste na capacidade de servir de fonte primária, de alicerce, ao ordenamento jurídico, em razão de representarem os valores supremos da sociedade. Assim, Daniel Sarmento (2000, p. 54) ensina:

[...] em primeiro lugar, em razão da sua acentuada carga axiológica e proximidade do conceito de justiça, os princípios constitucionais assumem a função de fundamento de legitimidade da ordem jurídico-positiva, porque corporificam, nas palavras de Paulo Bonavides, os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

A segunda função dos princípios, interpretativa, serve de orientação aos juristas na interpretação da legislação, para adequá-la aos valores fundamentais considerados em cada ramo do direito. Nesse sentido, Daniel Sarmento (2000, p. 54):

[...] os princípios constitucionais desempenham também um papel hermenêutico constitucional, configurando-se como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais. Neste sentido, os princípios constitucionais representam o fio-condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados.

Por fim, a terceira função dos princípios (supletiva) lhe incube a tarefa de complementar a ordem jurídica quando constatada a inexis-

tência de legislação regulando o caso em apreciação. No que tange a essa função, Daniel Sarmento (2000, p. 54) assim expõe:

os princípios constitucionais apresentam, ainda, uma função supletiva, regulando imediatamente o comportamento dos seus destinatários, diante da inexistência de regras constitucionais específicas sobre determinadas matérias.

Verifica-se, pois, que as funções permitem aos princípios resguardarem a unidade da ordem jurídica, assegurando a integração e harmonia, bem como a atualização permanente do sistema jurídico positivo.

Daí a importância do estudo dos princípios e de suas aplicações em casos concretos, uma vez que são marcos regulatórios para qualquer intérprete da ciência jurídica.

Assim, considerando o princípio como definidor de todo o sistema jurídico, tido como preceito fundamental para a prática e proteção aos direitos, conclui-se que é muito mais grave transgredir um princípio do que transgredir uma norma expressa, pois, assim agindo, ofende-se não apenas um mandamento obrigatório específico, mas todo o conjunto sistêmico.

2 Princípios aplicáveis ao Direito Penal

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, possui características garantistas, prevendo em seu bojo vários princípios fundamentais de garantias aos cidadãos, todos aplicáveis em matéria penal.

Esses princípios constituem o alicerce do Direito Penal moderno, assegurando aos cidadãos garantias e direitos fundamentais em face do poder punitivo do Estado, do qual é exemplo o “princípio da presunção de inocência”.

É importante destacar que, além dos expressamente previstos na Constituição Federal, existem princípios implícitos que também regem o Direito Penal, “já que a construção e aplicação das normas penais devem, imperiosamente, estar em consonância com o sentido da justiça e liberdade proposta pela Constituição” (SILVA, 2004, p. 74).

Os doutrinadores pátrios retiram da Constituição Federal vários princípios que devem reger o Direito Penal, senão vejamos:

René Anel Dotti (1985, p. 27-39), segundo as bases constitucionais do Direito Penal, apresenta os seguintes: intervenção mínima, intervenção legalizada, legalidade dos ilícitos e das sanções, irretroatividade da lei mais severa e retroatividade da lei mais benigna, personalidade e individualização das sanções, responsabilidade em função da culpa, retribuição proporcionada, reações penais como processo de diálogo (finalidade da pena) e humanidade das sanções.

César Roberto Bitencourt (2007, p. 10-24) relaciona os seguintes: legalidade ou da reserva legal, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade, humanidade, irretroatividade da lei penal, adequação social, insignificância, ofensividade e proporcionalidade.

Por sua vez, Luiz Régis Prado (2000, p. 78-86) aponta como princípios: legalidade, irretroatividade, culpabilidade, exclusiva proteção dos bens jurídicos, intervenção mínima, fragmentariedade, pessoalidade, individualização da pena, proporcionalidade, humanidade, adequação social e insignificância.

Percebe-se, assim, que os princípios que regulam a aplicação do Direito Penal, apesar da variedade, possuem características comuns, todas ligadas à interpretação do texto constitucional e em consonância com a proteção do princípio da liberdade que permeia as estruturas de um Estado Democrático de Direito (SILVA, 2004, p. 76).

Destarte, como visto, alguns princípios que não estão expressamente previstos na Constituição Federal são plenamente aceitos pela doutrina e pela jurisprudência. Três deles são de extrema importância para o presente estudo, quais sejam: os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e, por fim, o da insignificância.

Não obstante o objeto do presente trabalho ser a aplicação do Princípio da Insignificância, mister se faz a compreensão dos outros dois princípios *sus* mencionados, uma vez que aquele (insignificância) deriva, exatamente, desse contexto de Direito Penal mínimo e fragmentário, consoante restará evidente nas linhas a seguir.

2.1 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima tem como destinatário o próprio criador da norma, uma vez que impõe limites ao arbítrio do legislador, impedindo que sejam cominadas sanções cruéis e degradantes.

Desse princípio também se ressaí que o Direito Penal tem características subsidiárias com relação aos outros ramos do direito, já que as sanções penais só devem incidir quando fracassadas as demais formas protetoras do bem jurídico tutelado.

É dizer: a intervenção penal só é legítima quando os outros ramos do direito estiverem ausentes, falharem ou forem insuficientes para prevenir ou punir uma conduta ilícita e socialmente reprovável, ou seja, o Direito Penal só atuará quando estiverem esgotados todos os meios extrapenais de controle social, pois, modernamente, a incidência das normas de Direito Penal deve ser entendida como último recurso (*ultima ratio*).

Nesse sentido, traz-se à colação ensinamento de César Roberto Bitencourt (2007, p. 13):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

[...]

Resumindo, antes de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social.

2.2 Princípio da fragmentariedade

Existem alguns fatos ilícitos que, pela irrelevância do resultado, não justificam a intervenção do Estado. Decorre daí que o Direito Penal alcança apenas os fatos ilícitos mais graves, que ferem de modo vultuoso o bem jurídico protegido pela norma penal, portanto, a fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima do estado.

Segundo o princípio da fragmentariedade, o Direito Penal deve se limitar a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes. A fragmentariedade é um critério para a criminalização das condutas, não representando, de forma alguma, lacunosidade deliberada na tutela de certos bens e valores, e sim, o limite necessário para evitar um totalitarismo pernicioso à liberdade (PRADO, 2000, p. 120).

Sobre o caráter fragmentário do Direito Penal, Nilo Batista (2002, p. 86) assevera que, “se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa”.

Extrai-se dessa orientação que nem toda conduta lesiva aos bens jurídicos será censurada pelo Direito Penal. Da mesma forma, nem todo bem jurídico receberá a proteção penal.

Sobre o princípio da fragmentariedade, Paulo de Souza Queiroz (1998, p. 119) faz as seguintes ponderações:

É sabido que não outorga o direito penal proteção absoluta aos bens jurídicos (vida, integridade física, honra etc.), e sim relativa; que não constitui um sistema exaustivo, cerrado, de ilícitudes, mas descontínuo. Ou seja, não protege todos os bens jurídicos, e sim, os mais fundamentais, e nem sequer os protege em face de qualquer classe de atentados, mas tão-só dos ataques mais intoleráveis. Daí dizer-se fragmentária essa proteção (caráter fragmentário), pois se concentra o direito penal não sobre um todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja absolutamente indispensável.

Decorre desses preceitos que o Direito Penal, por sua qualidade fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não devendo “preocupar-se com bagatelas. O mesmo entendimento é o de Claus Roxin, para quem o princípio da insignificância permite na maioria dos tipos penais fazer-se a exclusão, desde o início, dos danos de pouca importância”. (TOLEDO, 2000, p. 122).

Percebe-se, à evidência, a correlação entre os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade com o princípio da insignificância, pois este materializa as diretrizes determinadas por aqueles, excluindo a tipicidade da conduta.

Sim, o princípio da insignificância age como instrumento de seleção qualitativo-quantitativo das condutas mais graves contra os bens jurídicos atacados, com o fito de estabelecer um padrão razoável de aplicação da lei criminal, denominado de “mínimo ético” do Direito Penal, e compõe um sistema comedido para eliminar as injustiças formais da lei penal, firmado nos pressupostos de defesa dos interesses humanos fundamentais, previstos na Constituição Federal (SILVA, 2004, p. 127).

Ante a importância do tema para o este estudo, passar-se-á à análise detalhada do princípio da insignificância.

3 Princípio da insignificância

3.1 Origem

O princípio da insignificância surgiu à época do Direito Romano, em que o pretor não cuidava de causas ou delitos de menor importância, contudo foi modernamente evidenciado pelo professor alemão Claus Roxin em 1964, partindo do brocardo latino: *minima non curat praetor*, ou *minimis non curat praetor* ou, ainda, *de minimis praetor non curat*, o qual significa que o Estado ou “o magistrado (sentido de *praetor* em latim medieval) deve desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis” (REBÊLO, 2000, p. 31).

Eis as palavras do jurista alemão Claus Roxim (1972, p. 53) sobre o Princípio da Insignificância:

[...] hacen falta principios como el introducido por Welzel, de adecuación social, que no es una característica del tipo, pero sí un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles. A esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia [...]. Si con estos planteamientos se organizara de nuevo consecuentemente la instrumentación de nuestra interpretación del tipo, se lograría, además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad en nuestro país.

No Brasil, o primeiro a encampar essa teoria foi Francisco de Assis Toledo (1999, p. 133), que assim discorreu sobre o tema:

Wensel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxim propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do princípio da insignificância que permite na maioria dos tipos excluir danos de pouca importância.

3.2 Conceito

Ab initio, cumpre consignar que o princípio da insignificância não se apresenta de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, tem a sua aplicação assegurada pela doutrina e por diversas decisões judiciais sempre que o delito praticado não expressar grande prejuízo ao bem jurídico tutelado na norma penal.

Para definir o princípio da insignificância, Francisco de Assis Toledo (1999, p. 133), precursor da tese, consignou:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, parágrafo 1º, “d”, não será certamente a posse de pequena quan-

tidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem consequências palpáveis; e assim por diante.

Destarte, o renomado professor defende a atipicidade do fato que, dada a sua irrelevância, sequer ofende o bem jurídico protegido. Apenas os ataques mais lesivos e inadequados socialmente poderão receber a atenção e a proteção do Direito Penal. Percebe-se, no entanto, que, para se chegar a tais conclusões, o intérprete não poderá dissociar-se dos postulados de intervenção mínima e fragmentariedade do Direito Penal.

Portanto, não é qualquer violação à norma que será capaz de configurar o injusto penal típico. É necessário que haja ofensa de gravidade relevante ao bem jurídico tutelado. Desse modo, certos fatos que se enquadram no tipo penal podem ter a tipicidade da conduta, de pronto, afastada, por não apresentarem nenhuma relevância material, já que o bem jurídico não chegou verdadeiramente a ser lesado.

Nesse sentido, é a lição de Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 245), *verbis*:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio da bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser tutelado.

[...]

Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através de consideração global da

ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, “a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de estabelecer à simples luz de sua consideração isolada.”

Por sua vez, o doutrinador Carlos Vico Manãs (1994, p. 81) firmou entendimento situando o Princípio da Insignificância como causa de exclusão da tipicidade, asseverando que o juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devem ser estranhos ao Direito Penal, seja pela sua aceitação perante a sociedade, seja pelo dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o Direito Penal só deve ir até aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal, não se ocupando de causas insignificantes.

Já Zaffaroni e Pierangeli (1997) estabelecem que a insignificância da afetação de bens jurídicos exclui a tipicidade, mas só pode ser definida mediante consideração conglobada da norma. Para esses autores, o Princípio da Insignificância seria causa de atipicidade conglobante.

Diomar Ackel Filho (1988, p. 73), de sua parte, entende que o Princípio da Insignificância é aquele que permite invalidar a tipicidade de fatos que, “por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovação, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal”.

Percebe-se, pois, que a doutrina aceita a aplicação do princípio da insignificância *como forma de exclusão da tipicidade penal* em algumas condutas que, embora formalmente tipificadas (ou descritas) como crime, devem ser excluídas da incidência da norma penal, por não ferirem em grande monta o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

É dizer: não é qualquer violação à norma que será capaz de configurar o injusto penal típico; é necessário que haja ofensa de gravidade relevante ao bem jurídico tutelado.

4 Princípio da insignificância como instrumento de razoabilidade e interpretação restritiva

Após a análise do conceito do princípio da insignificância, conclui-se que este deve ser entendido como um recurso de interpretação restritiva do Direito Penal. Através dele, entende-se o texto penal com base em critérios de equidade e de razoabilidade para restringir a amplitude abstrata do tipo penal.

Não se pretende, com a interpretação do princípio da insignificância afastar a incidência da lei penal, mas aplicá-la da forma mais correta, com moderação, igualdade e razoabilidade, ainda que em detrimento do direito objetivo, de modo a alcançar-se o sentido material da Justiça (SILVA, 2004, p. 109). Isto porque se busca evitar a prática de injustiças decorrentes de uma aplicação radical da lei.

Corroborando esse entendimento, assevera Diomar Ackel (1998, p. 73):

O princípio da insignificância se ajusta à equidade e correta interpretação do Direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em uma sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, se exige uma hermenêutica mais condizente do direito, que se não pode ater a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de se desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças.

Assim, a lei penal, entendida como critério de razoabilidade, visa descrever uma fronteira para reduzir os tipos penais expressos por meio de uma “fixação criteriosa de métodos reconhecedores e desconhecedores da relevância ético-jurídica de fatos praticados, através de uma interpretação atual e ontológica da própria norma, individualmente considerada, e de Direito, como sistema” (LOPES, 1997, p. 58).

Nesse passo, *mister* reconhecer que o princípio da insignificância faz uso do juízo de razoabilidade com o objetivo de identificar o sentido material da lei penal e, por consequência, alcançar o primado da Justiça.

Sobre a matéria, pontifica Ivan Luiz da Silva (2004, p. 111):

A função do Princípio da Insignificância consiste em servir de instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, tomando-o como possuidor de um conteúdo material, para excluir do âmbito da lei penal condutas formalmente típicas que, em face de sua escassa lesividade, não demonstram relevância jurídica para o Direito Penal.

Conclui-se, pois, que o princípio da insignificância, através de critérios de moderação, igualdade e razoabilidade, caracteriza-se por ser um instrumento de interpretação restritiva do Direito Penal, com o propósito de evitar que injustiças sejam causadas pela aplicação literal da legislação castrense.

Doutra banda, é importante esclarecer que o princípio da insignificância não poderá ser utilizado de forma desregrada ou excessiva, pois, se utilizado com amplitude exagerada e arbitrária, também provocará situações de injustiça para a vítima. Daí a necessidade de ser aplicado em conjunto com o princípio da razoabilidade.

Marcelo Lopes (2000, p. 53-54) adverte sobre os riscos da imprecisão e ampliação da interpretação do princípio da insignificância:

Apenas o registro, porque parece faltar à doutrina, como um todo, a evidenciação do procedimento reconhecedor da criminalidade de bagatela. Urge retirá-la do empirismo, da conceituação meramente individual e pessoal de cada autor ou pretor que faça do seu senso de justiça um conceito particular de bagatela. Esse é o caminho mais curto ao caos e à ruína do princípio, posto que, construído para a garantia da justiça material, aplicado arbitrariamente tende a reproduzir escala de injustiça análoga à praticada pelo sistema legal em sua dogmática.

[...]

Deixar vazar sem controle a amplitude do princípio da insignificância implica não apenas na quebra da garantia do princípio da legalidade – que de resto já é transformado pelo princípio da bagatela – mas na ruptura daquilo que se tornou a razão mais nobre para a sua defesa – a igualdade.

Repise-se: o princípio da insignificância não tem a intenção de afastar a incidência da lei penal de modo discricionário, mas, sim, de aplicá-la da forma mais correta possível, por critérios de razoabilidade, especialmente.

5 Exclusão da tipicidade penal

Para que uma conduta humana seja considerada criminosa, é imprescindível a presença de todos os elementos constitutivos do tipo. Em primeiro lugar, a existência de seu ajuste perfeito a uma descrição delituosa contida na lei penal, com prévia cominação legal (princípio da legalidade). Além disso, a conduta deve ser materialmente ofensiva, ou ainda perigosa ao bem jurídico tutelado, ou ética e socialmente reprovável. Ações toleradas pela coletividade ou causadoras de danos desprezíveis ao bem protegido pela norma penal não são compreendidas pelo tipo legal do crime.

Para a caracterização da tipicidade penal será necessária a conjugação de três feições: a tipicidade formal ou objetiva, o aspecto subjetivo e a tipicidade material ou normativa.

A tipicidade formal define-se pelo enquadramento da conduta praticada pelo agente ao tipo definido no texto legal; o aspecto subjetivo expressa o dolo do agente, o *animus* de cometer o delito e, finalmente, o aspecto material pressupõe averiguar se o ato praticado provoca lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, se possui relevância penal.

Tais aspectos da tipicidade penal foram definidos pelo ministro Arnaldo Esteves Lima, na decisão monocrática proferida nos autos do REsp n. 1084434/PR, publicada em 12.2.2009, *verbis*:

A moderna doutrina (Teoria Constitucionalista do Delito) desmembra a tipicidade penal, necessária à caracterização do fato típico, em três aspectos: o formal ou objetivo, o subjetivo e o material ou normativo.

A tipicidade formal consiste na perfeita subsunção da conduta do agente ao tipo (abstrato) previsto na lei penal, possuindo como elementos: a conduta humana voluntária, o resultado jurídico, o nexo de causalidade e a adequação formal.

O aspecto subjetivo do fato típico expressa o caráter psicológico do agente, consistente no dolo.

A tipicidade material, por sua vez, implica a verificação se a conduta – subjetiva e formalmente típica – possui relevância penal, em face da significância da lesão provocada no bem jurídico tutelado, obser-

vando-se o desvalor da conduta, o nexo de imputação e o desvalor do resultado, do qual se exige ser real, transcendental, intolerável e grave (significante).

Assim, para a caracterização da tipicidade penal, além da existência do dolo do agente, será necessário a soma da tipicidade formal (conformação do fato à letra da lei) com a tipicidade material (valoração da ofensa ao bem jurídico no caso concreto).

Destarte, o operador do direito deve entender o tipo penal não apenas sob o aspecto formal, de cunho diretivo, mas também na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, eis que algumas condutas que aparentam ser típicas, antijurídicas e culpáveis, em certos casos, não caracterizam infração penal por não ofenderem o bem jurídico tutelado, pois, excluída está a tipicidade material. A ação há de ser ofensiva ou perigosa a um bem jurídico (LOPES, 1997, p. 113).

Conclui-se, portanto, que devem ser levadas em consideração tanto a aceitação social da conduta, quanto a sua lesividade, para a aplicação do princípio da insignificância, só se justificando a intervenção do Estado quando a lesão ferir de forma relevante o bem jurídico tutelado. Assim, ficando caracterizada apenas a tipicidade formal, a conduta não possuirá relevância jurídica penal, o que afasta a aplicação das sanções previstas nas normas penais, ante o postulado da insignificância.

6 Bem jurídico penal

Consoante definido nos tópicos anteriores, o Direito Penal, como ciência de caráter fragmentário e subsidiário, atuante na proteção dos bens jurídicos tutelados na norma penal, deve ser aplicado apenas quando ficar evidenciado algum perigo concreto a valores fundamentais da sociedade, ou seja, só incide até o limite necessário para a proteção do bem jurídico.

Assevera Carlos Ismar Baraldi (1994, p. 33):

[...] o Direito Penal, para ser visto com olhos de jurista, não deve ser confundido com a “Tábua dos Dez Mandamentos”, a orientar a conduta

ética das pessoas; ao contrário, como ciência de caráter fragmentário, que atua na proteção de bens jurídicos, seletiva e rigorosamente determinados e previamente definidos em lei. Assim, como nem tudo que é imoral é ilegal a ponto de merecer sua proteção, ainda que se entenda ter havido lesão à ordem moral, um fato não merecerá sua tutela se não houve lesão a um bem jurídico protegido. Inocorreu ilicitude penal. Vejam se os casos – tormentosos casos – das mães de aluguel, da união familiar de homossexuais e das operações para “mudança de sexo” destes últimos, onde há flagrante lesão da ordem moral sem, contudo, haver crime.

Da interpretação de valores intrínsecos da sociedade e a necessidade de proteção da vítima, nasce o bem jurídico tutelado pela norma, que servirá de marco para o legislador criar os tipos penais e suas penas de acordo com a gravidade da conduta. Assim, o bem jurídico constitui “conceito central das teorias do tipo e do delito, que guarda estreito paralelismo com a concepção geral do direito do estado que se adote” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 440).

Acerca do tema, leciona Everardo da Cunha Luna (1985, p.14):

[...] o princípio do bem jurídico é a segunda construção dogmática penal inspirada pelas ideias liberais no Estado de Direito. Uma ação humana só é criminosa quando viola um bem protegido pela norma jurídica. Todos os elementos materiais do crime podem estar presentes numa determinada ação, mas se o bem jurídico, protegido pela lei, não foi lesado pela ação, o crime não se configura. Assim, no exemplo de Giuseppe Biettiol, uma falsificação grosseira não é uma falsificação criminosa. Como não é furto a subtração de coisa alheia de valor ínfimo. Como a diminuta lesão corporal não é crime de lesão corporal. Os bens jurídicos são objetivos, limitados, e estão contidos na lei, expressa ou implicitamente. A vida, a integridade corporal, a saúde, a honra, a liberdade pessoal, o patrimônio, o sentimento religioso, a administração pública etc., são bens jurídicos, bens indispensáveis ao homem e à sociedade.

No mesmo sentido é a lição de Raul Zaffaroni e José Pierangeli (1997, p. 439):

Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isto que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro

sentido teleológico (de telos, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um “para quê?” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa “jurisprudência de conceitos”.

[...]

Quando não se pergunta para que a norma proíbe essa conduta, só nos resta dizer que o dever se impõe por si mesmo, porque é o capricho, o preconceito, o empenho arbitrário de um legislador irracional. Resultará violado o princípio republicano de governo (art. 1º da CF), que impõe a racionalidade de seus atos. [...] O bem jurídico cumpre duas funções, que são duas razões fundamentais pelas quais não podemos dele prescindir; a) uma função *garantidora*, que emerge do princípio republicano; uma função *teleológico-sistemática*, que dá sentido à proibição manifestada do tipo e a limita. Ambas funções são necessárias para que o direito penal se mantenha dentro dos limites da racionalidade dos atos de governo, impostos pelo princípio republicano [...].

Verifica-se, pois, que os objetivos dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal são a proteção do ofendido e a proteção da coletividade. O seu fim precípua é o resguardo da vítima e, em especial, da sociedade, protegendo tudo aquilo que é importante para o grupo de indivíduos, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, o patrimônio e a paz pública, para citar alguns.

Deste modo, repisa-se, para a aplicação das sanções previstas nas normas penais é necessário que o bem jurídico tutelado (considerado como elemento central do injusto penal), eleito pelo legislador em razão dos valores da sociedade, tenha sido violado de maneira representativa, gerando, ao menos, desconforto ao valor protegido pela norma.

7 Incidência do princípio da insignificância segundo a doutrina

Grande parcela dos casos de aplicação do princípio da insignificância se dá nos delitos contra o patrimônio privado, como, por exemplo, no crime de furto, já que a mensuração do grau da ofensa praticada é de mais fácil percepção.

Rogério Greco (2008, p. 86) sustenta a sua incidência “nos delitos de furto, dano, peculato, lesões corporais, consumo de drogas etc.”.

Paulo Queiroz (1998, p. 52), ao fazer uma correlação com o princípio da proporcionalidade, invoca o princípio da insignificância “nos crimes violentos ou com grave ameaça à pessoa, consumados ou tentados, se não para absolver o réu, pelo menos para desclassificar a infração penal, por exemplo, em crimes complexos, como o roubo (CP, art. 157)”.

A doutrina não coloca limites para incidência do princípio da insignificância, admitindo, também, a sua aplicação nos delitos que atingem o patrimônio público, como no crime de descaminho.

Nessa linha de pensamento, assevera Luiz Flávio Gomes (2005, p. 14):

A novidade na matéria, agora, reside na Portaria n. 49, de 01.04.2004, do Ministério da Fazenda, que autoriza: a) a não inscrição como dívida ativa da União e débitos com a fazenda nacional de valor até R\$ 1.000,00 e b) o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos até R\$ 10.000,00. Ora, se esse último valor não é relevante para fins fiscais, com muito maior razão não o será para fins penais. Débitos fiscais com a Fazenda Pública da União até R\$ 10.000,00, em suma, devem ser considerados penalmente irrelevantes. Se sequer é o caso de execução, com maior razão não deve ter incidência no direito penal.

Frise-se, por oportuno, que a maioria dos doutrinadores não apresentam óbice para a aplicação do princípio da insignificância em delitos que ferem o patrimônio público, entretando, o valor de referência utilizado é que vem causando grande polêmica, pois não admitem “que seja delito de bagatela aquele que atinge o patrimônio público de forma grave, este composto de valores administrados pelo Estado, mas pertencentes ao povo” (AMORIM, 2007, p. 27).

8 Incidência do princípio da insignificância segundo a jurisprudência

Os tribunais pátrios também admitem a aplicação do princípio da insignificância nos mais diversos crimes. Contudo, na maioria dos

casos, não aceitam a sua aplicação nos crimes contra a administração pública porque os bens jurídicos tutelados nesses delitos são a moral administrativa e o patrimônio, e aquela não pode ser mensurada como ínfima. (REsp 655.946/DF, rel. ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 27.2.2007, DJ 26.3.2007, p. 273).

A exceção a essa regra acontece quanto ao crime de descaminho, pois todos os tribunais admitem a possibilidade de aplicação do referido princípio, que exclui a tipicidade material. Entretanto, consoante ocorre na doutrina, existe discórdia, mas tão somente no que tange ao valor utilizado para o reconhecimento da insignificância.

Para a aplicação do princípio da insignificância, seja qual for o crime, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com respaldo em julgados do Supremo Tribunal Federal, vem exigindo, além da *inexpressividade da lesão jurídica provocada*, mais três elementos para que haja a sua incidência, quais sejam, a *mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação* e o *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*.

Nesse sentido, decidiu o ministro Arnaldo Esteves Lima, no REsp n. 1084434/PR, publicado em 12.2.2009, *verbis*:

Com efeito, consoante asseverou, com absoluta propriedade, o Min. CELSO DE MELLO, no julgamento do HC 84.412/SP, para a incidência do princípio da insignificância, faz-se necessária a incidência de quatro vetores, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Segundo o relator, “O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social” (DJ de 19.11.2004).

9 Crime de descaminho e o bem jurídico protegido pela norma penal

Feitas todas as observações quanto à possibilidade de incidência do princípio da insignificância, passar-se-á à análise da conduta típica

definida no art. 334 do Código Penal, especificamente o crime de descaminho (objeto deste estudo), definido na segunda parte da norma mencionada, senão vejamos:

Importar ou exportar mercadoria proibida ou *iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria*:

Pena – reclusão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos. (grifos nosso).

Consoante define Damásio de Jesus (2000, p. 880), o termo descaminho significa fraude no pagamento de impostos e taxas devidas para entrada ou saída de mercadorias no País. Tais entradas ou saídas do produto são permitidas no território nacional, contudo, o autor do crime fraudula o pagamento do tributo exigido, ou seja, o agente engana o Poder Público, deixando de efetuar o pagamento devido mediante expediente fraudulento.

O crime de descaminho, por ser delito comum, pode ser praticado por qualquer pessoa, tendo sempre como sujeito passivo o Estado, principal interessado na regularidade da importação ou exportação de mercadorias e na cobrança dos direitos e impostos delas decorrentes (MIRABETE, 2001, p. 385).

O crime consuma-se quando se configura a burla, no todo ou em parte, no pagamento de direito ou de imposto devido pela entrada ou saída da mercadoria. O delito, dessa maneira, resta consumado quando ocorrer a liberação pela alfândega, isto é, no instante em que é ultrapassada a fiscalização sem o pagamento do imposto devido, ou ainda na modalidade de exportação, ou seja, com a saída da mercadoria do território nacional.

Percebe-se, pois, desses postulados, que o bem jurídico tutelado no delito de descaminho é a administração pública em seu interesse fiscal, portanto, é a arrecadação tributária que se pretende preservar.

Deste modo, para que se caracterize uma lesão relevante no delito de descaminho, é imprescindível mensurar o valor do tributo iludido, para, só então, definir se houve lesão tributária relevante ao bem jurídico tutelado pelo Estado.

10 Evolução da aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho, conforme a jurisprudência

Consoante registrado em tópico anterior, a jurisprudência admite a incidência do princípio da insignificância na hipótese do crime de descaminho, apesar de ser considerado delito contra a administração pública, que tem como bens jurídicos a moral administrativa e o seu patrimônio.

Desde os tempos do extinto Tribunal Federal de Recursos, os julgadores admitiam a sua aplicação, bastando que ficasse demonstrado a pequena quantidade de mercadoria apreendida, a boa-fé do agente e a ausência de destinação comercial (GOMES FILHO, p. 3).

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal exige, para aplicação do Princípio da Insignificância, a presença de quatro requisitos que devem ser considerados em qualquer crime, quais sejam: a) a mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No que tange ao crime de descaminho, percebe-se claramente que os agentes, ao cometerem o delito, se enquadram nas hipóteses das letras “b” e “c”, uma vez que, realmente, é reduzida a periculosidade social da ação, não apresentando riscos à sociedade, já que os bens descaminhados são equivalentes aos livremente comercializados no Brasil. Da mesma forma, não é grave a reprovabilidade do comportamento, pois os bens adquiridos são lícitos.

Quanto aos outros dois requisitos: a) a mínima ofensividade da conduta do agente e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada, é que surge a divergência na doutrina e nos julgados dos diversos tribunais. Isto porque, para a sua aferição, será necessário analisar o montante em dinheiro que deixou de ser recolhido aos cofres públicos, devendo esse valor ser mínimo e refletir uma inexpressividade da lesão provocada ao bem jurídico que, no caso do descaminho, é o montante do tributo que não foi devidamente recolhido.

É certo que no delito de descaminho, as normas de Direito Tributário influenciarão na hipótese de aplicação do princípio da insignificância, pois o bem jurídico protegido é o interesse fiscal da Administração Pública. Trata-se, pois, de um crime de sonegação fiscal, sendo o Direito Tributário responsável por fornecer os limites para a tipicidade material desses delitos.

Surge, então, desses postulados a divergência de interpretação a respeito do valor que dever ser considerado para efeito de aplicação do princípio da insignificância.

A tese da aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho surgiu na comparação entre o valor do tributo supostamente sonegado e aqueles valores concebidos como desinteressantes para a Fazenda Pública realizar a inscrição em dívida ativa ou propor ação de execução fiscal.

Assim, encampou-se a tese do direito penal mínimo, ou seja, se o próprio Estado expressava seu desinteresse na exigência do tributo, não deveria ser aplicado o direito penal.

No Brasil, sucederam-se diversos diplomas legais tributários, onde vinham expressos os valores mínimos passíveis de cobrança pelo Estado, os quais passaram a servir de baliza para a aplicação do princípio da insignificância.

Deste modo, antes de sustentar qualquer tese sobre a incidência do referido princípio no delito de descaminho, será demonstrada a evolução da legislação e dos julgados dos tribunais nacionais.

A primeira norma que regulou o CADIN – Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal – foi o art. 18 da Medida Provisória 1.110, de 30 de agosto de 1995, que dispunha:

Serão arquivados os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de valor consolidado igual ou inferior a mil Unidades Fiscais de Referencial, salvo se contra o mesmo devedor existirem outras execuções de débitos que, somados, ultrapassem o referido valor.

A Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, por sua vez, adotou o limite de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para fixar o desinteresse do Estado na cobrança dos débitos, prevendo que o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderiam autorizar a não-propositura e a extinção das ações fiscais em andamento. Assim, preconizava o art. 1º do referido dispositivo legal:

O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não propositura de ações e a não interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para a cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

Nesse passo, no âmbito do Ministério da Fazenda, foi editada a Portaria n. 289/1997 (DOU de 4.11.1997), autorizando, nos incisos I e II, do seu art.1º, “a não inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos para com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais)” e, ainda, “o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos para com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)”.

Posteriormente, dispôs a Medida Provisória n. 1.973-63, de 29 de junho de 2000:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

§ 1º Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados.

§ 2º Serão extintas as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a cem Unidades Fiscais de Referência.

Em 2002, foi editada a Lei n. 10.522, que previa, no seu art. 20, *verbis*:

Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Importante frisar que, antes da Lei n. 10.522/2002, o Superior Tribunal de Justiça já adotava o entendimento de aplicar o princípio da insignificância quando o Estado apontava não ter interesse na execução do crédito, contudo, somente após a edição desse último diploma legal, que o entendimento sedimentou-se e passou a ser adotado de maneira pacífica e reiterada nos julgados dos tribunais, adotando-se o limite de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para a incidência do princípio da insignificância, pois, além da previsão legal que indicava desprezo a tal valor, o montante não era suficientemente relevante para o erário movimentar a máquina pública a fim de reavê-lo.

Para que não parem dúvidas quanto à aplicação do princípio da insignificância com base nesse patamar, segue o precedente do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02. DESINTERESSE PENAL. PRECEDENTES.

1. Se a própria União, na esfera cível, a teor do art. 20 da Lei nº 10.533/2002, entendeu por perdoar as dívidas inferiores a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), não faz sentido apenar os recorridos pelo crime de descaminho, pelo fato de terem introduzido no país mercadoria estrangeira sem o recolhimento de tributo inferior ao mencionado valor.
2. Caracterizado o desinteresse penal, em virtude da irrelevância jurídica do bem para a tutela penal. Precedentes do STJ.
3. Recurso não conhecido.

(REsp 617049/RN, Rel. Min. LAURITA VAZ, publicado no DJU de 04/04/2005).

Entretanto, por meio da Lei n. 11.033/2004, o art. 20 da Lei n. 10.522/2002 foi alterado, passando a vigorar com a seguinte redação:

Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazende-

da Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

E o Ministério da Fazenda, com base no novo regramento legal, editou a Portaria n. 49/2004, que disciplinou a matéria da seguinte forma:

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).

Por tais fatos, a Fazenda Pública deixou de executar créditos com valores inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Assim, caso os ilustres julgadores do Superior Tribunal de Justiça mantivessem a mesma linha de raciocínio, aplicariam o princípio da insignificância no delito de descaminho quando o valor devido a título de tributo não ultrapassasse o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Entretanto, em posição diametralmente oposta, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça abandonou o posicionamento até então sustentado, negando aplicação do princípio da insignificância, mesmo em nos casos que o valor devido era inferior ao previsto para o não ajuizamento da ação de execução fiscal. Passou-se a entender que não seria razoável seguir o patamar da nova lei, ante o elevado valor.

Mas não foi só: além de desconsiderar o novo valor, modificou radicalmente seu posicionamento, deixando de aplicar o referido princípio, inclusive, nos casos onde o tributo devido não ultrapassasse R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), negando a aplicação da jurisprudência antes sedimentada sobre a incidência do princípio da insignificância no crime de descaminho.

A mencionada revisão de posicionamento ocorreu quando do julgamento do Recurso Especial n. 685.135/RS, relatado pelo Ministro Félix Fischer, o qual entendeu que só haveria desinteresse pe-

nal nos casos em que o tributo iludido fosse inferior ao montante de R\$ 100,00 (cem reais), quantia ensejadora do cancelamento (extinção) do crédito tributário.

Essa nova orientação foi firmada por meio da interpretação sistemática dos arts. 18, §1º, e 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002, que assim dispõem:

Art.18, §1º: Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, do valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

Art.20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante o requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Da análise desses dispositivos, verifica-se, realmente, que há coerência na interpretação do ministro Félix Fischer, pois o art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002 faz referência ao ajuizamento da ação de execução fiscal ou arquivamento, *sem baixa na distribuição*, o que indica que não haverá extinção definitiva do crédito tributário, mas apenas a sua suspensão provisória, podendo retornar a cobrança a qualquer tempo. Sem dúvidas, tal interpretação afasta a incidência do Princípio da Insignificância, com base no postulado do Princípio da Intervenção Mínima já que o Estado não renuncia aquele valor, podendo voltar a propor as respectivas ações fiscais.

Forte nesse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, culminou por firmar orientação no seguinte sentido:

Confrontando os dois dispositivos conclui-se facilmente que enquanto o art. 18, §1º determina o cancelamento (leia-se: extinção) do crédito fiscal igual ou inferior à R\$ 100,00 (cem reais), o art. 20 apenas prevê o não ajuizamento da ação de execução ou o arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito. Daí porque não se pode invocar este dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penal irrelevante. Com efeito, tal dispositivo apenas assevera que fica postergada a execução com vista a cobrança da dívida ativa enquanto o montante não alcançar os valores ali previstos, o que não se confunde com a extinção do crédito tributário. (REsp n. 685.135/PR, relator Ministro Felix Fischer, publicado no DJ de 2/5/2005).

É dizer: só ocorre a extinção (cancelamento) do crédito fiscal e, portanto, desinteresse penal, nos casos em que o tributo devido seja igual ou inferior ao valor de R\$ 100,00 (cem reais), pois a execução dos maiores fica prorrogada até que o montante alcance aqueles previstos para a imediata cobrança da dívida ativa, não se confundindo com a extinção do crédito tributário. Portanto, restou afastada a aplicação do princípio da insignificância com base nos valores previstos para o não ajuizamento da execução fiscal.

Vários foram os julgados que encampam essa tese, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. DIREITO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR EXCEDENTE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002, se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante. (REsp n. 685.135/PR, Relator Ministro Felix Fischer, DJU de 2/5/2005).
2. Em se mostrando que o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas excedeu ao limite pelo qual o Estado expressou o seu desinteresse pela cobrança, não há falar em aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.
3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 630.793/PR, Relator o Ministro HAMILTON CARVALHIDO, publicado no DJ de 6.08.2007).

RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ART. 18, § 1º, DA LEI N. 10.522/2002. EXISTÊNCIA DE CRÉDITO FISCAL.

1. O Estado é o sujeito passivo do delito de descaminho, o que enseja a aplicação do princípio da insignificância, como causa supralegal de exclusão da tipicidade, apenas quando a conduta imputada na peça acusatória não chegou a lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal.
2. Descabe aplicar o princípio da insignificância quando o valor do tributo apurado é superior ao montante previsto no art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002, como limite para extinção do crédito fiscal.
3. Precedentes desta Corte Superior.

4. Recurso desprovido.

(REsp n. 828.469/RS, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, publicado no DJ de 26.3.2007).

CRIMINAL. HC. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. ARTIGO 20, *CAPUT*, DA LEI 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 18, § 1º, DA LEI 10.522/2002. EXTINÇÃO DO CRÉDITO. ORDEM DENEGADA.

I. O entendimento desta Corte vem se firmando no sentido de que o princípio da insignificância deve ser aplicado com parcimônia, restringindo-se apenas às condutas sem tipicidade penal, desinteressantes ao ordenamento positivo.

II. Nos delitos de descaminho, embora o pequeno valor do débito tributário seja condição necessária para permitir a aplicação do princípio da insignificância, o mesmo pode ser afastado se o agente se mostrar um criminoso habitual em delitos da espécie.

III. O comportamento do réu, voltado para a prática de reiterada da mesma conduta criminosa, impede a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

IV. Aplicação da execução de crédito tributário do mesmo raciocínio seguido nas hipóteses de apropriação indébita de contribuições previdenciárias - para as quais se adota o valor estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos (art. 1º, I, da Lei 9.441/97).

V. O *caput* do art. 20 da Lei 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não à extinção do crédito, razão pela qual não se pode ser invocado como forma de aplicação do princípio da insignificância.

VI. Se o valor do tributo devido ultrapassa o montante previsto no art. 18, § 1º, da Lei 11.033/2004, que dispõe acerca da extinção do crédito fiscal, afasta-se a aplicação do princípio da insignificância.

VII. Ordem denegada.

(HC no 66.316/RS, Relator o Ministro GILSON DIPP, publicado no DJ de 5.2.2007).

Para esses julgadores, insignificante passou a ser não mais aquilo que o Fisco deixa de executar, mas o valor que Estado renuncia, rejeita ou recusa, no caso, o montante previsto no § 1º do art. 18 da Lei n. 10.522/2002, ou seja, R\$ 100,00 (cem reais).

Em que pese a modernidade desse entendimento, mais recentemente, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem no Habeas Corpus n. 92.438, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, publicado em 19.8.2008, para trancar, por ausência de justa causa, uma ação penal contra réu denunciado por importar mercadorias do Paraguai, cujo valor do imposto devido chegava ao montante de R\$ 5.118,60 (cinco mil, cento e dezoito reais e sessenta centavos).

Tal entendimento restou fundamentado no art. 20 da Lei n. 10.522/2005, que determina o arquivamento, pela Fazenda Pública, das execuções fiscais de débitos inferiores ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), isto é, na tese então desprezada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na oportunidade do julgamento, consignou o ministro relator Joaquim Barbosa, *verbis*:

Eu concordo até com essa estupefação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, diante dessa norma que exonera administrativamente débitos de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais). É muito dinheiro, a meu ver. Mas a lei aí está.

Esse novo posicionamento se tornou público por meio do Informativo n. 516 do Supremo Tribunal Federal, que consignou:

Por ausência de justa causa, a Turma deferiu *habeas corpus* para determinar o trancamento de ação penal instaurada contra acusado pela suposta prática do crime de descaminho (CP, art. 334), em decorrência do fato de haver iludido impostos devidos pela importação de mercadorias, os quais totalizariam o montante de R\$ 5.118,60 (cinco mil cento e dezoito reais e sessenta centavos). No caso, o TRF da 4ª Região, por reputar a conduta do paciente materialmente típica, negara aplicação ao princípio da insignificância ao fundamento de que deveria ser mantido o parâmetro de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para ajuizamento de execuções fiscais (Lei 10.522/2002) e não o novo limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) instituído pela Lei 11.033/2004. Inicialmente, salientou-se o caráter vinculado do requerimento do Procurador da Fazenda para fins de arquivamento de execuções fiscais e a inexistência, no acórdão impugnado, de qualquer menção a possível continuidade delitiva ou acúmulo de débitos que conduzisse à superação do valor mínimo previsto na Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004 [Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição,

mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). § 1º Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados.]. Entendeu-se não ser admissível que uma conduta fosse irrelevante no âmbito administrativo e não o fosse para o Direito Penal, que só deve atuar quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido, quando falharem os outros meios de proteção e não forem suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do direito. HC n. 92.438/PR, relator o ministro Joaquim Barbosa, 19/8/2008. (HC-92438)

Após o julgado supracitado, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal também encampou a tese, *verbis*:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PACIENTE PROCESSADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 334, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL (DESCAMINHO). ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FAVORÁVEL À TESE DA IMPETRAÇÃO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. O descaminho praticado pelo Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado. 2. A análise quanto à incidência, ou não, do princípio da insignificância na espécie deve considerar o valor objetivamente fixado pela Administração Pública para o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das ações fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União (art. 20 da Lei n. 10.522/02), que hoje equivale à quantia de R\$ 10.000,00, e não o valor relativo ao cancelamento do crédito fiscal (art. 18 da Lei n. 10.522/02), equivalente a R\$ 100,00. 3. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Paciente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 4. Ordem concedida. (HC 96309, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 24/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-03 PP-00606).

Deste modo, diante dos recentes precedentes do Excelso Pretório, mais uma vez a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento, passando a aplicar o princípio da insignificância, na prática de descaminho, quando o valor do tributo suprimido fosse inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nesse sentido, traz-se à evidência recente precedente da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/02.

II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/8/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei n. 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte.

Recurso especial desprovido.

(REsp 1112748/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 13.10.2009).

Frise-se que, na oportunidade do Julgado, o ministro relator, além de reafirmar seu posicionamento no sentido de não aceitar que é insignificante a ilusão de tributos no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), consignou que essa não era a orientação majoritária da Corte, mas, em prol da otimização do sistema, iria aderir a tese capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se, portanto, que, não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ainda é muito controvertido o valor a ser considerado para incidência do princípio da insignificância no crime de descaminho, estando longe de ser pacificado, ante os balizados posicionamentos que defendem teses totalmente opostas.

11 Entendimento quanto à aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho

Conforme exposto alhures, o Supremo Tribunal Federal, por suas duas turmas, firmou entendimento no sentido de que incide o princípio da insignificância nos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002.

Entretanto, rendendo o máximo respeito aos defensores da tese, ousamos discordar desse posicionamento, nos filiando a outros pensadores, não menos relevantes, pelos motivos a seguir expostos.

Inicialmente, necessário lembrar que o delito de descaminho ofende diretamente o patrimônio público, haja vista a burla de tributos indispensáveis às atividades estatais, ou seja, os valores não recolhidos seriam aplicados no aparelhamento da educação, infraestrutura, saúde etc. Deste modo, não há como conceber, em hipótese alguma, que a sonegação de impostos no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) seja irrelevante para o Estado e, conseqüentemente, para efeitos penais.

E não se diga que o art. 20 da Lei n. 10.522/2002 renuncia ou estipula como irrelevante os valores abaixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Conforme analisado em tópico anterior, o que estabelece o dispositivo é o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais com valor igual ou inferior aquele patamar.

A Fazenda Nacional não renuncia a tais valores. Trata-se de um arquivamento momentâneo, diferente do que acontece na hipótese tratada pelo art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002. Assim, se existe um critério razoável, baseado na legislação tributária, para a incidência do princípio da insignificância como excludente de tipicidade penal, esse tem de ser o valor de R\$ 100,00 (cem reais), montante que possibilita o cancelamento total da cobrança, com baixa na distribuição, ante o desinteresse definitivo na cobrança pelo Estado.

Ora, o fato de existir um desinteresse momentâneo na cobrança judicial de débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) “não pode levar à conclusão de que o não pagamento do tributo é insignificante, que constitui uma lesão ínfima ao bem jurídico penal e, portanto, uma atipicidade penal material” (DEMerval, 2005, p. 25).

Na verdade, o Estado não perdoa o débito tributário quando dispensa a inscrição do devedor na dívida ativa, tampouco quando deixa de cobrar judicialmente esses valores. “Ainda que o resultado de não cobrar seja parecido com um verdadeiro perdão da dívida, ou falta de interesse, a aparência aqui engana desafortunadamente os que apenas a enxergam sem perscrutá-la” (AMORIM, 2007, p. 28).

O que se percebe é um mero planejamento estratégico para cobrar apenas os valores que comercialmente seriam interessantes para o Estado, balanceando os custos de uma demanda judicial e os valores que seriam recebidos, o que não indica desinteresse em receber a quantia. A Fazenda Pública faz essa opção apenas por não ser economicamente viável a cobrança dessa dívida. É questão de custo-benefício.

Corroborando com esse entendimento, pontifica Douglas Fischer (citado nas razões do acórdão proferido por ocasião do julgamento do REsp 1112748/TO, de relatoria do E. Ministro Felix Fischer, publicado no DJe de 13.10.2009):

A circunstância de o Estado não promover a cobrança (mediante execução fiscal) dos valores inferiores hoje a R\$ 10.000,00 não significa dizer que não haja interesse em receber as quantias. A providência inculpada em norma legal que autoriza o arquivamento (momentâneo) na distribuição das execuções fiscais diz tão somente com uma questão de política econômica e operacional da máquina de cobrança do Estado. Ou seja, a inserção de tal dispositivo justifica-se pelo fato de ser mais oneroso para o Estado cobrar as quantias objeto da prática criminosa, dado que as despesas para tanto superam aquele limite referido na norma retroreferida. Mas o dano social – protegido pela norma penal – parece continuar evidente, dependendo do caso concreto. Em suma, o fundamento das regras de âmbito cível – de não execução e/ou de cobrança dos valores – é evitar exatamente que a sociedade seja novamente penalizada, gastando-se mais que o próprio objeto do dano perseguido – o qual pertence aos cofres públicos.

Portanto, não é razoável entender que a Administração Pública dispensa ou renega o recebimento de valores abaixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), há apenas uma suspensão temporária. Desta forma, deve ser achado um parâmetro mais razoável para a exclusão da tipicidade penal no crime de descaminho.

Ademais, é válido ressaltar que, caso pacificado o entendimento de que deve ser aplicado o princípio da insignificância quando o tributo não ultrapassar o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o tipo penal do descaminho será praticamente descriminalizado, uma vez que a maioria dos crimes não passam desse patamar, e mais, qualquer pessoa poderia habitualmente fazer entrar no país, sem pagamento do tributo devido, mercadorias no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sonegando imposto de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com a anuência do Poder Judiciário, o que, por óbvio, não é razoável.

Corroborando esses argumentos, encontram-se as razões do voto proferido nos autos do Recurso em Sentido Estrito n. 2006.70.02.009609-8/PR, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *verbis*:

Aliás, a prevalecer a tese defendida pela eminente juíza monocrática, qualquer “atravessador” poderá ir ao Paraguai e de lá trazer para fins comerciais, quantas vezes quiser, inclusive no mesmo dia – já que permitida a reiteração tendo em conta a atipicidade – produtos no valor de R\$ 20.000,00 (sonegando impostos de R\$ 10.000,00) com a concordância do judiciário, o que, por certo, não se mostra razoável frente ao limite mensal de trezentos dólares (cerca de R\$ 600,00) exigido do cidadão comum. Sem dúvida, tal impunidade será mais um incentivo às organizações criminosas que atuam na região transportando, diuturnamente, toneladas e toneladas de mercadorias aos grandes centros urbanos de todo o território nacional.

Mas não é só: deve ser levado em consideração que o não pagamento do tributo gera graves problemas para a população, pois a sonegação de impostos fecunda dificuldades no âmbito da segurança pública, educação, saúde, saneamento, infraestrutura etc.

Nesse sentido, ensina Pierre de Amorim (2007, p. 29):

Ora, para nós é clara a enorme ofensividade de um delito de descaminho [...] que atinge os cofres públicos em até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou mesmo R\$ 1.000,00 (mil reais). Esses valores deveriam ser

aplicados na saúde, educação e seguranças públicas, dentre outras finalidades obrigatórias do Estado brasileiro, expostas no art. 3º da Constituição da República, quando não for o caso de destinação específica.

Com a devida vênia, como se pode afirmar que não tem relevância o resultado de um crime que diminui a capacidade do Estado em fornecer um mínimo de qualidade nos serviços públicos que presta, causando a morte de milhares de pessoas anualmente?

Como enxergar insignificância no desfalque de numerário público, quando o quadro que se apresenta no país é de falta de aulas nas escolas públicas, epidemias medievais atingindo a população sem saneamento público, mortes em filas de hospitais públicos por falta de atendimento?

Considerando esse foco de análise, a questão se mostra bem mais complexa do que apenas utilizar parâmetros estabelecidos e previstos em legislação tributária, razão pela qual entendemos que é necessária a análise do caso concreto para aferir a potencialidade da conduta lesiva, considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Frise-se que não estamos sustentando a não aplicação do princípio da insignificância nos delitos contra a Administração Pública, apenas defendemos um critério mais razoável para se chegar ao valor a ser utilizado como referência.

Não é plausível entender como irrelevantes quantias que se aproximam de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), isso porque a sonegação dessa importância não se encaixa em dois requisitos: mínima ofensividade da conduta do agente e inexpressividade da lesão jurídica provocada, o que impede, portanto, a aplicação do princípio da insignificância. Outrossim, também não entendemos ter relevância jurídica o não pagamento de impostos que ultrapassem um pouco o patamar de R\$ 100,00 (cem reais), montante previsto no art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002 e, até pouco tempo, considerado de referência pelo Superior Tribunal de Justiça para incidência do princípio da insignificância.

Assim, como ocorre nos crimes contra o patrimônio privado, a aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho deve estar em harmonia com o conceito de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de que seja avaliada, em cada caso, a conduta que merece receber a tutela penal, sem que se descuide dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima.

Ora, sem dúvidas, espantaria e agrediria o senso comum se um magistrado absolvesse alguém por furto de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a uma loja de comércio (por maior que fosse o seu patrimônio) ou a algum cidadão, alegando tratar-se de crime de bagatela, visto que aquele valor seria suficiente para nutrir uma família de miseráveis brasileiros por alguns meses, sendo, portanto, irrazoável e desproporcional a sua incidência.

Dessa forma, a mesma interpretação deve ser dada quando se trata de dinheiro do Estado, pois o patrimônio público não merece menor proteção que o privado. Ora, se não lhe é dada melhor proteção, pelo menos de mesmo nível, quando se tem em mente o patrimônio privado, deve ser a preocupação de todos os poderes o cuidado com o erário que é arrecadado diretamente dos bolsos dos brasileiros.

Na linha desse entendimento foi o julgado proferido nos autos do Habeas Corpus n. 110.404/PR, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima:

HABEAS CORPUS. PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

[...]

4. *Revedo a questão, entendo que, assim como nos delitos contra o patrimônio, a aplicação do princípio da insignificância não deve estar atrelada apenas a um valor prefixado, sob pena de trasmudar-se o art. 334 do Código Penal em uma norma penal em branco, e sim ao conceito de razoabilidade, a fim de avaliar, em cada caso, o bem que não merece a tutela penal, à luz da fragmentariedade e da intervenção mínima.*

[...]

6. Embora a conduta se amolde à definição jurídica do crime de descaminho, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mos-

trando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a sua ofensividade se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzido e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva.

7. Ordem concedida para determinar a extinção da ação penal instaurada contra o paciente.

Destarte, mesmo considerando a previsão legal contida nos arts. 20 e 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002, e com base nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, entendemos que só serão considerados penalmente insignificantes os casos em que o valor do tributo iludido seja substancial para o homem médio, ou seja, a nosso sentir, merece a benevolência do reconhecimento da insignificância o montante de até um salário mínimo.

Apenas dessa forma estarão cumpridos os requisitos exigidos pelo Supremo Tribunal Federal para aplicação do princípio da insignificância, quais sejam: a) a mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

12 Conclusão

O princípio da insignificância, apesar de não estar expresso nos textos legais, é consagrado como um dos princípios do Estado Democrático de Direito e tem a sua aplicação assegurada sempre que o delito praticado não expressar grande prejuízo ao bem jurídico tutelado na norma penal.

A análise desse princípio não pode estar dissociada dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, pois aquele decorre desses dois. Devemos considerar que o direito não pode se ocupar de condutas que produzam resultados cujo valor não represente violação significativa ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

No que toca à aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho, não obstante reconhecer que o bem jurídico tutelado

é a arrecadação tributária e o respeito à tese de que não há relevância penal quando o próprio Estado estabelece os valores para o não ajuizamento de demandas visando à restituição do valor que não foi devidamente recolhido, nos filiamos ao entendimento de que não se pode utilizar parâmetros prefixados e estabelecidos em legislação para a aplicação do princípio, *sendo necessária a análise do caso concreto para aferir a potencialidade da conduta lesiva*, em harmonia com o conceito de razoabilidade e à luz dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal.

Deste modo, de um lado, entendemos que não é proporcional considerar como irrelevantes valores que se aproximam de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, de outro, não se pode afirmar que tenha relevância jurídica penal a burla de impostos que ultrapassem um pouco o patamar de R\$ 100,00 (cem reais), uma vez que, assim como ocorre nos crimes contra o patrimônio privado, a aplicação do Princípio da Insignificância no delito de descaminho deve estar em harmonia com o conceito de razoabilidade e proporcionalidade.

O patrimônio público não merece menor proteção que o privado, pois a sonegação de impostos gera graves problemas para a população, especialmente no âmbito da segurança pública, educação, saúde, saneamento, infraestrutura etc.

Com essas considerações é que concluímos pela incidência do princípio da insignificância nos casos em que o *quantum* do tributo iludido não represente valor substancial para um homem médio, ou seja, merece ser considerada insignificante apenas a burla de pagamento de impostos de até um salário mínimo.

Referências

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo, v. 94, 1988, p. 72-77.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. O uso indevido do princípio da insignificância. *Boletim dos Procuradores da República*. v. 9, n. 73, p. 26-29, mar. 2007.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARALDI, Carlos Ismar. Teoria da Insignificância Penal. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul*. Campo Grande, n. 6, p. 31-47, jan. 1994.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do direito penal democrático. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 22, n. 88, p. 21-44, 1985.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte Geral. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância do âmbito federal: débitos até R\$ 10.000,00. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre. n. 30. p. 14. fev./mar. 2005.

GOMES FILHO, Demerval Farias. *A dimensão do princípio da insignificância – Imprecisão jurisprudencial e Doutrinária – Necessidade de nova reflexão no crime de descaminho*. MIMEO, s/d.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 26 ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito penal: parte especial*. 13.ed., v. 4, São Paulo: Saraiva, 2003.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *O princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei n. 9.099/1995: juizados especiais criminais e jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUNA, Everardo Cunha. *Capítulos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MANÂS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal - parte geral - arts. 1º a 120 do CP*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1.

_____. *Manual de direito penal - parte especial - arts. 235 a 361 do CP*. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 3.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância: Interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Competência penal no crime de cartel

Erika Meneses Sayd

Dos sentidos é que procede toda a autenticidade, toda a boa consciência, toda a evidência da verdade. (Friedrich Nietzsche)

1 Introdução. 2 Cartel. 2.1 Defesa da concorrência 2.2 Direito Penal Econômico. 2.3 Conceito de cartel. 2.4 Cartel na legislação brasileira. 2.5 Cartel: crime e infração administrativa. 2.6 Cartel como infração administrativa. 2.7 Cartel como crime. 2.8 Órgãos de investigação de cartel – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). 3 Competência. 3.1 Competência da Justiça Federal. 3.1.1 Bens. 3.1.2 Serviços. 3.1.3 Interesses. 3.2 Crimes previstos em tratados e convenções internacionais. 3.3 Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN). 3.4 Crimes contra a “ordem econômico-financeira”. 4 Cartel e competência penal segundo a jurisprudência. 4.1 Competência estadual nos precedentes jurisprudenciais. 4.2 Competência federal nos precedentes jurisprudenciais. 4.3 Competência penal nos crimes contra a ordem econômica: critérios de lege ferenda e o Projeto de Lei n. 3.937/2004. 5 Conclusão.

1 Introdução

O cartel, previsto no art. 4º da Lei n. 8.137/1990, é crime contra a concorrência, podendo ser definido como a coordenação, entre duas ou mais empresas concorrentes, de decisões envolvendo preços, quantidades ofertadas ou adquiridas, qualidade dos produtos comercializados, localizações nas quais estes são vendidos, entre outros fatores significativos para a competição.

A criminalização da conduta se justifica pela necessidade de coibir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros e

de proteger a ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 170, que é regida por princípios como a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a livre-iniciativa.

A competência para o processo e julgamento dos crimes, por se tratar de condição de validade do processo, deve observar fielmente as regras constitucionais e infraconstitucionais. Entretanto, a inexistência de norma expressa nos crimes contra a ordem econômica especificando a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, dificulta a efetividade do processo criminal.

Uma consideração final de *lege ferenda* é dirigida à proposta de definição da competência federal, contida no projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, que reestrutura a defesa da concorrência.

2 Cartel

2.1 Defesa da concorrência

O sistema capitalista sustenta-se sobre dois pilares: a propriedade privada e a livre-iniciativa. O Estado, com a revolução burguesa, assume o papel protetor desse sistema, que se desenvolve a partir da consagração da liberdade de apropriação de bens e dos meios de produção, liberdade que se mantém inatingível até o princípio do século XX, quando se questionou a necessidade do bem-estar coletivo.

A dominação de mercados surge como fato econômico normal, mera decorrência do crescimento interno da empresa, que buscava, de acordo com o espírito capitalista, obter a minimização de custos e a maximização de lucros.

Por tais razões, pode-se dizer que a defesa da concorrência surge com diversos escopos (MALARD, 1995, p. 34): 1) econômico, por propiciar a correta alocação de recursos, evitando-se distorções na distribuição do produto nacional, na medida em que se garante o livre funcionamento dos mercados, sem necessidade de interven-

ção direta do Estado na economia; 2) sociológico, no momento da tomada de decisão pelo consumidor, de forma livre e racional; 3) político, manifestando-se pela independência do poder público do poder econômico.

No Brasil, a ordem econômica é regida por princípios como o da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa do consumidor e da livre-iniciativa (art. 170 da CF/1988).

De acordo com Cretella Júnior, livre-iniciativa “é a possibilidade de agir, neste ou naquele sentido, sem influência externa” (BORGES, 2002, p. 223). Pode-se assim dizer que o Estado mínimo configuraria-se intervindo nos casos de deficiência da iniciativa privada ou em caso de conflitos, incluindo a obrigação de criar mecanismos que incentivassem a implantação do regime da livre-iniciativa.

O regime da livre concorrência ou livre competição se caracteriza por um grande número de entes atuando no mercado, com elevado número de ofertas, o que produziria a diminuição dos preços ao consumidor. Por isso é que devem ser responsabilizadas penalmente manobras tendentes a eliminar a concorrência com o intuito de coibir a dominação dos mercados, concentrados em uma ou algumas sociedades.

2.1 Direito Penal Econômico

Direito Penal Econômico é o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo os bens ou interesses juridicamente relevantes. Tem como objeto jurídico a segurança e a regularidade da realização da política econômica adotada.

Este ramo do Direito apresenta grande número de normas penais em branco (tipos penais abertos), que dependem de complementação, ordinariamente, por normas de hierarquia inferior à lei, remetendo-se à Administração Pública a definição do que seja lícito ou ilícito, como no caso em que certas condutas devem estar em desacordo com normas editadas pelo Banco Central para serem consideradas crime (MEDEIROS, 2008).

Para Jescheck (apud GULLO, 2001, p. 3),

delito econômico é a conduta punível que se dirige contra o conjunto total da economia ou contra os ramos ou instituições importantes desse conjunto. Criminologicamente, trata-se de delito de difícil detecção por suas características especiais, pelo que se denomina “delinqüência inviável”. Os casos comprovados e sancionados nesta esfera são escassos e sua propagação ocorre com extrema facilidade.

De acordo com Douglas Fischer (2008, p. 21),

o delinqüente econômico que pratica a ação de forma dolosa e organizada para atingir suas finalidades espúrias, guindado por seu comportamento tipicamente racional, além de influente e poderoso – como regra –, deve ser tomado como um dos criminosos mais frios, pois, impulsionado pelo anseio de maiores lucros, age sabendo que os riscos de sua conduta delituosa têm sido menores do que o efeito de suas ações. É preciso se compreender, nesta senda, que a prática reiterada e permanente de delitos econômicos representa uma ameaça permanente à ordem pública. Tais condutas apresentam uma “periculosidade silenciosa, maligna, amorfa e sub-reptícia alarmante que merece (especialmente) por parte do Judiciário uma enérgica e corajosa tomada de atitude para coibir, quando chamada a atuar dentro do devido processo legal, a prática desses delitos causadores da falência da Nação”.

2.2 Conceito de cartel

Pode-se definir cartel como a coordenação, entre duas ou mais empresas concorrentes, de decisões envolvendo preços, quantidades ofertadas ou adquiridas, qualidade dos produtos comercializados, localizações nas quais estes são vendidos, entre outros fatores significativos para a competição, apesar de o termo não estar referido na norma legal (LEAL, 2001).

Nos termos da Resolução n. 20, de 9 de junho de 1999, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), cartéis são os

acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.

Segundo Antonio Fonseca¹, é o

acordo de cavalheiros envolvendo uma pluralidade de agentes que atuam de forma subreptícia, informalmente, com o objetivo de aumentar preços, reduzir a produção (para aumentar preços), dividir mercados entre concorrentes, fixar quotas de vendas entre concorrentes, reduzir níveis de inovações tecnológicas em produtos, ou reduzir a qualidade de bens e serviços.

Deve-se notar, pelos conceitos ora apresentados, que, em uma situação concorrencial, tentativas por parte de uma empresa individualmente de aumentar preços e lucros, agindo de modo isolado, poderão resultar em fracasso, na medida em que os consumidores optarão por adquirir os produtos das empresas concorrentes.

Dessa forma, o cartel representa a união dos interesses de um conjunto de empresas em torno da obtenção de maiores lucros, em que cada agente contribua de alguma forma para a restrição das quantidades ofertadas ao mercado, obtendo o aumento do preço vigente.

Com a ocorrência da atividade colusiva, as alternativas de consumo a preços inferiores disponíveis para os consumidores diminuem ou deixam de existir. Assim, quanto maior a extensão do cartel, isto é, quanto maior a proporção da demanda total abarcada pelas empresas envolvidas no acordo, maiores as possibilidades do sucesso do cartel e maiores os prejuízos para os consumidores.

As práticas de cartelização estão intrinsecamente vinculadas aos mercados concentrados, de concorrência imperfeita². O estabelecimento de critérios comuns quanto a preços e quantidades expostas à venda, a prevenção de comportamentos oportunistas, entre outros fatores, tornam inviável a criação de um cartel em um mercado perfeitamente competitivo, com a presença de um grande número de empresas.

A concentração dos mercados, por sua vez, está associada à presença de barreiras à entrada de novos competidores – aspectos econômicos, técnicos produtivos e institucionais que em regra permitem às

¹ No estudo: “O cartel de combustíveis e a atuação do Ministério Público Federal”, disponível em: <<http://www.cade.gov.br/legislacao/resolucoes/20resol99.asp>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

² A concorrência perfeita ou pura só existe como modelo artificial, isto é, como paradigma de estudo científico.

empresas já instaladas no mercado deter participação considerável no mercado total e auferir lucros acima daqueles observados em mercados de concorrência perfeita (lucros normais), sem que novos concorrentes venham a ser atraídos ou possam se estabelecer nos mercados (LEAL, 2001, p. 61).

Há aspectos essenciais na formação dos cartéis, quais sejam:

- a) motivação para a cartelização e prejuízos decorrentes para consumidores;
- b) incentivo para o participante burlar o cartel;
- c) obstáculos e facilidades encontradas em determinadas estruturas de mercado para criação e manutenção de um cartel.

Em primeiro lugar, a criação de um cartel ou a efetiva existência econômica, como um acordo capaz de resultar em preços maiores, tem como condição necessária que as empresas reunidas sob o cartel detenham o poder de, atuando coordenadamente, aumentar o preço, ou seja, dominar o mercado.

Dessa forma, faz-se necessário que a participação de mercado combinada das empresas integrantes do acordo seja elevada o bastante para garantir-lhe poder de mercado, sem o qual o aumento de preços levaria a perdas significativas decorrentes do desvio de vendas para empresas que não façam parte do acordo (LEAL, 2001, p. 57).

Por outro lado, a viabilidade e a manutenção de um acordo entre concorrentes dependem crucialmente da avaliação e reavaliação que cada empresa envolvida faz de sua competitividade relativa, da simetria ou assimetria de poder de mercado em comparação com os demais concorrentes (GABAN, 2009, p. 165).

Entretanto, a concorrência não é simplesmente suprimida pela existência de um acordo de empresas. A oportunidade de ganhos e a constante avaliação de custos e benefícios continuam presentes nas estratégias competitivas das empresas. A existência de assimetrias entre concorrentes resulta sempre na consideração pelas partes envolvidas dos respectivos níveis de poder de mercado e, conseqüentemente, na conveniência de coludir ou de disputar o domínio do mercado.

João Paulo G. Leal (2001, p. 58-59) associa as barreiras ao ingresso de novos competidores aos seguintes fatores: a) economias absolutas de custo como melhores condições de acesso às matérias-primas, mão de obra, distribuição, fonte de tecnologia; b) economias relativas de custo, que resultam de maior eficiência e, portanto, menores custos pela produção e/ou distribuição em larga escala (economias de escala); c) economias de diferenciação de produto, isto é, vantagens relacionadas ao estabelecimento de preferências pelos consumidores em torno das marcas comercializadas por empresas já estabelecidas.

Essas barreiras, combinadas entre si ou não em determinadas estruturas de mercado, impõem custos de entrada aos concorrentes potenciais, favorecendo as empresas definitivamente estabelecidas. Estas podem praticar preços maiores que os competitivos sem induzir o ingresso de novos competidores, pois estes, quando avaliam a rentabilidade corrente do mercado, levam em consideração os custos de entrada mencionados. Desse modo, quanto maiores as barreiras à entrada, pode-se dizer que maiores são os preços e os lucros auferidos pelas empresas estabelecidas e que as possibilidades de criação e manutenção de um cartel guardam relação inversa com o nível das barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado em questão.

Podemos assim concluir que, quanto maior o diferencial competitivo entre os concorrentes e quanto maior a inconstância das condições econômicas de determinado mercado, maior é a instabilidade do cartel e do equilíbrio alcançado pelas forças de mercado. Para Gaban (2009, p. 173), a lógica econômica que promove a criação do cartel é a mesma que incentiva seu rompimento.

2.3 Cartel na legislação brasileira

Semelhante à maioria dos fenômenos que produzem reflexos no âmbito socioeconômico, a concentração empresarial e as práticas comerciais em geral também possuem aspectos negativos, razão pela qual foi necessária a criação de uma forma de controle consubstanciada, no ordenamento jurídico brasileiro, na chamada Lei Antitruste (BORGES, 2002, p. 223).

Na Constituição de 1934, a legislação antitruste tinha um sentido teleológico, já que, conforme o art. 117, lei ordinária deveria fomentar a economia popular que, de modo indireto, é até hoje o bem tutelado, uma vez que se protege a concorrência para garantir bom preço, permitir desenvolvimento tecnológico e assegurar o abastecimento às pessoas.

Na Constituição de 1937, a legislação antitruste tinha um sentido imperativo-negativo, tendo sido instituídas penas para os delitos tipificados como crimes contra a economia popular. O art. 141 foi regulamentado pelo Decreto n. 869, de 18 de novembro de 1938, considerado por Benjamin Shieber como a primeira lei antitruste brasileira (BORGES, 2002, p. 228).

De acordo com Neide Teresinha Malard (1995, p. 34-36), a primeira tentativa de elaboração legislativa em defesa da concorrência ocorreu com o Decreto-Lei n. 7.666/1945. Em razão de fortes reações contrárias, tanto de natureza jurídica quanto política, foi revogado após poucos meses de vigência.

A Constituição de 1946, no art. 148, dispunha que

a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Em 1951, foram promulgadas as Leis n. 1.521, de natureza penal, contendo formas de julgamento e punição para crimes e contra-venções contra a economia popular, e n. 1.522, que permitia a intervenção do governo federal para assegurar a distribuição de produtos necessários ao consumo. Em 1962, foi aprovada a Lei n. 4.137, que criou o CADE.

A Constituição de 1967 elevou à categoria de princípio da ordem econômica a repressão ao abuso de poder econômico, caracterizado pelo domínio de mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário de lucros (art. 157). Esta mesma orientação foi seguida pela Emenda n. 1, em seu art. 160.

O Constituinte de 1988, adotando melhor técnica jurídica, promoveu a livre concorrência à categoria de princípio da ordem econômica (art. 170), tratando a repressão ao abuso de poder econômico como mecanismo legal para se assegurar a realização do princípio.

Após quase 30 anos, a Lei n. 4.137/1962 sofreu substanciais alterações, introduzidas pela Lei n. 8.158, de 1991, que atribuiu à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, a competência para apurar as práticas restritivas da concorrência, mantido o CADE como órgão judicante.

Em 1994, foi aprovada a Lei n. 8.884, que regulamentou o art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988, transformou o CADE em autarquia federal, dispendo também sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Esta lei, ao revogar a Lei n. 4.137/1962 e não contemplar as situações nela previstas, facilitou as concentrações econômicas, passando a não ser mais ilícitas *per se* as operações e transações concentracionistas que pudessem eliminar total ou parcialmente a concorrência.

Pela regra *per se*, os acordos de cartéis são considerados ilegais independentemente de as restrições à produção ou a fixação de preços serem aceitáveis ou não. É necessário provar apenas que o acordo foi feito e que traz a possibilidade de gerar efeitos à concorrência. A proibição *per se* simplifica o processo de exame administrativo e judicial e tende a fornecer diretrizes mais claras. Pela regra da razão, os acordos que podem estimular a concorrência devem ser avaliados para determinar se são anticompetitivos ou pró-competitivos (FONSECA, 2008).

2.4 Cartel: crime e infração administrativa

Os acordos restritivos da concorrência costumam ser divididos, para efeito de estudo, entre acordos verticais e horizontais, segundo os mercados relevantes em que atuam os partícipes.

Acordos horizontais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em direta relação de concorrência (ex.: produção de couro).

Os acordos verticais disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos (ex.: produção de couro e produção de sapatos).

De acordo com Paula Forgioni (2008, p. 395-397), a distinção entre os tipos de acordos evidencia os efeitos produzidos. Os acordos horizontais neutralizam a concorrência entre os agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante e os acordos verticais podem produzir efeitos anticoncorrenciais em três diversos setores de mercado relevante (do fornecimento de matéria-prima, da produção ou da distribuição).

Quanto à tipificação das práticas antitruste no sistema brasileiro, Paula Forgioni (2008, p. 146-148) compara aspectos de sistemas estrangeiros, nos seguintes termos:

Nos Estados Unidos, o Sherman Act, em seu art. 1º, declara ilícito todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados ou com nações estrangeiras. Por sua vez, o art. 2º veda a dominação de mercado, bem assim a tentativa de atingi-la (*monopolize e attempt to monopolize*). Dessa forma, existem duas normas: uma que veda a posição dominante e outra que veda a posição dominante. As concentrações, inicialmente julgadas com base nos dispositivos do próprio Sherman Act, em 1914 receberam regulamentação especial, com a promulgação do Clayton Act.

O Tratado da Comunidade Européia, por sua vez, veda os acordos entre as empresas que possam prejudicar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir, ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum (art. 81), ao mesmo tempo em que o art. 82 coíbe o abuso da posição dominante, também na medida em que este possa ser prejudicial ao comércio entre os Estados-Membros. As concentrações foram inicialmente abrigadas sob o manto dos arts. 81 e 82 do Tratado de Roma; no ano de 1989, passaram a reger-se por diploma especial (Regulamento CE n. 4.064). Hoje são disciplinadas pelos Regulamentos n. 139, de 20 de janeiro de 2004, e 802, de 7 de abril de 2004.

Tanto no mencionando art. 81 quanto no 82, há um elenco exemplificativo das práticas vedadas. Destarte, o sistema europeu coloca o acordo entre as empresas (v.g., acordo de fixação de preços, acordo de limitação ou controle da produção, acordo de divisão dos mercados, vendas

casadas) e o abuso de posição dominante (v.g., imposição de preços não equitativos, limitação da produção, discriminação, vendas casadas) em dois dispositivos separados, com suportes fáticos e hipóteses de incidências diversas.

Ademais, por ser a disciplina da concorrência, na Europa, instrumental aos objetivos delimitados especialmente no art. 2º do Tratado CE, adota-se um sistema de determinação da ilicitude pelo objeto ou efeito das práticas, de sorte que estas somente serão proibidas se (i) prejudicarem o comércio com os Estados-Membros ou especificamente no caso de acordos entre as empresas, (ii) tiverem por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado europeu.

Já o sistema da lei brasileira é um sistema híbrido, que aproveita o europeu no que tange à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto esta tradição quanto aquela norte-americana no que tange à tipificação dos atos.

2.5 Cartel como infração administrativa

Na esfera administrativa, editou-se a Lei n. 8.884/1994 com o intuito de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. A lei concorrencial visa, além de coibir o abuso do poder econômico, combater qualquer comportamento social que se possa considerar potencialmente abusivo.

De acordo com o art. 20 da referida lei, constituem violações administrativas da ordem econômica todas as condutas em que estejam presentes alguma das metas ilícitas taxativamente enumeradas, que do mesmo modo devem incidir sobre as condutas previstas no art. 21.

A prática de cartel como infração administrativa está tipificada, essencialmente, nos seguintes dispositivos:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestações de serviços;

II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III – dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

[...]

VIII – combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa; [...]

O art. 20³ da Lei n. 8.884/1994 refere-se aos atos sob qualquer forma manifestados, englobando os acordos e as concentrações entre empresas, o domínio de mercado e o abuso de posição dominante.

A infração administrativa à ordem econômica requer a conjugação dos arts. 20 e 21 (especialmente arts. 20, I e III, e 21, I, II, III, VIII) da Lei n. 8.884/1994, uma vez que as infrações não são consideradas *per se*, ou seja, é necessário que o ato tenha por objeto ou produza um dos efeitos nela referidos.

As infrações administrativas da ordem econômica, de acordo com o art. 19 da Lei n. 8.884/1994, não tem feição exclusiva, mas caráter cumulativo, não elidindo o sancionamento em outras esferas, notadamente no campo penal (MAIA, 2008, p. 101).

2.6 Cartel como crime

O cartel, previsto no art. 4º, inciso II, *a*, da Lei n. 8.137/1990, é crime contra a ordem econômica.

Art. 4º. Constitui crime contra a ordem econômica:

³ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

[...]

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores;

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

a) Bem jurídico

A noção de bem jurídico vincula-se a um valor assegurado constitucionalmente. O legislador ordinário faz a validação por meio do critério de ponderação, tornando-o mais relevante em relação a outros, ou seja, delimita o âmbito de proteção da tutela (SANTOS, 2004, p. 170-171).

A conduta tipificada tutela a livre concorrência e a livre-iniciativa, fundamentos basilares da ordem econômica, cuja finalidade é assegurar a todos existência digna, a partir de um modelo econômico que propicie a construção do Estado Democrático de Direito.

Segundo Miguel Reale Júnior (apud PRADO, 2007, p. 44-45), na obra *Problemas Penais Concretos*, a livre concorrência vem a ser

a liberdade para competir no mercado, consistindo a concorrência na existência de diversos agentes que, num mesmo tempo e espaço, buscam um mesmo ou similar objetivo. [...] Nesse domínio, a concorrência decorre, como consequência necessária, da liberdade de iniciativa econômica, sendo então adjetivada como “livre”, isto é, acessível a todos, liberta de certos obstáculos que têm por efeito impossibilitar ou dificultar sobremaneira a acessibilidade, a todos, de ofertar, num mesmo mercado, bens ou serviços iguais, similares ou análogos, por parte de diversos operadores.

Para Gonçalo Farias de Oliveira Júnior (2009, p. 162),

é igualmente relevante observar que, em última análise, apesar de a normação em foco se apresentar com o escopo precípua de proteger uma garantia institucional, a ordem jurídica da economia, a salvaguarda desta não esgota a legiferação, mas resvala para os valores axiológicos

cos a ela interligados, quais sejam, a liberdade de competição, o livre acesso dos agentes econômicos aos mercados, os interesses dos participantes do mercado e dos que neste almejam participação, ou seja, os concorrentes – aí incluído o próprio Estado, quando vier a explorar diretamente atividade econômica, nos termos do art. 173, *caput*, da Lei Fundamental – e por derradeiro, os consumidores.

No âmbito do serviço público, isto é, no domínio dos monopólios naturais, tradicionalmente não se concebia a ideia de concorrência. Esta concepção tem evoluído e permite competição nesses setores. Dessa forma, o dever de manter a concorrência no âmbito dos serviços públicos busca fomentar a qualidade dos serviços e da compatibilidade dos preços, devendo a administração estimular o ambiente competitivo próprio nos serviços públicos concedidos a particulares (FARENA, 2002, p. 9).

b) Sujeitos do delito

O termo “agente econômico”, na terminologia do Direito concorrencial, é qualquer pessoa física ou jurídica (empresa pública ou privada, com fins lucrativos ou não, indústria, comércio, profissional liberal etc.) que participa, independentemente, como sujeito ativo na atividade econômica (OLIVEIRA JÚNIOR, 2009, p. 165). Entretanto, este conceito não se subsume ao conceito de sujeito ativo do delito.

O sujeito ativo é o empresário, bem como aquele que exerce atividade empresária, podendo ser pessoa física (responsabilidade funcional) ou jurídica (responsabilidade empresarial), nos termos do art. 966 do Código Civil⁴.

Para Roberto Domingos Taufick (2007),

o cartel, ao gerar a generalizada perda de bem-estar econômico da sociedade e de competitividade do próprio cartel – que assegura, arditosamente, seu poder de mercado –, enseja a desconsideração da personalidade jurídica e a tipificação da conduta sob o viés da responsabilidade pessoal.

A ideia de responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma criação jurisprudencial que data do início do século XIX, em que, nas

primeiras decisões, os tribunais ingleses só a admitiam como exceção ao princípio da irresponsabilidade para delitos omissivos culposos (*nonfeasance*) e comissivos dolosos (*misfeasance*), sendo que, posteriormente, por intervenção legislativa, foi reconhecida a responsabilidade penal da pessoa jurídica no *Interpretation Act de 1889*, por meio de um dispositivo legal geral que passou a considerar o termo pessoa como abrangendo também o ente coletivo, em que essa espécie de responsabilidade foi aplicada, inicialmente, às *regulatory offences (public welfare offences)*, infrações punidas com sanções menos severas e de forma objetiva (independentemente de culpa) e, ainda, a partir de 1940, consideravelmente ampliada, abrangeu crimes de qualquer natureza, como, por exemplo, o crime de estupro e o crime de homicídio (PRADO, 2007, p. 271-280).

Segundo Prado (2007, p. 261-262), a responsabilidade penal da pessoa jurídica é inconstitucional, a par de insuscetível aplicação concreta e imediata e por constituir exemplo de responsabilidade objetiva. De acordo com o autor, o apotegma *societas delinquere non potest* representa verdadeira reafirmação dos postulados da culpabilidade e da personalidade das penas; os crimes praticados no âmbito das pessoas jurídicas só podem ser imputados às pessoas naturais, na qualidade de autores ou partícipes. O fundamento de tal orientação radica, essencialmente, na ausência, na atividade da pessoa jurídica, dos seguintes elementos: a) capacidade de ação no sentido penal estrito: a pessoa jurídica não tem consciência e vontade, no sentido psicológico. Só pode atuar por meio de seus órgãos e representantes, isto é, pessoas físicas; só o ser humano, enquanto pessoa-indivíduo, pode ser qualificado como autor ou partícipe de um delito; a pessoa jurídica é uma ficção jurídica (Savigny); constitui um instrumento a serviço do homem; b) capacidade de culpabilidade (princípio da culpabilidade): a culpabilidade penal como juízo de censura pessoal pela realização do injusto só pode ser endereçada a um indivíduo (culpabilidade da vontade); como juízo ético-jurídico de reprovação, ou mesmo de motivação normal pela norma, somente pode ter como objeto a conduta humana livre; c) capacidade de pena (princípio da personalidade da pena): conceitualmente a pena implica uma ameaça psicológica de imposição de um mal para o caso de quem delinquir e não se pode imaginar que pessoa jurídica possa sentir o efeito de cominação psi-

⁴ “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

cológica alguma. As ideias que comumente têm sido apontadas para a justificação da pena (prevenção geral, prevenção especial, reafirmação do ordenamento jurídico e ressocialização) não têm sentido em relação às pessoas jurídicas.

No Direito Penal brasileiro não é admissível a responsabilidade penal presumida ou objetiva, mas, sim, a responsabilidade penal subjetiva. Nesse sentido, de acordo com o Julio Fabbrini Mirabete (2005, p. 124),

melhor seria que se evitasse a aplicação de pena à pessoa jurídica, estabelecendo-se que a perda de bens, multa e suspensão ou interdição de direitos sejam impostas como medidas de segurança ou efeitos da condenação nos processos em que fossem consideradas culpadas as pessoas físicas por ela responsáveis [...].

De fato, a aplicação da teoria do delito tradicional à pessoa jurídica é incabível, o que não pode ser considerado um obstáculo à sua responsabilização, pois o Direito é uma ciência dinâmica, cujos conceitos jurídicos variam de acordo com um critério normativo e não naturalístico.

Tudo depende, logicamente, da atuação de seus administradores, se realizada em proveito próprio ou do ente coletivo. Assim, se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal, tal como ocorre na esfera cível.

Quanto à questão da culpabilidade, esta deve transcender ao velho princípio *societas delinquere non potest*, pois, modernamente, nada mais é do que a responsabilidade social e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limitam-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

Para Gianpaolo Poggio Smanio (2001, p. 163),

a realidade dos crimes econômicos e ambientais em nossa sociedade, com a participação cada vez maior das empresas para sua efetivação, bem como o crescimento econômico e a globalização, acarretando uma verdadeira desnacionalização e, principalmente, a despersonalização dos fenôme-

nos relativos às pessoas jurídicas, trouxeram a discussão mundial sobre a necessidade de sua responsabilização penal.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, no art. 173, § 5º⁵, norma de eficácia limitada, admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelos crimes contra a ordem econômica e financeira.

Os sujeitos passivos são os empresários concorrentes prejudicados pelo abuso do poder econômico ou do controle de mercado praticado, os consumidores e o próprio Estado quando desenvolver atividades econômicas de forma direta.

c) Tipicidade

O crime de cartel se configura com o abuso do poder econômico, por meio da dominação de mercado ou eliminação total ou parcial da concorrência mediante acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes visando a determinados fins.

Como definido no Guia Prático do CADE⁶, o abuso do poder econômico é o comportamento de uma empresa ou grupo de empresas que utiliza seu poder de mercado para prejudicar a livre concorrência, por meio de condutas anticompetitivas. A existência de poder de mercado por si só não é considerada infração a ordem econômica.

O inciso II do art. 4º da Lei n. 8.137/1990 (PRADO, 2007, p. 47-51) dispõe que constitui crime contra a ordem econômica formar acordo (convenção ou ajuste entre contratantes, conjugando suas vontades para efetivação do ato negocial), convênio (instrumento de declaração de vontades que se encontram e se integram, dirigindo-se, todas elas, a um objetivo comum, sem que, portanto, umas às outras se oponham), ajuste (acordo, livre e consciente, feito entre vários indivíduos) ou aliança (o acordo, a coligação feita entre instituições e pessoas para um fim comum) entre ofertantes.

5 “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

6 Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 28 out. 2009.

A finalidade prevista na alínea a (fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas) é aquela derivada do conluio entre ofertantes. Os “preços concertados” podem ter como finalidade tanto o aumento como a redução dos preços, caracterizando-se pela uniformidade; entretanto, para a configuração da infração, é necessário que haja efetivo acordo entre os agentes envolvidos.

A alínea b trata do controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, ou seja, quando ocorre controle em determinado segmento de atividade econômica, em certa base territorial. A presunção de controle, nos termos do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.884/1994, corresponde a 20% do mercado relevante.

Na alínea c, está previsto o controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. A expressão “em detrimento da concorrência” significa em prejuízo da competição ou disputa que deveria existir no âmbito comercial, industrial ou econômico.

O tipo subjetivo é o dolo específico, elemento subjetivo geral dos tipos previstos no art. 4º e incisos, excetuados os tipos do inciso IV e parágrafo único do art. 5º, em razão do especial fim de agir, ou seja, dominar o mercado ou eliminar, total ou parcialmente, a concorrência (delitos de tendência). São delitos de resultado, admitindo-se, portanto, a tentativa (OLIVEIRA JÚNIOR, 2009, p. 167).

Nos termos do art. 15 da Lei n. 8.137/1990, o crime de cartel é de ação penal pública incondicionada, punido com pena de reclusão de 2 a 5 anos, ou multa.

2.7 Órgãos de investigação de cartel – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)

Os órgãos responsáveis pela aplicação da Lei Antitruste no Brasil, as chamadas autoridades antitruste, são o CADE, a SDE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), que formam o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Combate a Cartéis e Programa de Leniência, 2009).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, cuja finalidade é orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e da repressão desses abusos. Após receber o processo instruído pela SEAE ou pela SDE, ao CADE incumbe julgar os processos em última instância⁷.

À Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, incumbe assessorar o CADE, competindo-lhe emitir pareceres nos atos de concentração, acompanhar as atividades de pessoas físicas e jurídicas, para prevenir infrações da ordem econômica, e, em caso de constatação de tais infrações, atuar preventivamente (FONSECA, 2007, p. 145).

A Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda, é o principal órgão do Poder Executivo encarregado de acompanhar os preços da economia, subsidiar decisões em matéria de reajustes e revisões de tarifas públicas, bem como apreciar atos de concentração entre empresas e reprimir condutas anticoncorrenciais⁸.

Além desses órgãos, a Lei n. 10.446/2002 estabelece que o Departamento de Polícia Federal poderá proceder à investigação de infrações penais com repercussão interestadual e internacional que exijam repressão uniforme, tal como o crime de formação de cartel (art. 1º, I, da Lei n. 10.446/2002). Essa atribuição da Justiça Federal independe da competência penal ser da Justiça Federal.

Nesse sentido, confira o voto proferido pela ministra do Superior Tribunal de Justiça, Jane Silva, nos autos do Habeas Corpus n. 116.375/PB, 6ª Turma, DJe de 9 mar. 2009.

Constitucional – Processual Penal – *Habeas Corpus* – Crime contra a ordem tributária – Crime contra a ordem econômica – Crime contra a economia popular – Formação de cartel – Interceptações telefônicas – Nulidade da prova – Crimes da competência da Justiça Estadual – Possibilidade de atuação da Polícia Federal – Delitos de abrangência

⁷ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 8 nov. 2009.

⁸ Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae>. Acesso em: 8 nov. 2009.

interestadual – Previsão constitucional e legal – Ausência de mácula – Irregularidades do inquérito policial que, ainda assim, não contaminariam a ação penal – Indícios razoáveis de autoria – Demonstração – Denúncia anônima e matérias jornalísticas – Possibilidade – Demonstração da pertinência da prova – Impossibilidade de colheita dos elementos de convicção por outros meios menos gravosos – Decisão que não logrou êxito em fazer essa necessária demonstração – Gravidade dos crimes, poderio da organização criminosa e complexidade que, por si sós, não se prestam para tanto – Indispensabilidade de demonstração do nexo entre referidas circunstâncias e a impossibilidade de utilização de outro meio de prova – Ausência, ademais, de prévias diligências que pudessem demonstrar essa indispensabilidade – Medida de exceção que foi utilizada como regra durante as investigações – Impossibilidade – Linha pertencente a um dos pacientes que foi interceptada mediante autorização quanto a terceiro investigado – Mácula não corrigida pelo magistrado – Decisão que determinou uma das prorrogações que se manteve alheia aos números das linhas telefônicas sugeridas pela acusação – Interceptação que, ainda assim, foi mantida sob os números originais, os quais não foram alvos da autorização – Insustentabilidade – Existência de sucessivas prorrogações – Pacientes que foram monitorados por mais de sessenta dias (noventa, cento e vinte e cento e oitenta dias) – Necessidade da medida por longo período que careceu de motivação específica e rigorosa – Razoabilidade maculada – Sucessivas prorrogações que contiveram, sempre, a mesma fundamentação – Complexidade das investigações – Motivo que pode justificar a prorrogação, porém, desde que demonstrado com base em fatores concretos – Decisões que se limitaram a argüir a complexidade em questão, porém, sem demonstrar sua pertinência – Impossibilidade – Medida de cunho excepcional e que, portanto, depende de prévia e exaustiva fundamentação – Devassa da intimidade que não se coaduna com afirmações genéricas e abstratas – Decisões, quanto ao outro paciente, que nem sequer demonstraram a presença dos requisitos (existência de indícios razoáveis de autoria e impossibilidade de colheita de provas por outro meio) para sua inclusão no rol dos investigados – Declaração da nulidade da prova – Nulidade que deve abarcar aquelas que dela derivaram – Impossibilidade de aferição na estreita via do *writ* – Incumbência que deve ficar a cargo do magistrado de 1ª instância – Ordem parcialmente concedida.

I. A atuação da Polícia Federal não se restringe à apuração de crimes de competência da Justiça Federal, também podendo sê-lo feito em prol da Justiça Estadual.

II. Havendo indícios de que os delitos sob investigação possuem repercussão interestadual, há expressa previsão constitucional e legal para a

atuação da Polícia Federal. Inteligência dos arts. 144, § 1º, I, da Constituição da República e 1º, II, da Lei n. 10.446/2002.

III. Por outro lado, a ação penal não é afetada por eventual mácula do inquérito policial, peça de cunho meramente informativo. Precedentes.

IV. Para a determinação da quebra do sigilo telefônico dos investigados, mister se faz a demonstração, dentre outros requisitos, da presença de razoáveis indícios de autoria em face deles. Inteligência do art. 2º, I, da Lei n. 9.296/1996.

V. A presença de denúncia anônima e de matérias jornalísticas indicando a possível participação dos investigados na empreitada criminosa é suficiente para o preenchimento desse requisito.

VI. É certo que elementos desse jaez devem ser vistos com relativo valor, porém, não se pode negar que, juntos, podem constituir indícios razoáveis de autoria de delitos.

VII. Outro requisito indispensável para a autorização do meio de prova em questão é a demonstração de sua indispensabilidade, isto é, que ele seja o único meio capaz de ensejar a produção de provas. Inteligência do art. 2º, II, da Lei n. 9.296/1996.

VIII. Havendo o Juízo de 1º Grau deferido a gravosa medida unicamente em razão da gravidade da conduta dos acusados, do poderio da organização criminosa e da complexidade dos fatos sob apuração, porém, sem demonstrar, diante de elementos concretos, qual seria o nexo dessas circunstâncias com a impossibilidade de colheita de provas por outros meios, mostra-se inviável o reconhecimento de sua legalidade.

IX. Ademais, as interceptações deferidas no caso que ora se examina não precederam de qualquer outra diligência, havendo a medida sido utilizada como a origem das investigações, isto é, empregada a exceção como se fosse a regra.

X. Não bastasse isso, um dos pacientes teve sua intimidade devassada por força de decisão judicial que, apesar de autorizar o monitoramento de sua linha telefônica, o fez pensando que ela seria de outro investigado, não havendo o equívoco sido sanado em momento algum pelo Juízo singular.

XI. Outro ponto passível de críticas foi o de que, numa das prorrogações, o Magistrado de origem mencionou no dispositivo de sua decisão linhas telefônicas diversas daquelas monitoradas, porém, ao invés de se buscar a correção do equívoco, a autoridade policial permaneceu interceptando as linhas anteriormente alvos da prova, ou seja, aquelas que não foram abarcadas pelo dispositivo da decisão judicial.

XII. *In casu*, várias foram as prorrogações deferidas pela autoridade judicial, sendo que, quanto aos dois pacientes (os quais utilizavam três

linhas), o monitoramento perdurou por noventa, cento e vinte e cento e oitenta dias, respectivamente.

XIII. Consoante recente orientação adotada por esta 6ª Turma (HC n. 76.686/PR), existem três interpretações possíveis para a prorrogação: 1ª) máximo de trinta dias (quinze prorrogáveis uma vez por igual período, consoante redação literal do art. 5º da Lei n. 9.296/1996); 2ª) de sessenta dias (prazo máximo possível para a medida em caso de decretação de Estado de Defesa, cf. art. 136, § 2º da Carta Política de 1988); ou 3ª) pelo prazo necessário à elucidação das investigações, desde que ele não exceda o princípio da razoabilidade e, necessariamente, a imperiosidade das sucessivas prorrogações seja exaustivamente fundamentada.

XIV. A motivação utilizada em 1ª Instância para as sucessivas prorrogações careceu, *in casu*, da necessária fundamentação com base em elementos concretos que demonstrassem sua imperiosidade, o que maculou o razoável.

XV. Ademais, as sucessivas prorrogações (quinze, sem contar a decisão que deferiu a medida originariamente) contiveram, sempre, fundamentações idênticas, todas elas desprovidas de embasamento concreto.

XVI. O Juízo singular se ateve à complexidade dos fatos sob apuração, porém, sempre abstratamente, isto é, se olvidou em demonstrar qual seria o liame existente entre referida circunstância e o caso concreto sob exame.

XVII. Por ser uma medida excepcional (assim constitucionalmente posta), cabe ao Magistrado a demonstração prévia e exaustiva quanto à estrita necessidade do meio de prova em questão, não se permitindo a devasa da intimidade de qualquer cidadão com base em afirmações genéricas e abstratas.

XVIII. Por fim, quanto ao outro paciente (incluído no rol das interceptações apenas na segunda decisão judicial, a pedido do Ministério Público), o Juízo de 1ª Instância nem sequer procurou demonstrar quais seriam os indícios de sua participação na senda criminoso e, pelo menos, a pertinência do referido meio de prova, tratando-o como se sua inclusão fosse um mero pedido de prorrogação, situação também insustentável.

XIX. Examinada por todos esses ângulos, urge ser declarada a nulidade da prova em questão, assim como daquelas dela derivadas, as quais devem ser desentranhadas dos autos da ação penal.

XX. A estreita via do *habeas corpus*, carente de dilação probatória, não comporta o exame de teses que demandem o aprofundado revolvimento do conjunto fático-probatório, motivo pelo qual caberá ao Magistrado de 1ª Instância a incumbência de examinar quais as provas que derivaram das reputadas ilícitas e quais as que não derivaram.

Para assegurar que os administradores de empresas que não participem do programa de leniência estarão sujeitos à persecução e condenação severa no âmbito criminal, em dezembro de 2007, a SDE e a Polícia Federal celebraram acordo de cooperação e estabeleceram um centro de investigação de cartéis para a cooperação e troca de informações e documentos em investigações administrativas e criminais dessas infrações.

3 Competência

A jurisdição penal, monopolizada pelo Estado, aplica o Direito Penal aos fatos violadores de bens, direitos e valores reconhecidos pelo corpo social, nos termos da lei.

Para o regular exercício desta atividade, a Constituição Federal de 1988 determinou a repartição de competências, com o intuito de operacionalizar a administração da justiça, ou seja, há distribuição das repartições de competências derivadas da própria Constituição, em atendimento ao disposto em seu art. 5º, inciso LIII (ninguém será processado e nem sentenciado senão pela autoridade competente).

O princípio do juiz natural, instituído *ratione materiae e ratione personae*, configura hipótese de competência absoluta, inafastável por vontade das partes processuais, o que revela a natureza pública do interesse em disputa. Constitui, em suma, verdadeira garantia individual estabelecida em favor de quem se achar submetido a processo penal. Este princípio se fundamenta na vedação do juízo ou tribunal de exceção, quando se exige a identificação do órgão jurisdicional antes do cometimento do crime, e na regra do juiz constitucionalmente competente, e, por esta mesma razão, somente se admite a flexibilização para aplicação de norma da mesma estatura, ou seja, de norma ou princípio igualmente constitucionais (OLIVEIRA, 2006, p. 175-177).

De acordo com Pacelli de Oliveira (2006, p. 655-656), quando se afirma que a repartição de competência jurisdicional atende critérios de especialização, sobretudo quanto à matéria, verifica-se a preocupação do constituinte com a qualidade da função judicante. Prossegue, afirmando que

o processo que se desenvolver perante juiz materialmente ou absolutamente incompetente será irremediavelmente nulo, não desde o recebimento da denúncia, mas desde o seu oferecimento. E aqui já entraria em cena outro princípio, ligado às funções acusatórias do Estado: o princípio do promotor natural. Com efeito, tal como ocorre em relação ao juiz natural, a matéria penal é também repartida em atribuições aos diferentes órgãos do Ministério Público: crimes federais ao Ministério Público Federal, crimes estaduais aos Ministérios Públicos dos Estados, crimes militares federais ao Ministério Público Militar da União etc. Com isso, clareia-se sobremaneira o quadro das nulidades no processo penal, permitindo-se visualizar a nulidade da própria peça acusatória (por ilegitimidade ativa) quando oferecida por órgão do *parquet* que não seja o titular das atribuições constitucionais acusatórias.

Ainda, de acordo com Mara Lúcia Karam (2005, p. 74-75),

quando se está diante de inadequada intervenção do órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente, a nulidade do processo se dará por duas ordens diferentes de razões. Uma, a referente ao simples fato de se estar diante de hipótese de incompetência absoluta, em que a declaração de nulidade do processo implica apenas a inidoneidade de atos decisórios. E a outra, que, atingindo a garantia do juiz natural, atinge o conteúdo da fórmula fundamental do devido processo legal, implicando maior abrangência da declaração de nulidade, de forma a provocar a inidoneidade também dos atos instrutórios, não em razão da simples incompetência, mas sim porque aqui, mais do que o exercício inadequado da função jurisdicional, falta a própria legitimidade deste exercício.

Nos termos do art. 564, inciso I, do Código de Processo Penal, haverá nulidade por incompetência do juiz. A regra do art. 567 do mesmo código estabelece que: “a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”. Entretanto, esta regra não se aplica aos casos de competência absoluta, uma vez que se refere exclusivamente à incompetência de juízo, que é relativa.

Dessa forma, a inadequada intervenção do órgão jurisdicional no processo, por inobservância das regras constitucionais sobre competência, não acarretará, desse modo, apenas a nulidade dos atos decisórios indicada nas regras processuais que tratam dos efeitos da incompetência absoluta, impondo-se a declaração de nulidade de todo o processo.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2008, p. 45-46), sobre a anulação de atos decisórios, lecionam que:

agora, em face do texto expresso da Constituição de 1988, que erige em garantia do juiz natural a competência para processar e julgar, não há como aplicar-se a regra do art. 567 do Código de Processo Penal aos casos de incompetência constitucional: não poderá haver aproveitamento dos atos não-decisórios, quando se tratar de competência de jurisdição, como também de competência funcional (hierárquica e recursal), ou de qualquer outra, estabelecida pela Lei Maior.

Fernandes (2007, p. 118) defende ainda que: “se um processo correu pela Justiça Militar castrense, sendo os autos remetidos à Justiça Comum, perante esta o processo deve ser reiniciado, não sendo possível o aproveitamento dos atos instrutórios”.

Nucci (2009, p. 802), no mesmo sentido, ensina:

a doutrina vem sustentando o seguinte: em se tratando de competência constitucional, a sua violação importa na inexistência do ato e não simplesmente na anulação (ex.: processar criminalmente um promotor de justiça em uma Vara comum de primeira instância, ao invés de fazê-lo no Tribunal de Justiça). No mais, não sendo competência prevista diretamente na Constituição, deve-se dividir a competência em absoluta (em razão da matéria e de foro privilegiado), que não admite prorrogação, logo, se infringida, é de ser reconhecido o vício como nulidade absoluta (art. 564, I, do CPP).

3.1 Competência da Justiça Federal

A competência criminal da Justiça Federal tem caráter absoluto e decorre do assento constitucional da matéria (art. 109 da Constituição Federal de 1988). Na esfera criminal, a competência da Justiça Federal pode ser vista sob dois aspectos: 1) competência criminal geral (*ratione personae*); 2) competência criminal específica (*ratione materiae*).

A competência criminal geral (*ratione personae*) está prevista no art. 109, IV, 2ª parte, da Constituição Federal de 1988. Trata-se de ofensa a interesse direto e imediato da União, suas entidades autárquicas, fundações, empresas públicas.

A competência constitucional é fixada quanto à pessoa atingida e a existência concomitante de outras vítimas não altera a competên-

cia, nos termos da Súmula n. 122⁹ do Superior Tribunal de Justiça. Há ressalva expressa do desinteresse em julgar infrações penais qualificadas como contravenções, ainda que em prejuízo de bens, interesses ou serviços federais, bem como de crimes contra a Justiça Militar e Eleitoral.

A competência criminal específica (*ratione materiae*) está prevista no art. 109, IV, 1^a parte, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, da Constituição Federal de 1988. Trata-se de violação a interesse indireto e mediato da União, manifestado pelo poder estatal envolvido na soberania (interesse político).

Segue abordagem de pontos relevantes para construção do tema proposto.

3.1.1 Bens

São bens da União os elencados no art. 20¹⁰ da Constituição Federal de 1988.

Bens da União, de suas entidades autárquicas, empresas públicas e, embora não haja referência expressa, das fundações públicas¹¹ são todos aqueles que integram o seu patrimônio, caracterizando-se pelo registro e cadastramento particularizado perante a respectiva Administração¹². As infrações praticadas contra as sociedades de economia mista (Banco do Brasil, Petrobras), os sindicatos, as concessionárias de serviço público e as entidades particulares de ensino superior são processadas e julgadas pela Justiça Estadual.

Em tema de competência, sobressai a relevância da jurisprudência dos Tribunais Superiores para a pacificação de temas específicos. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou as Súmulas n.

9 “Compete 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”.

10 Ver nota no final do trabalho.

11 STJ, AgRg no CC n. 46701/GO. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1^a Região), DJe de 6 out. 2008.

12 STJ, REsp n. 798.165/ES. Min. Luiz Fux, 1^a Turma, DJ de 31 maio 2007, p. 354.

208¹³ e 209¹⁴, em que distingue a competência para julgar as infrações de malversação de verbas de acordo com a aplicação dos recursos repassados pela União aos municípios.

Vladimir Souza Carvalho apud Tourinho Filho (2006, p. 244-245) exemplifica a competência sobre diversos temas: revólver de órgão da União, estelionato contra a Caixa Econômica Federal; furto de madeira em terras ocupadas por índios; furo de imagens sacras tombadas pelo IPHAN; inserir dados falsos em CTPS com o fim de levantar depósito do FGTS; estelionato e falsidade ideológica praticados para recebimento de benefício do INSS; passaporte de turista; invasão de terrenos de marinha.

3.1.2 Serviços

Os serviços a que se refere o inciso IV do art. 109 da CF abrangem diversas atividades desenvolvidas pela União, suas empresas autárquicas ou empresas públicas¹⁵, como a atividade jurisdicional, o serviço postal, os serviços de telecomunicações, de saúde, segurança pública etc. Exemplificativamente¹⁶, o crime praticado contra o servidor público federal, no exercício da função, afeta o serviço, justificando a competência federal. Por outro lado, o crime praticado pelo servidor no exercício da função também afeta a normalidade e probidade que se espera dos serviços da União.

Tourinho Filho (2006, p. 245) cita alguns exemplos: falsidade de documento público federal, falsidade de assinatura de médicos do INSS em atestados usados perante entidade particular, documento federal cuja expedição foi conseguida mediante fraude; falso testemunho prestado na Justiça do Trabalho.

13 Súmula n. 208: “Compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”.

14 Súmula n. 209: “Compete à justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”.

15 STJ, HC n. 34.853/SP, ministro Gilson Dipp, 5^a Turma, DJ de 20 set. 2004, p. 315.

16 STJ, CC n. 97.679/RO, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 3^a Seção, DJe de 19 dez. 2008.

3.1.3 Interesses

Para firmar a competência federal, o interesse deve ser imediato, direto, específico. Para Tourinho Filho (2006), o termo interesse mostra a intimidade de relações entre a pessoa e as coisas, de modo que aquela tem sobre estas poderes, direitos, vantagens, faculdades ou prerrogativas, pouco importando a espécie de interesse, se econômico ou moral.

Segundo Oliveira (2006, p. 213), “de uma maneira geral, sempre que houver uma norma autorizando a gestão, administração ou fiscalização de qualquer atividade ou serviço, por órgão da Administração Pública Federal, estará caracterizado o interesse público federal”.

No caso de cartel, por exemplo, resta evidenciado o interesse da União quando forem violados serviços essenciais de sua competência, quando houver repercussão interestadual dos crimes praticados, entre outras situações.

3.2 Crimes previstos em tratados e convenções internacionais

Da leitura do art. 109, inciso V, da Constituição Federal de 1988, depreende-se que não são todos os crimes previstos em tratado ou convenção internacional de competência da Justiça Federal, mas apenas aqueles em que, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, obedecendo-se às regras de competência previstas no art. 70¹⁷, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal. Para Oliveira (2006, p. 217-218),

é preciso a presença de uma relação de internacionalidade, em que conduta e resultado jurídico realizem-se entre dois ou mais Estados. Por isso, a competência da Justiça Federal para o julgamento do tráfico internacional de drogas, do tráfico de crianças e mulheres para o exterior etc.

Entre os Tratados e convenções ratificados pelo Brasil citam-se: tráfico de entorpecentes (Decretos n. 54.216/1964 e n. 79.388/1977);

17 Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. § 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução. § 2º Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.

moeda falsa – nacional ou estrangeira (Decreto-Lei n. 411/1938); transferência ilegal de criança para o exterior e pornografia infantil (Decreto-Lei n. 28/1990 e Decreto n. 99.710/1999); tráfico de mulheres (Decreto-Lei n. 7/1950); infrações praticadas a bordo de aeronaves (Decreto n. 66.520/1970); genocídio (Decreto n. 30.822/1952); apoderamento ilícito de aeronaves (Decreto-Lei n. 71/1971); tortura (Decreto-Lei n. 4/1989); atos de violência em aeroportos (Decreto n. 2.611/1998); crimes contra pessoas que gozam de proteção internacional (Decreto n. 3.167/1999); tomada de reféns (Decreto n. 3.517/2000).

Quanto ao tema objeto de estudo, em outubro de 2009¹⁸, foi assinado acordo de cooperação entre Brasil e União Europeia para o combate de práticas desleais de concorrência no mercado, prevendo a troca de experiências e maior integração no combate a cartéis. Acordo semelhante já foi firmado pelo Brasil com Estados Unidos, Portugal, Rússia, Canadá, Chile e Argentina.

A conduta de cartel pode estar associada a um daqueles crimes previstos em acordos internacionais. Além disso, a mesma conduta iniciada em outro país e concluída no Brasil, e vice-versa, justifica a competência federal.

3.3 Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN)

O Sistema Financeiro Nacional se subordina ao interesse público, na medida em que é organizado para promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade e que atuará sob controle da Administração Pública Federal, já que o funcionamento das instituições privadas nesta área de atividades dependerá de autorização prévia do Poder Público.

A organização e o funcionamento do sistema encontram sua complementação na Lei Federal n. 4.595/1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, além de criar o Conselho Monetário Nacional, diploma esse que foi recepcionado pela CF/1988 (BALTAZAR JÚNIOR, 2007, p. 269-270).

18 Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/10/08/materia.2009-1008.3953379892/view>>. Acesso em: 27 out. 2009.

Cabe observar que, enquanto nas searas penais do Direito Econômico há predominância evidente do interesse coletivo, já que as infrações econômicas atentam contra aquelas estruturas, colocando em risco o sistema globalmente considerado, na órbita penal do Direito Financeiro, há um equilíbrio entre o interesse geral no adequado funcionamento do sistema associado aos interesses particulares dos indivíduos que nele investem suas poupanças individuais ou empresariais.

Assim, para fins de aplicação da lei penal, com fundamento no art. 1º da Lei n. 4.595/1964, considera-se como Sistema Financeiro Nacional¹⁹ o conjunto articulado de instituições financeiras ou entes a ela equiparados, públicos ou privados, que correspondam ao modelo expressamente definido em lei e estruturados com o escopo de “promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”, instituições em atuação na captação, gestão e aplicação de recursos financeiros e valores mobiliários de terceiros – quer entes públicos, quer privados – sob a fiscalização do Estado, bem como as relações jurídicas existentes entre tais instituições, seus usuários, seus funcionários e o poder público.

Nos termos do art. 1º da Lei n. 7.492/1986, considera-se instituição financeira

a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

O art. 17 da Lei n. 4.595/1964 define instituição financeira nos seguintes termos:

Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Para José Paulo Baltazar Júnior (2007, p. 271), da leitura dos dois dispositivos ressaí que

o conceito de instituição financeira em sentido penal é, ao menos nesse aspecto, mais restrito que aquele da lei disciplinadora do mercado financeiro, uma vez que naquela somente será assim considerada a instituição que operar com recursos de terceiros, enquanto nesta a circunstância de utilizar recursos próprios não afastará a qualidade de instituição financeira.

A competência da Justiça Federal defluiu do preceito constitucional, constante do art. 109, VI, da CF, sendo que, ao teor do dispositivo citado, esta abrangerá apenas os crimes desta natureza previstos em lei na qual exista previsão expressa. Nesse sentido, o art. 26 da Lei n. 7.492/1986 dispõe que a ação penal, nos crimes nela previstos, será promovida pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal.

Na conexão entre o crime contra o SFN e outro ilícito de competência da Justiça Estadual, o forum attractionis será o da Justiça Federal não ocorrendo a cisão de processos, nos termos da Súmula n. 122 do Superior Tribunal de Justiça.

Em suma, será sempre da Justiça Federal o crime de cartel quando a conduta do mesmo modo caracterizar ilícito contra o Sistema Financeiro Nacional.

3.4 Crimes contra a “ordem econômico-financeira”

A competência da Justiça Federal, nos crimes contra a ordem econômica que afetem interesses nacionais, depende de expressa previsão legal²⁰. Entre as disposições legais que protegem a ordem econômica e a economia popular, citam-se: Lei n. 1.521/1951 (economia popular), Lei n. 8.137/1990 (define, entre outros, crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo) e Lei n. 8.176/1991 (crimes referentes à aquisição, distribuição e revenda de derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico hidratado carburante e outros combustíveis líquidos carburantes em desacordo com as normas legais).

A Lei n. 8.137/1990 estabelece diversas figuras penais semelhantes às definidas na Lei n. 1.521/1951, como, por exemplo, a transgressão de tabela de preços ou a sonegação de mercadorias. Esses ilícitos

19 STJ, CC n. 91.162/SP, ministro Arnaldo Esteves de Lima, 3ª Seção, DJe de 2 set. 2009.

20 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: VI – [...] e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”.

penais se referem a uma fase da economia de controle de preços, que só excepcionalmente poderá ter aplicação.

Apenas a Lei n. 8.176/1991 prevê a competência da Justiça Federal, em seu art. 2º²¹. Quanto ao art. 1º²² da referida lei, embora não haja previsão expressa quanto à competência, esta é da Justiça Federal, em razão do alcance do interesse envolvido na proteção dos valores econômicos (OLIVEIRA, 2006, p. 223), decorrente da própria descrição do ilícito.

Reforçando-se a tese de que os crimes previstos na Lei n. 8.176/1991 são de competência da Justiça Federal, o art. 4º institui o Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis, órgão da Administração Pública Federal.

Por outro lado, a Lei n. 8.137/1990, que define nos arts. 4º, 5º e 6º crimes contra a ordem econômica, não prevê especificamente a competência; esta, em regra, é da Justiça Estadual.

O art. 4º trata do crime de abuso do poder econômico, com a dominação de mercado ou eliminação, total ou parcial, da concorrência, mediante condutas variadas; formação de cartéis entre empresas ofertantes; estabelecimento de monopólio ou eliminação, total ou parcial, da concorrência mediante discriminação de preços de mercadorias e serviços ou açambarcamento, sonegação, destruição ou inutilização de bens de produção ou de consumo; e, ainda, provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-

21 "Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usuração, produzir bens ou explorar matérias-primas pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena – detenção, de um a cinco anos e multa.

§ 1º – Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no *caput* deste artigo.

§ 2º – No crime definido neste artigo, a pena de multa será fixada entre dez e trezentos e sessenta dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

§ 3º – O dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a quatorze nem superior a duzentos Bônus do Tesouro Nacional – BTN".

22 "Constitui crime contra a ordem econômica: I – adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei; II – usar gás liquefeito de petróleo em motores de qualquer espécie, saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas, ou para fins automotivos, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei".

-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento; vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência; e, por fim, elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

De acordo com o disposto no art. 5º, constitui crime da mesma natureza a venda casada, exigência de exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão da publicidade, em detrimento da concorrência, e, ainda, recusa de prestação de informações sobre o custo de produção ou preço de venda.

Da mesma forma, o art. 6º estabelece constituir crime da mesma natureza vender ou oferecer à venda mercadoria ou serviço por preço superior ao tabelado; aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida; e, ainda, exigir, cobrar ou receber vantagem ou importância adicional de preço tabelado ou controlado de qualquer forma pelo Poder Público.

O crime de lavagem de dinheiro, previsto na Lei n. 9.613/1998²³ será de competência da Justiça Federal se a conduta afrontar bem, serviço ou interesse da União, autarquias ou empresa pública federal; se o crime for cometido contra o Sistema Financeiro Nacional ou a ordem econômica ou se o delito antecedente for de competência federal.

4 Cartel e competência penal segundo a jurisprudência

4.1 Competência estadual nos precedentes jurisprudenciais

Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (CC n. 56.193/RS, min. Og Fernandes, 3ª Seção, DJe de 5 mar. 2009; CC n. 37.226/SP, min. Jorge Scartezini, 3ª Seção, DJ de 1º jul. 2004; CC n. 40.165/PR, min. José Arnaldo da Fonseca, 3ª Seção, DJ de 2 fev. 2004; CC n. 34.973/RS, min. Eliana Calmon, 1ª Seção, DJ de 28 out. 2002), que defendem a competência da Justiça Estadual, fundamentam-se na necessidade de expressa previsão legal, bem como na inexis-

23 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 27 out. 2009.

tência de lesão específica a bens, interesses ou serviços da União ou de autarquias.

O Supremo Tribunal Federal, quanto à matéria, não apresenta divergência em seus precedentes. Entende que, nos delitos contra a ordem econômica, a competência é da Justiça Estadual, pois, para que se defina a competência da Justiça Federal, é preciso que haja lesão ou dano concreto a interesse direto e específico da União, não bastando que esta, por si ou por autarquia, exerça atividade fiscalizadora sobre o bem objeto do delito. Assim, o fato de órgãos federais (Anatel, ANP, Antaq, entre outros) normatizarem as atividades desenvolvidas não é por si só suficiente para atrair a competência federal.

Todavia, é inegável a necessidade de ser realizada interpretação sistemática da Constituição Federal, conjugando os incisos IV e VI do art. 109, de modo que nos casos de interesse suprarregionais, quando houver atuação do CADE ou de qualquer outro órgão federal, a competência seja da Justiça Federal independentemente de haver expressa previsão legal nesse sentido, em razão dos relevantes interesses envolvidos.

Deve-se ressaltar que, por se tratar de competência constitucional, logo absoluta, o ajuizamento de ação em justiça incompetente causa a nulidade de todos os atos, não só dos decisórios como nos casos de incompetência relativa, sendo de suma importância a pacificação deste tema justamente para reduzir a morosidade do processo e evitar a prescrição dos crimes concorrenciais.

Por esses motivos, considerando-se a dificuldade probatória inerente à criminalidade econômica, a existência de diversos conflitos de competência suscitados como questão preliminar ao julgamento dos processos é um grande entrave à punição desses delitos.

O crime de cartel ofende a ordem econômica e os fundamentos do Estado Democrático de Direito²⁴, como os valores sociais do trabalho, a livre-iniciativa e a função social da propriedade, relacionando-se diretamente com a geração de empregos e com a inclusão social.

²⁴ CF, art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

4.2 Competência federal nos precedentes jurisprudenciais

O interesse da União que justifica a competência da Justiça Federal se revela quando se atingirem diretamente seus bens, serviços ou interesses; quando houver conexão entre crimes federais e estaduais; quando órgãos federais responsáveis pela defesa da concorrência forem parte no processo; quando transcenderem a esfera individual, como nos casos da atuação de grupo econômico, da atividade desenvolvida ou da natureza do produto, se a amplitude da conduta delituosa tiver potencial para atingir vários Estados (repercussão interestadual), prejudicar setor econômico estratégico para a economia nacional ou para o fornecimento de serviços essenciais.

Rodolfo Tigre Maia (2008, p. 254-256) elenca critérios para fixação da competência da Justiça Federal em casos de suspeita de crimes contra a ordem econômica, mais especificamente o de formação de cartel, que podem ser divididos da seguinte forma:

- a) Conseqüências materiais das condutas investigadas, pelo fato de estas:
 - a1) atingirem diretamente bens, serviços ou interesses da União e/ou de suas autarquias ou empresas públicas (inciso IV do art. 109 da CF), inclusive quando cometidos em detrimento de monopólio confiado à União (art. 177 da CF) ou na hipótese de existirem decisões administrativas, versando sobre a matéria em apuração criminal, na esfera dos órgãos públicos federais que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (inciso IV do art. 109 da CF e art. 64, c/c o art. 89, da Lei Antitruste);
 - a2) redundarem em graves violações de direitos humanos, que o país se obrigou a resguardar em virtude de obrigações decorrentes de tratado do qual é signatário; nesta hipótese, mediante a proposta de desafordamento submetida pelo Procurador-Geral da República ao STJ (inciso V-A, c/c o § 5º, ambos do art. 109 da CF);
 - a3) terem imediata repercussão interestadual, em razão de o mercado geográfico considerado abranger mais de um Estado da Federação, recomendando a investigação e a repressão uniformes das mesmas (inciso I do § 1º do art. 144 da CF de 1988, especialmente os crimes constantes do art. 1º da Lei Federal n. 10.446/2002);
 - a4) repercutirem diretamente no fornecimento de bens ou na prestação de serviços essenciais em relação à vida ou à saúde, mas em contexto no qual o resultado das condutas praticadas possa mediatamente alcançar maior amplitude geográfica, de tal modo que se recomende a imediata

atuação federal (inciso IV do art. 109 da CF e art. 12, III, da Lei Federal n. 8.137/1990).

b) Incidentes processuais envolvendo as condutas investigadas por estar presente:

b1) interesse processual da União Federal, e.g., em razão de o CADE se habilitar como assistente de acusação no processo penal correspondente (incisos I e IV do art. 109 da CF; art. 268 do CPP e art. 64, c/c o art. 89, ambos da Lei Antitruste), ou pela existência de acordos de leniência firmados na esfera administrativa que se pretenda validar em sede criminal (arts. 35-B e 35-C da Lei Antitruste); ou, ainda, por se configurar;

b2) conexão do crime de cartel com os crimes que ofendem o sistema de órgãos e institutos destinados a preservar, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores, resultarem em lesão à organização do trabalho como um todo (inciso VI, primeira parte, do art. 109 da CF) ou, ainda, com qualquer outro crime de inequívoca competência federal (Súmula n. 122 do STJ).

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça defendem a competência da Justiça Federal: HC n. 117.169/SP, min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJe de 16 mar. 2009; HC n. 32.292/RS, min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 3 maio 2004.

Ainda, consoante entendimento do STJ, o art. 89 da Lei n. 8.884/1994 legitima a intervenção do CADE como assistente em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica, tratando-se de competência da Justiça Federal as causas em que seja parte. Corroborando ainda esta tese, é pacífico o entendimento do Tribunal no sentido de que é da competência da Justiça Federal conhecer e julgar os mandados de injunção impetrados contra autarquia federal²⁵.

Por estas razões, negar a competência federal é posição discrepante da estrutura consolidada para a apuração das infrações contra a ordem econômica. Não é demais lembrar o absurdo de um órgão federal (SDE) poder celebrar acordo de leniência com o infrator (suspende o prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia e, se cumprido, extingue a punibilidade do agente) e impedir a atuação do órgão ministerial.

²⁵ STJ, AgRg no MI n. 185/DF. Ministro Franciulli Netto, Corte Especial, DJ de 21 mar. 2005, p. 200.

De acordo com Antonio Fonseca (2008), os efeitos penais do acordo de leniência somente se realizam se dele o membro do Ministério Público competente participar, pois é do órgão ministerial a titularidade constitucional da ação penal.

Ademais, nos termos da Súmula n. 150 do STJ, “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da união, suas autarquias ou empresas públicas”. Assim, caso realmente não seja hipótese para julgamento, o feito deve ser remetido à justiça competente após a verificação pela Justiça Federal, permitindo-se a aplicação do procedimento adequado para a persecução criminal.

4.3 Competência penal nos crimes contra a ordem econômica: critérios de *lege ferenda* e o Projeto de Lei n. 3.937/2004

O Projeto de Lei n. 3.937/2004²⁶, que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e reconfigura a Lei n. 8.884/1994, teve a redação final, assinada pelo relator Ciro Gomes, aprovada e encaminhada ao Senado Federal em 17 de dezembro de 2008. Dispõe o art. 120 que a Lei n. 8.137/1990 passa a vigorar acrescida do seguinte art. 16-A: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a ordem econômica previstos no *caput* e nos arts. 5º e 6º desta Lei”.

De acordo com interpretação literal e gramatical, verifica-se, da leitura do artigo, que o projeto de lei não altera a competência em relação aos crimes de cartel, previsto especificamente no art. 4º, referindo-se apenas ao *caput* e aos arts. 5º e 6º.

Por esta razão, conclui-se que o dispositivo não é claro quanto a que artigo relaciona o *caput* e nem se a omissão quanto aos crimes previstos no art. 4º é proposital ou não. A nosso sentir, esta sugestão de *lege ferenda* não cumpre sua finalidade. A redação é confusa e não abrange todos os tipos penais contra a ordem econômica dispostos na Lei n. 8.137/1990.

²⁶ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

A expressa previsão legal da competência da Justiça Federal para o julgamento de todos os crimes tornaria o sistema de persecução criminal compatível com todo o sistema administrativo e cível em tema de ordem econômica, o que certamente proporcionaria uma justiça célere e eficaz, nos termos dos preceitos constitucionais.

5 Conclusão

A criminalidade, nos dias de hoje, é muito elevada. A criminalidade comum (furtos, roubos, sequestros, extorsão, entre outros) é intimamente ligada ao desenvolvimento econômico do país, uma vez que os “excluídos” da sociedade, por falta de orientação e de oportunidades, na maioria das vezes acabam sendo vítimas do “sistema”, que não permite e nem propicia a saída deste círculo vicioso.

A criminalidade econômica ou macrocriminalidade, de modo diverso, é uma criminalidade “intelectualizada”, planejada, praticada por agentes detentores de poderio econômico, afetando não só o indivíduo, mas a coletividade, e, por esses motivos, entre outros, possui elevado grau de dificuldade probatória.

Podemos dizer, firmada esta premissa, que este tipo de criminalidade se encontra entre os fatores que geram e mantêm as desigualdades sociais, uma vez que põem em prática o capitalismo exacerbado, em que o “mais forte” predomina sobre o “mais fraco”.

O presente trabalho se propôs a estudar a competência criminal no crime de cartel. Apesar de parte da doutrina defender a “administrativização” do Direito Penal Econômico, no sentido de que o Direito Penal não atinge as finalidades preventiva e repressiva nessa seara, é fato que a cessação de atividades, bem como a busca e apreensão de instrumentos provenientes dos ilícitos, além da descoberta de crimes correlatos com as práticas de cartelização são benefícios suficientes para se defender a aplicação do Direito Penal nestes casos, para que não haja a possibilidade do brocardo “o crime compensa” se tornar uma realidade em razão do pagamento de “simples” multas na esfera administrativa.

A conduta estudada gravita em torno da concorrência e a livre-iniciativa, fundamentos basilares da ordem econômica, cuja finalidade é assegurar a todos existência digna, com base em um modelo econômico que propicie a construção do Estado Democrático de Direito, relacionando-se diretamente com a geração de empregos e com a inclusão social.

Por tais razões, sobressai a relevância da definição da competência para a persecução criminal, como condição da efetividade da repressão. Partindo-se do conceito de cartel e da definição de seus elementos, verificou-se a relevância do assunto e a necessidade de delimitação do tema.

A competência da Justiça Federal, prevista no art. 109 da Constituição Federal de 1988, é taxativa. Nos crimes contra a ordem econômico-financeira, de acordo com o inciso VI do referido artigo, a competência somente será da Justiça Federal nas hipóteses de expressa previsão legal.

O cartel, previsto na Lei n. 8.137/1990, é, em regra, de competência da Justiça Estadual. Este é o posicionamento atual e dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O Superior Tribunal de Justiça entendia do mesmo modo. Todavia, em recentes julgados, de acordo com interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, especialmente em razão do disposto no inciso IV do art. 109, no caso de interesse suprarregional, da qualidade das partes processuais ou das consequências materiais do crime, tem-se decidido ser de competência da Justiça Federal o processo e o julgamento desses crimes.

A divergência sobre competência criminal se evidencia por meio do Projeto de Lei n. 3.937/2004, que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo competir à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a ordem econômica previstos no *caput* e nos arts. 5º e 6º da Lei n. 8.137/1990. O projeto, extreme de dúvidas defeituoso por não incluir o art. 4º da Lei, indica tendência legislativa de se “federalizar” a competência.

Assim, o aperfeiçoamento do projeto de lei faz-se necessário para que haja expressa previsão legal de competência federal nos delitos

contra a ordem econômica, o que ocasionará a redução dos conflitos de competência e agilidade e eficiência na prestação jurisdicional, evitando-se a consumação dos prazos prescricionais.

Por tais razões, a defesa da competência federal, na esfera criminal, revela-se congruente com a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, na esfera cível e administrativa, de responsabilidade da União.

Referências

- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BORGES, Maria Cecília Mendes Borges et al. O cartel na legislação antitruste, sua relação com o fenômeno concentracionista (meio ou consequência?) e seus reflexos prejudiciais ao consumidor. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, a. 39, n. 155, 2002.
- BRASIL. *Combate a cartéis e programa de leniência*. Coleção SDE/CADE n. 01/2009. 3.ed.
- FARENA, Duciran Van Marsen. O papel do Ministério Público no combate aos cartéis. *Boletim dos Procuradores da República*, a. 5, n. 51, julho/2002.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FISCHER, Douglas. *Direito Penal Econômico*. Curso de Direito Penal Especial. Escola Superior do Ministério Público da União. MIMEO. set. 2008.
- FONSECA, Antonio. *Crimes contra a concorrência e as relações de consumo*. Curso de Direito Penal Especial da Escola Superior do Ministério Público da União. MIMEO. out. 2008.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito penal econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LEAL, João Paulo G. Cartéis. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo – IBRAC*. São Paulo, v. 8, n. 8, 2001.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MALARD, Maria Terezinha. O cartel. *Revista de Direito Econômico/CADE*, Brasília, out./dez. 1995.
- MEDEIROS, Eduardo Braga. A (in)dependência das esferas administrativa e judicial no delito de cartel: reflexos judiciais da decisão do CADE. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*. a. 4, n. 24.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, parte geral: arts. 1º a 120 do CP*. v. 1. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias de. *Ordem econômica e direito penal antitruste*. Curitiba: Juruá, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: Parte geral, arts. 1º a 120*. v. 1. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito Penal Econômico*. 2.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. 3.ed. rev. e ampl. Curitiba: Fórum, 2004.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo: Novas Formas de Criminalidade*. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, a. 1, n. 3: 163-174, outubro de 2001.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Do momento de configuração do cartel*. Trabalho elaborado em out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10300>>. Acesso em 18 out. 2009.

TIGRE MAIA, Rodolfo. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

O crime do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 e o julgamento do *Habeas Corpus* n. 81.611 pelo Supremo Tribunal Federal

Giselle Aguiar Santos de Chantal

1 Introdução. 1.1 Conceitos de Direito Penal. 1.2 Conceitos de Direito Tributário. 2 Análise dogmática do crime definido no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990. 2.1 Elementos. 2.2 Classificação quanto ao resultado. 2.3 A exigência de constituição definitiva do crédito tributário como “condição objetiva de punibilidade”. 3 Situações problemáticas decorrentes da decisão do Supremo Tribunal Federal. 3.1 Supressão ou redução do tributo mediante fraude. 3.2 Prescrição do crime e causa suspensiva não prevista em lei. 3.3 Decadência do direito de lançar o tributo. 3.4 Discussão administrativa restrita ao quantum debeatur. 3.5 Aplicação indiscriminada do precedente a outros crimes de sonegação tributária. 4 Conclusões.

1 Introdução

A Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, define os crimes contra a ordem tributária¹, econômica e contra as relações de consumo e está dividida em quatro capítulos, sendo o primeiro deles dedicado apenas aos crimes contra a ordem tributária².

Na seção I do primeiro capítulo, composta por dois artigos, definem-se os crimes praticados por particulares:

- 1 Segundo Hugo de Brito Machado, “a expressão ordem tributária designa o complexo de normas jurídicas concernentes ao exercício do poder de tributar. Salvo quando seguida de qualificativo específico, designa todo o complexo de normas concernentes ao exercício do poder de tributar em todo o país. Assim, os crimes contra a ordem tributária são crimes praticados em detrimento da eficácia dessas normas.” – *in Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 322.
- 2 Os crimes contra a ordem tributária são espécie de crimes econômicos, tal como os crimes contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra o consumidor e as relações de consumo e a ordem econômica, e podem ser divididos em quatro grupos: a) sonegação; b) apropriação indébita; c) descaminho; e d) crimes funcionais.

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

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

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

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V. [...]

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Interessa ao presente estudo apenas o art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990, em razão da controvérsia sobre a exigência de lançamento tributário definitivo para a caracterização do delito e devido aos problemas gerados pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto no Habeas Corpus n. 81.611-SP.

Desde aquele julgamento, cujo teor será mais bem exposto adiante, firmou-se o entendimento de que a constituição definitiva do crédito tributário é uma “condição objetiva de punibilidade” do delito previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990, e como tal impede a persecução penal antes da decisão final da autoridade administrativa.

Todavia, em nosso trabalho de assessoria ao Procurador-Geral da República no âmbito criminal, lidando diariamente com processos criminais de competência originária do Supremo Tribunal Federal, pudemos observar alguns problemas que a referida decisão acarreta em relação a aspectos teóricos e também práticos – como a subordinação da atuação do Ministério Público à manifestação dos agentes administrativos.

Trata-se de um precedente bastante questionado em sede doutrinária, mas que não recebe dos julgadores a necessária análise crítica para afastá-lo em determinados casos concretos. O que se vê, salvo corajosas exceções, é a repetição sistemática do julgado para obstar a persecução penal, divorciada de qualquer digressão sobre o acerto de seus fundamentos e sobre as consequências de sua aplicação.

É certo que os mais graves crimes contra a ordem tributária não são praticados pela “clientela” rotineira do Direito Penal, formada por indivíduos de classes sociais menos favorecidas, mas por autores – não raro abastados – que têm pleno conhecimento da gravidade de suas condutas e se valem da sonegação de tributos para “financiar” suas atividades, em detrimento de toda a sociedade e daqueles que cumprem rigorosamente suas obrigações junto ao fisco.

Diante desse contexto, o objetivo do presente estudo é analisar se o lançamento definitivo do tributo é uma “condição objetiva de punibilidade” do crime descrito no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 e se a existência de discussão na via administrativa de fato obsta a ime-

diata persecução penal da conduta, a fim de verificar se o precedente do Supremo Tribunal merece ou não ser revisto.

2. A decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 81.611

Antes do julgamento do Habeas Corpus n. 81.611, entendiam os tribunais que a instauração da ação penal pelo crime do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 não estava subordinada ao procedimento administrativo fiscal, dada a autonomia entre as esferas de punibilidade. Convém frisar que a matéria encontrava-se sumulada no âmbito do Supremo Tribunal Federal (verbete n. 609: “É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”). Admitia-se, portanto, o oferecimento e o recebimento da denúncia e até mesmo a condenação mesmo que não concluído o processo fiscal, podendo o juiz criminal conhecer, incidentalmente, de eventual questão prejudicial tributária suscitada pelo acusado. Exigia-se a efetivação do lançamento do tributo, mas este não precisava ser “definitivo”.

A título exemplificativo, colhem-se as ementas a seguir transcritas:

Penal. Processo penal. Crime de sonegação fiscal. Falta de justa causa. Condição de procedibilidade. Se os fatos descritos na denúncia revestem-se, em tese, de ilicitude penal, não há falar em falta de justa causa para a ação penal. O *Habeas Corpus* não é meio idôneo para o exame aprofundado da prova. A ação penal por crime de sonegação fiscal não se subordina a prévio procedimento administrativo de apuração do débito tributário. Recurso improvido³.

Processual penal – *Habeas Corpus* – crime de sonegação fiscal – instauração de ação penal antes de concluído procedimento administrativo-fiscal – alegação de inépcia da denúncia – prisão preventiva – pretendida revogação – réu revel – Em se tratando de delito de sonegação fiscal, a instauração da ação penal independe do procedimento administrativo de apuração de débitos tributários, ate porque são diversos os fundamentos deste e daquele.

– O não atendimento aos chamados da justiça, desaparecendo do local dos fatos para evitar seja encontrado, com os riscos consecutórios

³ Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, RHC 1700, rel. min. Costa Leite, julgado em 29.6.1992.

de impedir a realização do julgamento, obstruindo a instrução criminal e comprometendo eventual aplicação da norma repressiva, são motivos mais do que suficientes para a manutenção do decreto de prisão preventiva.

– Ordem denegada⁴.

Penal e processual penal. Recurso ordinário em *Habeas Corpus*. Crime contra a ordem tributária. Justa causa. Ocorrência. Cancelamento do ato fiscal na via administrativa. Irrelevância.

I – as sanções penais e administrativas são autônomas em face do que, salvo se a lei diferentemente dispusesse, não é possível pretender-se que a aplicação de uma satisfaça a outra (STF, RT 611/237).

II – a apuração do débito fiscal na instância administrativa não constitui condição de procedibilidade ou pressuposto de punibilidade.

III – o trancamento da ação penal, em sede de *Habeas Corpus*, só é cabível, quando constatável, *prima facie*, a ausência de indícios de autoria, da materialidade e atipicidade criminosa do fato imputado.

IV – recurso improvido.⁵

Habeas Corpus. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Inépcia da denuncia. Prática, em tese, do crime descrito no artigo 1, incisos I e II, da Lei n. 8.137/90. Ordem denegada.

– A acusação e de que o paciente omitiu rendimentos relativos ao período de janeiro de 1991 a dezembro de 1993. Os fatos foram apurados em procedimento administrativo fiscal, do qual resultaram auto de infração e representação criminal. Dessa forma, nenhum vicio acomete a peça acusatória por ser fiel a representação fiscal, já que a tem por esteio, juntamente com toda a documentação acostada.

– quanto à tentativa dos impetrantes de atrelar lançamento fiscal e processo criminal, que nada mais e o que fizeram ao invocar a Súmula 182 do extinto TFR e jurisprudência, sempre e bom enfatizar a independência de instâncias e o fato de que o raciocínio de quem constitui credito tributário e diverso de quem acusa.

– Ordem denegada.⁶

Tal entendimento era adotado também pelo Supremo Tribunal Federal, como ficou claro no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1571, proposta pelo Procura-

⁴ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, HC n. 2357, rel. min. Flaquer Scartezini, julgado em 7.2.1994.

⁵ Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, RHC n. 2699, rel. min. Pedro Acioli, julgado em 26.9.1994.

dor-Geral da República contra o art. 83⁶ da Lei n. 9.430/1996 por alegada afronta ao art. 129, I, da Constituição, uma vez que o legislador ordinário teria condicionado o exercício da função institucional do Ministério Público de promover a ação penal por crime contra a ordem tributária à decisão final na esfera administrativa.

A medida cautelar foi indeferida em 20 de março de 1997, recebendo o acórdão a seguinte ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei n. 9430, de 27.12.1996, art. 83. 3. Argüição de inconstitucionalidade da norma impugnada por ofensa ao art. 129, I, da Constituição, ao condicionar a *notitia criminis* contra a ordem tributária “a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário”, do que resultaria limitar o exercício da função institucional do Ministério Público para promover a ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 4. Lei n. 8137/1990, arts. 1º e 2º. 5. Dispondo o art. 83, da Lei n. 9430/1996, sobre a representação fiscal, há de ser compreendido nos limites da competência do Poder Executivo, o que significa dizer, no caso, rege atos da administração fazendária, prevendo o momento em que as autoridades competentes dessa área da Administração Federal deverão encaminhar ao Ministério Público Federal os expedientes contendo *notitia criminis*, acerca de delitos contra a ordem tributária, previstos nos arts. 1º e 2º, da Lei n. 8137/1990. 6. Não cabe entender que a norma do art. 83, da Lei n. 9430/1996, coarcte a ação do Ministério Público Federal, tal como prevista no art. 129, I, da Constituição, no que concerne à propositura da ação penal, pois, tomando o MPF, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária, não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso. 7. O art. 83, da Lei n. 9430/1996, não define condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo Ministério Público. 8. Relevância dos fundamentos do pedido não caracterizada, o que é bastante ao indeferimento da cautelar. 9. Medida cautelar indeferida. (grifou-se)⁷

Naquela ocasião decidiu-se que não ficaria o Ministério Público impedido de promover a ação penal, mesmo que pendente o término do procedimento administrativo. Portanto, a representação fiscal para fins penais prevista no citado art. 83 da Lei n. 9.430/1996 não consti-

6 Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

7 Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI-MC 1571, rel. min. Néri da Silveira, julgado em 20.3.1997.

tuiria uma “condição de procedibilidade” quanto aos delitos previstos na Lei n. 8.137/1990.

Da leitura dos votos então proferidos, verifica-se que os Ministros consideravam desnecessário o prévio esgotamento da via administrativa, tal como o Ministro Celso de Mello, que afirmou que as condições de procedibilidade da ação penal não se presumem, mas devem estar expressas em lei.

O julgamento de mérito da ADI 1571, ocorrido em 10.12.2003, seguiu a mesma linha, entendendo o Supremo Tribunal Federal que tal norma, por ser dirigida à Administração tributária, não obstaría a atuação do Ministério Público, que poderia colher elementos para a formação da *opinio delicti* por outra fonte:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei n. 9.430, de 27.12.1996. 3. Argüição de violação ao art. 129, I da Constituição. *Notitia criminis* condicionada “à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário”. 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da *notitia criminis* ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita “representação tributária”, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação

Entretanto, no mesmo dia 10 de dezembro de 2003 foi concluído o julgamento do Habeas Corpus n. 81.611, cujo relator era o Ministro Sepúlveda Pertence, em que se discutia a possibilidade de persecução penal quanto ao crime do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 antes da constituição definitiva do crédito tributário correspondente. Vencidos os Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, os demais integrantes da Corte concederam a ordem e firmaram o seguinte entendimento:

I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o

curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.

Em síntese, prevaleceu a tese esposada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence de que o lançamento definitivo do tributo constituiria uma “condição objetiva de punibilidade”; que o crime do art. 1º se consuma quando verificado o resultado decorrente das condutas de reduzir ou suprimir o tributo, mas o fato só se torna penalmente relevante após a constituição definitiva do crédito; e que fica suspenso o prazo de prescrição do delito enquanto pendente a discussão na via administrativa.

Como lembra Andreas Eisele⁸, houve também uma justificativa política para a adoção de tal entendimento, consistente na possibilidade do *devedor (sic)* obter a extinção da punibilidade pelo pagamento integral do tributo devido, o que não poderia ocorrer antes da constituição definitiva do crédito correspondente.

Da leitura do voto condutor do Habeas Corpus n. 81.611 pode-se inferir que o relator considerou incondicionada a ação penal nos crimes contra a ordem tributária, não sujeita que é à representação fiscal para fins penais formulada pelo fisco; e material o delito descrito no

⁸ In Condição objetiva de punibilidade e lançamento tributário, *Revista jurídica do Ministério Público catarinense*, Florianópolis, v. 4, n. 9, maio/ago. 2006.

art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90, dada a exigência de efetiva redução ou supressão do tributo.

Ademais, filiou-se à corrente doutrinária que vê no lançamento uma forma de eliminação da incerteza objetiva que recai sobre a obrigação tributária, embora não tenha adentrado a controvérsia sobre a natureza declaratória ou constitutiva deste procedimento, e apontou os reflexos penais ocasionados pela decisão definitiva no lançamento, seja ela contrária ou favorável ao contribuinte.

Se contrária, segundo o relator, não se poderia dizer que seja ela um elemento essencial do tipo, necessária à consumação do delito. O problema residiria na decisão favorável ao contribuinte, proferida pela autoridade competente para a constituição do crédito tributário, que declara não ter havido supressão ou redução de tributo, porque inviabiliza a condenação por crime que tem justamente na supressão ou redução elemento essencial do tipo. E afirmou que, enquanto pendente o processo administrativo, remanesceria a incerteza objetiva sobre a existência e o conteúdo da obrigação.

Destacou, ainda, que não se tratava de subordinar a denúncia à prévia certeza de todos os elementos de fato necessários à sua procedência, mas de hipótese extraordinária em que a punibilidade da conduta do agente estaria subordinada à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal. Afastando a inserção do lançamento definitivo entre os elementos do tipo do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990, afirmou o relator que a questão se desloca da tipicidade para as condições objetivas de punibilidade.

Em abono de sua tese, equiparou o delito tributário aos crimes pré-falimentares e afirmou que, embora a conduta possa ser considerada típica, sua punibilidade estaria subordinada à superveniência da decisão definitiva no processo de lançamento do crédito tributário, pois só assim seria eliminada possível dúvida sobre a existência da obrigação tributária, tornando viável a propositura da ação penal.

Em seguida, partiu para o argumento *político* anteriormente destacado, por considerar que somente ao término do procedimento de lançamento poderia o contribuinte se valer da faculdade que lhe

confere a lei de extinguir a punibilidade pelo pagamento integral do tributo. Passado um ano sem que o julgamento fosse concluído, o ministro Sepúlveda Pertence apresentou um aditamento ao seu voto para propor a suspensão da prescrição da pretensão punitiva enquanto pendente o procedimento administrativo fiscal.

Prosseguindo no julgamento, houve a manifestação do ministro Gilmar Mendes, que seguiu o relator, e o voto da ministra Ellen Gracie, que, depois de pedido de vista, abriu a divergência para assentar que o art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 veicula crime formal e que a punibilidade da conduta está presente mesmo antes do desfecho do procedimento administrativo, como deixa claro o art. 34 da Lei n. 9.429/1995 ao autorizar a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia.

Além disso, destacou a ministra Ellen Gracie a possibilidade de que a omissão da autoridade fiscal em proceder ao lançamento no prazo decadência de cinco anos inviabilizaria a persecução do crime cujo prazo prescricional é de doze anos, o que, a seu ver, reforça a independência das instâncias penal e administrativa. Afirmou, ainda, que não é necessário o lançamento definitivo para que o contribuinte cumpra a obrigação tributária, pois a lei já contém todos os elementos necessários para que o faça; e que a Administração tributária é mera intermediária na arrecadação de tributos e eventual insuficiência ou ineficiência da fiscalização não retira do Ministério Público a justa causa para a propositura de ação penal, independentemente da fixação exata do *quantum debeatur*.

A ministra encerrou seu voto apontando cinco consequências negativas que adviriam da adoção da tese do relator:

- a) A impossibilidade de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público ou a impossibilidade de seu recebimento, no aguardo da conclusão do procedimento administrativo-fiscal, faria com que a prescrição fluísse.
- b) O poder-dever do Ministério Público, titular exclusivo da ação penal ficaria subordinado à burocracia do Poder Executivo.
- c) Esta burocracia, por sua vez, passaria a deter o poder – mediante sua eventual omissão – de acarretar a própria extinção do *jus puniendi*, em evidente afronta ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal.

d) A impugnação de autos de infração se tornaria instrumento de postergação do direito de punir estatal com o objetivo pernicioso de se alcançar a prescrição. Os inúmeros recursos administrativos postos à disposição do contribuinte pela legislação tributária certamente seriam utilizados para atingir tal fim, ainda que nenhuma razão jurídica embasasse a impugnação.

e) E, finalmente, esgotada a instância administrativa, a discussão poderia ser reaberta em sede judicial, até que se estabelecesse – depois do longo *iter* recursal que os devedores mais abonados podem percorrer – certeza a respeito do *quantum debeatur* a ser atendido pelo sonegador.

Seguiram-se o voto do Ministro Nelson Jobim, que acompanhou o relator, e o pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa. Este, ao votar, procedeu a uma análise dos argumentos já suscitados e concluiu que o art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 é um crime material, pois depende da ocorrência de efetiva lesão à Fazenda; que o lançamento definitivo não constitui “condição objetiva de punibilidade”; e que o crime se consuma no momento em que se verifica o resultado lesivo ao fisco.

Ressaltou, ainda, que a decisão da autoridade administrativa sobre a impugnação do contribuinte poderá ter duas naturezas distintas. Sendo contrária à impugnação e confirmatória do débito tributário, constituirá um elemento adicional da materialidade do delito, mas não um juízo de certeza sobre a sua prática; sendo favorável ao contribuinte, configurará no máximo um elemento de exclusão da tipicidade. E na ausência de decisão definitiva sobre o lançamento do tributo, a solução reside no art. 93 do Código de Processo Penal, que trata das questões prejudiciais heterogêneas, com base no qual serão suspensas a ação penal e a prescrição.

O ministro Joaquim Barbosa também apontou as dificuldades que surgiriam em relação ao lançamento por homologação, no qual a lei atribui ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa, pois nesse caso não existe decisão sobre o lançamento e a análise feita pelo próprio contribuinte tem grande chance de se tornar definitiva. Nesse caso fica evidente a impossibilidade de atribuir ao lançamento definitivo a natureza de condição objetiva de punibilidade.

Outros inconvenientes destacados pelo Ministro consistem na atuação do Ministério Público nos casos de envolvimento de fiscais em infrações penais tributárias, quando o lançamento deixasse de ser realizado de forma fraudulenta; e na impossibilidade de suspensão da prescrição enquanto pendente o procedimento fiscal.

Votaram em seguida o Ministro Carlos Britto, seguindo a dissidência, e os Ministros Cezar Peluso, Marco Aurélio e Carlos Velloso, que acompanharam o relator. É importante destacar o entendimento do Ministro Cezar Peluso de que o tributo é um elemento normativo do tipo penal descrito no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990, divergindo do relator quanto à configuração de uma condição objetiva de punibilidade.

Assim sendo, o crime só estará configurado diante de uma obrigação jurídico-tributária exigível, cuja definição não cabe ao juízo penal, mas à autoridade administrativa a quem o Código Tributário Nacional reserva competência privativa para fazê-lo. E a existência da obrigação jurídico-tributária exigível só ocorre com o lançamento definitivo do tributo.

Afastando a ocorrência de contradição entre os arts. 113, § 1º, e 142, ambos do Código Tributário Nacional, apontada pela doutrina, o Ministro Cezar Peluso filiou-se à corrente que confere ao lançamento natureza constitutiva da obrigação tributária exigível, e afastou também a incidência do art. 144, *caput*, do referido Código, segundo o qual a eficácia do lançamento remonta à data da ocorrência do fato gerador, por entender que a norma não tem repercussão alguma no Direito Penal.

Ausente a obrigação tributária exigível antes de finalizado o lançamento, não haveria justa causa para a propositura da ação penal, dada a necessidade de interpretação restritiva nesta matéria porque tanto o Direito Penal como o Direito Tributário são essencialmente regidos pelo princípio da legalidade.

O Ministro Peluso também combateu o argumento do Ministro Joaquim Barbosa de que a inexistência de lançamento definitivo constituiria questão prejudicial heterogênea:

Tenho, com o devido respeito, dificuldades para tentar equacionar o problema em termos de prejudicialidade, e por duas razões. A primeira, porque – e até admito que seria motivo superável, de força algo débil, a interpretação textual do Código de Processo Penal – este se refere à prejudicialidade como objeto de algum processo pendente de caráter não-penal. No caso, essa prejudicialidade não poderia existir, por dizer respeito a uma atividade administrativa, sem correspondência com o pressuposto específico do Código de Processo Penal. O que de todo modo me parece decisivo, e esta é a segunda razão, é que a prejudicialidade tem sempre por objeto, sobretudo no campo penal, algum elemento que não impeça a propositura da ação penal. Ou seja, é impossível excogitar prejudicialidade, no processo em curso, a respeito da existência de elemento normativo sem o qual a ação penal não poderia ter sido iniciada. Se falta justa causa, não se pode suspender o processo penal para aguardar sobrevenha justa causa para a ação! A prejudicialidade há de ter sempre por objeto alguma dúvida sobre elemento que seja claramente admitido como não essencial à propositura legítima da ação penal.

Também merece realce o fundamento utilizado pelo ministro Carlos Velloso para justificar a suspensão da prescrição durante o curso do procedimento fiscal:

[...] a prescrição da ação rege-se pelo princípio da *actio nata*⁹. Se o direito de ação ainda não nasceu, não há falar em prescrição. A ação penal, no caso, somente nasce com a realização do lançamento fiscal, com a constituição definitiva do crédito tributário. Só assim será possível falar-se na ocorrência da figura típica do crime de sonegação fiscal.

Ao final, por intervenção da ministra Ellen Gracie, houve pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal acerca da suspensão da prescrição enquanto pendente o procedimento fiscal, tendo o ministro Carlos Velloso ressaltado que o crime só se consuma com o lançamento.

A partir desse julgamento houve uma ampla revisão da jurisprudência sobre o tema, e mesmo com alguns protestos, passou-se a decidir que, pendente a discussão sobre o crédito tributário na via administrativa, não há justa causa para a instauração da ação penal. Em princípio, admitia-se a possibilidade de suspensão do inquérito ou

⁹ Trata-se de princípio segundo o qual o prazo prescricional apenas tem início com a efetiva lesão do direito tutelado, momento em que surge para o indivíduo prejudicado o direito de ação para ver reparado o dano (art. 189 do Código Civil).

ação penal até o advento da decisão administrativa, mas atualmente o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que o feito deve ser trancado, obstando-se inclusive a abertura de inquérito:

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: IMPEDIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL DOS CRIMES MATERIAIS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRECEDENTES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ANULAÇÃO DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a ausência de constituição definitiva do crédito tributário impede a persecução penal dos crimes materiais contra a ordem tributária. Precedentes.
2. Extração de cópia integral dos autos deferido em favor da Procuradoria-Geral da República, para eventual instauração de novo Inquérito neste Supremo Tribunal, relativamente a fatos diversos dos cuidados na presente ação penal.
3. Questão de ordem resolvida para trancar a ação penal.¹⁰

Habeas Corpus. 1. Pedido de trancamento de inquérito policial. 2. Crime de sonegação fiscal. 3. A pendência do procedimento administrativo-fiscal impede a instauração da ação penal, como também do inquérito policial. Precedentes: PET (QO) n. 3.593/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, unânime, DJ 2.3.2007; HC n. 84.345/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 24.3.2006; HC (AgR) n. 88.657/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ 10.8.2006; HC n. 87.353/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, DJ 19.12.2006; e HC n. 88.994/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJ 19.12.2006. 4. Inquérito policial instaurado antes de devidamente concluído o procedimento administrativo-fiscal. Posterior encerramento da instância administrativa fiscal e a constituição definitiva do crédito tributário não convalida o inquérito policial aberto anteriormente. 5. *Habeas Corpus* deferido.¹¹

Como já mencionado, a conclusão do Supremo Tribunal Federal tem sido alvo de críticas em sede doutrinária. Neste sentido,

¹⁰ Supremo Tribunal Federal, Pleno, AP 422, rel. min. Cármen Lúcia, julgado em 27.3.2008.

¹¹ Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 89902, rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 18.9.2007.

oportuno destacar o posicionamento de José Paulo Baltazar Júnior (2007, p. 361):

Do ponto de vista dogmático, essa decisão está sujeita as críticas de ignorar a diferença entre obrigação e crédito tributário, sendo este, e não aquela, constituída pelo ato administrativo do lançamento. Demais disso, subordina a consumação do delito a um fato externo ao agente. É conveniente, por outro lado, na medida em que evita decisões conflitantes.

Também do ponto de vista político à posição tomada pelo STF pode ser contraposto o argumento de que as instâncias julgadoras no contencioso administrativo-tributário são compostas também por representantes dos contribuintes que são, em regra, bons advogados tributaristas, hábeis a fazer vencedoras suas teses, ao lado de servidores desprovidos das garantias asseguradas à Magistratura, a quem caberia dar a palavra final sobre a existência ou não de crime, independentemente da solução adotada pela administração.

Andreas Eisele, em primoroso artigo sobre o tema¹², debruçou-se sobre cada item do voto condutor proferido pelo ministro Sepúlveda Pertence, rebatendo um por um os argumentos nele lançados e indicando contradições e impropriedades no tratamento do assunto. Segundo ele, os fundamentos do voto podem ser assim sintetizados:

[...], o autor do voto inicia o argumento afirmando que a constituição da exigibilidade do crédito tributário pelo lançamento é requisito para a configuração da justa causa para a propositura de ação penal por crime contra a ordem tributária, mas não consiste em questão prejudicial.

Em seguida, aduz que a constituição da exigibilidade do crédito tributário não é elemento do tipo; mas, como antes de sua implementação pode ocorrer uma incerteza sobre a existência e/ou o conteúdo da obrigação tributária, configura condição objetiva de punibilidade, similar a uma questão prejudicial.

Em síntese, o procedimento administrativo de lançamento afeta a justa causa, sem que seu conteúdo consista em questão prejudicial e, portanto, como não é elemento do tipo, configura condição objetiva de punibilidade similar a uma questão prejudicial.

[...]

¹² In Condição objetiva de punibilidade e lançamento tributário, *Revista jurídica do Ministério Público catarinense*. Florianópolis, v. 4, n. 9, mai./ago. 2006.

A ementa do julgado, diversamente do conteúdo do voto do relator, que serviu de base para a decisão, indica a falta de justa causa como o fundamento jurídico da necessidade da constituição da exigibilidade do crédito tributário mediante procedimento administrativo de lançamento para a propositura de ação penal nos crimes contra a ordem tributária.

Ao também se manifestar contrariamente ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, Paulo Vieira Aveline¹³ destaca que a Corte pretendeu extrair de uma regra legal que permite a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo – art. 34 da Lei n. 9.249/1995 – a conclusão de que os crimes de sonegação fiscal servem apenas como instrumentos de arrecadação, sem considerar que ela é um instrumento de que se vale o Estado para financiar a realização dos objetivos estabelecidos na Constituição, o que demonstra a relevância dos bens jurídicos tutelados pelos crimes fiscais.

Afirma, ainda, que a interpretação levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal concede benefícios aos sonegadores em detrimento dos custos suportados por quem opta por pagar os tributos em dia, e que a mera existência de um marco temporal preclusivo para o exercício da faculdade de extinguir a punibilidade pelo pagamento integral do tributo não pode obrigar o Estado a aguardar que o interessado o faça.

Lembra, por fim, que a regra que possibilita a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3002, ainda pendente de julgamento, e não é suficiente para transformar o processo penal em sub-rogatório das políticas públicas de estabilização do crescimento e das demais formas de relacionamento entre as pessoas ou da execução fiscal.

Convém destacar que recentemente foi proposta pela Procuradoria Geral da República a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4273, distribuída ao ministro Celso de Mello, em que se questionam

¹³ In Crimes materiais contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990, art. 1º): lançamento definitivo como condição para a sua consumação: crítica aos fundamentos da decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus n. 81.611-8/DF, *Revista da AJUFERGS*. Porto Alegre: AJUFERGS, n. 4, nov. 2007, p. 270-278.

os arts. 67, 68 e 69 da Lei n. 11.941/2009¹⁴, que suspendem a pretensão punitiva dos crimes contra a ordem tributária cujos débitos tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, extinguem a punibilidade quando for feito o pagamento integral dos tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, e estabelecem que na hipótese de parcelamento antes do oferecimento da denúncia, esta só poderá ser aceita se o contribuinte estiver inadimplente, por afrontarem os arts. 3º e 5º, *caput*, da Constituição, e o princípio da proporcionalidade.

Um dos fundamentos do pedido consiste justamente no fato de que a criação de crimes contra a ordem tributária atende aos princípios da necessidade/utilidade, pois o legislador verificou que, sem a coerção penal, não se teria arrecadação de tributos que permitisse, a um só tempo, desenvolvimento nacional e eliminação da marginalização e das desigualdades sociais; de outro, teve em conta que o valor objeto da proteção penal era superior àqueles que são atingidos pela pena.

2.1 Conceitos de Direito Penal

2.1.1 Crimes materiais e formais

Os crimes materiais e formais são assim classificados em relação ao seu resultado. Crime material é aquele em que há necessidade de

¹⁴ Art. 67. Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia.

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

um resultado externo à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta.

Crime formal é aquele em que não há necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente e o resultado jurídico previsto no tipo ocorre em concomitância com o desenrolar da conduta. Nesse caso, há uma antecipação valorativa por parte da lei quanto à ofensividade ou lesividade da conduta. O comportamento em si, tendente à produção de um resultado, ainda que este não se realize, é suficiente para a configuração do delito.

Segundo a clássica lição de Damásio de Jesus¹⁵, crime material é aquele em que o tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação, como no crime de homicídio. Nesse sentido, contrapõe-se ao chamado crime formal, que é aquele cujo tipo menciona o comportamento e o resultado¹⁶, mas não exige a sua produção para a consumação, tal como ocorre nos crimes contra a honra, por exemplo.

Helena Fragoso¹⁷, por seu turno, explica que o tipo penal pode ser construído com base na ação ou se referir a um resultado exterior que se liga à ação por relação de causalidade. A primeira hipótese caracteriza os crimes formais, em que o fato punível se consuma com a simples prática da ação, e a segunda hipótese corresponde aos crimes materiais, cuja consumação se dá com a superveniência do resultado ou evento.

2.1.2 Condição objetiva de punibilidade

O Direito Penal cogita condições objetivas de punibilidade quando a punição da conduta penalmente ilícita fica condicionada a circunstâncias extrínsecas ao crime, ou seja, distintas da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. São condições objetivas porque alheias à culpabilidade do agente.

15 In *Direito Penal – volume 1 – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 191.

16 Há pelo menos dois significados atribuídos pelos penalistas ao termo resultado: “*A teoria naturalística o considera como um ente concreto, a modificação do mundo causada pela conduta, ao passo que a teoria normativa entende que resultado é a lesão do bem jurídico protegido pela norma penal.*” – TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. São Paulo: LED, 1996, p. 238.

17 In *Lições de direito penal*: parte geral. 17.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 199.

Eis o entendimento de Helena Fragoso:

Condições de punibilidade são acontecimentos exteriores ao tipo, que a lei estabelece como indispensáveis à punibilidade do fato. Tais condições não são necessariamente alheias à conduta e à culpabilidade. As condições objetivas de punibilidade são, sem sombra de dúvida, elementos suplementares do tipo, mas não se incluem no mesmo, caracterizando-se precisamente pela circunstância de serem exteriores. [...].

[...]. As condições objetivas de punibilidade são, sem sombra de dúvida, elementos constitutivos do crime, desde que sem elas o fato é juridicamente indiferente: são, pois, condições de punibilidade do fato.

Não existe crime antes que a condição objetiva de punibilidade se verifique. Antes da condição, portanto, não há crime condicional ou condicionado, nem crime de punição condicionada, mas fato irrelevante para o Direito Penal. [...].

A condição objetiva de punibilidade é, em regra, prevista no preceito ou na sanção, mas pode resultar do sistema legal aplicável à matéria. É indiferente que a lei a estabeleça em forma condicional ou em oração relativa, desde que a característica condicionante seja perfeitamente reconhecível. [...]¹⁸.

No mesmo sentido é a lição de Nilo Batista, para quem as condições objetivas de punibilidade são “elementos do crime situados fora do tipo, cuja existência configura um pressuposto para que ao atuar típico e antijurídico se permitam consequências penais”¹⁹.

Tratando especificamente dos crimes falimentares cuja legislação expressamente prevê a implementação de condição objetiva de punibilidade para a instauração de ação penal²⁰, Nilo Batista destaca que tais condições não precisam ser alcançadas pelo dolo, simplesmente porque não integram o tipo: “o dolo, enquanto elementos geral do tipo subjetivo que deve cobrir congruentemente todos os elementos do tipo objetivo, está dispensado de interessar-se pela condição objetiva de punibilidade”.

Segundo o conceito construído por Andreas Eisele, as condições objetivas de punibilidade são

18 Op. cit., p. 266-267.

19 In *Lições de direito penal falimentar*. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 53.

20 Diz o art. 180 da Lei n. 11.101/2005 que “a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei”.

aspectos fáticos hipoteticamente definidos em lei, não integrantes do ilícito criminal (fato típico e antijurídico), cuja realização concreta implementa a relevância criminal do fato típico, devido à significação social de seu conteúdo, representada pela afetação do interesse juridicamente protegido pela norma penal (configurando a culpabilidade respectiva ou a punibilidade, caso seja adotada a concepção tripartita ou quadripartita do conceito analítico de delito), cuja consequência é a instauração da possibilidade de intervenção estatal no âmbito penal²¹.

Adverte o referido autor que as condições objetivas de punibilidade não se confundem com a justa causa para a instauração da ação penal, pois aquelas compõem o delito e se caracterizam como aspectos constituintes da situação de fato em decorrência da qual se instaura o poder de intervenção penal, ao passo que a justa causa é um instituto processual que pressupõe a composição efetiva do delito, mediante a implementação de todos os seus elementos.

Tampouco se confundem as condições objetivas de punibilidade com as questões prejudiciais ao julgamento do mérito. Como compõem o delito, as condições objetivas de punibilidade podem ser objeto de uma questão prejudicial, e esta não pode ter a si própria como objeto, devendo necessariamente versar sobre algo distinto.

Em obra clássica publicada há mais de quarenta anos, José Frederico Marques²² afirmava que a condição objetiva de punibilidade é um elemento extrínseco ao delito, “na ligação deste com a *sanctio juris* contida no preceito secundário da norma penal”, e observava que muitos dos casos chamados de condição de punibilidade não passam de coeficientes do fato típico que nele se inserem para a descrição da figura delituosa, e que outras hipóteses estas são confundidas com os pressupostos processuais ou condições de perseguibilidade do delito.

Com arrimo no entendimento de Aloísio Firmo Guimarães da Silva²³, pode-se afirmar que as condições objetivas de punibilidade são acontecimentos externos que se vinculam à imposição concreta

21 In Condição objetiva de punibilidade e lançamento tributário, *Revista jurídica do Ministério Público catarinense*. Florianópolis, v. 4, n. 9, mai./ago. 2006.

22 In *Tratado de direito penal*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 14-15.

23 In Crimes tributários e condição objetiva de punibilidade. *Boletim dos Procuradores da República*. A. 5, n. 49, mai./2002, p. 4.

da pena, previstas pelo legislador por razões de política criminal com base no conceito de risco assumido, que não integram a estrutura do tipo e da culpabilidade, e tampouco estão cobertas pelo dolo ou pela culpa do agente.

2.2 Conceitos de Direito Tributário

2.2.1 Obrigação tributária e crédito tributário

Obrigação tributária, nas palavras de Hugo de Brito Machado,

é a relação jurídica em virtude da qual o particular (sujeito passivo) tem o dever de prestar dinheiro ao Estado (sujeito ativo), ou de fazer, não fazer ou tolerar algo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, e o Estado tem o direito de constituir contra o particular um crédito²⁴.

Esta surge automaticamente com a ocorrência do fato gerador, que é o fato abstratamente previsto em lei cuja ocorrência no mundo concreto acarreta o dever de pagar um tributo, porém desprovida de certeza e liquidez. Tais atributos surgem após o procedimento de lançamento, fazendo com que a obrigação se converta em crédito tributário.

Para Leandro Paulsen,

obrigação e crédito pressupõem um ao outro. A obrigação, quando surge, já se estabelece em favor do sujeito ativo. À obrigação, pois, do ponto de vista da fenomenologia da relação jurídica, corresponde o crédito e vice-versa. Mas o CTN, por ficção, diz do surgimento da obrigação com a ocorrência do fato gerador (art. 113, § 1º) e da constituição do crédito através do lançamento (art. 142). Isso porque se refere ao crédito formalizado, certo e líquido, oponível ao sujeito passivo²⁵.

Em sentido semelhante, Luciano Amaro tece duras críticas ao tratamento dado pelo Código Tributário Nacional à matéria, que padeceria de contradições e inconsistências terminológicas. Contrapõe

24 In *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 140.

25 In *Direito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 851.

os arts. 113, § 1º²⁶, e 114²⁷ do Código Tributário Nacional, segundo os quais a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador, com os arts. 139, 140 e 142²⁸ para lançar a seguinte indagação:

se o Código pretende que o crédito tributário só se constitua com o lançamento (art. 142), por que teria afirmado que esse crédito tributário é uma decorrência da obrigação tributária (art. 139), que dá origem ao crédito (art. 140), em vez de atestar que ele é uma decorrência do lançamento, e que este é que lhe daria origem?²⁹.

Entende o autor que a adoção de tais conceitos fez com que o legislador tenha atrelado a existência de todo crédito a um lançamento, mesmo quando o próprio Código prevê o pagamento do tributo antes deste, como se dá no chamado lançamento por homologação. E aponta o art. 150, § 1º³⁰ como prova de que há crédito sem lançamento, pois o dispositivo admite que o pagamento antecipado extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

Ricardo Lobo Torres reconhece que a obrigação e o crédito tributário não só se extinguem (art. 113, § 1º, do Código Tributário Nacional), como também nascem conjuntamente, embora o Código Tributário Nacional reserve o termo “crédito” à obrigação que adquire concretude e passa por diferentes graus de exigibilidade. Segundo ele, a distinção feita pelo legislador deve ser tomada em sentido didático:

embora o crédito se constitua juntamente com a obrigação pela ocorrência do fato gerador, recebe ele graus diversos de transparência e con-

26 Art. 113 [...]

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

27 Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

28 Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Art. 140. As circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos, ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem sua exigibilidade não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem.

29 In *Direito Tributário Brasileiro*. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 327-328.

30 Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

cretude, na medida em que seja objeto de lançamento, de decisão administrativa definitiva ou de inscrição nos livros da dívida ativa. O crédito tributário passa por diferentes momentos de eficácia: de crédito simplesmente constituído (pela ocorrência do fato gerador) torna-se crédito exigível (pelo lançamento modificado ou pela decisão administrativa definitiva) e finalmente crédito exequível (pela inscrição nos livros da dívida ativa), dotado de liquidez e certeza³¹.

Com base nestas considerações é possível vislumbrar a existência de uma divergência doutrinária sobre o momento em que nasce o crédito tributário, já que a terminologia utilizada pelo Código Tributário Nacional induz à conclusão de que obrigação e crédito tributário são fenômenos que ocorrem em momentos diversos. Entretanto, segundo anota Aloísio Firmo Guimarães da Silva³², a doutrina mais moderna tem afastado essa distinção, por entender que a obrigação e o crédito tributário ingressam no mundo jurídico simultaneamente, no momento em que o contribuinte pratica o fato gerador.

Sendo assim, prossegue o autor, o lançamento servirá apenas para materializar o nascimento da obrigação/crédito tributário, dotando-os dos atributos de exigibilidade, certeza e liquidez, os quais são necessários para a cobrança coercitiva do tributo, mas têm importância secundária na órbita penal, para fins de identificação do momento em que se consumou o ilícito penal.

2.2.2 Lançamento

Segundo a doutrina tradicional, cabe ao lançamento, cujo conceito é dado pelo art. 142 do Código Tributário Nacional³³, conferir certeza e liquidez à obrigação tributária, convertendo-a, em consequência, em crédito tributário. Portanto, é através do lançamento que se constitui o crédito tributário, apontando-se o valor devido pelo sujeito passivo.

31 In *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 190-191 e 221-222.

32 In Crimes tributários e condição objetiva de punibilidade. *Boletim dos Procuradores da República*. a. 5, n. 49, maio/2002, p. 4.

33 Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

É controvertida a natureza do lançamento, se declaratória ou constitutiva. Segundo Luciano Amaro,

quem sustenta o caráter declaratório do lançamento não consegue fugir ao reconhecimento de que esse ato acrescenta alguns efeitos substanciais à relação jurídica tributária, e quem afirma a natureza constitutiva do lançamento fica na contingência de negar a existência de efeitos jurídicos anteriores à sua consecução, e se embaraça ao vincular os efeitos do lançamento à situação de fato, à qual adere a obrigação tributária³⁴.

Para contornar a dúvida, diz-se que o lançamento tem natureza constitutiva do crédito e declaratória da obrigação, sendo necessário para que o Estado possa praticar os atos de cobrança do tributo. Decorre daí que o aspecto constitutivo do lançamento não recai sobre a relação jurídica obrigacional, já constituída anteriormente, mas sobre o âmbito de eficácia de um elemento dessa relação, que é o crédito.

Considerando o entendimento de Leandro Paulsen, pode-se afirmar que não é correta a referência ao “lançamento definitivo”, pois ainda que passível de revisão, inexistente na lei a previsão de um “lançamento provisório”. Com efeito, a regra que decorre do art. 145 do Código Tributário Nacional é a inalterabilidade do lançamento, cuja modificação só pode se dar mediante impugnação do sujeito passivo; recurso de ofício ou iniciativa de ofício da autoridade administrativa, na forma do art. 149³⁵ do referido Código.

34 In *Direito Tributário Brasileiro*. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 324.

35 Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

- I - quando a lei assim o determinar;
 - II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;
 - III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;
 - IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;
 - V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;
 - VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;
 - VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;
 - VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;
 - IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.
- Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Nesse sentido, adverte o autor que

o lançamento, inclusive para fins de decadência, considera-se realizado com a intimação do contribuinte acerca do ato de lançamento (auto de lançamento, auto de infração, NFLD etc), ainda que sujeito a alteração em virtude de impugnação e recurso do contribuinte no processo administrativo ou mesmo à alteração de ofício³⁶.

O lançamento pode ser dividido em três modalidades, segundo a participação do sujeito passivo no procedimento: direto ou de ofício; por declaração ou misto; e por homologação (também chamado autolancamento).

O lançamento direto ou de ofício está disciplinado no art. 149 do Código Tributário Nacional e é a modalidade mais adequada para os tributos cujo fato gerador é uma situação permanente já registrada nos cadastros fiscais, bastando que a autoridade administrativa consulte tais registros para obter os dados necessários à realização do lançamento. O auto de infração é uma das espécies de lançamento de ofício, utilizado sempre que for necessário aplicar multa ao contribuinte.

O lançamento por declaração é tratado no art. 147³⁷ do Código Tributário Nacional e se dá com base em declaração prestada pelo sujeito passivo ou por terceiro, que se destina ao registro de dados fáticos relevantes para a formalização do lançamento. Conforme esclarece Luciano Amaro,

mesmo que o declarante já faça, no documento a ser apresentado, as operações necessárias a qualificar o montante do tributo, só haverá lançamento quando a autoridade, à vista das informações contidas na declaração, efetivar, documentalmente, o ato de lançamento, do qual deve dar ciência ao sujeito passivo, a fim de tornar exigível o tributo³⁸.

De fato, no lançamento por declaração o primeiro ato é praticado pelo sujeito passivo, ao informar a matéria de fato, mas nesse momento ainda não há pagamento, que só será exigido após a efetivação do lançamento e a notificação do sujeito passivo. Não há, como no

36 In *Direito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 937.

37 Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

38 In *Direito Tributário Brasileiro*. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 346.

lançamento por homologação, o chamado “pagamento antecipado”, feito antes de qualquer procedimento administrativo do Fisco.

Já o lançamento por homologação é definido no art. 150, *caput*³⁹, do Código Tributário Nacional e se aplica nas hipóteses em que a lei tributária determina que o sujeito passivo antecipe o pagamento, sem prévio exame do credor, o que significa que o próprio contribuinte tem o dever de valorizar os fatos com base na norma aplicável, determinar a matéria tributável, identificar-se como sujeito passivo, calcular o valor devido e pagá-lo, sem que a autoridade tenha que adotar qualquer providência. Cabe a ela, apenas, realizar a conferência da apuração e do pagamento já realizados.

Pode-se afirmar que o lançamento por homologação é a modalidade mais adotada pela legislação tributária, tendo em vista que o grande número de contribuintes, fatos geradores e tributos inviabilizam a realização de um lançamento individualizado em cada caso. O lançamento de ofício é uma modalidade supletiva, aplicável quando falham as demais.

A despeito da previsão do art. 142 do Código Tributário Nacional de que o lançamento constitui o crédito tributário e que sua realização é atividade privativa da autoridade fiscal, é possível relacionar hipóteses em que o crédito é constituído sem lançamento ou qualquer tipo de participação do fisco.

Sacha Calmon Navarro Coelho, por exemplo, entende que a prolação de sentença definitiva desfavorável ao contribuinte em ação por ele proposta contra a Fazenda, antecedida de liminar, gera em favor da ré um título executivo judicial que dispensa o ato de lançamento. Diz ele:

Com efeito, não faz sentido, em relação a dado crédito, que tendo o credor um título executivo judicial vá afanar-se em produzir outro, de natureza extrajudicial. [...] a feitura do lançamento torna-se absoluta-

³⁹ Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

mente desnecessária, até porque a sua natureza é de ato declaratório de direito novo⁴⁰.

Embora afirme que a hipótese acima não é suficiente para dispensar a feitura de posterior lançamento, porque a decisão não gozará de certeza e liquidez suficientes para obrigar o contribuinte, Leandro Paulsen⁴¹ reconhece que o lançamento se torna desnecessário quando o próprio contribuinte se declara devedor, caso em que fica a autoridade fiscal dispensada de verificar a ocorrência do fato gerador. E cita o Decreto-Lei n. 2.124/1984, segundo o qual o documento do contribuinte que, em cumprimento à obrigação acessória, comunica a existência do crédito tributário constitui confissão de dívida suficiente e hábil para a exigência do referido crédito, ensejando a inscrição direta em dívida ativa⁴².

Também na hipótese de apresentação pelo contribuinte de declaração de compensação ou qualquer outro documento que reconheça o débito – DCTF (declaração de débitos e créditos tributários federais); GIA (guia de informação e apuração do ICMS), entre outros –, estará configurada confissão de dívida apta a dispensar o lançamento, como já assentou o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO POR DCTF – DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO – PRAZO PRESCRICIONAL DO ARTIGO 174 DO CTN – OCORRÊNCIA.

[...]

3. É entendimento assente neste Tribunal que, com a entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, tem-se constituído e reconhecido o crédito tributário, dispensada qualquer outra

⁴⁰ In *Liminares e depósitos antes do lançamento por homologação – decadência e prescrição*. 2.ed., Dialética, 2002, p. 7-8 e 77, apud Paulsen, Leandro. *Direito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 943-944.

⁴¹ In *Direito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 944.

⁴² É o que consta no art. 5º, § 1º e 2º:

Art. 5º O Ministro da Fazenda poderá eliminar ou instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal.

§ 1º O documento que formalizar o cumprimento de obrigação acessória, comunicando a existência de crédito tributário, constituirá confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito.

§ 2º Não pago no prazo estabelecido pela legislação o crédito, corrigido monetariamente e acrescido da multa de vinte por cento e dos juros de mora devidos, poderá ser imediatamente inscrito em dívida ativa, para efeito de cobrança executiva, observado o disposto no § 2º do artigo 7º do Decreto-Lei no 2.065, de 26 de outubro de 1983.

providência por parte da Fazenda. A partir desse momento, inicia-se o cômputo da prescrição quinquenal, em conformidade com o artigo 174 do Código Tributário Nacional.

[...]

Agravo regimental improvido.⁴³

TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO – DISPENSA DE HOMOLOGAÇÃO FORMAL PARA SER EXIGIDO – TAXA SELIC – APLICAÇÃO A PARTIR DE 01/01/96 – PRECEDENTES.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, em se tratando de tributo lançado por homologação, se o contribuinte declarar o débito e não efetuar o pagamento no vencimento, a confissão desse débito equivale à constituição do crédito tributário, que pode ser imediatamente inscrito em dívida ativa e cobrado, independentemente de qualquer procedimento por parte do fisco.

[...]

3. Agravo regimental não provido.⁴⁴

Luciano Amaro ressalta que o Código Tributário Nacional assumiu a premissa de que o lançamento é sempre necessário, tanto que criou a figura do lançamento por homologação apenas para as hipóteses em que o pagamento do tributo é devido independentemente de qualquer atividade da autoridade fiscal, e admitiu a possibilidade de homologação tácita caso transcorra o prazo legal sem manifestação desta sobre a conduta do contribuinte.

Entretanto, destaca que

o que se nota no direito tributário positivo brasileiro é um descompasso entre as normas gerais (do CTN) e a evolução da legislação ordinária, que caminha claramente para a 'dispensa' do lançamento nas situações, em quantidade crescente, em que o sujeito passivo tem o dever de pagar o tributo, independentemente de qualquer provocação do Fisco, de modo que este só procede ao lançamento quando o sujeito passivo descumpra esse dever legal⁴⁵.

43 Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, AgRg no REsp 1045445/RS, rel. min. Humberto Martins, DJ 11.5.2009.

44 Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag 1037037/SP, rel. min. Eliana Calmon, DJ 25.5.2009.

45 In *Direito Tributário Brasileiro*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 331.

Ainda que consideradas dissonantes da sistemática adotada pelo Código Tributário Nacional, as hipóteses de constituição do crédito tributário sem a ocorrência do lançamento estão previstas na legislação e evidenciam que na grande maioria das vezes o fisco não tem condições operacionais de examinar todos os atos praticados pelo contribuinte, quiçá de averiguar a omissão na prática de determinados atos.

2.2.3 Processo administrativo fiscal

Em sentido estrito, diz-se que o processo administrativo fiscal é a espécie de processo destinada à determinação e exigência do crédito tributário. Este pode ser subdividido em cinco diferentes espécies⁴⁶, destacando-se, por ora, apenas o processo de determinação e exigência do crédito tributário, por meio do qual se dá o lançamento.

Tal processo se desenvolve em duas fases⁴⁷, uma unilateral ou não contenciosa, e outra bilateral ou contenciosa. A primeira fase se inicia, via de regra, com a lavratura do termo de início de fiscalização e se encerra com a lavratura de um auto de infração, quando constatada a prática de infração à legislação tributária.

Ao verificar que o sujeito passivo não cumpriu regularmente a obrigação, deve a autoridade administrativa proceder à liquidação do valor devido e, em seguida, notificar o devedor para que recolha o valor indicado. Andreas Eisele⁴⁸ lembra que esta segunda oportunidade para o cumprimento da prestação da obrigação não modifica a situação anterior, caracterizadora de evasão tributária, razão pela qual ao valor correspondente ao tributo é adicionada uma multa, além dos juros moratórios.

Caso o contribuinte não concorde com a infração que lhe foi imputada, apresentará impugnação, o que dá início à segunda fase do processo, de caráter contencioso. Após a necessária instrução, a matéria será julgada por um órgão monocrático de primeiro grau (por

46 As demais espécies são a consulta, a repetição de indébito, o parcelamento de débito e o reconhecimento de direitos.

47 Considerando-se o rito do Decreto n. 70.235/72, relativo aos tributos de competência da União.

48 In *Condição objetiva de punibilidade e lançamento tributário*, *Revista jurídica do Ministério Público catarinense*. Florianópolis, v. 4, n. 9, maio/ago.2006.

exemplo, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento), e contra sua decisão caberá recurso para um órgão colegiado (como o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda)⁴⁹. Em sendo a decisão de primeiro grau favorável ao contribuinte, será obrigatória a remessa ao órgão colegiado para reexame.

Encerrada a discussão na instância administrativa, considera-se definitivamente constituído o crédito tributário, que estará apto para cobrança por meio de execução fiscal caso não seja pago espontaneamente pelo contribuinte.

3. Análise dogmática do crime definido no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990

3.1 Elementos

Nos crimes contra a ordem tributária, o bem jurídico tutelado é a integridade do erário ou a ordem tributária, assim entendida como o interesse do Estado na arrecadação tempestiva e esperada dos tributos para a consecução dos seus fins. Como ensina Anabela Miranda Rodrigues,

[é] hoje um dado adquirido a eticização do direito penal fiscal, uma vez que o sistema fiscal não visa apenas arrecadar receitas, mas também a realização de objectivos de justiça distributiva, tendo em conta as necessidades de financiamento das atividades sociais do Estado. [...] É através da cobrança de impostos que o Estado realiza em grande parte os objectivos de justiça social que a sua dimensão democrática lhe impõe⁵⁰.

Secundariamente, protegem-se também a Administração Pública, a fé pública e a livre concorrência, pois a diferença de preços praticados pelo empresário sonegador em relação aos demais pode configurar concorrência desleal.

O art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 consiste em modalidade específica de conduta assemelhada ao crime de estelionato (art. 171 do

⁴⁹ Dependendo da estrutura do órgão colegiado, pode ainda haver um recurso especial, com a finalidade de preservar a uniformidade das decisões deste.

⁵⁰ In Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 481.

Código Penal), qualificada pelo objeto – tributo ou contribuição social –, pelo sujeito passivo – Fazenda Pública –, e pelo meio fraudulento utilizado pelo agente, descrito nos incisos.

Há quem sustente que o delito em análise é crime próprio, pois só poderia ser praticado pelo contribuinte ou responsável tributário definido no art. 121 do Código Tributário Nacional, mas prevalece o entendimento de que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo. Como explica José Paulo Baltazar Júnior,

muitas vezes, o delito é cometido por intermédio de pessoa jurídica, sendo esta o contribuinte, e não o administrador, que responderá pelo delito, uma vez que inexistente possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica em matéria de crimes contra a ordem tributária⁵¹.

Sobre a configuração de concurso de agentes para a prática do delito, são relevantes as considerações de Andreas Eisele:

O autor é o sujeito que realiza a conduta indicada no núcleo do tipo, consistente na supressão ou redução (recolhimento irregular ou não-recolhimento de tributo devido), ou determina que assim seja feito.

Porém, como a conduta é plurissubsistente, se as atuações instrumentais viabilizadoras da evasão forem praticadas por pessoa diversa do autor, pode ocorrer a participação delitativa (caso estes executores possuam a consciência do contexto finalístico de seus comportamentos).

Se a pessoa que possui o controle de fato da administração da empresa orienta os subordinados no sentido de praticarem qualquer das condutas previstas nos incisos do *caput*, e estes aderem subjetivamente ao comando, com a consciência da finalidade do ato, o agente que determina a conduta é autor intelectual e os executores da fase preparatória são partícipes (enquanto os prepostos que realizam o recolhimento irregular ou o não-recolhimento, conscientes do significado e finalidade da conduta, são co-autores).

[...]

Se não houver, por parte do executor de fato da conduta preparatória do resultado (fraude que acarrete redução ou supressão tributária), prevista em qualquer dos incisos do art. 1º, a consciência da finalidade da conduta (evasão fiscal), inexistente conduta penalmente relevante por parte do subordinado, por ausência do elemento subjetivo doloso (devido a erro incidente sobre elementar objetiva do tipo).

⁵¹ In *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 356-357.

Além das hipóteses de divisão das etapas da execução da conduta, o concurso de agentes pode se configurar na modalidade de comportamento conjunto entre diversos sujeitos. [...] ⁵².

Sujeito passivo será a pessoa jurídica de direito público titular do direito de cobrar o respectivo tributo, nos termos do art. 119 do Código Tributário Nacional.

O crime de sonegação de tributos é composto pela soma da conduta de suprimir ou reduzir tributo com o tipo de fraude descrito em um dos incisos. A supressão caracteriza-se quando o sujeito ativo não paga nada do que era devido; por sua vez, a redução é o recolhimento parcial do valor devido. A diferença entre as modalidades, portanto, é meramente quantitativa, pois a natureza do resultado é a mesma em ambos os casos, variando apenas na extensão.

Trata-se de tipo múltiplo, mas com características próprias, pois a supressão ou redução de tributo pode se dar por variados comportamentos previstos nos incisos, que contemplam falsidades materiais, ideológicas ou omissões quando existe o dever de declarar. Portanto, no crime em voga, as condutas dos incisos não constituem figuras típicas autônomas, pois o crime é o de reduzir ou suprimir tributo. Note-se que a supressão ou a redução de tributo por meio de conduta não prevista nos incisos do art. 1º, *caput*, será penalmente atípica, pois o crime só se perfaz se praticada uma das condutas instrumentais previstas no tipo.

Não obstante, o âmbito da esfera típica é ampliado nas hipóteses descritas nos incisos III, que se refere a “outro documento” relativo à operação tributável, e V, que menciona a possibilidade de prática da conduta por meio de documento “equivalente” a nota fiscal. Em tais situações, será possível a aplicação de interpretação analógica para definição do que seja o “outro documento” relativo à operação ou o documento “equivalente” à nota fiscal.

A conduta deve recair sobre o tributo, contribuição ou qualquer acessório, o que abrange multas, juros e correção monetária eventualmente devidos. Sendo assim, a conduta deve ser típica do ponto de vista penal e tributário, de modo que, não sendo devida a exação,

⁵² In *Crimes contra a ordem tributária*. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 141.

não haverá crime. Do mesmo modo, o descumprimento de obrigação acessória que não importe em supressão ou redução de tributo não se enquadra na figura do art. 1º, *caput*.

Sobre o objeto da conduta, Andreas Eisele observa que não é correto o entendimento de que o crime consiste na modificação ou exclusão da hipótese de incidência, mas na prática de atos direcionados à supressão ou redução da prestação de uma obrigação tributária. Destaca, ainda, que o “tributo” a que se refere o tipo penal constitui uma obrigação pecuniária, pois é esta a única hipótese em que pode haver supressão ou redução mediante as condutas descritas nos incisos.

Ainda, conclui o autor que os acessórios não são suprimidos ou reduzidos mediante tais condutas, mas são devidos como consequência de sua prática, e que a supressão ou redução de acessórios de tributo não se confunde com a evasão tributária mediante fraude.

O tipo descrito no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 tem como elemento subjetivo o dolo genérico, consistente na vontade de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social mediante uma das condutas descritas nos incisos, sendo irrelevantes os motivos que levaram o agente à prática da conduta ou o destino dado ao produto da sonegação.

José Paulo Baltazar Júnior manifesta-se pela possibilidade de caracterização do dolo eventual nas hipóteses em que o sujeito não tem a compreensão exata do valor ou não executa exatamente as operações fraudulentas e cita julgados no Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁵³ que entenderam caracterizado o dolo eventual em relação ao contador de empresa que criava contabilidade falsa e dos empregados que emprestavam suas contas particulares para depósito de valores da empresa.

Nesse ponto, convém destacar o entendimento do referido autor no sentido de que

a conduta de deixar de pagar tributo, por si só, não constitui crime. Assim, se o contribuinte declara todos os fatos geradores à repartição fa-

⁵³ Refere-se o autor à AC n. 1998.04.01.066801-1 e à AC n. 1999.71.00.013749-2, ambas relatadas pelo desembargador Fábio Bittencourt da Rosa.

zendária, de acordo com a periodicidade exigida em lei, cumpre todas as obrigações tributárias acessórias e tem escrita contábil regular, mas não paga o tributo, não está cometendo nenhum crime, mas mero inadimplemento. O crime contra a ordem tributária, com exceção da apropriação indébita, como será visto adiante, pressupõe, além do inadimplemento, alguma forma de fraude, [...] ⁵⁴.

Semelhante é a posição de Andreas Eisele ao afirmar que não basta a inadimplência total ou parcial do tributo, pois é necessário que tal resultado decorra de um comportamento fraudulento que se enquadre em um dos incisos do *caput*.

Prossegue o autor afirmando que as condutas utilizadas para a supressão ou redução do tributo podem ser combinadas entre si, o que caracteriza um comportamento misto do agente. Não obstante, essa hipótese não necessariamente configurará a prática de mais de um crime.

Com efeito, se todas as condutas tiverem um único objeto material, ou seja, um único tributo devido em razão de determinado fato imponible, ainda que composto por diversas operações que formam um ato complexo identificador de sua unidade, haverá um único crime, embora praticado por meio de conduta múltipla.

Por outro lado, se as condutas fraudulentas estiverem direcionadas a mais de um fato imponible, haverá concurso de crimes, independentemente da eventual circunstância de ambos os fatos imponíveis terem ocorrido dentro do mesmo período de apuração do tributo. Isso se deve porque o que individualiza cada crime é o número de fatos imponíveis em face dos quais as condutas são praticadas, já que cada fato imponible gera uma obrigação tributária autônoma.

3.2 Classificação quanto ao resultado

Há na legislação que trata dos crimes tributários hipóteses que podem ser classificadas como crimes materiais, pois o fato típico a elas correspondente se consuma com a ocorrência de um evento específico, que corresponde a uma evasão tributária. Esta, por sua vez, é o principal aspecto do tipo penal que define os crimes contra a ordem

⁵⁴ In *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 354.

tributária, e corresponde ao descumprimento da obrigação tributária pelo não pagamento da prestação correspondente.

Exemplo destas hipóteses é o art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990, pois sua consumação se dá com a supressão ou redução do tributo ou contribuição social, mediante a prática de uma das condutas descritas em seus incisos. É o que entende Andreas Eisele:

Portanto, o crime é classificado na modalidade material (apenas se consumando com a ocorrência do resultado danoso consistente na evasão tributária), e o momento consumativo não é o da realização da conduta antecedente e preparatória (descrita nos incisos do *caput*), mas o da expiração do prazo para o recolhimento do tributo (ou o de seu pagamento parcial, caso ocorra antes desse momento).

[...]

Ocorrido o resultado (com a expiração do prazo para o recolhimento do tributo) o crime estará consumado e, eventuais aspectos de verificação posterior (como a destinação do valor evadido), referem-se à fase do exaurimento do crime, motivo pelo qual são irrelevantes na esfera da tipicidade.

Da mesma forma, eventuais atos posteriores à consumação da evasão praticados pela vítima imediata (Fisco), como a fiscalização que tem por objeto verificar a ocorrência do fato ou o procedimento de constituição do crédito referente à obrigação (lançamento), se situam na esfera de exaurimento do crime, motivo pelo qual não são pressupostos ou condições desse ⁵⁵.

De acordo com Aloísio Firmo Guimarães da Silva, a classificação do art. 1º, *caput*, como crime material não pode conduzir à conclusão de que sua consumação estaria postergada para o momento da constituição definitiva do crédito tributário, após a conclusão do procedimento administrativo fiscal, pois a adoção da teoria da atividade pelo art. 4º do Código Penal faz com que o delito tributário esteja consumado no momento cronologicamente anterior à ulatimação da ação fiscal, quando o contribuinte realiza uma das condutas previstas no inciso para ocasionar a redução ou supressão do tributo ⁵⁶.

Entretanto, conforme destaca José Paulo Baltazar Júnior, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas

⁵⁵ In *Crimes contra a ordem tributária*. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 146.

⁵⁶ In *Crimes tributários e condição objetiva de punibilidade*. *Boletim dos Procuradores da República*. Ano V, n. 49, maio /2002, p. 4.

Corpus n. 81.611 alterou o tradicional entendimento de que o crime se consuma no vencimento do prazo para pagamento. Após o referido julgado, passou-se a entender que somente após o lançamento definitivo do tributo devido estará consumado o delito.

Tratando-se de crime material, é possível a tentativa, caso seja realizada qualquer conduta prevista nos incisos sem a implementação do resultado por circunstâncias alheias à vontade do agente. Deve-se observar, todavia, que o art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990 descreve de forma autônoma e subsidiária a figura da tentativa do crime previsto no art. 1º, *caput*, e nele deverá ser enquadrada eventual tentativa da prática do art. 1º, *caput*, em obediência ao critério da subsidiariedade.

Tal hipótese constitui uma exceção à aplicação do art. 14 do Código Penal e, segundo José Paulo Baltazar Júnior, foi a forma encontrada pela doutrina para dar sentido ao inciso I do art. 2º, cujos elementos objetivos são mais abrangentes do que os do art. 1º, *caput*, do qual se distingue por ser formal e não material.

Sobre a relação entre o art. 1º, *caput*, e o art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990, Rodrigo Sánchez Rios aponta incongruências que podem dificultar a tipificação no caso concreto e cita o seguinte exemplo:

[...] comprovadamente com o objetivo de sonegar tributos, o réu registrou, nos livros de sua empresa, notas fiscais que não correspondem à efetiva prestação de serviços pelas firmas supostamente emitentes; assim, certo montante de tributo foi sonegado, em consequência da majoração fraudulenta dos custos. Abstratamente, estes fatos tanto poderiam ser passíveis de sujeição às normas contidas no art. 1º, II como no art. 2º, I, ambos da Lei n. 8.137/1990. Poderiam configurar a supressão de tributo a pagar com inserção de elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal (art. 1º, II) ou o emprego de fraude para a desobrigação de pagamento de tributo (art. 2º, I). Caso aquele réu assumisse a possibilidade de sua ação fraudulenta resultar em sonegação de tributos, indubitável que mereceria pena privativa de liberdade que poderia variar entre dois e cinco anos de reclusão (art. 1º, II).

Entretanto, como a adequada classificação legal do fato, neste caso, dependeria apenas da análise da intenção do sujeito, não é absurdo pensar que, se ele realmente tivesse buscado arditamente a dispensa do pagamento de tributos, poderia ser sancionado com pena privativa de liberdade muito menor, variável entre seis e dois anos de detenção (art.

2º, I), ou seja, se presente em sua consciência o que se denomina dolo eventual, o agente receberia sanção mais gravosa do que se fosse apurado que agiu com especial fim de sonegar tributos, tanto em relação à quantidade da reprimenda como no tocante ao regime de cumprimento da pena⁵⁷.

Para Cláudio Fonteles, a distinção entre o art. 1º e o 2º da Lei n. 8.137/1990 – ambos delitos de resultado, segundo seu entendimento – reside no fato de que, nas hipóteses do art. 1º, o contribuinte já está sendo investigado pelas autoridades fazendárias e persiste na prática de condutas fraudulentas. No art. 2º, ao contrário, as fraudes são praticadas quando o contribuinte não tem contra si nenhuma fiscalização, daí porque é apenado com pena menos grave⁵⁸.

3.3 A exigência de constituição definitiva do crédito tributário como “condição objetiva de punibilidade”

Consoante o exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a constituição definitiva do crédito tributário por meio do lançamento constitui uma condição objetiva de punibilidade do crime previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990, ao argumento de que é neste momento que se verifica a efetiva supressão ou redução do tributo que caracteriza o delito.

Desde o nascedouro, a decisão tem sido alvo de inúmeras críticas pelos estudiosos da matéria, notadamente porque, a depender do caso concreto, o lançamento poderá incidir sobre a tipicidade da conduta, ao que não se presta verdadeira condição objetiva de punibilidade.

É o que demonstra Aloísio Firmo Guimarães da Silva⁵⁹ quando aduz que em situações específicas, quando for impugnada pelo contribuinte a própria ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, o resultado da decisão administrativa poderá afetar o tipo penal e descaracterizar a ocorrência do crime contra a ordem tributária –

57 In *O crime fiscal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 84.

58 In A constituição do crédito tributário não é condição objetiva de punibilidade aos delitos contra a ordem tributária, *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, ano V, n. 49, maio/2002, p. 10-11.

59 In Crimes tributários e condição objetiva de punibilidade. *Boletim dos Procuradores da República*, a.5, n. 49, maio/2002, p. 4.

não havendo sequer tributo, não se perquire sobre eventual redução ou supressão.

Entende ele que nessa situação particular, caso seja reconhecida a pretensão do contribuinte, a decisão administrativa pode esvaziar o conteúdo do tipo, sendo forçoso concluir que a mesma passará a constituir um elemento do tipo penal tributário, o que é incompatível com o conceito de condição objetiva de punibilidade como não integrante do tipo.

Nesse contexto peculiar, haverá uma relação recíproca de interferências entre as esferas penal e administrativa – que não desnatura a reconhecida independência entre elas – que poderá conduzir à unidade do ilícito, o que não impede a propositura da ação penal, mas impõe a aplicação dos arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal⁶⁰ e a consequente suspensão do feito⁶¹.

Entretanto, o autor destaca que a unidade do ilícito só ocorrerá se e quando não for possível produzir outras provas no processo penal que comprovem a consumação do crime contra a ordem tributária, e que é possível a prolação de sentença penal condenatória mesmo que tenha havido, na esfera administrativa, a desconstituição ou cancelamento do termo de autuação fiscal por vícios formais ou razões de mérito.

A prolação de sentença, nessa situação, não configurará invasão indevida da seara administrativa pelo juízo criminal, mas a produção de novo conjunto probatório à luz dos princípios da verdade real e da livre convicção.

60 Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

61 Cláudio Fonteles também sustenta que a constituição do crédito tributário é uma questão prejudicial heterogênea em seu artigo A constituição do crédito tributário não é condição objetiva de punibilidade aos delitos contra a ordem tributária, *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, ano V, n. 49, maio/2002, p. 13.

Sobre a possibilidade de exame do lançamento por órgão jurisdicional, Paulo Vieira Aveline⁶² observa que o próprio ministro Sepúlveda Pertence a admitiu, caso seja apontada violação a direitos subjetivos do contribuinte. Nessa situação, poderá o juízo cível manifestar-se acerca da existência ou não do tributo e determinar o seu conteúdo, mesmo que ainda não tenha havido decisão definitiva da autoridade administrativa.

Essa decisão judicial não substituirá o lançamento e tampouco estará o Poder Judiciário usurpando a atribuição da autoridade administrativa, mas constituirá uma manifestação sobre a existência e o conteúdo do tributo. De igual modo, numa ação penal poderá o juízo criminal reconhecer a ocorrência de supressão ou redução do tributo, caso julgue procedente a denúncia, ou negar essa prática, caso julgue improcedente a acusação.

Nessas situações, diz Aveline, não há quem não admita o exame da existência do tributo ou de seu conteúdo pelo Poder Judiciário, razão pela qual também deve ser admitido esse exame pelo juízo criminal independentemente da prévia manifestação da Administração no lançamento definitivo, e destaca que a Constituição, quando quis que primeiro fossem esgotadas as instâncias administrativas antes do exercício da jurisdição, o fez expressamente, como no art. 217, § 1º.

Com base no voto proferido pelo ministro Joaquim Barbosa, o autor destaca que o acerto definitivo do débito não se enquadra nos requisitos caracterizadores da condição objetiva de punibilidade, quais sejam, (I) não ser elementar, mas circunstância acessória do tipo; (II) não ser decorrente do curso causal e; (III) estar inserido na norma proibitiva da conduta.

Afirma que

se não há tributo ou se não se sabe o seu valor, falta à consumação do tipo penal em questão um dos elementos de sua definição legal, o “tributo” suprimido ou reduzido. Claramente, portanto, “tributo” é ele-

62 In Crimes materiais contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90, art. 1º): lançamento definitivo como condição para a sua consumação: crítica aos fundamentos da decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus n. 81.611-8/DF, *Revista da AJUFERGS*. Porto Alegre: AJUFERGS, n. 4, nov. 2007, p. 265-266.

mento normativo desse tipo penal, se afastando da condição objetiva de punibilidade que, como visto, é uma circunstância extrínseca ao crime.

O enquadramento do lançamento como condição objetiva de punibilidade também é combatido por Douglas Fischer⁶³, que, valendo-se das considerações expostas no voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa e das lições de Bettiol, observa que a conciliação realizada entre os conceitos de condição objetiva de punibilidade e de prescrição redundam em situação dogmaticamente incoerente.

Segundo ele, o direito de punir nasce no momento da consumação do delito, pois a punibilidade em regra não está subordinada a qualquer outro evento futuro, e nos casos em que se exige a condição objetiva de punibilidade, embora consumado o delito, o fato ainda não será punível, não havendo que se falar em pretensão penal. Reconhecendo-se que a redução ou supressão do tributo só se verifica com o lançamento, será impossível sustentar que o caso se amolda à condição objetiva de punibilidade.

E conclui que a hipótese é de elemento objetivo do tipo, porque a definição do que seja o tributo reduzido ou suprimido não depende de qualquer interpretação ou valoração, mas de simples constatação à luz da legislação que rege a matéria.

Com efeito, a existência do tributo não depende da realização do lançamento pela autoridade fiscal, e a consumação do delito ocorre com a supressão ou redução deste mediante uma das condutas previstas nos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, momento em que se verifica a lesão ao bem jurídico tutelado.

No mesmo artigo, Douglas Fischer destaca a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 90.795-PE, na qual se objetivava o trancamento de ação penal em que se imputava ao paciente a prática das condutas descritas nos incisos I, II, III e IV, do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, como exemplo de que “no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal as confusões a respeito do tema ainda grassam hodiernamente”.

⁶³ In A impunidade: sonegação fiscal e exaurimento da esfera administrativa – ainda sobre os problemas derivados do precedente do STF no HC n. 81.611-SP e seu confronto com o que decidido no HC n. 90.795-PE, *Revista Direito e Democracia*, Universidade Luterana do Brasil, v. 9, p. 184, 2008.

Decidiu-se, na referida ação, que seria desnecessário aguardar o término do procedimento fiscal para comprovar a responsabilidade penal do paciente, tendo em vista que as notas fiscais e guias comprovadamente falsas apreendidas durante a investigação seriam provas cabais da ocorrência do crime tributário.

Embora os ministros que participaram do julgamento tenham ressaltado que a questão não se confundia com aquela versada no Habeas Corpus n. 81.611, entende o autor que os casos são absolutamente idênticos na essência, pois ambos se voltam contra acusações da prática do crime previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990, distinguindo-se apenas quanto aos incisos em que as condutas foram enquadradas – incisos I e II no Habeas Corpus n. 81.611, e incisos I, II, III e IV no Habeas Corpus n. 90.795.

Para justificar a “distinção” entre os dois casos concretos, o ministro Marco Aurélio ressaltou, quanto ao Habeas Corpus n. 90.795, a existência de uma situação peculiar, decorrente da apreensão de notas fiscais falsas, e concluiu que “não se trata de insuficiência de recolhimento de tributo, quando essa insuficiência deve estar demonstrada no campo administrativo”.

Deixou de observar, todavia, que também no Habeas Corpus n. 81.611 não se tratava de mera insuficiência de recolhimento de tributos – que, aliás, mostra-se atípica se desacompanhada de alguma das condutas fraudulentas previstas nos incisos I a V –, mas da omissão de receitas auferidas pela venda de cerca de 300 unidades imobiliárias.

Também naquela hipótese era evidente a prática do crime tributário, pois não é razoável supor que uma empresa de grande porte desconheça a obrigação de recolher tributos sobre a venda de tantas unidades imobiliárias. Embora tenha havido discussão sobre o valor efetivamente devido, esta se deveu ao cômputo de prejuízos que não foram considerados no momento da autuação fiscal, mas não caracteriza a fraude praticada pela empresa. Ainda assim, entendeu o Supremo Tribunal Federal que seria necessário aguardar o término do procedimento fiscal.

Segundo a análise feita por Andreas Eisele⁶⁴ dos fundamentos do voto proferido pelo ministro Sepúlveda Pertence no Habeas Corpus n. 81.611, deixou o relator de apresentar o conceito de condição objetiva de punibilidade, limitando-se a indicar a característica de que a mesma não integra o tipo penal.

Com efeito, é o que se extrai da leitura dos itens 47, 48 e 79 do voto:

[...] poderia parecer necessário dar a palavra a penalistas e processualistas penais para saber se o acertamento do crédito tributário, na estrutura do crime, constituiria elemento essencial do tipo ou condição objetiva de punibilidade e, em qualquer hipótese, se a pendência de processo administrativo ou judicial a respeito configuraria, ou não, questão prejudicial obrigatória.

48. Não me arrisco ao mergulho em águas tão profundas e procelosas, que, ademais, não creio essencial a decidir a questão.

[...]

79. Não obstante, penso – afastados os casos em que seria possível a sua inserção no tipo, para, conseqüentemente, reclamar-se a sua compreensão nas raias da culpa do agente –, que há, sim, espaço para a admissão de verdadeiras condições objetivas de punibilidade, inconfundíveis com os elementos do tipo.

Trata-se de omissão que dificulta a solução da questão, tendo em vista que a definição do instituto, como visto anteriormente, não é pacífica no campo teórico.

Também foi notada a forma “atécnica” com que foi tratada a controvérsia sobre a natureza dos efeitos do lançamento, considerada pelo relator como irrelevante para o deslinde da questão.

Segundo o autor, essa distinção é necessária para fins de especificação do momento em que o crime do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 se consuma, ou seja, para identificação da ocorrência da supressão ou redução do tributo.

Para Eisele,

os atos administrativos componentes do procedimento de lançamento são declaratórios no que se referem à ocorrência do fato imponível, à

64 In Condição objetiva de punibilidade e lançamento tributário, *Revista jurídica do Ministério Público catarinense*. Florianópolis, v. 4, n. 9, maio/ago.2006.

existência da obrigação tributária, à especificação do objeto da prestação, à identificação do sujeito passivo e ao implemento do descumprimento da prestação; paralelamente, são constitutivos os atos cujo objeto é a implementação da exigibilidade do crédito ao objeto da prestação.

A despeito disso, ele identifica no item 66⁶⁵ do voto elementos que indicariam a adoção, pelo relator, da teoria declaratória do lançamento, pois a afirmação de que o procedimento administrativo pode resultar em declaração de inexistência da evasão pressupõe também a admissão de sua relação constatatória em relação à tipicidade do fato.

Também no item 84 haveria indicativos dessa conclusão, pois ao afirmar que os crimes em análise se consumam com a ocorrência do fato gerador, o relator teria admitido que o lançamento posterior não altera a configuração da consumação do delito.

Diante desse quadro, aduz o referido autor que é possível abstrair do voto a conclusão de que o lançamento foi considerado como um procedimento com efeitos declaratórios em relação ao objeto de análise (ou seja, a obrigação tributária), motivo pelo qual o fato típico se consuma de forma independente e em momento anterior à sua configuração (no âmbito administrativo).

Após tais considerações, e passando pela distinção entre condições objetivas de punibilidade, questões prejudiciais de mérito e justa causa, Andreas Eisele vale-se de recursos da lógica formal para demonstrar a inviabilidade do argumento de que o lançamento definitivo constitui uma condição objetiva de punibilidade.

O autor apresenta duas premissas⁶⁶, extraídas dos itens 53, 54, 64 a 66 e 72 a 74 do voto do ministro Sepúlveda Pertence:

65 “66. O que verdadeiramente ilide o juízo positivo de tipicidade – quando se cogita de crime de dano –, é a eficácia preclusiva da decisão administrativa favorável ao contribuinte: irrevogável essa, corolário iniludível da harmonia do ordenamento jurídico impede que a alguém – de quem definitivamente se declarou, na esfera competente para a constituição do crédito tributário, não haver suprimido ou reduzido tributo devido – se possa imputar ou condenar por crime que tem, na supressão ou redução do mesmo tributo, elemento essencial do tipo” [grifos do original].

66 Trata-se de um silogismo, ou seja, uma enunciação estabelecida a partir de premissas que levam a uma outra proposição, diversa daquelas, mediante dedução, que pode ser representado da seguinte forma:

M é P	(1ª premissa)
S é M	(2ª premissa)
Logo: S é P	(conclusão)

(1ª premissa) A dúvida sobre a existência da obrigação tributária é um aspecto que afeta a justa causa para a ação penal.

(2ª premissa) No lançamento pode ocorrer dúvida sobre a existência da obrigação tributária.

Utilizando o método dedutivo proposto por Aristóteles, a conclusão deveria ser a seguinte:

(conclusão) Logo, o lançamento é um aspecto que afeta a justa causa para a ação penal.

Entretanto, a solução apontada no item 77⁶⁷ do voto, de que o lançamento é uma condição objetiva de punibilidade, não tem nenhuma relação com as premissas, o que demonstra que está formalmente errada.

Mecanismo semelhante é utilizado por Eisele para demonstrar o equívoco do argumento, contido nos itens 83⁶⁸ e 84⁶⁹ do voto, de que o crime do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 é similar aos crimes pré-falimentares quanto à exigência de configuração da condição objetiva de punibilidade.

Segundo ele, tal raciocínio é falacioso porque justifica o antecedente pelo consequente: o relator adotou como primeira premissa o fato de que “sem a implementação de uma condição objetiva de punibilidade não se configura o poder de intervenção penal do Estado”; e como segunda premissa, ou antecedente, afirmou que “a decretação da falência do sujeito é uma condição objetiva de punibilidade”. Aferiu, em seguida, a proposição consequente de que “sem a decretação da falência, não se instaura o poder de intervenção penal do Estado”⁷⁰.

67 “77. Por isso – se não se quer, para fugir de polêmica desnecessária, inserir a decisão definitiva do processo administrativo de lançamento entre os elementos do tipo do crime contra a ordem tributária – a questão apenas se desloca da esfera da tipicidade para a das condições objetivas de punibilidade.” (grifos do original).

68 “83. Mas – porque, na hipótese aventada, o tipo é de mera conduta – prefiro recordar outro caso de condição objetiva de punibilidade, geralmente indicado pela doutrina e melhor assimilável à espécie: o da sentença de falência, em relação aos crimes falimentares, inclusive os de dano”.

69 “84. A equação é semelhante à da espécie: nesta – sempre no suposto da sua retroatividade -, à data do fato gerador da obrigação tributária ou, pelo menos, àquela do lançamento originário, o crime material contra a ordem tributária, desde então, estaria consumado”.

70 O esquema pode ser graficamente representado da seguinte forma:

A → B (1ª premissa)
B (2ª premissa)
A (conclusão)

Contudo, ao realizar a analogia dessa relação com a existente entre o lançamento tributário e a propositura da ação penal nos crimes contra a ordem tributária, o relator inverteu a posição entre a segunda premissa do argumento e sua conclusão:

(1ª premissa) Sem a implementação de uma condição objetiva de punibilidade não se configura o poder de intervenção penal do Estado.

(2ª premissa) Antes de definida eventual dúvida surgida no contexto de um lançamento tributário, referente à existência da obrigação correspondente e respectiva evasão, não pode ser proposta a ação penal referente ao crime contra a ordem tributária.

(conclusão) A constituição da exigibilidade do crédito tributário, pelo lançamento, é uma condição objetiva de punibilidade.

O equívoco é demonstrado pelo fato de que o consequente, apontado como segunda premissa, pode decorrer de fatores diversos dos indicados na conclusão, como, por exemplo, se se considerar que tal definição afeta a justa causa para a propositura da ação penal.

Em conclusão, Andreas Eisele afirma que a condição objetiva de punibilidade é um elemento do delito porque implementa a relevância social do fato e integra a culpabilidade, de modo que sua inclusão no ordenamento jurídico somente pode ser realizada mediante lei, e não pela jurisprudência.

Nesse sentido, a classificação da constituição definitiva do crédito tributário como condição objetiva de punibilidade fere a Constituição por não respeitar o princípio da reserva legal e decorreu, no julgamento do Habeas Corpus n. 81.611, da incompreensão dos conceitos dos institutos pertinentes à matéria e de um raciocínio equivocado.

A utilização de ferramentas da lógica formal para desconstruir o entendimento de que o lançamento constitui uma condição objetiva de punibilidade é uma ideia inteligente que acrescenta conteúdo à corrente que prega a revisão da decisão proferida no Habeas Corpus n. 81.611. Há outras razões bastante consistentes para isso, como será visto adiante.

4 Situações problemáticas decorrentes da decisão do Supremo Tribunal Federal

4.1 Supressão ou redução do tributo mediante fraude

A primeira hipótese que merece ser mais bem refletida pelos tribunais é aquela em que a supressão ou redução do tributo decorre de esquema de grande porte especialmente montado para essa finalidade, que, na maioria das vezes, resulta em sonegação de milhões de reais e acaba inviabilizando a atuação das autoridades fiscais, já que o intuito é justamente de ludibriar o Fisco e impedir a constituição do crédito.

Como destacado anteriormente, o caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 81.611 não tratava de simples ausência de recolhimento de tributos, mas da omissão de receitas sobre a venda de centenas de unidades imobiliárias, em que era evidente o animus de fraude com vistas à sonegação.

Afastando-se do equívoco da Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se debruçar sobre a matéria no julgamento do Habeas Corpus n. 88.590⁷¹ e acertadamente firmou o entendimento de que

[...] uma coisa é desconstituir o tipo penal quando há discussão administrativa acerca da própria existência do débito fiscal ou do quantum devido; outra bem diferente é a configuração, em tese que seja, de crime contra a ordem tributária em que é imputada ao agente a utilização de esquema fraudulento, como, por exemplo, a falsificação de documentos, utilização de empresas fantasmas ou de laranjas em operações espúrias, tudo com o claro e primordial intento de lesar o Fisco. Nesses casos, evidentemente, não haverá processo administrativo-tributário, pelo singelo motivo de que foram utilizadas fraudes para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa e sem saber sequer que houve valores sonegados.

Naquele caso, o paciente havia sido denunciado pelo Ministério Público Federal como incurso nos crimes do art. 288 do Código Penal

e do art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990 por integrar uma quadrilha dedicada à prática de sonegação fiscal por meio de empresas constituídas em nome de interpostas pessoas, e objetivava o trancamento da ação penal por ausência de justa causa ao argumento de que “para a configuração do resultado de supressão ou redução de tributos é antes necessário que haja a constituição do crédito tributário”. Quanto ao crime de quadrilha, sustentava que fora o meio necessário para a prática do crime tributário e estaria por ele absorvido.

Após destacar a excepcionalidade do trancamento de ação penal por meio do *habeas corpus* e a existência de precedentes sobre a necessidade de prévio exaurimento da via administrativa para a persecução do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, a ministra Laurita Vaz, relatora, ressaltou a peculiaridade do caso concreto e a impossibilidade de simples aplicação do precedente do Habeas Corpus n. 81.611, tendo em vista que isso equivaleria a erigir obstáculos para desbaratar esquemas engendrados com alta complexidade e requintes de malícia, permitindo a seus agentes, inclusive, agirem livremente no sentido de esvaziar todo tipo de elemento indiciário que possa comprometê-los, mormente porque a autoridade administrativa não possui os mesmos instrumentos coercitivos de que dispõe o juiz criminal.

A questão da fraude tendente a impedir a própria constituição do crédito tributário foi enfatizada pelo ministro Joaquim Barbosa no voto que proferiu no Habeas Corpus n. 81.611, ao destacar a possibilidade de envolvimento de agentes do fisco em infrações penais tributárias, omitindo-se do dever de proceder ao lançamento.

Em situações como esta é manifesta a inviabilidade de subordinar a instauração de inquérito ou ação penal ao procedimento administrativo fiscal, pois demonstram que as autoridades fiscais muitas vezes são induzidas a erro por esquemas fraudulentos – sem mencionar os casos em que são cúmplices de tais quadrilhas – e não dispõem sequer de indícios para iniciar o procedimento de fiscalização.

O Ministério Público, por outro lado, obtém indícios da fraude por outros meios, como o afastamento do sigilo bancário de pessoas físicas e jurídicas envolvidas no esquema, mas fica impedido de dar curso à persecução penal porque depende da atuação da autoridade administrativa.

⁷¹ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, rel. min. Laurita Vaz, julgado em 18.3.2008.

É preciso reconhecer que há casos em que a supressão do tributo é evidente e prescinde de verificação administrativa para ser vislumbrada. Portanto, não deve haver óbice para a persecução penal, pois a posterior conclusão do procedimento administrativo após o início da ação penal servirá apenas para reforçar os fatos narrados na denúncia.

Nesse sentido, merece destaque a conclusão lançada no referido Habeas Corpus n. 88.590 de que

apurar a existência desses crimes contra a ordem tributária, cometidos mediante fraudes, é tarefa que incumbe ao Juízo Criminal; saber o montante exato de tributos que deixaram de ser pagos em decorrência de tais subterfúgios para viabilizar futura cobrança é tarefa precípua da autoridade administrativo-fiscal.

Convém mencionar que esse não foi o primeiro caso desse tipo enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, que já havia afastado a aplicação do Habeas Corpus n. 81.611 no julgamento do Habeas Corpus n. 50.933 em 17.8.2006, também relatado pela Ministra Laurita Vaz, cuja ementa é a seguinte:

HABEAS CORPUS. ADVOGADO. OPERAÇÃO "MONTE ÉDEN". CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, QUADRILHA, LAVAGEM DE DINHEIRO, SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. ARGÜIDA INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA.

1. A extensa inicial acusatória, que conta com 163 laudas, aponta, essencialmente, para a participação de liderança do ora Paciente em complexa organização criminosa, desenvolvida por meio do seu escritório de advocacia, cuja finalidade precípua seria a de promover a chamada "blindagem patrimonial" a diversos "clientes", o que se fazia por meio de empresas fictícias no exterior, abertas em nome de "laranjas", para ocultação, proteção e lavagem de dinheiro.

2. A denúncia descreve, suficientemente, as dezenas de ilícitos em tese perpetrados pelos agentes denunciados, relacionando-os com um vasto conjunto de provas constituído principalmente de objetos e documentos apreendidos, interceptações telefônicas, interrogatórios dos réus, depoimentos das testemunhas etc., em perfeita consonância com às exigências do art. 41 do CPP, permitindo ao Paciente ter clara ciência das condutas ilícitas que lhe são imputadas, garantindo-se-lhe o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. Não há falar, assim, em inépcia da peça acusatória.

3. É verdade que este Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de aderir à recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reformulada a partir do julgamento plenário do HC n. 81.611/DF, relatado pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, para considerar que não há justa causa para a persecução penal do crime de sonegação fiscal, quando o suposto crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, sendo esta condição objetiva de punibilidade.

4. Não obstante, considerando as peculiaridades concretas do caso, verifica-se que a hipótese sob exame em muito se diferencia daquelas outras que inspiraram os referidos precedentes. De fato, uma coisa é desconstituir o tipo penal quando há discussão administrativa acerca da própria existência do débito fiscal ou do quantum devido; outra bem diferente é a configuração, em tese que seja, de crime contra ordem tributária em que é imputada ao agente a utilização de esquema fraudulento, como, por exemplo, a falsificação de documentos, utilização de empresas "fantasmas" ou de "laranjas" em operações espúrias, tudo com o claro e primordial intento de lesar o Fisco. Nesses casos, evidentemente, não haverá processo administrativo-tributário, pelo singular motivo de que foram utilizadas fraudes para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa e sem saber sequer que houve valores sonegados.

5. Apurar a existência desses crimes contra a ordem tributária, cometidos mediante fraudes, é tarefa que incumbe ao Juízo Criminal; saber o montante exato de tributos que deixaram de ser pagos em decorrência de tais subterfúgios para viabilizar futura cobrança é tarefa precípua da autoridade administrativo-fiscal. Dizer que os delitos tributários, perpetrados nessas circunstâncias, não estão constituídos e que dependem de a Administração buscar saber como, onde, quando e quanto foi usurpado dos cofres públicos para, só então, estar o Poder Judiciário autorizado a instaurar a persecução penal equivale, na prática, a erigir obstáculos para desbaratar esquemas engendrados com alta complexidade e requintes de malícia, permitindo a seus agentes, inclusive, agir livremente no sentido de esvaziar todo tipo de elemento indiciário que possa comprometê-los, mormente porque a autoridade administrativa não possui os mesmos instrumentos coercitivos de que dispõe o Juiz Criminal.

6. Tendo em conta que a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crimes em tese, sustentando o eventual envolvimento do Paciente com a indicação de vasto material probatório, a persecução criminal deflagrada não se constitui em constrangimento ilegal, mormente porque não há como,

em juízo sumário e sem o devido processo legal, inocentar o Paciente das acusações, antecipando prematuramente o mérito.

7. Embora os numerosos delitos em apuração sejam, em boa parte, de altíssima complexidade, foram satisfatoriamente descritos na inicial acusatória. E a estreita via do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória, exigindo prova pré-constituída das alegações, não é sede própria para discutir teses defensivas que, substancialmente contrariadas pelo órgão acusador, dependam de aprofundada incursão na seara fático-probatória.

8. Ordem denegada.

Tal entendimento foi recentemente reafirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, como se extrai da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES TRIBUTÁRIOS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DO TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL.

1. A investigação em torno do paciente se deve ao fato de que, no curso do procedimento investigatório da Receita Federal, surgiram indícios de que ele, em conjunto com outro despachante aduaneiro, teria falsificado Documentos de Arrecadação Fiscal (DARFs) utilizados para desembaraço das mercadorias.

2. É evidente que descabe qualquer alegação relativa à extinção da punibilidade pelo pagamento, em tese praticado pelos representantes da empresa. A conduta investigada, eventualmente atribuível ao paciente, é autônoma de suposto delito de sonegação fiscal, este sim imputável aos sócios-gerentes da empresa em questão.

3. Também não procede a alegação de que faltaria justa causa para a ação penal, uma vez que, segundo o impetrante, ainda não estariam esgotadas as vias administrativas.

4. Este Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de que não há justa causa para a persecução penal do crime de sonegação fiscal, quando o suposto crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, sendo esta condição objetiva de punibilidade.

5. O caso dos autos trata de hipótese diferente. De fato, uma coisa é desconstituir o tipo penal quando há discussão administrativa acerca da própria existência do débito fiscal ou do quantum devido; outra é a configuração, em tese, de crime contra ordem tributária em que é imputada ao agente a utilização de esquema fraudulento, como, por exemplo, a falsificação de documentos com o intento de lesar o Fisco.

6. Ordem denegada.

(*Habeas Corpus* n. 36.549/SP, julgado em 19.03.2009, publicado no *DJ* em 6.4.2009)

4.2 Prescrição do crime e causa suspensiva não prevista em lei

Outro grave problema decorrente da decisão proferida no Habeas Corpus n. 81.611 consiste na estipulação de uma causa suspensiva da prescrição não prevista em lei.

Conforme determina o art. 111, I, do Código Penal, a prescrição antes do trânsito em julgado da sentença condenatória começa a correr a partir do dia em que o crime se consumou.

De acordo com o entendimento que prevaleceu no julgamento do Habeas Corpus n. 81.611, o crime do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 se consuma quando verificado o resultado decorrente das condutas de reduzir ou suprimir o tributo, embora o fato só se torne penalmente relevante após a constituição definitiva do crédito. Daí porque se aventou a necessidade de suspensão do prazo prescricional enquanto não encerrada a discussão na via administrativa.

A proposta do ministro Sepúlveda Pertence teve como base a construção jurisprudencial, firmada anteriormente à Emenda Constitucional n. 35, de que ficava suspensa a prescrição nas hipóteses em que a imunidade formal impedia a instauração de ação penal contra parlamentares. Entretanto, em tais situações realmente havia um óbice para a persecução penal – de natureza constitucional – o que não ocorre em relação ao delito em análise.

Segundo as regras em vigor, o delito previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 prescreve em 12 anos, considerando as penas abstratamente cominadas – 2 a 5 anos de reclusão – e o disposto no art. 109, III, do Código Penal.

Este prazo, todavia, pode ser significativamente ampliado, em decorrência de sua suspensão durante o trâmite do procedimento administrativo fiscal, ou reduzido, caso transcorra o prazo de 5 anos para que a autoridade administrativa efetue o lançamento sem que ela o faça. Ambas as hipóteses evidenciam o desacerto da tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, como apontou a ministra Ellen Gracie em seu voto-vista:

Se não fora assim, poderíamos nos encontrar diante de uma situação paradoxal. Ela surgiria quando a autoridade fazendária deixasse trans-

correr o prazo de 5 anos para o lançamento. Nesta hipótese, mesmo havendo ocorrido a supressão de tributo, o delito, que tem prazo prescricional de 12 anos, não seria punível! A demonstração pelo absurdo serve para revelar que as esferas, administrativa e penal, são efetivamente independentes.

Além da ausência de previsão legal, a suspensão da prescrição durante o curso do procedimento administrativo acarreta a ampliação temporal do poder punitivo estatal, permitindo a persecução de condutas que, pelas regras vigentes no Código Penal, já estariam extintas.

Exemplo contundente dessa distorção é dado por Andreas Eisele⁷²:

[...] se um sujeito praticasse uma evasão tributária mediante fraude (tipificada no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990) em 10/1/1991, como o Fisco tem o prazo de 5 anos para iniciar o procedimento de lançamento do crédito correspondente, este poderia ser iniciado, por exemplo, em 09/1/1996 e, caso as discussões administrativas ocorridas durante o procedimento respectivo durassem mais aproximadamente 5 anos, o lançamento poderia ser concluído, hipoteticamente, em 8/1/2001. Neste contexto, a partir dessa data iniciar-se-ia o prazo prescricional no âmbito penal, em decorrência do que a denúncia poderia ser recebida até 7/1/2005 (isto se o prazo prescricional fosse calculado somente com base na pena mínima cominada, nos termos do disposto no art. 109, V, do Código Penal).

[...]

Além disso, seria juridicamente possível a imposição de uma condenação até quase 22 anos após a evasão, pois mesmo considerando-se o prazo prescricional penal calculado pela quantidade mínima de pena abstratamente cominada, como o recebimento da denúncia e a sentença condenatória interrompem a fluência de tal prazo (nos termos da regra veiculada pelo art. 117, I e IV, do Código Penal), no exemplo acima indicado o processo poderia ser julgado em primeiro grau de jurisdição até 06/01/2009 e, se houvesse recurso, a confirmação da decisão poderia ser implementada pelo Tribunal até 5/1/2013.

Embora a suspensão do prazo prescricional durante o trâmite do procedimento administrativo fiscal seja uma solução discutível sob o ponto de vista jurídico, pois decorre de construção jurisprudencial e não encontra respaldo legal, a não adoção dessa tese só viria a piorar

72 In Condição objetiva de punibilidade e lançamento tributário, *Revista jurídica do Ministério Público catarinense*. Florianópolis, v. 4, n.9, mai./ago. 2006, p. 51.

o cenário quanto à persecução dos crimes tributários, favorecendo a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição.

Sendo assim, os tribunais, à unanimidade, consagram o entendimento de que não corre a prescrição enquanto não esgotada a discussão no procedimento fiscal, como exemplifica a ementa adiante transcrita:

CRIMES TRIBUTÁRIOS. PRETENSÃO À PRESCRIÇÃO. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. INÍCIO DA PRESCRIÇÃO. DEFINIÇÃO DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Uma vez considerando o lançamento definitivo do crédito tributário como sendo condição objetiva de punibilidade, é de rigor também consagrar que a prescrição na referida hipótese somente tem curso com o término do procedimento administrativo, no qual o contribuinte discutiu a imposição tributária.

Segundo jurisprudência assente, o procedimento administrativo suspende o curso prescricional.

Ordem denegada⁷³.

4.3 Decadência do direito de lançar o tributo

Como regra geral, a autoridade fiscal tem o prazo de cinco anos para efetuar o lançamento do tributo, contado a partir da ocorrência do fato gerador, como determina o art. 150, § 4º⁷⁴, do Código Tributário Nacional. Transcorrido esse prazo, será ilegítima qualquer atividade tendente a constituir o crédito tributário, ainda que evidenciada a sua existência.

A exceção à regra é apontada no próprio dispositivo, e ocorrerá nos casos de comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação, quando, segundo doutrina e jurisprudência, o prazo de decadência

73 Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, HC n. 52.780, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 7.2.2008.

74 Art. 150 [...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

será contado de acordo com o art. 173⁷⁵ do Código Tributário Nacional. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não considerou essa “circunstância relevantíssima”.

Para Francisco José Soares Feitosa⁷⁶, é impossível concluir que a decadência no caso de dolo, fraude ou simulação deve ser contada pelo art. 173 do Código Tributário Nacional, pois seu *caput* menciona o prazo ordinário de cinco anos; o inciso I diz que esse prazo será contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado; e o inciso II se refere especificamente ao lançamento anulado por vício formal.

E defende que nessas hipóteses deve ser aplicado o prazo prescricional previsto no Código Penal, porque a ocorrência de fraude, dolo ou simulação na constituição do crédito tributário configuram crimes que atraem a aplicação de normas penais, a fim de evitar a total desproteção do bem jurídico tutelado:

[...] a hipótese de decadência tributária do caso maligno (dolo, fraude ou simulação no lançamento fiscal) não mora no artigo 173. Jamais morou. Nem pode morar. [...]. Dado o crime, qualquer crime, o Código Penal é que há de ser chamado a cuidar da decadência, prescrição, atenuantes, agravantes, dosimetria etc. [...]. A matéria é tributária, mas é também penal: logo, as regras do penal hão de ser dadas pelo Código Penal. [...]. A maioria dos crimes fiscais (Lei n. 8.137/1990, artigo 1º) é contemplada com pena de reclusão de dois a cinco anos. Pelo Código Penal, eis a regra emprestada ao Código Tributário Nacional no caso de dolo, fraude ou simulação no lançamento fiscal: “Art. 109. A prescrição [...] regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [...] III- em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito”.

O entendimento que prevalece é que, passados cinco anos da ocorrência do fato gerador, estará a autoridade administrativa impedida de proceder ao lançamento do tributo, o que, por via oblíqua, inviabiliza também a persecução do crime previsto no art. 1º, *caput*,

75 Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

76 In Prazo para lançar tributos, no caso de fraude, dolo ou simulação, *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 134, nov. 2006, p. 31-32.

da Lei n. 8.137/1990, porque não mais será possível a constituição do crédito tributário.

No julgamento do Habeas Corpus n. 84.555, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal firmou o seguinte entendimento:

AÇÃO PENAL. Crime tributário, ou crime contra a ordem tributária. Art. 1º da Lei n. 8.137/1990. Delito material. Tributo. Apuração em inquérito policial. Procedimento fiscal abortado. Reconhecimento administrativo da extinção do crédito tributário em razão de consumação de decadência. Impossibilidade jurídica de lançamento do crédito tributário. Falta irremediável de elemento normativo do tipo. Crime que se não tipificou. Trancamento do inquérito ou procedimento investigatório. HC concedido para esse fim. Não se tipificando crime tributário sem o lançamento fiscal definitivo, não se justifica abertura ou continuação de inquérito policial, nem de qualquer procedimento investigatório do Ministério Público, quando a autoridade administrativa haja declarado extinto o crédito tributário em razão da consumação de decadência.

Na mesma linha foi a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NÃO-INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. PRESCRIÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A falta de decisão definitiva do processo administrativo, em tema de crimes contra a ordem tributária, porque condição objetiva de punibilidade, na luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, impede a propositura da ação penal, com suspensão do prazo prescricional.

2. Não há justa causa para a persecução penal relativamente ao delito tipificado no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, se se encontravam prescritos, acaso existentes, os débitos tributários, de modo a impedir a própria instauração do procedimento administrativo fiscal.

3. Ordem concedida⁷⁷.

Os julgadores muitas vezes deixam de observar que alguns tributos, como o imposto de renda, por exemplo, estão sujeitos ao lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legisla-

77 Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, HC n. 86.864, rel. min. Hamilton Carvalhido, julgado em 30/10/2007.

ção atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa (art. 150, *caput*, do Código Tributário Nacional).

Ao proferir voto divergente no Habeas Corpus n. 81.611, o ministro Joaquim Barbosa destacou sua preocupação com a aplicação daquele entendimento aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, pois

nesta hipótese inexistente qualquer decisão administrativa sobre o lançamento. Ao contrário, o lançamento feito pelo contribuinte tem, desde o início, grande probabilidade de assumir caráter definitivo". Nesse contexto, questionou o Ministro, "qual seria o fato ou ato jurídico consubstanciador da condição objetiva de punibilidade?"

Além disso, há casos em que o Fisco só vem a tomar conhecimento da omissão de rendimentos quando o Ministério Público obtém o afastamento do sigilo bancário do contribuinte e constata que os valores movimentados em suas contas bancárias são incompatíveis com a renda declarada. Essa conduta, a par de configurar crimes de peculato, lavagem de dinheiro e outros, caracteriza o delito do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, mas muitas vezes fica impune porque já transcorrido o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Como se vê, a decadência do direito de constituir o crédito tributário é um dos maiores óbices para a punição dos crimes contra a ordem tributária e bem demonstra a inviabilidade de subordinar a persecução penal ao procedimento administrativo fiscal, já que acaba por reduzir o prazo de que dispõe o Estado para exercer o *ius puniendi*.

4.4 Discussão administrativa restrita ao *quantum debeatur*

Ainda que se considere necessária a constituição definitiva do crédito tributário para a configuração do delito do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90, é importante observar que nem sempre o processo administrativo fiscal versa sobre a existência do débito, mas tão somente sobre o *quantum* devido. O sujeito reconhece, portanto, que suprimiu ou reduziu tributo e visa apenas discutir o valor cobrado, não a sua exigibilidade.

Segundo Andreas Eisele⁷⁸, a impugnação oferecida pelo contribuinte na via administrativa pode ter por objeto a própria existência da obrigação, o valor do objeto da prestação ou a regularidade da constituição da exigibilidade do crédito, e cada um desses argumentos pode ter consequências diversas quanto à configuração da sonegação tributária.

Na primeira hipótese, a pertinência dos argumentos deduzidos pode acarretar dúvida sobre a viabilidade do auto de infração lavrado pelo fiscal e influenciar na justa causa para a instauração da ação penal. Já a impugnação à forma do lançamento não interfere na existência ou no valor da obrigação, pois é restrita à regularidade da constituição do crédito tributário, e não terá relevância sobre a convicção quanto à prática da evasão fiscal.

Na segunda hipótese, em que a discussão travada no procedimento administrativo está restrita ao valor da dívida, podem ocorrer duas situações, a saber:

- a) se o sujeito tiver recolhido a parcela restante, em relação à qual não há discussão, e ainda não tiver sido definida a procedência ou não da cobrança da parcela controvertida, não haverá justa causa para a propositura da ação em relação a tal âmbito do fato, e estará extinta a punibilidade correspondente ao âmbito da prestação satisfeito;
- b) se o sujeito estiver discutindo uma parcela da prestação e não houver pago a outra, não há dúvida referente à evasão de parte desse valor e, portanto, como o interessado pode efetuar o recolhimento para se beneficiar dos efeitos jurídicos que implementam a extinção da punibilidade em relação à parte da evasão cuja justa causa para a propositura da ação está configurada, a justificativa deixa de ter fundamento.

Isso porque, conforme o entendimento de Eisele, se não houver certeza sobre a evasão, não haverá justa causa para a propositura de ação penal, mas esta pode ser verificada de maneira proporcional ao valor incontroverso do tributo, ainda que se discuta uma parte do débito.

Portanto, nesses casos, a exigência de constituição definitiva do crédito pode e deve ser afastada porque o valor do tributo reduzido

⁷⁸ In Condição objetiva de punibilidade e lançamento tributário, *Revista jurídica do Ministério Público catarinense*. Florianópolis, v. 4, n. 9, mai./ago.2006, p. 52.

ou suprimido não é elementar do tipo, embora deva ser informado na denúncia, e sua eventual alteração no curso da ação fiscal não influenciará na caracterização do delito.

Os tribunais, todavia, não atentam para essa peculiaridade e se valem do precedente do Habeas Corpus n. 81.611 para obstar a persecução penal, desconsiderando que em alguns casos a existência do crédito em si é incontroversa e que o procedimento fiscal não poderá concluir em sentido contrário, limitado que estará à discussão sobre o valor do tributo devido.

4.5 Aplicação indiscriminada do precedente a outros crimes de sonegação tributária

Outro problema causado pela decisão proferida no Habeas Corpus n. 81.611 é a exigência de exaurimento da via administrativa em relação a outros crimes tributários, como os delitos do art. 168-A do Código Penal e do art. 2º, I, da Lei n. 8.137/90, ambos de natureza formal, que não têm relação com aquele precedente.

Embora o inciso I do art. 2º da Lei n. 8.137/1990 tenha redação bastante parecida com a do art. 1º da mesma lei, é certo que se tratam de condutas diversas, sendo corrente a afirmação de que o art. 2º, I, é a forma tentada do art. 1º, punido autonomamente como delito formal. Resulta daí que, ao contrário do art. 1º, o art. 2º, I, não exige a efetiva supressão ou redução do tributo para se consumir, bastando a mera prática da conduta tendente a suprimi-lo ou reduzi-lo.

É nesse sentido o posicionamento de José Paulo Baltazar Júnior:

A diferenciação mais aceita é no sentido de que o art. 1º é um crime material por exigir a efetiva supressão ou redução de tributo, contribuição ou qualquer acessório para sua consumação. Já no art. 2º inexistente essa referência no *caput*, estando mencionada a supressão ou redução do tributo no próprio inciso I, antecedido da preposição para. Ora, sempre que o tipo for construído com expressões tais como para, com o fim de, a fim de etc, a elementar que se seguir constitui elemento subjetivo do tipo. Basta que o agente tenha aquela finalidade, ou seja, não é preciso que o que está descrito depois da preposição efetivamente se concretize para consumir o crime⁷⁹.

⁷⁹ In *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 370.

Por sua vez o crime do art. 168-A do Código Penal, por ser classificado como omissivo próprio, prescinde de resultado naturalístico para sua consumação, que ocorre no momento em que deveria ter ocorrido o recolhimento da contribuição descontada. Não se exige sequer o ânimo de apropriação⁸⁰ ou de fraude, bastando apenas o dolo genérico de não recolher a contribuição previdenciária descontada dos empregados.

Conforme o entendimento pacífico da jurisprudência, nos crimes de apropriação indébita previdenciária, o procedimento administrativo de apuração de débitos não se constitui em condição de procedibilidade para a instauração da ação penal, tendo em vista a natureza formal do delito. A simples omissão no recolhimento das contribuições descontadas dos empregados consuma o delito previsto no art. 168-A do Código Penal.

No mesmo sentido segue a doutrina, afirmando que ainda que inexistam ou não tenha sido concluído o processo administrativo fiscal, por estar pendente julgamento de recurso, não há óbice ao oferecimento de denúncia e processamento da ação penal.

Tal entendimento foi mantido mesmo após a modificação da orientação quanto aos crimes de sonegação fiscal, em relação aos quais passou-se a exigir o esgotamento da via administrativa para o oferecimento da denúncia, precedente inaplicável ao crime de apropriação indébita previdenciária.

Não obstante estas considerações, o Supremo Tribunal Federal quase chegou a considerar que seria obrigatório o exaurimento da via administrativa no caso do art. 168-A do Código Penal. Isso ocorreu no julgamento do Inquérito n. 2537 e, embora não tenha havido nenhuma conclusão sobre a matéria, a afirmativa constou da ementa do acórdão, equívoco que acabou induzindo a erro o Superior Tribunal de Justiça em julgamentos posteriores:

⁸⁰ Oportuno destacar o entendimento de José Paulo Baltazar Júnior: "(...), caso fosse intenção da lei exigir o elemento subjetivo, utilizaria o verbo nuclear apropriar-se, como na apropriação indébita e no delito do art. 5º da Lei n. 7.492/1986. Ao utilizar a locução 'deixar de recolher', além de alterar a estrutura do tipo, de comissivo para omissivo, afastou a necessidade do ânimo de apropriação para a configuração do delito" *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - CRIME - ESPÉCIE. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. INQUÉRITO - SONEGAÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO. Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e – ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente – a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado⁸¹.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AÇÃO PENAL. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Consoante recente orientação do Supremo Tribunal Federal, nos crime de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, o procedimento administrativo de apuração de débitos se constitui em condição de procedibilidade para a instauração da ação penal.

2. Recurso especial a que se nega provimento⁸².

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARA O INÍCIO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. RECENTE ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO PRETÓRIO EXCELSO.

Na linha de orientação recentemente adotada pelo Pretório Excelso, e seguida por esta Corte, também em relação ao delito de apropriação indébita previdenciária se exige a constituição definitiva do crédito tributário para que se dê início a persecução criminal (Precedentes do STF e do STJ)

Recurso desprovido⁸³.

Esse fato demonstra que muitas vezes os julgadores não analisam com a necessária atenção o caso concreto e não fazem sobre ele uma reflexão crítica, limitando-se a aplicar o precedente do Habeas Corpus n. 81.611 sem observar sua efetiva pertinência na hipótese.

81 Supremo Tribunal Federal, Pleno, INQ no 2537, rel. min. Marco Aurélio, julgado em 10.3.2008.

82 Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, REsp n. 875.897, rel. min. Hamilton Carvalhido, julgado em 4.11.2008.

83 Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, REsp. n. 1.028.984, rel. min. Felix Fischer, julgado em 2.10.2008.

5 Conclusão

Não obstante o respeito que merece a decisão proferida no Habeas Corpus n. 81.611, por refletir o entendimento da mais alta Corte do País, parece-nos que subordinar a persecução penal dos crimes contra a ordem tributária à decisão administrativa é um equívoco que contribui para a impunidade e para o aumento da criminalidade em detrimento do fisco – e de toda a sociedade, em última análise.

Após a exposição acima, é possível concluir que o atual tratamento dado pela jurisprudência ao delito do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990, principalmente por parte do Supremo Tribunal Federal, não se mostra adequado do ponto de vista jurídico, pois acaba por subordinar a persecução penal à decisão da autoridade fazendária acerca do crédito tributário.

Com efeito, a decisão proferida pela Suprema Corte no julgamento do Habeas Corpus n. 81.611 não representa a melhor solução para a matéria, conforme demonstrado no presente trabalho, pois contém diversas incongruências de ordem teórica e acarreta distorções na prática. Além disso, a reprodução sistemática do precedente, divorciada da necessária análise do caso concreto, acaba por privilegiar os infratores e dificultar a imposição da pena.

A questão é confusa no próprio Supremo Tribunal Federal. Para demonstrar que os integrantes da Corte não têm a exata noção do alcance do precedente, pode-se destacar a decisão proferida posteriormente no Habeas Corpus n. 90.795-PE, em que foi afastada a exigência de constituição definitiva do crédito tributário diante de provas inequívocas da prática do crime, consistentes em notas fiscais comprovadamente falsas.

Embora os ministros tenham negado a similaridade do caso com o Habeas Corpus n. 81.611, é evidente que a omissão integral de receitas auferidas com a venda de cerca de trezentas unidades imobiliárias constitui prova cabal da supressão de tributos, apta a dispensar o prévio exaurimento da via administrativa.

Por outro lado, se é certo que o art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 encerra um crime material, sua análise demonstra que o resultado de suprimir ou reduzir tributo ocorre independentemente do término do procedimento administrativo fiscal, cujo principal efeito é possibilitar a cobrança, via execução fiscal, do tributo, este devido desde a ocorrência do fato gerador.

Como destacado pela ministra Ellen Gracie no voto divergente que proferiu no Habeas Corpus n. 81.611, o tributo devido em determinada situação é definido na própria lei, que estabelece o fato gerador, o sujeito passivo, a base de cálculo e a alíquota. Se o contribuinte, ciente da ocorrência do fato gerador, deixa de recolher o tributo ou o faz de forma parcial, é evidente a supressão ou redução tributária. E se assim procede mediante uma das condutas descritas nos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, terá praticado o delito.

Reforça este entendimento o fato de que há hipóteses que dispõem a prática do ato de lançamento, como, por exemplo, quando o contribuinte apresenta declaração de compensação ou qualquer outro documento que reconheça o débito, e de que no lançamento por homologação, por via de regra, não há qualquer atividade da autoridade administrativa, prevalecendo as informações prestadas pelo próprio sujeito passivo.

Portanto, é juridicamente incorreta a classificação do lançamento definitivo como “condição objetiva de punibilidade”.

Nos casos em que o contribuinte questiona a própria existência do crédito tributário, a decisão administrativa favorável à sua pretensão pode esvaziar o conteúdo do delito e passará a constituir um elemento do tipo penal tributário, o que afasta a característica da condição objetiva de punibilidade de não ser integrante do tipo.

Assim, a depender do conteúdo da discussão administrativa, poderá ser necessário aguardar o término do procedimento fiscal, caso haja fundada dúvida sobre a ocorrência do fato gerador, mas mesmo nessa hipótese é possível a instauração de inquérito para que o Ministério Público colha outros elementos capazes de evidenciar a supressão ou redução do tributo. Daí porque é mais adequado considerar que o tributo, e não o lançamento, constitui um elemento objetivo do

tipo⁸⁴, cuja caracterização depende apenas do que determina a legislação respectiva.

De todo modo, a jurisprudência atual merece revisão nos casos de evidente fraude, em que a própria fiscalização é obstada pela conduta delituosa, naqueles em que se discute apenas o valor do tributo devido, e não a existência do débito, e nos casos de impossibilidade de constituição do crédito pelo advento da decadência.

Convém destacar, por oportuno, que a decadência do direito de lançar o tributo, que se dá cinco anos após a ocorrência do fato gerador, acaba por abreviar o prazo de prescrição do crime do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 – 12 anos, segundo o art. 109, III, do Código Penal –, porque a sua ocorrência, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, obsta a instauração de procedimento fiscal e conseqüentemente a implementação da “condição objetiva de punibilidade” exigida para a persecução do delito. Ainda que apresentadas provas contundentes da supressão ou redução de tributo, não será possível a instauração de ação penal.

O Supremo Tribunal Federal incorreu em grave equívoco ao determinar a suspensão do prazo prescricional durante o trâmite do procedimento fiscal, já que a hipótese não encontra previsão em nenhum dispositivo legal e prolonga no tempo o poder punitivo do Estado. Essa solução demonstra a fragilidade dos argumentos utilizados pela Corte, mas é forçoso reconhecer que a sua não adoção só viria a contribuir para a impunidade daqueles que cometem delitos tributários.

O argumento de que somente ao término do procedimento administrativo fiscal pode o contribuinte se beneficiar das regras que extinguem a punibilidade dos delitos tributários pelo pagamento do valor devido enfraquece diante da arguição de inconstitucionalidade

84 “Dentro da teoria do tipo estruturam-se elementos constitutivos, classificados doutrinariamente em elementos objetivos, normativos e subjetivos. Os primeiros, direcionados ao conjunto dos caracteres do tipo, dispostos na letra da lei penal, confundindo-se com cada partícula essencial componente do tipo, (...). Os últimos, designativos de um estado anímico do sujeito, no momento em que perpetra a conduta, subdivididos em dolo e culpa.” – MIRANDA, Alessandra de La Vega, in Art. 213 do Código Penal brasileiro: proposta de mudança paradigmática. Deslocamento interpretativo em relação à designação do elemento “mulher” para uma estrutura normativa, e não objetiva, do tipo penal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13228>>. Acesso em: 18 out. 2009.

de tais dispositivos através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3002 e 4273, ambas pendentes de julgamento.

De fato, permitir a extinção da punibilidade pelo mero pagamento do tributo tem o efeito de estimular o contribuinte a não cumprir a obrigação tributária e deixa sem proteção os bens jurídicos tutelados pelo art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990, quais sejam, o interesse do Estado na arrecadação dos tributos para a consecução dos seus fins, a Administração Pública, a fé pública e a livre concorrência.

Reside aqui mais um aspecto que demonstra o desacerto da decisão proferida no Habeas Corpus n. 81.611, pois a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo – um dos argumentos de que se valeu a Corte para condicionar a persecução penal ao exaurimento da discussão administrativa – é regra de duvidosa constitucionalidade.

Como destacado, há exemplos evidentes da repetição indiscriminada do *leading case* do Habeas Corpus n. 81.611 que demonstram que a matéria não tem sido devidamente analisada pelos tribunais. Aqui, merece realce o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que acertadamente deixa de aplicar o precedente quando se trata de esquema fraudulento montado especificamente para a prática de sonegação fiscal, impedindo que o fisco tome conhecimento da ocorrência do fato gerador e adote as providências necessárias à constituição do crédito tributário.

Some-se a isso a necessidade de um maior aprofundamento do estudo da matéria por parte dos operadores do Direito, a fim de afastar equívocos quanto aos institutos de Direito Penal e Tributário, notadamente quanto à natureza do lançamento e à forma de constituição do crédito tributário.

Portanto, é preciso deixar de lado o comodismo de simplesmente copiar um precedente para não se ater às nuances e particularidades do caso concreto, sem se preocupar com as graves consequências que a criminalidade tributária acarreta para toda a sociedade. É preciso retomar o debate sobre a questão e tratar o delito do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 com a seriedade compatível com os significativos prejuízos que ele acarreta para toda a sociedade.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Manual de Direito Tributário*. 3.ed. Niterói: Impetus, 2006.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AVELINE, Paulo Vieira. Crimes materiais contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990, art. 1º): lançamento definitivo como condição para a sua consumação: crítica aos fundamentos da decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus n. 81.611-8/DE, *Revista da AJUFERGS*. Porto Alegre: AJUFERGS, n. 4, nov. 2007.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BATISTA, Nilo. *Lições de direito penal falimentar*. 1.ed. São Paulo: Revan, 2006.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Condição objetiva de punibilidade e lançamento tributário, *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 4, n. 9, mai./ago. 2006.

_____. Consequências da classificação do lançamento tributário como condição objetiva de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 5, n. 11, jan./abr. 2007.

FEITOSA, Francisco José Soares. Prazo para lançar tributos no caso de fraude, dolo ou simulação. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 134, nov. 2006.

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. A impunidade: sonegação fiscal e exaurimento da esfera administrativa – ainda sobre os problemas derivados do precedente do STF no HC n. 81.611-SP e seu confronto com o que decidido no HC n. 90.795-PE. *Revista Direito e Democracia*, Universidade Luterana do Brasil, v. 9, 2008.

FONTELES, Claudio. A constituição do crédito tributário não é condição objetiva de punibilidade aos delitos contra a ordem tributária. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, a. 5, n. 49, maio, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 17.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, Parte Geral, 1. v. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1965.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *O crime fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da. Crimes tributários e condição objetiva de punibilidade. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, a. 5, n. 49, maio/2002.

A efetividade da tutela jurídico-penal nas lesões corporais de natureza leve pelo novo modelo de intervenção estatal previsto na Lei Maria da Penha

Helder Valadares Durães

A violência doméstica contra as mulheres é talvez a mais vergonhosa violação dos direitos humanos. Não conhece fronteiras geográficas culturais ou de riqueza. Enquanto se mantiver, não podemos afirmar que fizemos verdadeiros progressos em direção à igualdade, ao desenvolvimento e à paz. (Kofi Annan, ex-Secretário-Geral das Nações Unidas)

1 Introdução. 2 a mulher e a discriminação de gênero: a necessidade de políticas públicas. 3 A Lei Maria da Penha e as mudanças decorrentes da sua aplicação 3.1 O porquê da denominação de “Lei Maria da Penha”. 3.2 A Lei dos Juizados Especiais em evidente confronto com A Lei Maria da Penha. 4 Conclusão.

1 Introdução

Os juizados especiais (cíveis e criminais), criados pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, foram previstos na Constituição Federal de 1988 como estruturas integrantes do Poder Judiciário, a serem promovidos por juízes 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 sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de Primeiro Grau (art. 98, I).

Especificamente quanto ao campo penal, os juizados especiais promoveram verdadeira revolução no conceito de Justiça, seja simplificando os procedimentos até então burocratizados, permitindo a ampliação e o acesso à Justiça, seja criando institutos despenalizado-

res, mediante a conciliação, a transação penal e a suspensão condicional do processo na resolução de conflitos, possibilitando a maior participação da vítima de forma mais célere e efetiva para os crimes denominados de menor gravidade.

Com o advento da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, extraiu o legislador do panorama de violência comum uma nova espécie, qual seja, aquela praticada contra a mulher (vítima própria), no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade (art. 5º), passando a ofendida a contar com precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial, criando mecanismos aptos a coibir essa modalidade de agressão.

Assim, a despeito de inúmeras críticas que foram lançadas, não há dúvida de que a opção do legislador foi a mais franca possível no sentido de afastar, peremptoriamente, do âmbito dos juizados especiais criminais o julgamento dos crimes perpetrados com violência doméstica ou familiar contra a mulher. O principal argumento para essa postura se funda na banalização do crime praticado contra a mulher, decorrente de uma resposta penal ineficaz proposta pela Lei n. 9.099/1995.

Não se pode deixar de mencionar que, hodiernamente, o juiz tem sido desafiado a assumir, cada vez mais, papel ativo e criativo na interpretação das normas, adaptando-as, em nome da justiça, aos princípios, valores e exigências de seu tempo. Em tal sentido, a Lei n. 11.340/2006, em razão das inovações e alterações legislativas que vem introduzindo em nosso ordenamento jurídico, instiga-nos ao debate sobre esse processo de mudança e aperfeiçoamento do julgador.

Neste contexto, a problemática a ser enfrentada no presente trabalho é a seguinte: será que ao facultar à vítima a provocação inicial para a deflagração da ação penal pelo representante do Ministério Público, nos casos de lesões corporais de natureza leve praticadas no âmbito doméstico e familiar, a lei não estaria deixando de atingir o seu propósito, no sentido de frear esta espécie de violência, sobretudo nos casos de marido e mulher, quando outras variantes, como a relação de poder, podem impedir a mulher de acionar o Estado para buscar a punição do companheiro agressor?

Como se verá, o objetivo é demonstrar que as violações enquadradas no âmbito da Lei n. 11.340/2006 estão sujeitas à ação penal pública incondicionada, tendo em vista que o seu art. 41 diz claramente que não se aplicam aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar os ditames da Lei n. 9.099/1995, que transferiu para os juizados especiais criminais os procedimentos relativos às lesões corporais leves.

Se a Lei n. 9.099/1995 não pode ser aplicada, significa que seu art. 88, que prevê a representação para a lesão corporal leve, não pode, por conseguinte, ser aplicado a essas espécies de crime quando estiverem relacionadas à violência doméstica e familiar encampadas pela Lei Maria da Penha. Nesta diretriz, a impunidade das chamadas pequenas infrações, tais como as lesões corporais de natureza leve, pode significar verdadeira sentença de morte contra a mulher em situação de violência doméstica, tendo em vista a reiteração quase sempre das condutas agressivas, por parte do seu ofensor (companheiros, pais, filhos, maridos, namorados), quando inexistente qualquer espécie de censura estatal.

No Brasil, vale consignar, apenas 2% dos acusados em casos de violência contra a mulher são condenados. Ainda, segundo pesquisa da Fundação Perseu Abramo, realizada em 30 de outubro de 2001, a projeção da taxa de espancamento (11%) para um universo investigado (61,5 milhões) indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez. Considerando-se que entre as que admitiram terem sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no País.

Desta forma, o embasamento teórico tem a sua diretriz traçada pela própria Lei Maria da Penha, bem como por tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que, além de criarem obrigações perante a comunidade internacional, também originam obrigações internas do Estado Brasileiro para a prevenção, punição e erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Estruturado em duas seções principais, a primeira parte do trabalho tratará da necessidade da existência de políticas públicas eficazes

com a finalidade de modificar o cenário social discriminatório enfrentado pela mulher. A segunda, contendo a ideia nuclear a ser defendida, demonstrará que o crime de lesão corporal leve enquadrado no âmbito da Lei Maria da Penha deve estar sujeito ao acionamento penal público incondicionado, que é aquele que não necessita de que a vítima impulse a sua investigação ou o ajuizamento da ação penal, pois a referido diploma legal não fez expressamente qualquer menção à natureza da ação penal nas infrações de que trata, sendo que, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, observando-se os princípios que regem a matéria, e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, induz à conclusão de que tais crimes não mais dependem da vontade das vítimas para seu processamento.

Não se pretende adotar um discurso acerca da necessidade de maior rigor na punição de tais crimes, ou, ainda, na fixação das penas. Os estudos afirmam, aliás, que, em alguns países, legislações muito rígidas desestimulam as mulheres agredidas a denunciarem seus agressores e registrarem suas queixas. Sempre que o companheiro ou marido é o único provedor da família, o medo de sua prisão e condenação a uma pena privativa de liberdade acaba por contribuir para a impunidade. Na verdade, é importante que se amplie o conhecimento das experiências alternativas à imposição de penas de prisão nesta área, pois já existe evidência de que, em vários casos, o encarceramento de homens pode aumentar, ao invés de diminuir, os níveis de violência contra a mulher e as taxas gerais de impunidade para esse tipo de crime.

Propõe-se, no caso, que seja minimizada a incidência das agressões em face da punição certa e eficaz do agressor, adotando como equação de um mesmo sistema a garantia da preservação dos direitos humanos sem ferir os direitos dos responsáveis por estes crimes.

2 A mulher e a discriminação de gênero: a necessidade de políticas públicas

A partir da década de 1970, os questionamentos sobre o papel da mulher no Direito Penal, seja na condição de vítima seja na condição de autora de delito, começaram a ganhar maior amplitude

crítica, recebendo, por conseguinte, maior atenção da criminologia. O movimento feminista brasileiro que se desenvolveu nesse tal período, diferentemente do europeu e do norte-americano, que tinham como questão central a libertação sexual das mulheres, objetivava denunciar e censurar as discriminações contidas nas leis, no Código Penal e Civil, bem como nas interpretações da jurisprudência.

Somente a título de ilustração, a lei portuguesa, no tempo do Brasil Colônia, admitia que um homem matasse a mulher e seu amante se surpreendidos em adultério. O mesmo não valia para a mulher traída. O primeiro Código Penal do Brasil, promulgado em 1830, eliminou essa regra. O Código posterior, de 1890, deixava de considerar crime o homicídio praticado sob um estado de total perturbação dos sentidos e da inteligência. Entendia que determinados estados emocionais, como aqueles gerados pela descoberta do adultério da mulher, seriam tão intensos que o marido poderia experimentar uma insanidade momentânea. Nesse caso, não teria responsabilidade sobre seus atos e não sofreria condenação criminal. Já o Código Penal de 1940, ainda em vigor, eliminou a excludente de ilicitude referente à “perturbação dos sentidos e da inteligência” que deixava impunes os assassinos chamados de *passionais*, substituindo a dirimente por uma nova categoria de crime, o “homicídio privilegiado”. O passional não ficaria mais impune, apesar de receber uma pena menor que a atribuída ao homicídio simples. Na população, porém, permanecia a ideia de que o homem traído tinha o direito de matar a mulher.

Não há dúvida de que a supressão de artigo de lei favorável aos criminosos passionais e sua substituição por outras regras que determinavam que a emoção e a paixão não impediam a responsabilidade penal, apesar de atenuarem a pena, não foi bem recebida pelos advogados de defesa. Eles não queriam a condenação de seus clientes e procuravam soluções para absolvê-los ou para condená-los a uma pena mais branda do que aquela prevista para o homicídio privilegiado. Disso decorreu o surgimento da *legítima defesa da honra e da dignidade*, tese que os jurados não tardavam em aceitá-la, sem muito esforço, para perdoar a conduta criminosa. Assim, a concepção de que a infidelidade conjugal da mulher era uma afronta aos *direitos* do marido e um insulto ao cônjuge enganado encontrava eco nos senti-

mentos dos jurados, que presos a valores culturais viam o homicida passional com benevolência.

Hoje, entretanto, após o advento da Constituição Federal de 1988, que equipara homens e mulheres em direitos e obrigações, proibindo todas as formas de discriminação, sem deixar qualquer dúvida quanto à plena cidadania feminina, a tese da legítima defesa da honra, se defendida em plenário do Júri, fatalmente será taxada por todos de inconstitucional, notadamente por incitar à discriminação de gênero. Não bastasse, o entendimento correto é no sentido de que a honra é bem pessoal e intransferível. A mulher não porta a honra do marido e vice-versa. Eventual comportamento reprovável por parte de um dos cônjuges não afeta o outro, uma vez que o sujeito somente pode ser chamado a responder por si, e não pelos que lhe são próximos.

Embora no atual estágio da sociedade as mulheres ainda sejam vítimas de violência de gênero, essa conduta vem recebendo maior reprovção. O tema da violência contra as mulheres e da impunidade masculina tem se tornado um dos pontos centrais da agenda feminista e este é o condicionamento histórico que conduziu o movimento a demandar ação do sistema penal.

Nesta dimensão, fundamental a importância da contribuição do feminismo quanto à crítica do Direito por meio de denúncias sistemáticas sobre a discriminação contra as mulheres presente nas legislações e nas práticas jurídicas, especialmente no campo do Direito Penal, que têm resultado em várias propostas de políticas públicas na área de segurança e justiça, no sentido de que se aprofunde o debate sobre os pressupostos técnicos e filosóficos que dão sustentação às violações de direitos contra as mulheres presentes no sistema criminal. Com base nessa postura, Vera Regina Pereira Andrade (1997, p. 46-47), ao apontar erros no sistema jurídico penal em relação ao tratamento conferido às mulheres, já advertia que o caminho para a pacificação dos conflitos provenientes da esfera doméstica vai além do que o direito pode atingir:

[...] a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência estrutural das relações sociais

capitalistas (que é a desigualdade de classes) e a violência das relações patriarcais (trazidas na desigualdade de gênero) recriando os estereótipos inerentes a estas duas formas de desigualdade, o que é particularmente visível no campo da moral sexual. Mais especificamente ainda, a hipótese que eu trabalho é de que: 1ª) num sentido fraco, o sistema penal é ineficaz para proteger as mulheres contra a violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual¹ e a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero. Nesta crise se sintetiza o que venho denominando de incapacidade preventiva e resolutória do sistema penal; 2ª) num sentido forte, o sistema penal duplica a vitimização feminina porque as mulheres são submetidas a julgamento e divididas. O sistema penal não julga igualmente pessoas, ele seleciona diferentemente, autores e vítima, de acordo com sua reputação pessoal. No caso das mulheres, de acordo com a reputação sexual [...] e 3ª) num sistema fortíssimo, o sistema penal expressa e reproduz, do ponto de vista moral sexual, a grande linha divisória e discriminatória das mulheres tidas por honestas e desonestas e que seriam inclusive capazes de falsear um crime horripilante [...].

O sistema penal não pode, portanto, ser um fator de coesão e unidade entre as mulheres, porque atua, ao contrário, como um fator de dispersão e uma estratégia excludente, recriando as desigualdades e preconceitos sociais. O que importa salientar, nesta perspectiva, é que redimensionar um problema e reconstruir um problema privado como um problema social, não significa que o melhor meio de responder a este problema seja convertê-lo, quase que automaticamente, em um problema penal, ou seja, em um crime.

Com efeito, o simbolismo de gênero bastante presente na sociedade tem servido para ocultar a discriminação pautada na delegação de poder irrestrito aos homens, que os libera de responsabilidades públicas, submetendo as mulheres ao cuidado único na esfera privada. Este simbolismo apresenta a polaridade de valores culturais e históricos como se fossem diferenças naturais (biologicamente determinadas) e as pessoas do sexo feminino como membros de um gênero subordinado, na medida em que determinadas qualidades, bem como

1 O trabalho desenvolvido pela pesquisadora focou a violência sexual contra a mulher, por isso a referência dos exemplos ligada ao sexo, mas o entendimento do tema deve ser ampliado no que concerne a outros tipos de crime praticado contra a mulher, pois a discussão travada é referente às diferenças de gênero.

o acesso a certos papéis e esferas (da Política, da Economia e da Justiça, por exemplo) são percebidos como naturalmente ligados a um sexo biológico e não ao outro. Como bem lembra Alessandro Baratta (1999, p. 19-80):

Com efeito, as pessoas do sexo feminino tornam-se membros de um gênero subordinado, na medida em que, em uma sociedade e cultura determinadas, a posse de certas qualidades e o acesso a certos papéis vêm percebidos como naturalmente ligados somente a um sexo biológico, e não a outro. Esta conexão *ideológica* e não “natural” (ontológica) entre os dois sexos condiciona a repartição dos recursos e a posição vantajosa de um dos dois gêneros. Portanto, a luta pela igualdade dos gêneros não deveria ter como objetivo estratégico uma repartição mais igualitária dos recursos e das posições entre os dois sexos, mas sim a “desconstrução” daquela conexão ideológica, bem como uma *reconstrução social do gênero* que superasse as dicotomias artificiais que estão na base do modelo androcêntrico da ciência e do poder masculino.

De fato, entendimentos milenares levaram à proeminência do homem adulto, responsável pelas tarefas sociais mais nobres e relevantes, e pelo comando da família. As mulheres, tradicionalmente consideradas seres inferiores, sempre estiveram sujeitas ao comando e controle masculino, exercido preferencialmente por meio da violência física e psicológica, perfeitamente justificável nos casos de desvio de seu papel social e natural de submissão.

Por isso, ainda se diz que as mulheres violentadas, quando não se separam do agressor, “gostam de apanhar”. Tal entendimento, altamente discriminatório, demonstra insensibilidade e tolerância à violência. É que a “autonomia de vontade” constitui uma falácia, já que estas vítimas não podem medir forças com o agressor. É o que demonstra todos os estudos sociológicos e antropológicos sobre a violência doméstica. Explica Saffioti (2005, p. 35-76):

[...] fica patente que a mulher já entra no contrato de casamento em situação de inferioridade. Isto lembra Mathieu, quando mostra a incapacidade das mulheres de consentir na violência contra elas praticada pelos homens. A rigor, as mulheres não podem contratar, uma vez que não detêm o mesmo poder que os homens. É exatamente por isso, como afirma Mathieu, que, diante das ameaças de violência, as mulheres cedem, mas não consentem, pois o ato de consentir exige autonomia, sobretudo se se usar este termo no sentido que lhe empresta Johnson.

Desta sorte, o homem já entra no contrato de casamento empoderado; e o contrato o torna ainda mais poderoso.

Certo é que a violência praticada contra a mulher por seu companheiro ou parceiro assume números significativos e configura-se como relevante problema de saúde pública no Brasil e no mundo. A violência conjugal representa uma das principais ameaças à saúde das mulheres e a maioria dessas agressões reflete um padrão de abuso contínuo. As consequências da violência doméstica para a pessoa agredida são severas e abrangem diversas dimensões, desde ocorrência de fraturas, luxações e hematomas até impactos psicológicos e comportamentais, como depressões, ansiedade, dependência química e farmacológica, ou, em casos mais severos, desequilíbrios que levam a suicídios. O custo social dessa violência pode ser visto em dados concretos, conforme consta do Relatório Nacional Brasileiro:

No mundo, a cada cinco dias de falta da mulher ao trabalho, um é decorrente de violência sofrida no lar; na América Latina e Caribe, a violência doméstica incide sobre 25% a 50% das mulheres e compromete 14,6% do Produto Interno Bruto (PIB); no Brasil, a cada quatro minutos uma mulher é agredida em seu próprio lar por uma pessoa com quem mantém relação de afeto; as estatísticas disponíveis e os registros nas delegacias especializadas de crimes contra a mulher demonstram que 70% dos incidentes acontecem dentro de casa e que o agressor é o próprio marido ou companheiro; mais de 40% das violências resultam em lesões corporais graves decorrentes de socos, tapas, chutes, amarramentos, queimaduras, espancamentos e estrangulamentos; e essa violência custa ao país 10,5% do seu PIB².

Historicamente, a violência conjugal carrega tabu e medo e, em diversos locais, não tem sido tratada como crime, o que acarreta evidente falta de consequências legais a tais atos. O modo como os agressores vivem essa condição oscila entre dois extremos: uma relação de alienação e de opressão, na qual o homem agressor se submete à subjetividade tal como ela se apresenta; ou uma relação de criação ou de expressão, na qual se reapropria dos componentes da subjetividade, criando um processo de singularização, ou seja, reconhecendo as dificuldades que traz consigo e que não dá conta de resolver a não se por meio da violência.

² BRASIL. Relatório Nacional Brasileiro. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. p. 68.

As estatísticas em torno dos altos índices de violência dos companheiros contra as mulheres no Brasil não deixam dúvidas quanto à necessidade do seu combate sistematizado, bem como quanto à necessidade de mudanças de comportamento e atitudes do homem e da mulher que vivem juntos e são vítimas e autores de violência conjugal.

Assim, o comprometimento/violação da cidadania das mulheres e as desigualdades e opressões nas relações de gênero acumuladas ao longo da história são fenômenos sociais que demandam intervenções públicas de caráter estrutural, com vistas à mudança de valores e de mentalidades e à transformação da sociedade e das relações sociais. A atenção do Estado, uma vez reconhecida a especificidade da condição feminina, deve estar voltada para a reflexão sobre o processo de afirmação da cidadania das mulheres e da igualdade de gênero no âmbito da legislação e das políticas públicas. Deve-se ter em mente que as esferas do privado e da intimidade também se constituem como espaço político, de conflito, de luta de interesses, de produção de acordos e de realização de mudanças, e que as diferenças entre homens e mulheres, registradas no corpo e socialmente construídas a partir desses corpos, masculinos e femininos, não podem ser transformadas em desigualdades sociais.

Especificamente, registra-se como grande avanço legislativo o advento da Lei n. 11.340/2006, que, ao extrair do cenário histórico e social a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, criou mecanismos para coibir e prevenir essa espécie de agressão, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, passando a vítima a contar com precioso estatuto, não só de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial.

Frise-se que a Lei Maria da Penha não focaliza exclusivamente a questão retributiva do Direito Penal para alterar os padrões comportamentais dos desviantes. Ao contrário da ideia do enrijecimento penal, sua perspectiva maior é a de implementar mecanismos que coíbam e previnam a violência doméstica em todas as suas formas, mediante

um amplo catálogo de medidas de caráter extrapenal, conforme afirma Carmen Hein de Campos (2008, p. 253-254):

Medidas de longo prazo para o planejamento de políticas destinadas à violência contra a mulher e a mudança do olhar da sociedade sobre o fenômeno, tais como a promoção de pesquisas e estatísticas para determinar as causas da violência doméstica (art. 8º, II); controle da publicidade sexista (art. 8º, III); promoção de campanhas educativas dirigidas às escolas e à sociedade (art. 8º, VII); capacitação da polícia civil, guardas municipais e bombeiros (art. 8º, VII); promoção de programas educacionais para difundir o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 8º, VIII e IX); *medidas de curto prazo ou de realização imediata* destinadas a facilitar o acesso a recursos governamentais e a mobilidade da mulher em situação de violência doméstica, tais como cadastro nos programas assistenciais governamentais (art. 9, § 2º, II); fixação de alimentos provisionais (art. 22, V) e, por fim, *medidas de proteção e contenção de riscos* destinadas a reduzir os riscos decorrentes da situação de violência, como, por exemplo, colocação em programas de atendimento ou proteção (art. 23, I), assistência jurídica gratuita (art. 28), atendimento multidisciplinar (art. 29) etc.

Obviamente poderia se alegar, como defendem alguns juristas³, a inconstitucionalidade da Lei n.11.340/2006, porque a Constituição Federal, em seu art. 5º, prevê o princípio da igualdade e da não discriminação, estabelecendo a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

³ Um caso que polemizou e que representa muito bem essa discussão – constitucionalidade ou não da Lei Maria da Penha – é a decisão do Juiz de Direito Edilson Rumbelsperger Rodrigues, titular da 1ª Vara Criminal e de Menores da Comarca de Sete Lagoas – MG, proferida em 12 de fevereiro de 2007, que declarou a inconstitucionalidade da lei a teor dos seguintes fundamentos: “Ora! Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas desta lei absurda o homem terá que se manter tolo, mole – no sentido de ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões – dependente, longe, portanto, de ser um homem de verdade, másculo (contudo gentil), como certamente toda mulher quer que seja o homem que escolheu amar. (...) O mundo é e deve continuar sendo masculino, ou de prevalência masculina, afinal. Pois se os direitos são iguais – porque são – cada um, contudo, em seu ser, pois as funções são, naturalmente diferentes. Se se prostitui a essência, os frutos também serão. Se o ser for conspurcado, suas funções também o serão. E instalar-se-á o caos. (...) É portanto por tudo isso que de nossa parte concluímos que do ponto de vista ético, moral filosófico, religioso e até histórico a chamada ‘Lei Maria da Penha’ é um monstrego tinoxoso. (...) Mas quanto aos seus aspectos jurídico-constitucionais, o ‘estrago’ não é menos flagrante. (...) Contraopondo-se a ‘Lei Maria da Penha’ com o parágrafo 8º do art. 226 da CF vê-se o quanto ela é terrivelmente demagógica e fere de morte o princípio da isonomia em suas mais elementares apreciações.” A referida decisão deu origem a um processo administrativo junto ao Conselho Nacional de Justiça, instalado no dia 20 de novembro de 2007, por iniciativa de seu corregedor-geral e ministro do Superior Tribunal de Justiça, Cesar Asfor Rocha.

No entanto, em que pesem tais argumentos, a destinação de proteção penal a determinados grupos socialmente vulneráveis não viola o princípio da igualdade e encontra fundamento na própria Constituição, uma vez que é dever do Estado protegê-los por intermédio de políticas públicas. Embora se argumente que os homens também podem ser alvo de violência doméstica, são as mulheres, na condição de grupo social, as vítimas majoritárias, ou seja, a condição de mulher é um fator específico que incrementa o risco de ser vítima de atos de violência. As agressões que sofrem os homens, por outro lado, são manifestamente individuais e diferenciadas, encontrando resposta suficiente nas figuras delitivas genéricas contempladas pelo Código Penal. No ponto, Carmen Hein de Campos menciona que:

A Lei 11.340/2006 não viola o princípio da isonomia e da não-discriminação porque: 1. elege um grupo de pessoas – as mulheres enquanto categoria – e não uma pessoa individualmente; 2. funda-se em fatos concretos pois a violência doméstica (fator diferenciador) é dirigida, majoritariamente, contra as mulheres e atua como obstáculo ao exercício pleno da cidadania; 3. a proteção específica, que proporciona tratamento penal diferenciado às mulheres (normas discriminatória) guarda relação concreta e lógica com o *discriminen* (são as mulheres que sofrem com a violência doméstica (ou no espaço doméstico) e não os homens; 4. a tutela penal exclusiva visa garantir a dignidade e o exercício dos direitos fundamentais das mulheres, valores supremos do ordenamento jurídico nacional, expresso no dever do Estado de proteger as mulheres contra toda forma de violência (art. 226, § 8º, da CF/88)⁴.

A igualdade não pode ser vista simplesmente sob o aspecto formal – igualdade perante a lei – mas principalmente sob o aspecto substancial, decorrendo deste último a autorização para a discriminação positiva, cujo objetivo é superar os limites da igualdade formal. As ações afirmativas surgem como resposta legítima para promover privilégios de acesso a meios fundamentais, como educação, emprego, entre outros, a minorias étnicas, raciais ou sexuais que, de outro modo, estariam excluídas, total ou parcialmente. Daí a constatação de que a única forma de se igualar as pessoas substancialmente diferenciadas é desigualá-las em termos jurídicos para que por meio desse desigual tratamento possam obter maior igualdade em termos substanciais. Assim ocorre, por exemplo, com a criança e o adolescente

e, bem assim, com o idoso, que recebem tutela específica do Estado diante do reconhecimento da posição de vulnerabilidade que ocupam no meio social. Sobre isto, esclarece Patricia Laurenzo Copello, catedrática de Direito Penal da Universidade de Málaga – Espanha:

La otra vertiente del mandato antidiscriminatorio es de naturaleza *positiva*, y se concreta en la legitimación de políticas o medidas específicas tendentes a remover los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de derechos y libertades a los miembros de los colectivos minusvalorados. En este contexto se inscriben las políticas de acción positiva en sentido amplio, esto es, todas aquellas que favorecen o conceden alguna ventaja a los miembros de un colectivo que sufre discriminación estructural con el fin último de eliminar o paliar esa situación de inferioridad.

La consecuencia inmediata de esta forma de concebir el mandato de no discriminación es su orientación *unidireccional*: dado que esta prohibición adquiere sentido por la necesidad de neutralizar el desequilibrio fáctico del que son víctimas los miembros de los colectivos socialmente subordinados, queda claro que se trata de una medida destinada a proteger precisamente a esas personas y no a quienes forman parte del sector dominante⁵.

No caso da mulher, é o agressor que a torna vulnerável por meio dos exercícios de violência física, psicológica, entre outros. Este estado de vulnerabilidade não decorre de sua posição jurídica dentro da família, nem tampouco de suas condições pessoais, mas é resultado de uma estratégia de dominação empregada pelo homem – ao amparo do patriarcalismo cultural dominante – para mantê-la sob seu controle absoluto.

Como se verá adiante, improcedente a tese de que o afastamento da incidência dos institutos próprios do Juizado Especial Criminal, no que refere aos crimes enquadrados na Lei n.11.340/2006, violaria o princípio da isonomia entre autores de violência doméstica e aqueles que praticam outras ofensas. O critério da violência de gênero basta para justificar o tratamento desigual em relação aos beneficiários da tutela penal especial e o conseqüente afastamento dos dispositivos da Lei n. 9.099/1995. Ressalte-se, por oportuno, que a redação original da Lei n. 9.099/1995 distinguia, conceitualmente, os crimes

⁴ CAMPOS, op. cit., p. 257-258.

⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia. La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, n. 07-08, p. 08:13. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>>. Acesso em: 24 set. 2009.

considerados de menor potencial ofensivo através do critério do rito, independentemente da pena cominada, ou seja, crimes com procedimento especial⁶, tais como os de calúnia, difamação e injúria não estavam incluídos dentre os de menor ofensividade. Por conseguinte, se o critério do procedimento especial pôde, à época, justificar a diferenciação conceitual entre os crimes, muita mais razoável parece ser o critério atual do bem jurídico protegido: a integridade física e emocional de mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

3 A Lei Maria da Penha e as mudanças decorrentes da sua aplicação

3.1 O porquê da denominação de “Lei Maria da Penha”

Remonta ao ano de 1983 o motivo pelo qual a Lei n. 11.340/2006 passou a ser conhecida como Lei Maria da Penha⁷. No dia 29 de maio desse ano, na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por tiro de espingarda desferido por seu marido, o economista e professor universitário Marco Antônio Heredia Viveros, colombiano de origem e naturalizado brasileiro. Em razão desse tiro, que atingiu a vítima em sua coluna, destruindo a terceira e a quarta vértebras, suportou lesões que a deixaram paraplégica.

O crime selou uma relação tumultuada, marcada por agressões perpetradas pelo marido contra a esposa e também contra as filhas do casal. De temperamento violento, Marco Antônio impedia a vítima,

6 O art. 61 da Lei n. 9.099/1995 dispunha: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.” Essa redação foi alterada pela Lei no 10.259/2001 e, posteriormente, pela Lei n. 11.313/2006.

7 MELLO (2008, p. 104) critica a atribuição do nome “Maria da Penha” à Lei n. 11.340/06, por ser uma forma de neutralizar as objeções a ela dirigidas, no sentido de que “Após o processo de santificação da vítima, geralmente uma mulher ou uma criança, de um crime violento, passa a existir uma invalidação das preocupações com o delinqüente, pois este deve ser punido de forma rígida e exemplar, para que possa ‘pagar pelo que fez’. Qualquer menção aos direitos do delinqüente ou a humanização de seu castigo pode ser facilmente considerado como um insulto às vítimas e aos seus familiares. Esse também é o sentimento com a Lei 11.340/2006. Toda crítica dirigida a esta lei soa como um ato de insensibilidade em relação ao sofrimento de Maria da Penha e, de certo modo, uma indiferença à questão da violência contra a mulher e da dominação do masculino sobre o feminino.”

por temor, de deflagrar qualquer iniciativa visando à separação do casal, sem dizer que se descobriu, posteriormente, que já se envolvera na prática de crimes e que possuía um filho na Colômbia, fato ignorado pela ofendida.

O ato foi marcado pela premeditação. Tanto que seu autor, dias antes, tentou convencer a esposa a celebrar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário. Ademais, cinco dias antes da agressão, ela assinara, em branco, um recibo de venda de veículo de sua propriedade, a pedido do marido.

As agressões não se limitaram ao dia 29 de maio de 1983. Pouco mais de uma semana depois, quando já retornara para casa, a vítima sofreu novo ataque do marido. Desta feita, quando se banhava, recebeu uma descarga elétrica que, segundo o autor, não seria capaz de produzir-lhe qualquer lesão. Nesse instante entendeu o motivo pelo qual, há algum tempo, o marido utilizava o banheiro das filhas para banhar-se, restando evidente ter sido ele também o mentor dessa segunda agressão.

Embora negasse a autoria do primeiro ataque, pretendendo simular a ocorrência de um assalto à casa onde moravam, as provas obtidas no inquérito policial o incriminavam e se revelaram suficientes para embasar a peça acusatória, oferecida pelo representante do Ministério Público, no dia 28 de setembro de 1984, perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza – CE.

Alguns elementos foram importantes para a acusação. Primeiro, a prova testemunhal, constituída por empregados do casal, a ressaltar o gênio violento do marido. Segundo, conforme já mencionado, a intenção deste em convencer a esposa a celebrar contrato de seguro, além da transferência do veículo. E, por último, o encontro da espingarda utilizada na prática do crime, fato sempre negado pelo autor sob o fundamento de que não possuía qualquer espécie de arma de fogo.

O réu foi pronunciado em 31 de outubro de 1986, sendo levado a júri popular em 4 de maio de 1991, quando foi condenado. Contra essa decisão, a defesa apelou, sustentando nulidade decorrente de falha na elaboração dos quesitos. Acolhido o recurso, foi o réu submetido a novo julgamento, no dia 15 de março de 1996, quando

restou condenado a pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão. Seguiu-se novo apelo deste último julgamento, bem como recursos dirigidos aos tribunais superiores, sendo que somente em setembro de 2002, passados mais de 19 anos, Marco Antônio Heredia Viveros foi finalmente preso. Entretanto, cumpriu, em regime fechado, menos de um terço da pena de 10 (dez) anos de prisão. No início de 2004, foi posto em regime aberto e retornou ao Rio Grande do Norte.

O caso “Maria da Penha” chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, Estados Unidos. A principal tarefa da Comissão Interamericana de Direitos Humanos consiste na análise de petições que denunciam violações aos direitos humanos, assim considerados aqueles relacionados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Possuem legitimidade para formular tais petições qualquer indivíduo, grupo ou ONG legalmente reconhecida por pelo menos um Estado-membro da Organização dos Estados Americanos (OEA). Também a vítima da violação pode peticionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como terceira pessoa, com ou sem o conhecimento daquela primeira.

Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu denúncia ofertada pela própria Maria da Penha, bem como pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Assim, em virtude de tal provocação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em 16 de abril de 2001, o Relatório n. 54/2001, constituindo documento indispensável para entender a situação de violência contra a mulher no Brasil. Ademais, diante da repercussão internacional, o instrumento contribuiu para que se restabelessem as discussões sobre o tema, culminando, passados mais de cinco anos de sua publicação, com o advento da Lei Maria da Penha.

No relatório realizou-se uma profunda análise do fato denunciado, apontando-se, ainda, as falhas cometidas pelo Estado brasileiro que, na qualidade de parte da Convenção Americana (ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) e da Convenção de Belém do Pará (ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 2005), assumiu, perante

a comunidade internacional, o compromisso de implantar e cumprir os dispositivos constantes desses tratados. Dentre as diversas conclusões, ressaltou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que “a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso [pelo Brasil] de reagir adequadamente ante a violência doméstica”. De fato, decorridos 19 anos desde a prática do crime até a elaboração do relatório pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a impunidade verificada em razão, principalmente, da lentidão da justiça e da utilização de infundáveis recursos previstos no ordenamento jurídico, revelou que o Estado brasileiro não aplicou internamente as normas constantes das convenções por ele ratificadas.

No que toca especificamente ao caso “Maria da Penha”, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos assinalou:

A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.

Ressalte-se, por oportuno, que, ao tempo da elaboração do referido relatório (abril de 2001), a situação jurídica relativa ao processo ainda não estava definida, mormente porque o autor do crime somente veio a ser preso em setembro de 2002.

É importante também notar a posição omissiva assumida pelo Brasil em relação às indagações formuladas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme se pode ver: em 19 de outubro de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou informações ao Estado, não obtendo qualquer resposta. Em 4 de agosto de 1999, reiterou o pedido anterior, não obtendo resposta. Tornou a fazê-lo em 7 de agosto de 2000 e, também desta vez, não obteve qualquer esclarecimento. Ante tamanha inércia, foi aplicado o disposto no art. 39 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos “[...] com o propósito de que se presumisse serem

verdadeiros os fatos relatados na denúncia, uma vez que haviam decorridos mais de 250 (duzentos e cinquenta) dias desde a transmissão da petição ao Brasil e este não havia apresentado observações sobre o caso [...]”, conforme consta expressamente do relatório. Nos termos do art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi enviado, em março de 2001, ao Estado brasileiro, para cumprimento, em um mês, das recomendações nele lançadas. Mais uma vez, sem que houvesse resposta, e em face do disposto no art. 51.3 do Pacto de San Jose da Costa Rica, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu tornar público o conteúdo do relatório.

Dessarte, dentre as deliberações levadas a efeito pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, foi imposto ao Estado brasileiro o pagamento de uma indenização de US\$ 20.000 (vinte mil dólares) em favor de Maria da Penha, a título de reparação pelos danos sofridos.

Contando com 64 anos de idade, completados em fevereiro de 2009, Maria da Penha Maia Fernandes é atualmente uma das coordenadoras da Associação dos Parentes e Amigos de Vítimas de Violência (APAVV), com sede na cidade de Fortaleza-CE. Conforme relatou a Ângela Santos, em reportagem publicada na Internet, Maria da Penha afirmou que

Para mim foi muitíssimo importante denunciar a agressão, porque ficou registrado internacionalmente, através do meu caso, que eram inúmeras as vítimas do machismo e da falta de compromisso do Estado para acabar com a impunidade. Me senti recompensada por todos os momentos nos quais, mesmo morrendo de vergonha, expunha minha indignação e pedia justiça para meu caso não ser esquecido⁸.

3.2 A Lei dos Juizados Especiais em evidente confronto com a Lei Maria da Penha

A Lei n. 11.340/2006, ao estabelecer proteção específica para as mulheres vítimas de violência doméstica, inaugurou no cenário

⁸ SANTOS, Ângela. Violência doméstica: um caso exemplar. O progresso das mulheres no Brasil. Disponível em: <<http://www.mulheresnobrasil.org.br>>. Acesso em: 31 ago. 2009.

nacional um novo paradigma jurídico, reconhecendo a existência de violência de gênero decorrente da relação íntima, capaz de causar dano físico, psicológico, patrimonial ou sexual àqueles que fazem parte da relação. Aliás, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995, definiu a violência contra a mulher, em seu art. 1º, como “qualquer conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”.

A estruturação da lei em tela, vale dizer, está pautada em três aspectos fundamentais que relevam a vulnerabilidade específica das mulheres no âmbito de suas próprias casas, associada à violência praticada por seus parceiros íntimos. Em primeiro lugar, tem-se a hierarquia de gênero, que aponta o sexo feminino como inferiorizado, alvo quase sempre de violência justificada por questões culturais. Compõe a segunda característica particular a relação de conjugalidade ou afetividade estabelecida entre a mulher e o seu agressor, capaz de qualificá-la como violência privada, justificando a ausência ou a insuficiência de proteção jurídica. Por isso, ressalte-se, é que os crimes de lesão corporal e ameaça praticados na ambiência familiar eram sistematicamente denominados como menores. Por sua vez, a persistência da habitualidade revela o terceiro aspecto, decorrente, pois, do ciclo da violência doméstica e o seu verdadeiro potencial ofensivo. No ponto, Maria Eveline Cascardo Ramos, Cludineide Santos e Tainah Dourado expõem que:

A violência ocultada dos olhos da sociedade, por ocorrer no espaço privado, segue um *continuum*, também chamado de ciclo de violência (WALKER, 1979, apud AGUIAR, 2002, que apresenta três fases distintas. A primeira fase, cuja característica é a “tensão”, se instala quando os conflitos começam a acontecer e a tensão se acumula na relação de forma progressiva; é um momento caracterizado por grande ansiedade e/ou medo pela iminência de um episódio violento. Nesta primeira etapa, a violência psicológica é exercida de forma a debilitar as defesas psicológicas da vítima: o agressor a humilha, ameaça, intimida, ignora, etc. (HIRIGOYEN, 2006). Na segunda fase, chamada de “explosão”, toda a tensão acumulada eclode em agressões como insultos verbais e ataques físicos, que variam de lesões leves até o homicídio. O terceiro momento,

“amor e arrependimento”, é também conhecido como a fase da “lua-de-mel”. O autor da agressão se sente culpado e promete mudança; a vítima se sente confusa, magoada, mas, acredita que o episódio foi um incidente e, então, há a reconciliação. No entanto, em razão de diversos motivos (uso de bebidas alcoólicas, etc.) a tensão volta a acontecer e o ciclo se repete.

É importante salientar, que mesmo que haja especificidades de cultura e nível sócio-econômico, este ciclo está presente em todas as relações de violência conjugal. Essas fases não ocorrem necessariamente na mesma intensidade para todos os casais, porém, são sempre caracterizadas por seu caráter cíclico e de crescente escalada de magnitude⁹.

Por se tratar de violência de natureza específica, a conceituação dos crimes de menor potencial ofensivo proposta pela Lei dos Juizados Especiais Criminais não encontra refúgio na Lei n.11.340/2006. A Lei n. 9.099/1995 considera como de menor potencial ofensivo os crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos. Assim, a potencialidade da ofensa é medida pela quantidade da pena cominada. O critério adotado pela Lei desrespeita a valoração normativa do bem jurídico tutelado e, se aplicada indistintamente aos casos de violência doméstica e familiar, implica a negação da tutela jurídica aos direitos fundamentais.

A adoção de tal critério no âmbito da Lei Maria da Penha é inapropriado porque a violência doméstica, por estar sempre relacionada a comportamento reiterado e cotidiano do agressor, carrega consigo grau de comprometimento emocional que impede as mulheres de romper a situação violenta e de evitar outros crimes simultaneamente cometidos. A violência doméstica não deixa apenas marcas físicas nas mulheres. As agressões constantes também trazem danos cerebrais que dificultam até mesmo a reação aos abusos que elas sofrem dentro de casa, conforme revela pesquisa realizada pela Universidade de São Paulo com mulheres que por vários anos foram espancadas pelos maridos. Das entrevistadas, 53% já sofriam agressões desde a infância e 82% eram ameaçadas de morte pelos maridos. Por causa do medo durante os espancamentos quase todas (88%) ficavam paralisadas, sem reação. Segundo os pesquisadores, as repetidas agressões afetam

⁹ LIMA; SANTOS, 2009, p. 148-149.

a percepção da realidade e a memória dessas pessoas, que se apaga como um mecanismo de sobrevivência¹⁰.

A noção de crime de menor potencial ofensivo ignora a escalada da violência e seu verdadeiro potencial ofensivo. A categoria dogmática “crime de menor potencial ofensivo” não incorpora o comprometimento emocional e psicológico e os danos morais advindos da relação marcada pela habitualidade de violência, negando-se seu uso como mecanismo de poder e de controle sobre as mulheres.

Nesta linha de raciocínio, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Elizabeth Garcez, Mônica de Melo e Valéria Pandjarian advertem:

Verifica-se o tratamento jurídico penal trivial dado pela Lei n. 9.099/1995 a situações de violência de naturezas diversas, ao mensurar a lesividade potencial de um delito tão-somente pelo *quantum* da pena fixada. Esse critério, aplicado de forma indiscriminada, desconsidera a especificidade dos conflitos no âmbito da violência doméstica e familiar contra as mulheres, os quais, por sua natureza, demandam uma abordagem diferenciada, específica e especial por parte do sistema de segurança e justiça. Assim, ao adotar o critério da pena para definir os crimes como de menor potencial ofensivo, permitindo que aqueles de maior incidência contra as mulheres na esfera privada fossem enquadrados em tal conceito, a lei acabou gerando um processo de banalização desse tipo de violência.

Dessa forma, os crimes mais praticados contra as mulheres nas relações domésticas e familiares acabam recebendo o mesmo tratamento dado aos praticados por um estranho, apesar de serem situações absolutamente diversas. Os crimes cometidos por um estranho, em geral, não voltam a ocorrer, ao contrário daqueles praticados por pessoas com quem a vítima tenha (ou teve) relações de convívio, coabitação, intimidade, afetividade ou confiança, como é o caso de maridos, companheiros ou namorados.

Nesses casos, a mulher, quase sempre, encontra-se inserida no ciclo da violência doméstica, caracterizado por relações prolongadas, cíclicas e sucessivas de tensão-agressão-reconciliação, em uma espiral progressiva de violência com a qual é difícil romper, e que, em boa parte dos casos, acaba levando à prática de crimes ainda mais graves, como o homicídio. Foi bastante enfatizada, durante o curso no Centro-Oeste, a importância do entendimento desse ciclo por parte dos agentes policiais, para que compreendam como uma das razões que levam muitas

¹⁰ Fonte: <<http://g1.com.br>>.

mulheres vítimas de violência doméstica a fazer a denúncia contra o agressor e logo depois voltar à DEAM pedindo para retirar a queixa.

É, portanto, a natureza específica da relação interpessoal entre vítima e agressor que majora (e não minora) o potencial ofensivo dos crimes cometidos contra as mulheres no âmbito da violência doméstica e familiar, demonstrando a inadequação da lei a esses casos e a necessidade de criar mecanismos apropriados para seu enfrentamento. (BANDEIRA; ALMEIDA; MENEZES, 2004, p. 130-131).

Sem sombra de dúvidas, é assente o entendimento entre os estudiosos de que as lesões corporais leves¹¹ fazem parte de um ciclo crescente de violência, não podendo ser avaliadas na perspectiva de pouca relevância. Assim, se a Lei n. 9.099/1995 não pode ser aplicada, significa que seu art. 88, que prevê a representação para a lesão corporal leve nos casos comuns, não pode, por conseguinte, ser aplicado a essas espécies delitivas quando estiverem relacionadas à violência doméstica e familiar encampadas pela Lei Maria da Penha. Nesta diretriz, a impunidade dos pequenos crimes, tais como as lesões corporais de natureza leve, pode significar verdadeira sentença de morte contra a mulher em situação de violência doméstica, tendo em vista a reiteração quase sempre das condutas agressivas por parte do seu ofensor quando não há qualquer espécie de censura estatal.

Em verdade, a Lei n. 11.340/2006 tem o escopo de vedar qualquer possibilidade de acordo em se tratando de crime praticado com violência doméstica ou familiar contra a mulher, tendo em vista o interesse público de conter este problema, que, diuturnamente, tem assolado grande parte da população feminina brasileira. A Lei Maria da Penha deixa claro que a Lei n. 9.099/1995 não se aplica por inteiro, isso porque os escopos de uma e de outra são totalmente opostos. Enquanto a Lei dos Juizados Especiais procura evitar o início do processo penal que poderá culminar com a imposição de uma sanção ao agente do crime, a Lei Maria da Penha procura punir, com maior rigor, o agressor que age às escondidas nos lares, pondo em risco a saúde de sua própria família.

11 Segundo Croce; Croce Junior (1998, p. 116): "As lesões corporais leves são representadas frequentemente por danos superficiais, interessando apenas a pele, tela subcutânea, músculos superficiais, vasos arteriais e venosos, de pequeno calibre. São as escoriações, equimoses, hematomas, feridas contusas, alguns entorses, os torcicolos traumáticos, edemas e a maioria das luxações".

Como bem lembram Ana Paula Schwelm Gonçalves e Fausto Rodrigues de Lima:

É interesse público que tal violência cesse, não podendo o Estado tolerá-la em nenhuma hipótese. Há muito a violência doméstica deixou de ser considerada um problema conjugal, familiar, em que não se mete a colher. A opção brasileira, por determinação constitucional, é pelo seu combate:

Art. 226

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Frise-se, ademais, que a dignidade humana é valor imperativo e fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal). Representa, juntamente com os demais direitos fundamentais, a própria razão de ser da Constituição da República, já que o Estado é apenas meio para promoção e defesa do ser humano. A dignidade é mais que um princípio: é norma, é regra, é valor, que não pode ser postergado em qualquer hipótese. Aliás, os direitos fundamentais decorrem exatamente do reconhecimento da dignidade do ser humano. Sem esta, não tem sentido pensar naqueles. Por sua própria natureza, a dignidade humana é irrenunciável.

E, como se não bastasse a clareza da norma constitucional em comento, o Brasil, juntamente com os demais Estados americanos, firmaram a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (conhecida como Convenção de Belém do Pará), que determina ao Estado brasileiro:

Art. 7º

b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

e) Tornar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher¹².

Decorrência lógica é a de que a ação penal nos crimes de lesão corporal leve contra a mulher, no âmbito doméstico ou familiar, nas condições delineadas pela Lei n. 11.340/2006, não está mais nas mãos da vítima. E não poderia ser diferente, uma vez que os crimes que

12 Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 4 mar. 2009.

dependem de representação são aqueles em que o interesse privado à intimidade das vítimas sobrepuja o interesse público.

Em caso de violência doméstica, ocorre o contrário, pois existe um interesse público maior, que prevalece sobre o interesse dos particulares. Tal conclusão, aliás, veio encartada no art. 41 da citada lei, que afastou, sem ressalvas, a aplicação da Lei n. 9.099/1995, conforme se pode ver:

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.9.099, de 26 de setembro de 1995.

Realmente, até a edição da Lei n. 9.099/1995, os crimes de lesão corporal leve, independentemente da qualidade da vítima, eram processados mediante ação penal pública incondicionada.

A partir dessa legislação, consoante o estatuído em seu art. 88, prescreveu-se a necessidade de representação do ofendido para os crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa, a teor do seguinte dispositivo:

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas.

Nessa época, já advertia Lênio Luiz Streck (2002, p. 135-64):

Com o Juizado Especial Criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou-se a “surra doméstica” com a transformação do delito de lesões corporais de ação pública incondicionada para ação pública condicionada. Mais do que isso, a nova Lei dos Juizados permite, agora, o “duelo nos limites das lesões”, eis que não interfere na contenda entre pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, como se sabe, pelas exigências do art. 129 e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). O Estado assiste de camarote e diz: batam-se que eu não tenho nada com isso! É o neoliberalismo no Direito agravando a própria crise da denominada ‘teoria do bem jurídico’, própria do modelo liberal-individualista de Direito.

Ao dispor que nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplica a Lei n. 9.099/1995, almejou o legislador que não fosse outorgado aos seus agentes, em sentido amplo, todo e qualquer benefício. Isso significa que os institutos

consagrados na Lei dos Juizados Especiais Criminais, tais como a impossibilidade de prisão em flagrante, a instauração de termo circunstanciado por parte da autoridade policial, a designação de audiência preliminar, a possibilidade de composição civil ou transação penal, a adoção de rito especial sumaríssimo, o direito à suspensão condicional do processo e, particularmente, a representação da vítima nos crimes de lesão corporal leve, como condição de procedibilidade da ação penal, não estariam mais ao alcance dos sujeitos ativos e passivos destes crimes.

No ponto, Fausto Rodrigues de Lima (2009, p. 82-83) elucida:

O artigo 16 é expresso: a renúncia somente pode ocorrer nos crimes de ação penal pública condicionada à representação. Estes são facilmente identificáveis na legislação penal, mediante a expressão: “(...) somente se procede mediante representação” (art. 100, § 1º, do Código Penal). Os demais são de ação penal pública incondicionada (ressalvando-se os casos de ação penal privada).

Não existem outras hipóteses. Se não houver qualquer menção legal determinando o contrário, o crime será de ação penal pública incondicionada, e não depende de representação.

O crime dependente de representação mais comumente é o de ameaça (art. 147). No entanto, poderão ocorrer alguns outros mais raros (menos registrados), como perigo de contágio venéreo (art. 130, CP), violação de correspondência (art. 151, CP), divulgação de segredo (art. 153, CP), furto de coisa comum (art. 156, CP) ou qualquer crime contra o patrimônio previsto no Título II do Código Penal, cometido sem violência ou grave ameaça (art. 182, incs. I, II e III, c/c art. 183, inc. I, CP) e, ainda, contra os costumes se praticado contra vítima pobre (art. 225, § 2º, CP).

Os crimes de ação penal privada podem perfeitamente justificar a audiência do art. 16, já que seu processamento depende também da vontade da vítima. Entram nesta categoria os crimes contra a honra (art. 138, 139 e 140, CP), contra os costumes (arts. 213, 214, 215, 216, 216-A e 218, com exceção daqueles cometidos com abuso do pátrio poder ou pelo padrasto, art. 225, § 1º, inc. II, CP), de dano simples (art. 163, *caput*, CP), de fraude à execução (art. 179, CP), de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236, CP) e de exercício arbitrário das próprias razões, se cometido sem violência (art. 345, parágrafo único, CP).

Verifica-se, assim, que os crimes passíveis de renúncia mais comuns são caracterizados pela violência psicológica, representada, por exemplo,

pelo crime de ameaça, de injúria (humilhações e desqualificações, por exemplo) ou pela contravenção penal de perturbação da tranquilidade (perseguição, ciúmes ou controle excessivo).

A análise de tais fatos exige grande responsabilidade dos operadores do direito, mormente porque a sociedade tende a desconsiderá-los, classificando-os como “chiliques femininos”. É importante ressaltar que eles podem causar maior sofrimento e dano, como depressão, baixa auto-estima e tentativa de suicídio do que agressões físicas. Nessas ocasiões, por vergonha ou por exigência do agressor, as vítimas tendem a se isolar socialmente, evitando até os parentes. As marcas não são visíveis, mas merecem a atenção respeitosa e interessada do Estado.

Chama a atenção, por fim, o fato de que nenhum crime praticado com violência física ou grave ameaça, com exceção da ameaça em sua forma simples (art. 147, CP), depende de representação. Ora, são de ação penal incondicionada os crimes de lesão qualificados pela violência doméstica (art. 129, § 9º, CP), de dano qualificado pela violência, grave ameaça ou com emprego de substância inflamável ou explosiva (art. 163, parágrafo único, incs. I e II, CP), contra o patrimônio, praticado com violência ou grave ameaça (art. 183, inc. I, CP) ou, ainda, de exercício arbitrário das próprias razões, com emprego de violência (art. 345, parágrafo único, CP). Em nenhum desses casos as vítimas podem renunciar ao processo.

Como se vê, tudo o que foi introduzido pela Lei n. 9.099/1995, em todos os seus contornos, não pode ser aplicado aos autores de crimes perpetrados contra a mulher na seara doméstica ou familiar. Obviamente foi invertida a lógica da Lei dos Juizados Especiais e Criminais no que se refere às vítimas do sexo feminino, retomando o Estado para si a tarefa de velar pela sua proteção, notadamente quando o bem jurídico vulnerado for sua integridade física.

A propósito, o primeiro passo dado pelo legislador nessa direção foi o de alterar o preceito secundário do art. 129, § 9º, do Código Penal, modificando a pena, que era de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, para 3 (três) meses a 3 (três) anos, deixando tal ilícito de ser classificado como infração penal de menor potencial ofensivo.

Por outro lado, quando o legislador objetivou conservar a incidência de certos institutos específicos da Lei n. 9.099/1995 para determinadas infrações penais, ele o fez de forma expressa e direta, a exemplo do art. 291, § 1º, da Lei n. 9.503/1997, instituidora do Có-

digo de Trânsito Brasileiro. Diz lá que, nos crimes de lesão corporal culposa de trânsito, aplica-se o disposto nos artigos 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/1995. Assim, nesses crimes, os agentes têm direito à composição civil, à transação penal e à necessidade de representação no delito de lesão corporal.

Da mesma forma também é o art. 94 da Lei n. 10.741/2003, instituidora do Estatuto do Idoso, que diz que aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n. 9.099/1995, isto é, o procedimento especial sumaríssimo do art. 77 e seguintes da citada lei.

Em se tratando do novo modelo de intervenção estatal previsto na Lei Maria da Penha, nada foi destacado. No caso, se a lei excluiu de forma genérica, ilimitada e irrestrita a incidência da Lei n. 9.099/1995, sem temperamentos, foi porque não intentou agraciar os autores de crimes cometidos contra a mulher no âmbito doméstico ou familiar com quaisquer de seus benefícios, notadamente os despenalizadores. E dentre esses benefícios se incluiu a natureza da ação penal, pública e dependente de representação, nos crimes de lesão corporal leve.

Em outras palavras, nos crimes de lesão corporal leve cometidos pelo marido contra a mulher, pelo descendente contra a ascendente, pelos irmãos contra a irmã, dentre outros, no âmbito doméstico e familiar, desnecessária, portanto, a representação do ofendido para o regular processamento da ação penal, pois, com os ditames da Lei n. 11.340/06, tal infração penal voltou a ser processada mediante ação penal pública incondicionada. Afirmar ao contrário, aliás, conflitaria com o próprio sistema penal, na medida em que nos crimes contra o patrimônio, como no caso do furto simples (art. 155, *caput*, do CP), a ação penal é pública incondicionada, razão pela qual a exigência de representação nos crimes de lesão corporal leve qualificados pela violência doméstica e familiar, cujo bem tutelado possui maior importância, revelaria verdadeiro disparate.

Neste compasso, a doutrina tem alertado sobre as vicissitudes da Lei Maria da Penha, conforme se lê dos ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Com referência às lesões corporais leves e lesões culposas, a exigência de representação não se aplica à violência doméstica. Esses delitos foram considerados de pequeno potencial ofensivo pela Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95, art. 88), mas sua incidência foi expressamente afastada por outra lei de igual hierarquia (Lei 11.340, art. 41): aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95.

Não foi dada nova redação ao Código Penal. Houve simples previsão, no bojo da Lei 9.009/95, de alguns delitos como de pequeno potencial ofensivo. Lei posterior afastou a incidência de todos os seus dispositivos, inclusive da exigência de representação. Assim, não há como considerar de ação privada os crimes de lesões corporais leves e culposas quando cometido no âmbito das relações familiares. São crimes de ação pública incondicionada, não havendo exigência de representação e nem possibilidade de renúncia ou desistência por parte da ofendida. Somente nas hipóteses em que o Código Penal condiciona a ação à representação é possível, antes do oferecimento da denúncia, a renúncia¹³.

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini trilham o mesmo caminho:

Diante do que ficou proclamado no art. 41 acima transcrito, todos os institutos que acabam de ser elencados não mais terão nenhuma incidência quando se trata de “crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher”. Está vedada qualquer possibilidade de consenso. O primeiro grupo de delito que deixou de admitir o chamado espaço de consenso foi o militar (Lei 9.839/1999). Seguiu esse mesmo caminho agora a Lei 11.340/2006. A partir dessa opção legislativa temos que extrair uma série enorme de conseqüências. Dentre elas poderíamos recordar as seguintes:

No caso de violência doméstica ou familiar contra a mulher não mais se lavra o termo circunstanciado (mesmo quando a infração não conta com pena superior a dois anos), sim, procede-se à abertura de inquérito policial. Já não se pode questionar, de outro lado, o cabimento da prisão em flagrante, lavrando-se o respectivo auto. Uma vez concluído o inquérito, segue-se (na fase judicial) o procedimento pertinente previsto no CPP. A ação penal nos crimes de lesão corporal dolosa simples contra a mulher nas condições previstas na Lei 11.340/2006 passou a ser pública incondicionada (note-se que a mudança na natureza da ação só tem pertinência nos crimes dolosos, porque nestes tem relevância a situação da mulher como vítima; parece não ter nenhum sentido qualquer alteração nos crimes culposos, que não justificam o afastamento

13 DIAS, Maria Berenice. *A violência doméstica na Justiça*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>> Acesso em: 21 jul. 2009.

da exigência de representação). Apresentada em juízo a denúncia, está iniciado o processo judicial que terá tramitação normal, de acordo com o devido processo legal. Não pode ter incidência o instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995), mesmo que presentes seus requisitos¹⁴.

Do magistério de Belmiro Pedro Welter colhe-se também a notável lição:

O sentido da Lei Maria da Penha e da norma constitucional é de erradicar ou, pelo menos, amenizar a vergonhosa violência doméstica e familiar contra a mulher. Com o desvelamento da realidade das famílias brasileiras (abertura de uma clareira na violência em família), formatada pela Lei n.11.340/06, é que a sociedade tem a oportunidade de compreender a imensidade e a extensão da violência doméstica e familiar contra a mulher, pois a cada dia são efetuadas centenas de prisões em flagrante. É por isso que o legislador não permitiu à vítima o direito de renunciar à representação por lesões corporais, (re)tornando esse crime ao conceito de ação penal pública incondicionada, porque, como já dizia Kant, ‘as violações à pessoa humana não são mais, na atualidade, atos contra um único indivíduo, mas, sim, contra à espécie humana’. E não se diga que o fato do autor do fato ser processado criminalmente poderá fomentar a desunião da família, porque a linguagem do desafeto se instalou no momento em que ocorreu a violência contra a mulher. É dizer, a natureza humana é, ao mesmo tempo, afetiva e desafetiva, motivo pelo qual concordo com a doutrina, quando pondera que reside no País um falso preconceito quanto às famílias, ao se pensar que sempre respiram a afetividade, havendo, assim, a necessidade de ‘acabar com a imagem idealizada da família feliz, que o Estado protege e ninguém pode interferir. É preciso chamar a atenção da sociedade de que a família não é exclusivamente um lugar de afeto!’ Para compreender essa visão afetiva e desafetiva da família, é preciso aceitar a universalidade da genética, da (des)afetividade e da ontologia do texto, do ser humano, da família, principalmente porque essa compreensão tridimensional afasta ‘a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais’

Essa proteção integral e absoluta à mulher não será dada pelo intérprete/julgador com a compreensão de que há necessidade de representação no crime de lesão corporal leve ou com a aplicação da política criminal em favor do agressor, porquanto se estará continuando com o falso pre-

14 GOMES, Luís Flávio; BIANCHINI, Alice. *Lei da violência contra a mulher: inaplicabilidade da Lei dos Juizados Criminais*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

conceito, com a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, de que a mulher tem a plena liberdade de renunciar a ofensa à sua incolumidade física. Não é que a mulher tenha sido considerada incapaz, e sim que a realidade social milenar demonstra que, desde que o mundo é mundo humano, a mulher sempre foi discriminada, desprezada, humilhada, coisificada, objetificada, monetarizada, inclusive podendo ser morta pelo marido, como ocorria no direito romano, motivo pelo qual o legislador optou, corretamente, em transformar o crime de lesão corporal leve em ação penal pública incondicionada, não permitindo a representação e a conseqüente possibilidade de renúncia (artigos 41 e 16 da Lei Maria da Penha)¹⁵.

Noutra senda, há quem sustente a adoção um critério flexível que considere cada caso concreto para que se decida sobre a necessidade ou não da representação da vítima para o início da ação penal em relação aos crimes de lesão corporal leve qualificados pela violência doméstica, conforme se verifica do seguinte excerto extraído de parecer ministerial ofertado em ação autônoma de *habeas corpus*, na qual se pretendia ver declarada a extinção da punibilidade do paciente, com base no art. 107, inciso V, do Código Penal, em razão da renúncia da representação por parte da ofendida:

A orientação que se desenha não é e nem deve ser taxativa, ou rígida, tendo em vista a nobreza do fim buscado pela Lei. Excepcionalmente, o magistrado pode afastar a vontade da vítima, expressa na retratação, em declinar de processar o agressor. É o caso, por exemplo, quando a violência se dá na presença de crianças, adolescentes, idosos, ou deficientes, ou, ainda, decorre de prática reiterada a representar grave afronta à dignidade da mulher. Nessas circunstâncias, a ação penal ganha outro escopo para tutelar a família, resguardando os seus membros dos danos físicos e psicológicos, produtos de severas sequelas que afetam o desenvolvimento saudável de criaturas indefesas.

Portanto, não se pode afirmar que, em qualquer caso, a ação penal será pública condicionada à representação. A análise do caso concreto pode revelar uma especial necessidade de proteção da família e da dignidade da pessoa humana. As hipóteses acima podem ser contempladas ao lado de eventual vício da vontade, situações em que, para justificar justa repressão pelo Estado, o magistrado afaste o caráter condicional da ação penal¹⁶.

15 WELTER, Belmiro Pedro. *A norma da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/atuacaoomp/not_artigos/id14940.htm>. Acesso em: 21 jul. 2009.

16 Habeas Corpus n. 143.048/PE, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Com a devida vênia, a solução encontrada não parece ser a mais adequada, porquanto coloca a proteção irrestrita e absoluta à integridade física e psicológica da mulher em patamar inferior ao da sua própria família. Na verdade, já existem leis em favor das crianças, dos idosos, dos portadores de desequilíbrio físico e mental e, agora, a Lei Maria da Penha surge para proteger exclusivamente a mulher em situação de violência doméstica e familiar, cuja tutela tem por objetivo, também, o de fomentar a unidade e a harmonia da família.

O Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 41 da Lei n. 11.340/2006, já resolveu que a averiguação da lesão corporal de natureza leve praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher foge à competência do Juizado Especial Criminal, conforme se depreende das ementas abaixo transcritas:

HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. TESE DE FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA VÍTIMA. OFERECIMENTO DE *NOTITIA CRIMINIS* PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. VALIDADE COMO EXERCÍCIO DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE RIGORES FORMAIS. PRECEDENTES. PLEITO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DO *SURSIS* PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-INCIDÊNCIA DA LEI N. 9.099/1995.

1. A representação, condição de procedibilidade exigida nos crimes de ação penal pública condicionada, prescinde de rigores formais, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal no sentido de que se promova a responsabilidade penal do agente, como evidenciado, *in casu*, com a *notitia criminis* levada à autoridade policial, materializada no boletim de ocorrência.

2. Por força do disposto no art. 41 da Lei nº 11.340/06, resta inaplicável, em toda a sua extensão,

(HC 130.000/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 08/09/2009).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL E JUIZ DE DIREITO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÕES CORPORAIS LEVES PRATICADAS CONTRA DESCENDENTE. ART. 129, § 9º DO CPB, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.340/06. PENA MÁXIMA SUPERIOR A 2 ANOS. PERDA DO CARÁTER DE CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DO JUIZ DE DIREITO. CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR COMPETENTE O

JUÍZO DE DIREITO DA 1ª. VARA CRIMINAL DE PONTA GROSSA/PR, O SUSCITADO.

1. A Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), por seu art. 44, aumentou para três anos de detenção a pena máxima referente ao crime de lesão corporal qualificada, prevista no parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal.
2. Assim, retirou-se a possibilidade de o crime em questão ser julgado pelo Juizado Especial Criminal, ainda que se trate de lesão leve ou culposa (porquanto não há qualquer ressalva nesse sentido no dispositivo supracitado), em face do disposto no art. 61 da Lei 9.099/90, que define como de menor potencial ofensivo apenas os crimes e as contravenções penais a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.
3. Parecer do MPF pela competência do Juízo suscitado.
4. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Grossa/PR, o suscitado.

(CC 101.272/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 16/02/2009, DJe de 20/03/2009).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL SIMPLES OU CULPOSA PRATICADA CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. PROIBIÇÃO DE APLICAÇÃO DA LEI 9.099/1995. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. RECURSO PROVIDO PARA CASSAR O ACÓRDÃO E RECEBER A DENÚNCIA.

1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Inteligência do artigo 226 da Constituição da República).
2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadicamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato.
3. Somente o procedimento da Lei 9.099/1995 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve e culposa para a propositura da ação penal.
4. Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei 9.099/1995. (Artigo 41 da Lei 11.340/2006).
5. A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do artigo 129, § 9º do Código Penal e se disci-

plina segundo as diretrizes desse Estatuto Legal, sendo a ação penal pública incondicionada.

6. A nova redação do parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, feita pelo artigo 44 da Lei 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos a lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando por mais um motivo, a exigência de representação da vítima.

7. RECURSO PROVIDO PARA RECEBER A DENÚNCIA.

(REsp 1050276/DF, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 24/11/2008).

Logo, exigir que a mulher tenha que ir a juízo manifestar expressamente o desejo de ver o seu agressor punido pelas lesões leves somente contribui para atrasar ou mesmo inviabilizar a prestação jurisdicional, fragilizando as vítimas e desencorajando-as a prosseguir com a demanda na Justiça. As lesões leves geralmente fazem parte de um ciclo inicial e crescente do fenômeno da violência conjugal, cuja impunidade contribui ainda mais para o aumento do comportamento agressivo do homem. Colocar nas mãos da vítima a possibilidade de punir o agressor não resolve em nada, já que muitas mulheres persistem em um relacionamento abusivo por força do medo que as paralisa frente às ameaças do parceiro, a culpa que as oprime, seu estado de desamparo, apatia e depressão que as impede de partir para uma ação efetiva, sua autoestima estilhaçada, suas crenças e racionalizações inadequadas a respeito da violência.

Recentemente, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 156/09¹⁷, que trata da reforma do Código de Processo Penal, prevendo a revogação tácita do art. 41 da Lei Maria da Penha, a fim de permitir a incidência da Lei n. 9.099/1995 aos crimes de violência contra as mulheres. Tal postura retrocede ao conceito de serem eles de baixo poder ofensivo, banalização novamente a violência doméstica e familiar. Da mesma forma, há a previsão no projeto de lei de um dispositivo que permitirá ao juiz extinguir uma punição “quando a continuação do processo e a imposição da sanção penal puderem causar mais transtornos àqueles diretamente envolvidos no conflito”, o

17 O PLS 156/2009 foi elaborado por comissão de juristas e relatado pelo senador Renato Casagrande (PSB-ES).

que certamente contribuirá para a reincidência do crime, estimulando a impunidade e constringendo a vítima. A Lei Maria da Penha é um grande avanço porque conseguiu agravar o crime de violência contra as mulheres, classificando-o como violação aos direitos humanos. A possibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais poderá reduzi-la a uma norma inócua.

4 Conclusão

O fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher deve ser entendido sob a perspectiva de gênero, com vistas a buscar mudanças do contexto histórico e cultural da sociedade a que estão inseridas, que tende sempre a reproduzir as desigualdades impostas pelo sistema de valores patriarcal, gerando discriminação ao negar-lhes as condições de reconhecimento de seus direitos, suas liberdades e sua igualdade diante do pólo masculino em todos os domínios da vida.

Quando se fala na importância de políticas públicas voltadas para a questão da violência de gênero, não se pretende apenas atacar a sua causa, mas, principalmente, evitar as suas consequências nefastas para a vítima mulher, como a perda de autoestima, depressão, isolamento social, entre outros, cujos impactos são desencadeados no sistema de saúde, nas condições laborais e no próprio ambiente familiar.

A Constituição Federal determinou a criação de

juizados especiais, providos por juízes 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 procedimentos orais e sumaríssimos, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de Primeiro Grau" (CF, art. 98, I).

Foi delegado à legislação infraconstitucional escolher os crimes a serem identificados como de menor potencial ofensivo. A Lei n. 9.099/1995 veio dar efetividade ao comando constitucional e acabou por eleger como de pequeno potencial ofensivo a lesão corporal leve (Lei n. 9.099/1995, art. 88). Limitou-se o legislador a condicionar tais crimes à representação, sem, no entanto, dar nova redação ao Código Penal.

Todavia lei posterior e da mesma hierarquia expressamente afastou sua incidência quando a vítima for mulher agredida no ambiente doméstico (Lei n.11.340/06, art. 41): "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995". A violência doméstica deixou de ser uma questão de âmbito privado subordinada ao interesse da vítima, não precisando o Ministério Público de autorização dela para proceder à denúncia.

Como houve previsão, no bojo da Lei n. 9.099/1995, de alguns crimes como de pequeno potencial ofensivo, sem que tenha sido alterado o Código Penal, e como lei posterior afastou sua incidência, não há como considerar de ação pública condicionada à representação os crimes de lesões corporais leves quando cometidos no âmbito das relações familiares. São crimes de ação pública incondicionada, não havendo exigência de representação nem possibilidade de retratação ou desistência por parte da ofendida. Somente nas hipóteses em que o Código Penal condiciona a ação à representação (CP, arts. 147 e 225) é possível a retração, mas antes do oferecimento da denúncia.

Também o aumento da pena de lesão corporal para 3 (três) anos (art. 44) afasta a possibilidade de aplicação de medidas de despenalização e a suspensão condicional do processo, que só são cabíveis nos crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano (Lei n. 9.099/1995, art. 89). Aliás, foi para dar ênfase a esta vedação que a lei acabou por afirmar que "É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa." (art. 17). O artigo, além de redundante, tem uma incorreção, pois não cabe falar em "aplicação de pena de certa básica", senão em possibilidade de ser determinado, como pena restritiva de direito, o fornecimento de cesta básica. De qualquer forma, quis o legislador deixar evidente que a integridade da mulher não tem valor econômico e não pode ser trocada por valor de expressão monetária.

Como se vê, está excluído do rol dos crimes de pequena e média lesividade a violência doméstica. Quando a vítima for mulher que sofreu a agressão física no ambiente doméstico, fica afastada a égide da

Lei dos Juizados Especiais Criminais, pois as lesões não mais podem ser consideradas de pequeno potencial ofensivo e, conseqüentemente, a ação penal é pública incondicionada. O agressor responde pelo crime na forma prevista na Lei Penal, já que restaurada a incondicionalidade para o processamento das lesões corporais.

Finalmente, chega-se à constatação de que a repressão eficaz e imediata dos crimes de lesão corporal leve praticados contra a mulher em sua ambiência familiar permitirá conter o avanço crescente e cíclico das ações por parte de seu agressor, notadamente se atendido o disposto no art. 45 da Lei n.11.340/2006, que, ao incluir o parágrafo único do art. 152 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), estabeleceu que “Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”. Assim, a melhor maneira de controlar a violência contra a mulher, perverso crime cometido de forma continuada, é fazer o agressor conscientizar-se de que é indevido o seu agir. Essa é a única forma de minimizar os elevados índices de violência doméstica. Ele precisa reconhecer que a mulher não é um objeto de sua propriedade, do qual pode ele dispor do modo que lhe aprouver e descarregar em seu corpo todas as suas frustrações.

Quando a mulher em situação de violência consegue chegar a uma delegacia para registrar a ocorrência contra alguém que ela ama – com quem convive, é o pai de seus filhos e provê o sustento da família – sua intenção, na maioria das vezes, não é a de que ele seja encarcerado, muito menos a separação de corpos. Somente deseja que a agressão cesse.

Agora, como a possibilidade de o juiz submeter o companheiro agressor a acompanhamento psicológico obrigatório ou de participar de programa terapêutico, certamente a mulher vítima de violência no lar terá coragem de denunciá-lo, não quando estiver cansada de apanhar, mas quando, pela primeira vez, for violada sua integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, nos termos do art. 7º da Lei Maria da Penha.

Referências

AMICO, Carla Campos. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: necessidade de representação da vítima em caso de lesão corporal leve e culposa*. *Boletim IBCCrim*, n. 170, jan. 2007, p. 18.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania*. *Seqüência*, Florianópolis, n. 35, dez. 1997.

BANDEIRA, Lourdes; ALMEIDA, Tânia Mara C. de; MENEZES, Andrea Mesquita de (Org.). *Violência contra as mulheres: a experiência de capacitação das DEAMs da Região Centro-Oeste*. Brasília: AGENDE, 2004, Cadernos AGENDE, v. 5.

BARATTA, Alessandro. *O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei “Maria da Penha” : alguns comentários*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 4 mar. 2009.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Lei da violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima*. Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>> Acesso em: 4 mar. 2009.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 29 set. 2009.

BRASIL. *Relatório Nacional Brasileiro*, Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Revista dos Tribunais, n. 73, julho/agosto de 2008.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CUNHA, Rogério Sanches. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. *Sobrevivi, posso contar*. Fortaleza, 1994.

FONSECA, Tiago Abud da; SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. A aplicação da Lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher. *Boletim do IBCCrim*, n. 168, Nov. 2006, p. 4.

GOMES, Luís Flávio; BIANCHINI, Alice. *Lei da violência contra a mulher: inaplicabilidade da Lei dos Juizados Criminais*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; LIMA, Fausto Rodrigues. *A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 4 mar. 2009.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. São Paulo: Annablume: FAPESP, 2004.

JESUS, Damásio de. *A questão da renúncia à representação na ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica ou familiar contra a mulher (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006)*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, set. 2006. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: 4 mar. 2009.

JOVELI, José Luiz. *Breves considerações acerca da Lei 11.340/2006: a questão da representação da ofendida*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 4 mar. 2009.

LAURENZO COPELLO, Patricia. La violencia de género el la Ley Integral: valoración político-criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, n. 07-08. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>>. Acesso em: 24 set. 2009.

LEMGRUBER, Julita. A mulher e o sistema de justiça criminal: algumas notas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 36, Ano 9, out./dez. 2001.

LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro*. 2008. 247f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa em Direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINTO, Celi. *Teorias da democracia: diferenças e identidades na contemporaneidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Violência contra a mulher: um escândalo! Boletim da Agência Carta Maior*. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/columamostrar.cfm?coluna_id=2061>. Acesso em: 5 out. 2009.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Anotações preliminares à Lei 11.340/2006 e suas repercussões em face dos juizados especiais criminais*. Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 4 mar. 2009.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Gênero e patriarcado: a necessidade da violência. In: CASTILLO-MARTÍN, Márcia. OLIVEIRA, Suely de (Org.). *Marcadas a ferro: violência contra a mulher: uma visão multidisciplinar*. Brasília: Secretaria Especial de Política para as Mulheres, 2005.

SANTOS, Angela. Violência doméstica: um caso exemplar. *O progresso das mulheres no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mulheresdobrasil.org.br>>. Acesso em: 31 ago. 2009.

SILVA JUNIOR, E. M. *Violência doméstica e Lei n. 9.099/1995*. Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 4 mar. 2009.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários a Lei de combate à violência contra a mulher - Lei Maria da Penha 11.340/2006: comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Os crimes sexuais e o papel da mulher no contexto da crise do direito: uma abordagem hermenêutica*. Cadernos Themis. Gênero e Direito. Ano III, n. 3. Porto Alegre: Themis assessoria jurídica e estudos de gênero, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. *A norma da Lei Maria da Penha*. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/atuacaomp/not_artigos/id14940.htm>. Acesso em: 21 jul. 2009.

Atuação do Ministério Público na investigação criminal

Marcelo Vasconcelos de Góis

1 Considerações iniciais. 2 O Ministério Público. 2.1 Origem e esboço histórico. 2.2 Etimologia e aspectos iniciais. 2.3 Definição e natureza jurídica do *Parquet*. 3 Ministério Público no Brasil. 3.1 Evolução do Ministério Público nas Constituições brasileiras. 3.2 Ministério Público na Constituição de 1988. 4 O Sistema Processual Penal brasileiro. 4.1 Princípios: noções, definição e aplicação ao Direito Processual Penal. 4.2 Modelos processuais penais. 4.3 O inquérito policial. 5. Ministério Público e o controle da atividade policial. 5.1 Exclusividade do MP para investigar crimes policiais. 6 A investigação. 6.1 Delimitação de atribuições na investigação. 6.2 Relacionamento do membro do *Parquet* e o delegado de Polícia. 7 Não ao monopólio da investigação. 7.1 Análise do art. 144 da Constituição Federal de 1988. 7.2 Exemplos de quebra do monopólio investigativo. 8 Poder investigatório do Ministério Público. 8.1 Extensão da atuação investigativa do Ministério Público. 8.2 Análise da Súmula 524 do STF e 234 do STJ. 8.3 Posicionamentos de órgãos interessados. 8.4 Teorias acerca do poder de investigação do *Parquet*. 9 Jurisprudência referente ao tema. 9.1 Jurisprudência: fonte de direito. 9.2 Histórico das decisões acerca do poder investigatório do *Parquet*. 10 Esclarecimentos finais.

1 Considerações iniciais

Desde a promulgação da Carta de 1988, o Direito Processual Penal, felizmente, vem passando por contínuo processo de constitucionalização. Isso representa forte avanço jurídico para a sociedade, pois tende a limitar, fiscalizar a ação estatal e, também, garantir a manutenção e a preservação dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Há uma visão geral, na doutrina e na jurisprudência vigentes, de dar contornos cada vez mais constitucionais ao processo penal.

O art. 5º da CF/1988, por exemplo, que institui o rol dos direitos e garantias fundamentais¹, não recepcionou² diversos artigos do Código Processual Penal (CPP) vigente (este anterior à Constituição Federal de 1988). Cita-se o art. 20 desse diploma legal³, que previa uma decretação de sigilo no transcorrer das investigações do Inquérito Policial (IP), mediante despacho do Delegado de Polícia (presidente desse procedimento administrativo). Com a atual Constituição, houve relativização desse sigilo, já que este não poderia ocorrer em se tratando do defensor do acusado, seu advogado, pois teria vista irrestrita do IP. Contudo, há ainda uma certa polêmica sobre o tema, motivo pelo qual foi instituída a Súmula Vinculante n. 14 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que positiva:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Entretanto, mesmo com a edição da Súmula, o fato ainda remanescente e que muito já fora discutido é a possibilidade de impedir o acesso do advogado do indiciado aos autos do IP se o sigilo for extremamente imprescindível ao bom desenvolvimento das investigações, ou, em se tratando de solicitação de vista do IP, existindo diligências em curso.

Nesse contexto, a jurisprudência tem-se pronunciado no sentido de que o defensor do indiciado pode ter seu acesso ao IP resstrito enquanto estiver em curso uma diligência sigilosa; ao término desta, entretanto, terá acesso integral aos autos do procedimento⁴. Nesse sentido, vê-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

1 Frisa-se que esse rol é exemplificativo, pois outros direitos que com estes não colidam podem ser erigidos ao status de direitos e garantias fundamentais, desde que devidamente aprovados pelo Congresso Nacional.

2 O termo recepção é assim aplicado por tratar-se revogação de normas no aspecto temporal, não se falando, *in casu*, em aferição de controle de constitucionalidade.

3 Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes, salvo no caso de existir condenação anterior.

4 Seguindo esta linha de pensamento, frisa-se Tourinho Filho, Marcellus Polastri, Eugênio Pacelli, José Antônio Paganella Boschi. RMS 12.516/PR – Min. Eliana Calmon; RMS 15.167/PR – Min. Felix Fischer.

RECURSO ORDINÁRIO EM MS N. 12.754 - PR (2000/0142734-2)

RELATOR : MINISTRO FRANCIULLI NETTO

EMENTA

INQUÉRITO POLICIAL - ADVOGADO - ALEGAÇÃO DE QUE HÁ SIGILO DECRETADO E QUE POSSUI PROCURAÇÃO PARA DEFESA DO CLIENTE QUE FOI OUVIDO NO PROCEDIMENTO - PRETENDIDO ACESSO AOS AUTOS, BEM COMO EXTRAÇÃO DE CÓPIAS - LIMINAR DEFERIDA, EM PARTE, CONFERIDO O DIREITO DE EXAME DO INQUÉRITO; OBSTADA, PORÉM, A POSSIBILIDADE DE CÓPIAS - ACÓRDÃO QUE CASSA A LIMINAR E DENEGA A SEGURANÇA - PRETENDIDA REFORMA – RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. DJ de 23.6.2003 p. 296.

Ressalte-se que, em princípio, a Súmula Vinculante n. 14 aplica-se às investigações oriundas da Polícia Judiciária, e não aos procedimentos investigatórios presididos pelo Ministério Público, tendo em vista que até o presente momento o STF ainda não se manifestou (na sua composição plena) acerca da possibilidade de investigação direta pelo *Parquet*⁵. Tão logo se julgue o tema, será necessário posterior alteração na Súmula, ou em seu modo de interpretação, quer se entenda aplicar restritamente à investigação pela Polícia Judiciária ou não.

Em análise geral, partilha-se da ideia de que, caso reconhecida a legitimidade do MP para realizar investigação direta, a Súmula aplicar-se-á na sua integralidade, não podendo ser retirado do defensor o direito ao acesso dos autos do procedimento administrativo do inquérito, independente de sê-lo presidido pelo delegado de polícia ou por membro do Ministério Público. Constata-se que outra interpretação não há de ser feita, sob pena de infringir todo o arcabouço processual-constitucional em que se pretende alcançar.

5 Esse termo relaciona-se com o Ministério Público há um longo tempo. Apesar de encontrarmos funcionários de diversos Estados antigos (grego, romano, egípcio) que praticavam alguns atos hoje atribuídos ao Ministério Público, a origem mais mencionada são os procuradores do rei do direito francês. Esses representantes falavam de cima de um tablado cuja nome era *Parquet*. A Ordenança de 25 de março de 1303, de Felipe IV, impunha aos *procureurs du Roi* a função exclusiva de defender os interesses do rei. Segundo Mazzilli, a revolução Francesa estruturou o Ministério Público enquanto instituição, conferindo garantias a seus integrantes. O uso frequente da expressão *Parquet* denuncia a influência francesa na formação do Ministério Público no Brasil, juntamente com o direito lusitano. Maiores considerações históricas no Capítulo I, item 1.2.

Outro dispositivo da atual Carta Magna não recepcionado foi o da incomunicabilidade do acusado, prevista no artigo 21 do CPP⁶.

Nesse sentido, manifesta-se concordância, tendo em vista que, se a incomunicabilidade é vedada no nosso ordenamento até em situações atípicas, de cunho extremamente excepcional, como no Estado de Defesa, conforme previsto na Constituição Federal de 1988⁷, em condições de normalidade sua vedação é ainda mais manifesta.

Logo, se percebe uma ampla constitucionalização das garantias na seara processual penal, trazendo mais benefícios e garantias ao acusado, pois lhe será assegurado um devido processo legal conforme os direitos fundamentais previstos na Constituição. Atualmente, discute-se até mesmo a existência de um Direito Processual Penal Constitucional, com maior proteção aos direitos individuais daqueles envolvidos no processo.

Enfim, conforme esses apontamentos iniciais, ressalva-se que o foco neste trabalho é discorrer sobre Direito Processual Penal, investigação criminal, Autoridade Policial, Ministério Público, Poder Judiciário, enfim, todos os personagens aqui trazidos para estudo sob o prisma da atual Constituição, frisando-se, em específico, a atividade investigativa. Sustenta-se que a *initio litis* de todo e qualquer processo, ou seja, sua fase investigatória, é essencial para garantir também os direitos constitucionais do indiciado, tais como o contraditório e a ampla defesa, mesmo externamente ao processo judicial⁸, sob pena

6 Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

7 Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

(...)

§ 3º Na vigência do estado de defesa:

(...)

V - é vedada a incomunicabilidade do preso.

8 Nesse sentido importante frisar que a jurisprudência do STF tem assegurado a amplitude do direito de defesa, mesmo em se tratando de inquéritos policiais. Cita-se o HC 92599 DJ 11.11.2007 – em que o ministro Gilmar Mendes em decisão concessiva de liminar, permitiu a juntada de laudo pericial elaborado por perito contratado pelo indiciado no IP.

de afronta à Súmula 523 do STF, cuja literalidade prevê que “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

2 O Ministério Público

2.1. Origem e esboço histórico

2.1.1 Primórdios da instituição

Reveste-se de algumas ceulemas a determinação exata da origem do Ministério Público. Na verdade, a noção de MP surgiu com a ideia de defender o direito de outrem. No início, o MP atuava em interesses individuais, principalmente os do reinado vigente; atualmente, volta-se na proteção dos interesses da sociedade, da imensa população. Há quem utiliza o termo “advogado do povo” para, simplificada, traçar-lhe contornos iniciais.

Alguns autores alegam que o MP começou a existir há mais de 4 mil anos A.C., numa figura chamada *Magiaí*, um funcionário real do Egito antigo, responsável por defender os interesses do governante (faraó). Ele deveria ser a “língua e os olhos do Rei”, castigando os criminosos e protegendo os cidadãos pacíficos. Por outro lado, há doutrinadores que preconizam sua origem e existência a partir da Antiguidade Clássica, citando como exemplos os éforos de Esparta ou os *tesmótetas* gregos ou os *advicati fisci*, defensores *civitatis* e os *procuratores caesaris* de Roma. Estes (*caesaris*), porém, não se pareciam com a figura do atual promotor de Justiça, pois defendiam apenas o patrimônio do imperador e não realizavam acusação penal, pois esta iniciativa era privada. Há correntes ainda que pregam sua gênese na Idade Média e até mesmo no direito canônico (*vindex religionis*), teses pouco aceitas.

Apesar do certo embate, a origem mais comprovada em relação à instituição liga-se aos procuradores do rei da França (a Ordenança de 25 de março de 1302, do Rei Felipe IV, foi o 1º texto normativo a disciplinar tais defensores de sua majestade). A Revolução Francesa,

marco da história mundial, serviu também de gênese ao MP, pois a partir dela surgiu a necessidade de se conferirem garantias aos integrantes da coroa para que melhor desempenhassem suas atribuições. Os textos de Napoleão Bonaparte – sobretudo o Código Napoleônico – deram aspectos iniciais ao MP que servem de modelo até os dias de hoje, no Brasil e em diversos países.

A instituição, entretanto, surgiu de forma gradativa, conforme a velocidade social dos homens, como resultado de exigências históricas da sociedade.

Em se tratando de Direito Comparado, temos uma diversidade de sistemas que merecem ser apontados. Na Europa Ocidental, por exemplo, encontram-se três modelos de investigação criminal: uma presidida pela polícia; uma presidida por um juiz-instrutor, e, por fim, uma presidida pelo Ministério Público. Tal modelo dependerá da tradição e da história processual de cada país, como bem observa Mauro Fonseca de Andrade⁹.

O autor, na mesma obra citada, faz um rico trabalho acerca do Ministério Público no âmbito mundial, frisando que está se desenvolvendo uma consciência em diversos países acerca da necessidade da maior participação do *Parquet* já na primeira fase da persecução penal, a investigatória, seja atuando em parceria com a Polícia, seja realizando um procedimento investigativo peculiar. Com essa ampliação investigativa, poder-se-á tornar o combate à criminalidade mais rápido e efetivo. Assim, o arcabouço probatório ganharia mais vulto, e os órgãos envolvidos em todo o processo poderiam realizar uma melhor seleção dos elementos de prova realmente interessantes para formalizar sua atuação na segunda fase de todo processo, a judicial, que culminaria com uma devida impetração da ação penal pública.

2.2 Etimologia e aspectos iniciais

A palavra Ministério vem do latim *manus*, que significa mão, órgão do corpo humano. Fornece a ideia de ministro, ministrar, administrar. Traz a noção de executor de uma tarefa ou de uma atividade.

⁹ Ministério Público e sua Investigação Criminal. p. 65.

Desde os primórdios, o MP era tido como mão do rei, designava o trabalho (ofício) dos procuradores do rei, voltado para atender aos interesses da coroa. A expressão francesa *ministère public* passou inicialmente a ser usada nas correspondências entre os procuradores do rei, sobre seu próprio ofício ou sobre os agentes com esse mister. Dessa forma, era perceptível a diferença entre o Ministério Público e o ofício privado exercido pelos advogados.

Nesse contexto etimológico, vale frisar a origem do termo *Parquet*, palavra tão citada pelos corredores jurídicos em se tratando de Ministério Público. É um substantivo masculino haurido da tradição francesa que, no uso comum, indica o ajuntamento de tábuas (lâminas de *parquet*) significando assoalho, tablado. Tendo em vista que os agentes do rei (*les gens du roi*) assentavam-se no assoalho das salas de audiência para não serem confundidos com a magistratura de pé (*magistrature debout*), assim também postulavam aos juízes, sobre o assoalho, consagrando a terminologia *Parquet*. Os procuradores do rei, antes de adquirirem condição de magistrados e terem assento ao seu lado, no estrado, tiveram assento sobre o assoalho da sala de audiências¹⁰. A fim de conceder prestígio e força a seus procuradores, os reis deixaram sempre clara a independência desses em relação aos juízes. Membro do Ministério Público não se dirigia aos juízes no chão, mas de cima do mesmo estrado (*parquet*)¹¹, evitando qualquer desigualdade perante o magistrado.

O MP já assumiu, no decorrer de toda sua trajetória no ordenamento, diversas posições jurídicas. Já integrou o Poder Executivo, como órgão de cooperação estatal; já esteve presente em uma Seção do Capítulo destinado ao Poder Judiciário e ainda foi objeto de orientações doutrinárias no sentido de enquadrá-lo como Quarto Poder.

Esta última posição, apesar de superada pela imensa doutrina, encontra respaldo – respeitando-se os que assim entendem – no fato de que o legislador constituinte originário fez questão de não enquadrar o MP propriamente em nenhum dos três poderes da Re-

¹⁰ Introdução ao Ministério Público. p. 36.

¹¹ Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. p. 7.

pública. Assim, causou certa celeuma sua colocação na estrutura da Administração Pública.

Contudo a colocação do *Parquet* no aparato estatal não é devesas importante. Relevância maior tem seu papel na sociedade, como defensor dos direitos e deveres individuais indisponíveis, coletivos, nas garantias e prerrogativas que obteve para melhor defendê-los, aliçadas na sua independência funcional e, conseqüentemente, na manutenção de um Estado Democrático de Direito.

2.3 Definição e natureza jurídica do *Parquet*

Nada mais apropriado para se definir o Ministério Público por meio do *caput* do art. 127 da atual Magna Carta, *ex positis*:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em uma análise baseada no Direito Público Moderno, pode-se afirmar que a natureza jurídica atual do *Parquet* é a de órgão de Função Essencial à Justiça, como positivado na Atual Carta Magna, em seção destinada a tal¹². É uma instituição autônoma e independente, com garantias e prerrogativas constitucionais para um melhor desempenho de suas funções. Logo, sendo essencial, constata-se que sem o MP não há justiça, não há garantia de direitos e cumprimento de deveres, além de não se poder limitar a atuação do Estado. Além disso, quem tem a iniciativa e o poder de movimentar a máquina judicial (quebra do Princípio da Inércia) são os titulares das Funções Essenciais à Justiça¹³, caracterizando o papel dinâmico e ousado do MP na busca dos interesses da sociedade.

Em uma análise constitucional mais ampla, percebe-se que o MP não é essencial só a Justiça, mas também à democracia, já que tem competência constitucional e legal com os respectivos instrumentos

12 O MP, inserido como função essencial à justiça, encontra-se no Título IV, Capítulo IV, Seção I, mais precisamente entre os artigos 127 a 130-A da Constituição de República de 1988.

13 Nesse diapasão, além do Ministério Público, a Constituição Federal de 1988 prevê a existência da Advocacia Pública (Advocacia da União, direta e indireta e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal), a Advocacia privada e a Defensoria Pública (da União, dos Estados e do DF).

de atuação; independência em relação ao Poder Executivo e iniciativa que o ordenamento jurídico nega ao Poder Judiciário, em se tratando de movimentação da máquina processual.

O MP é órgão do Estado, integrante deste, mas com poderes para responsabilizá-lo. Não é órgão do governo, nem do Poder Executivo, pois não possui nenhuma subordinação a qualquer dos três poderes da República.

3 Ministério Público no Brasil

3.1 Evolução do Ministério Público nas Constituições brasileiras

Além da influência francesa no MP brasileiro, o direito português também se fez bastante presente. Na verdade, o ordenamento lusitano fez evoluir nosso MP. Com o fim da Idade Média, os reis mandavam seus procuradores atuar junto aos tribunais regulares, criados para distribuir justiça em nome dos soberanos. Nessa época, foram instituídas as Ordenanças da Idade Média, como as da França e de Portugal. O Ministério Público, no Brasil, evolui de forma maciça através dos procuradores do rei do Direito lusitano, embora tenha raízes históricas em funcionários e magistrados antigos, como os de Roma e até do Egito Antigo.

Por meio do alvará de 7 de março de 1609 foi criado o Tribunal de Relação da Bahia, inaugurando as figuras do procurador nos feitos da coroa e do promotor de justiça no Brasil. Era o início do MP no Brasil, propriamente. O texto era assim escrito:

A Relação será composta de 10 (dez) desembargadores, 1 (um) procurador de feitos da Corôa e da Fazenda e 1 (um) promotor de justiça. (redação da época)

Para se traçar a trajetória do MP no decorrer de todas as Constituições brasileiras, foi feito um conteúdo esquemático, em forma de tópicos, para fins didáticos. Eis sua evolução constitucional, com tópico à parte, no tocante à Constituição de 1988:

– Constituição de 1824: esse diploma legal não fez qualquer menção ao *Parquet*, afirmando, timidamente, em seu Art. 48:

No juízo dos crimes cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional.

O papel do Procurador da Corôa era o da acusação de pessoas que não fossem ministros e conselheiros de estado, pois a competência destes era da Câmara dos Deputados, conforme previsão em seu art. 38.

É importante destacar que na vigência desta Constituição foi editado o Código de Processo Criminal do Império, em 1832, contendo uma seção reservada aos promotores, ditando os requisitos para sua nomeação e suas principais atribuições. Ainda sob a égide desse diploma constitucional, foram editados, em 1890, os Decretos n. 848 e 1.030, que versavam, respectivamente, acerca da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal, reservando capítulos próprios para o Ministério Público. Estes decretos deram ao órgão seus primeiros moldes institucionais.

– Constituição de 1891: em se tratando de Ministério Público, só fez referência à escolha do Procurador-Geral e à sua iniciativa na revisão criminal *pro reo*. Em seu Art. 58, § 2º, fez nascer a figura do Procurador-Geral da República – PGR, sendo nomeado pelo Presidente da República, escolhido dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, com atribuições em lei.

– Constituição de 1934: foi nessa carta que, propriamente, deu-se um tratamento ao Ministério Público nacional como instituição. Reservou ao *Parquet* um capítulo próprio, independente dos demais poderes do Estado, situando-o como órgão de cooperação nas atividades governamentais. Estabelecidas, pela primeira vez, garantias e prerrogativas aos membros, criando-se também, o Ministério Público perante as Justiças Militar e Eleitoral.

Nesta Carta foi estabelecido que lei federal regularia o Ministério Público da União, no Distrito Federal e Territórios, ao passo que leis locais organizariam o MP nos Estados. A escolha do PGR tinha agora aprovação do Senado Federal e lhe foi equiparado vencimentos idênticos aos dos ministros da Corte Suprema.

– Constituição de 1937: esta Constituição foi editada sob a ditadura de Getúlio Vargas e, por conseguinte, trouxe grande retrocesso ao *Parquet*. O PGR era livremente nomeado e demitido pelo Presidente da República (*ad nutum*), dando-lhe atribuição para, por exemplo, officiar perante o STF, tribunal competente para seu julgamento. A carta deu previsão, também, para o Ministério Público pudesse compor o chamado “quinto constitucional” existente até os dias de hoje.

– Constituição de 1946: este diploma constitucional fez voltar a democracia quebrada pela Carta de 1937. Deu um título próprio ao MP, com regras de organização, escolha do PGR, ingresso por concurso público, garantias de estabilidade e inamovibilidade e conferiu atribuição ao Procurador Geral da República para representação por inconstitucionalidade. Organizou a instituição no âmbito federal e estadual e disciplinou sua atuação nas justiças Comum, Militar, Eleitoral e Trabalhista.

Foi nesta Constituição que foi outorgada a representação da União aos Procuradores da República (membros do Ministério Público Federal), que podiam delegar tais funções aos Promotores de Justiça (membros do Ministério Público nos Estados) atuantes nas comarcas do interior, numa incumbência relacionada à matéria fazendária que perdurou até a Carta de 1988, quando foi dada tal mister à Advocacia-Geral da União (AGU).

– Constituição de 1967: o incluía o *Parquet* numa seção do capítulo do Poder Judiciário, além de garantir estabilidade, inamovibilidade e a existência de dois ramos na Instituição: o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados. Sua Emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo, juntamente aos funcionários públicos e as Forças Armadas, mantendo a autonomia e organização da carreira conforme a Constituição anterior. Houve grande crescimento das atribuições do chefe do MPU, pois era nomeado e demitido livremente pelo Presidente da República.

A EC 7/1977 fez com que Lei Complementar (LC n. 40/1981), de iniciativa do Presidente da República, viesse estabelecer normas gerais a serem observadas na organização do MP Estadual. Foram dados mais poderes ao Procurador Geral da República.

3.2 Ministério Público na Constituição de 1988

Com a Constituição de 1988, foi inaugurada uma nova fase na democracia brasileira. Nunca foi dada tanta importância aos direitos fundamentais no Brasil como no atual modelo constitucional.

A peculiar e excepcional evolução do Ministério Público no decorrer das Constituições brasileiras trouxe para a sociedade um órgão vital, inovador, carregando em seu bojo a esperança e expectativas do povo brasileiro. Fazer valer as garantias constitucionais, defender os interesses da população, participar ativamente do processo democrático são alguns dos inúmeros objetivos que o *Parquet* possui.

Foi com a Carta de 1988 que o MP atingiu seu ápice. O produto de toda essa evolução jurídica trouxe como resultado uma instituição inovadora, completamente diferente das que existiam anteriormente, desvinculada de todos os Poderes do Estado, porém integrando-o, e o mais interessante: vigiando e fiscalizando esse próprio Estado, combatendo os abusos e irregularidades que este possa cometer contra os direitos da sociedade.

As palavras de Hugo Nigro Mazzilli, ilustrando o perfil constitucional do MP são muitos pertinentes e merecem ser citadas¹⁴:

É órgão do Estado (não do governo, nem do Poder Executivo), dotado de especiais garantias para desempenhar funções ativas ou interventivas, em juízo ou fora dele, em defesa dos maiores interesses da coletividade, como o combate ao crime por meio da ação penal pública, a fiscalização dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública para que respeitem os direitos assegurados na Constituição, a defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos, o controle externo da atividade policial.

O Ministério Público brasileiro encontra-se entre os mais bem estruturados do mundo. Mesmo sendo responsável pela defesa dos interesses sociais, coletivos, difusos, não está atrelado ao Poder Judiciário, como é o caso dos órgãos ministeriais de Portugal, Espanha e França. Também não se identifica com o Ministério Público dos Estados Unidos, em que a instituição está centralizada em uma figura monocrática (condados norte-americanos). Em termos institucionais,

¹⁴ Introdução ao Ministério Público, p. 35.

o MP brasileiro está além. Agora, em alguns pontos específicos, como o caráter investigatório das autoridades ministeriais, outros países já avançaram nesse sentido como nos Estados Unidos e na Itália, lugares em que soa absurdo o MP não poder investigar.

4 O Sistema Processual Penal brasileiro

4.1 Princípios: noções, definição e aplicação ao Direito Processual Penal

Na definição do jurista Maurício Antônio Ribeiro Lopes, princípio é tido como:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico.

Sabemos que, por diversas vezes, a atividade legiferante não é suficiente para regular e contemplar todas as situações fáticas da sociedade. Assim sendo, o jurista (na maioria das vezes o julgador), deve se valer de outros meios para preencher os espaços oriundos de omissões ou não-aplicação legislativa, a fim de que o Direito cumpra seu papel de regulador e pacificador social.

Os princípios do Direito são, conforme dito no contexto acima, fonte na qual se pode extrair uma justificativa de pacificação social, no intuito de suprir uma falha ou omissão por parte do legislador. Além disso, representa um cunho filosófico e ideológico bastante amplos, cujo fundamento principal baseia-se, no mais das vezes, na dignidade da pessoa humana. Doutrinariamente, os princípios do Direito são classificados como fontes do Direito mediatas, baseadas em disposições éticas cuja essência está na norma positiva. O Decreto-Lei n 4.657/1942, Lei de Introdução do Código Civil, trata bem acerca do tema, como se observa em seu art. 4º, a saber:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Assim percebe-se que um Princípio do Direito tem uma função essencial no ordenamento jurídico: justificar a aplicação das normas (em muitos casos), além de servir de base para sua fundamentação, justificação, dentre outros. Dessa forma, se o princípio for definidor de um sistema, é muito mais grave transgredir um princípio que uma norma, pois se ofende não só uma norma específica, e sim o ordenamento jurídico enquanto sistema.

Conforme comentado, a atual constitucionalização de alguns ramos do Direito, sobretudo o Direito Processual Penal, traz consigo uma gama de princípios que acabam norteando, de alguma forma, esse direito adjetivo. Princípios até anteriormente inaplicáveis ou timidamente implícitos no ordenamento atualmente estão ganhando cada vez mais vigência e aplicação. Fazendo uma correlação com estes, são postos a seguir uma síntese dos modelos processuais penais, para que mais se compreenda a sua evolução investigativa.

4.2 Modelos processuais penais¹⁵

Modelo Inquisitivo

Este modelo tido como pioneiro tinha como prerrogativa a enorme carga “investigatória” que o processo trazia, comandado pelo juiz investigador e ao mesmo tempo juiz sentenciante, inexistindo qualquer imparcialidade. A prova por este julgador apreciada seria de convencimento, tão somente para uma acusação que, por sua vez, seria realizada pelo mesmo. Tem como princípio fundamental a reunião, num mesmo sujeito, das funções de acusar, defender e julgar. Ao atuar de ofício, um único sujeito (ou órgão) combina em si todas essas funções, exigindo exercício de amplos poderes em todas as fases do processo.

Na situação do modelo inquisitivo, o acusado não participa ativamente da atividade do convencimento do julgador, pois é tido como mero *objeto*, e não *sujeito* do processo. Não há partes e sim interessados, sem prerrogativa alguma de intervir no ofício do juiz, os quais só vêm ao processo quando chamados. Os princípios integradores desse

¹⁵ Frisa-se a didática e nível de aprofundamento da obra de Bruno Calabrich: *Investigação Criminal pelo Ministério Público*.

sistema são: o da sigilosidade da investigação, da instrução, do julgamento; da tarifação de prova (forma de contenção do arbítrio do juiz) e o da escrituração (forma escrita).

Assim, temos um modelo que não se coaduna com um país democrático, pois não há imparcialidade, o processo é regido de forma secreta, sem participação do próprio acusado e o juiz detém poderes em demasia, com ampla liberdade de produção probatória.

Nas democracias ocidentais, esse sistema inquisitivo está completamente superado, embora haja resquícios desse modelo na legislação infraconstitucional¹⁶.

Modelo Acusatório

Este modelo representa um forte avanço para a comunidade jurídica e principalmente para o acusado. Nele, há nítida separação entre acusador e julgador, havendo garantia do contraditório, ampla defesa, do devido processo legal.

Tem fundamento na distribuição a sujeitos processuais distintos as funções de acusar, defender e julgar. À acusação cabe deduzir a pretensão em juízo, imputando a prática da conduta criminosa; ao acusado cabe o direito de, pessoalmente ou por terceiro habilitado, ter ampla defesa; e, por fim, cabe ao magistrado a tarefa de julgar a lide em questão.

Uma característica marcante desse modelo é a de que o sujeito legitimado para a acusação desempenhe não só a atribuição de apresentar em juízo uma pretensão, mas também que esse sujeito participe da instrução, imputando provas que entender pertinentes. Assim, pode-se elencar os seguintes princípios integrantes de tal modelo: imparcialidade do juiz (incompatível com a iniciativa acusatória do juiz), contraditório, ampla defesa, igualdade de partes, publicidade dos atos, oralidade, inércia ou jurisdição, devido processo legal, estado de inocência ou presunção de não culpabilidade, verdade real, dentre outros.

¹⁶ Citam-se o art. 531 do CPP (instauração do processo mediante portaria do juiz ou do delegado de polícia); art. 311 do CPP (decretação de prisão preventiva *de ofício* pelo juiz na fase do inquérito policial) e o art. 3º da Lei n. 9.034/95 (previsão do “juiz investigador” para crimes cometidos por organizações criminosas), em que o STF, no julgamento da ADI 1570, declarou inconstitucional o referido dispositivo.

O sistema acusatório vem paulatinamente sendo adotado pela maioria dos ordenamentos jurídicos do ocidente. Talvez por isso parte dos processualistas entende que esse modelo seria o predominante no Brasil, porém, há entendimento diverso, ainda majorante.

Modelo Misto

Por este sistema, divide-se a persecução penal em duas fases, uma de instrução preliminar (nos moldes do sistema inquisitivo), e outra, de julgamento (com predominância do sistema acusatório). Ambas são presididas por autoridades dotadas de poderes jurisdicionais (seja juiz ou membro do MP, nos países que neste reconhecem poderes típicos da magistratura). Foi criado com o objetivo de superar a irracionalidade do modelo inquisitivo, sem desprezar a importância das atividades investigatória e acusatória. É também chamado de *acusatório formal* ou *acusatório impuro*.

Na primeira fase, tida como *instrução preliminar*, realizada perante um *juizado de instrução*, são reunidos elementos que vão compor a interposição do processo acusatório. Na segunda, por sua vez, existe o processo criminal propriamente dito, iniciado por um sujeito processual distinto do órgão com função julgadora, assegurando-se sempre ao acusado o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Foi o modelo adotado no Brasil, por conter características híbridas. Vale a ressalva de que há correntes processualistas colocando como predominante o sistema acusatório. Entretanto, a maioria entende que o sistema pátrio é o misto por conta da presença de uma fase inquisitorial (via administrativa – inquérito policial) e outra judicial (via processual) em que prevalecem os postulados do modelo acusatório. Esta é a diretriz majoritária na doutrina, argumentando-se que, por imposição constitucional, apesar de haver uma fase inquisitiva na persecução penal, prevalecem no sistema (como um todo) as características do modelo acusatório, posição esta já acolhida pelo Pretório Excelso.

Diante disso, hoje há corrente doutrinária defendendo que, por conta da prevalência do sistema acusatório, estaria o MP impedido

de presidir investigação criminal no Brasil, pois o mesmo órgão responsável pela investigação atuaria também como acusador. Todavia, com a devida vênia, não traz respaldo tal ideia, pois a imparcialidade do julgador permanecerá inerte. Não se partilha desse pensamento, conforme se verá adiante.

Esse sistema subdivide-se em *sistema misto com juizado de instrução inquisitório* (sistema misto clássico) e *sistema misto com juizado de instrução contraditório*¹⁷. No de juizado inquisitório, a instrução preliminar é realizada pelo juiz, de posse de indícios mínimos recolhidos por terceiros (Polícia, MP, particulares interessados etc.). O juiz da instrução tem poderes para apurar fatos, consoante método inquisitivo, sem dar ao investigado qualquer direito ao contraditório. São exemplos de países que seguem esse método, de acordo com as especificidades de cada sistema normativo: França, Bélgica, Uruguai, Colômbia e o México.

No tocante ao juizado de instrução contraditório, este é tido como a etapa de instrução preparatória do processo acusatório, que pode ser de forma eventual precedida de uma investigação sumária, presidida por um juiz. Nesta fase existe a participação do investigado, que pode exercer seu contraditório. Seguem esse sistema a Espanha, o Peru, a Argentina e o Brasil (este somente em se tratando de crimes de competência do Júri) cujo rito é bifásico¹⁸.

Para finalizar, as palavras de Aury Lopes Júnior, são relevantes, ao tratar da distinção entre os dois modelos que compõem o sistema misto. Para o autor, o ponto chave da questão está no sistema de gestão de prova. No acusatório, a produção da prova cabe às partes e não ao juiz, ao passo que no inquisitivo toda a prova deve ser produzida e acolhida pela autoridade julgadora.

17 Investigação Criminal pelo Ministério Público, p. 42.

18 A CF/1988 deu tratamento específico ao procedimento do júri, em seu art. 5º, a saber:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida [...].

4.3 O Inquérito Policial

Muito há o que se falar acerca do Inquérito Policial (IP). Para o objetivo almejado, é de fundamental importância tecer considerações (não tanto pormenorizadas) sobre esta importante peça investigativa, pois, apesar de não ser indispensável à propositura da Ação Penal Pública pelo MP (o que ocorre quando, realmente, o membro do *Parquet* já dispõe, de plano, de condições ao oferecimento da denúncia) é relevante, pois na fase investigativa consegue-se obter informações que por diversas vezes não são obtidas na fase judicial, dada a rapidez daquela.

Este instrumento serve de proteção aos direitos fundamentais, já que protege, em caso da não propositura da ação penal em face da ausência probatória, o indivíduo de submeter-se desnecessariamente a um processo penal, causando-lhe constrangimento.

Em uma análise processual-penal firmada na nossa atual Constituição, o IP deve fornecer elementos para a defesa do sujeito passivo da investigação criminal, atuando como uma espécie de filtro processual, evitando que acusações infundadas cheguem até a fase processual. Aury Lopes Júnior ensina que “o inquérito policial nasce da mera possibilidade, mas almeja a probabilidade”. O mesmo autor traz ponderações interessantes em relação a esse sujeito passivo, quando diz que ele é o grave problema do Inquérito Policial atual, pois não se sabe ao certo a partir de que momento alguém é considerado sujeito passivo, quais encargos que possui, quais direitos lhe correspondem, etc. Conforme defendido por ele, partilha-se da tese da ampliação defensiva no IP, baseado na inocência presumida do indiciado. Nesse contexto, frisa-se a obrigatoriedade de defesa (pessoal e técnica) de contraditório (informação), possibilidade de nulidades do inquérito contaminarem o processo, impossibilidade dos atos de investigação serem valorados na sentença, necessidade de exclusão física dos autos do inquérito, enfim, da necessidade de uma leitura garantista e constitucional da fase pré-processual¹⁹.

O Inquérito Policial trata-se de uma peça informativa, de cunho administrativo, em que a autoridade policial colaciona todos os indí-

cios e atos de investigação (e não provas propriamente ditas), pois há entendimento pacífico de que a condenação de um acusado não pode se basear tão somente nos autos do IP. É discricionário (no tocante à forma de investigação realizada pela autoridade policial), provisório (sua finalidade se exaure quando da colheita de provas de autoria e materialidade do delito) e indisponível, pois seu arquivamento só ocorre por decisão judicial, a requerimento de membro do MP.

Em se tratando do Inquérito Policial, vale a pena trazer à baila um breve estudo do art. 16 do CPP, *ex positis*:

Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para *novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia*. [grifo nosso]

Convém observar que a lei, ao prever a não devolução dos autos do IP pelo Ministério Público à Autoridade Policial, demonstra que, no tocante às diligências não indispensáveis à Ação Penal, ele (*Parquet*) mesmo pode realizá-las, sem intervenções da Polícia Judiciária. A ressalva que a lei menciona é que não há óbice de retorno do IP à Autoridade Policial no tocante àqueles procedimentos investigatórios imprescindíveis.

O problema que deve ser trazido a debate é que existe um grau de discricionariedade entre o que é indispensável e o que não é. Analisando-se a situação concreta, existe um grau considerável de subjetividade. Regular situações em que uma diligência investigatória pode ou não ser feita, mensurar tal situação pode ser passível de erro, podendo comprometer o bom andamento do IP. Seria muito mais viável à investigação se o próprio MP realizasse a diligência, consoante suas convicções no caso.

Cabe, por fim, uma análise importante: se o IP é passível de ser dispensado pelo membro do MP, se este já dispuser de elementos probatórios à propositura da ação penal (art. 39, § 5º, CPP²⁰), seria ir contra todo o sistema processual a ideia de que o *Parquet* pode valorar

²⁰ Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

¹⁹ Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, p. xxix.

ou não a necessidade de novas provas (já que detém a titularidade exclusiva da Ação Penal, e a sua impetração dependerá da análise subjetiva das provas no IP) e não pode fazer nada para obtê-las, com investigação própria. E outra, se o MP pode requisitar à autoridade policial determinada diligência (denotando um caráter obrigatório do pedido), conforme previsto no art. 129, VIII da Carta de 88²¹, não há sentido para deixar de obter, na fonte, tais informações.

Respeitáveis as palavras de Aury Lopes Júnior, cujas considerações norteiam-se não na importância de saber quem conduzirá as investigações (Autoridade Policial ou *Parquet*) e sim na definição de como será realizada a inquirição, sempre mantendo o juiz, obviamente, longe de qualquer iniciativa investigatória.

Data máxima vênua, entende-se que existe importância saber se é possível ao MP investigar crimes, diretamente ou não. Almeja-se uma melhor investigação, mais diversificada, mais autônoma, mais independente, a fim de deixar claro quem participará e como ocorrerá essa fase investigativa.

Agora, um fato é inegável, conforme citado por Aury Lopes: mesmo após o pronunciamento pela Corte do STF em sua composição plena (o que ainda ocorrerá) sobre tal possibilidade investigativa muitos problemas graves ainda manter-se-ão²².

Em outros países, notadamente europeus, percebe-se uma diversidade de situações e definições acerca do Inquérito Policial

21 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

22 Aury Lopes enumera alguns aspectos que são fundamentais no contexto, independente de qualquer posição acerca da possibilidade ou não da investigação direta pelo *Parquet*, a saber:

1) posição do juiz na investigação (garantidor e não inquisidor); 2) o papel da prevenção, pois deve ser causa de exclusão de competência e não de fixação; 3) definir o controle externo da atividade policial; 4) delimitar o objeto e o nível de cognição; 5) definir o prazo máximo de duração da investigação; 6) definir de forma objetiva a posição jurídica do sujeito passivo; 7) excluir fisicamente os autos de investigação de dentro do processo; 8) regulamentar o que seria segredo interno e externo e 9) disciplinar a produção antecipada de provas.

e procedimentos de investigação. Eis alguns exemplos citados pelo mesmo autor²³.

a) Brasil

A definição legal do IP não está de forma precisa em nenhum artigo do CPP, devendo-se relacionar os arts. 4º e 6º do Código de Processo Penal, de modo que *é a atividade desenvolvida pela Polícia Judicial com a finalidade de investigar o delito e sua autoria*. Esta investigação teria como destinatário o MP (titular exclusivo da ação penal pública) ou o acusador (em se tratando de ação penal privada).

b) Espanha

O art. 299 da LECrim define de forma objetiva o *sumario* (instrução preliminar no procedimento ordinário) como um conjunto de atuações com a finalidade de preparar a fase processual *juicio*, realizadas para averiguar e fazer constar a ocorrência de delitos com todas as circunstâncias que possam influir na qualificação e culpabilidade do delincente. No procedimento abreviado, as *diligencias previas* (arts. 782, 785 e 785bis.1) visam à comprovação do delito e a identificação dos culpados. O art. 789.3 positiva que somente em caso de informações imprecisas na certidão de ocorrência policial, o juiz ordena à Polícia Judicial ou praticará por si mesmo as diligências para determinar a natureza, as circunstâncias do fato e as pessoas envolvidas. Por fim, o art. 2º da LECrim dispõe que todas as autoridades e funcionários que participem do procedimento apreciem as circunstâncias, tanto adversas como favoráveis ao suspeito.

c) Itália

A legislação processual penal contempla no art. 326 do CPPi o objeto das investigações preliminares, o *indagine preliminari*, definido como as investigações e averiguações necessárias para o exercício da ação penal, desenvolvidas pelo Ministério Público e a Polícia Judicial, cada qual no seu âmbito de atribuição. No art. 358 do mesmo diploma está previsto que o MP efetue investigações sobre fatos e cir-

23 Sistemas de Investigação Preliminar, p. 39-40.

cunståncias que também possam ser favoráveis à pessoa submetida à *indagine preliminare*.

d) Alemanha

Tendo em vista nesse país vigorar o Princípio da Oportunidade²⁴, o § 160 da StPO dispõe que o MP deverá *averiguar as circunstâncias do fato punível constante na notícia crime, tanto das que sirvam para inculpar como também das que sirvam para exculpar, com o fim de tomar resolução sobre o exercício da ação penal*.

e) Portugal

O CPP português determina em seu art. 262 que o Ministério Público deverá realizar o inquérito, definido como *um conjunto de diligências que visam a investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação*.

5 Ministério Público e o controle da atividade policial

O cerne da questão seria o de como proceder. Veja-se o exemplo. Compete apenas ao magistrado (a pedido da autoridade policial ou do membro do MP) a quebra do sigilo das comunicações do indiciado, somente a ele, e a mais ninguém²⁵, pois se trata de reserva de jurisdição. Assim, existe a necessidade de também, ocorrer situações que somente um órgão tenha atribuição para atuar, como por exemplo, a competência do *Parquet* presidir IP em caso de crimes cometidos por policiais.

²⁴ O princípio da oportunidade é aquele segundo o qual o órgão estatal tem a faculdade de promover ou não a ação penal tendo em vista o interesse público. O fundamento do princípio da oportunidade está vinculado à ideia de que o Estado não deve cuidar de coisas insignificantes, podendo deixar de promover o *jus puniendi* quando verificar que dele possam advir mais inconvenientes do que vantagens. Esse princípio vigora, além da Alemanha, na França, na Noruega, dentre outros.

²⁵ Assim assegura o Art. 5º da Carta de 1988:

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Em Portugal, existem alguns diplomas legais partilhando sobre o tema, como o artigos do CPP português, que assim são dispostos:

os órgãos de polícia criminal coadjuvam o Ministério Público no exercício das suas funções processuais, nomeadamente na investigação criminal que é levada a cabo no inquérito, e fazem-no sob a direta orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional (arts. 56 e 263).

5.1 Exclusividade do MP para investigar crimes policiais

Este tópico representa uma inovação jurídica, assim sugerida. Defende-se a tese de que, tendo em vista atribuições constitucionais para o controle externo da atividade policial, o Ministério Público detenha exclusividade para presidir inquéritos cujos indiciados sejam autoridades policiais, excluindo-se as investigações internas realizadas no âmbito das Corregedorias. Nesse sentido, destaca-se art. 4º, § 1º da Resolução n. 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público – a qual disciplina o controle externo da atividade policial – que prevê tal possibilidade, *ex positis*:

Art. 4º Incumbe aos órgãos do Ministério Público, quando do exercício ou do resultado da atividade de controle externo:

(...)

§ 1º Incumbe, ainda, aos órgãos do Ministério Público, havendo fundada necessidade e conveniência, instaurar procedimento investigatório referente a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial.

Nessa linha de pensamento, pertinentes as palavras do ministro Celso de Mello, no tocante ao tema:

[...] a ação do MP é ainda mais necessária num caso como o de tortura, praticada pela polícia para forçar uma confissão, até mesmo porque a polícia não costuma colaborar com a investigação daqueles que pertencem aos seus próprios quadros.

Alguns preconizam que o próprio controle externo realizado pelo MP em face da autoridade policial por si só já se faz necessário. No entanto o que alguns imaginam, erroneamente, é que o *Parquet* visa investigar para comandar o trabalho da Polícia. Não procede tal argumento, já que, por expressa disposição constitucional, o *Parquet* possui a prerrogativa de realizar o controle externo da polícia

– conforme previsto na CF/1988²⁶ e na sua própria Lei Orgânica²⁷ – de tal atividade²⁸.

Logo, corrobora-se a tese infundada tecida por alguns de que o MP iria fazer o papel de Polícia Judiciária. O IP, inegavelmente, sempre terá como presidente a Autoridade Policial, e não o *Parquet*.

Faz-se uma sugestão de política jurídica, tendo em vista ausência normativa nesse sentido. A fim de melhorar cada vez mais a atividade investigativa (e esse é o objetivo maior, independente de quem presidirá, conduzirá ou auxiliará as investigações) é imprescindível um encaixe entre os órgãos nela envolvidos. Em casos em que o MP realizasse investigativa criminal, seria pertinente (mas não obrigatório, em face de sua autonomia e independência funcional) uma comunicação formal à autoridade policial, para demonstrar elementos de prova já colhidos, diligências realizadas, enfim, “situar” a polícia judiciária no curso da investigação.

Todas essas especificidades, delimitações, comunicações devem ser previstas em lei, por uma medida de segurança jurídica e imperativa aos órgãos investidos nesta fase investigatória preliminar.

6 A investigação

6.1 Delimitação de atribuições na investigação

Autoridade policial como órgão investigativo

Conforme analisado outrora, a CF/1988 conferiu às polícias civis (estadual e federal) um papel importante em se tratando de procedi-

26 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

27 Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;

II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;

III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;

V - promover a ação penal por abuso de poder.

28 O controle interno das atividades policiais é realizado no âmbito de suas próprias Corregedorias.

mento investigatório. É notório que a polícia judiciária é um órgão especializado na investigação criminal; a polícia, por sua essência, está próxima da atividade criminosa, além de ser um órgão estatal que se faz presente em praticamente todas as cidades do território brasileiro, acarretando maior interação com os problemas de uma comunidade.

A imparcialidade doutrinária e de pesquisa norteia este trabalho. Não se deseja competição entre polícia e MP para saber quem realiza uma melhor investigação. Desenvolve-se a ideia de que quanto mais investigação melhor. Nas sábias palavras do STJ, não se pode “feudalizar” a investigação. A mesma face da moeda em que se vislumbra a importância que as autoridades policiais possuem na investigação deve ser vista pelo seu lado oposto, quando da importância de se ampliar ainda mais estes procedimentos investigativos, pelo *Parquet*. O poder de investigar implica, também, em resguardar direitos.

É preciso salientar que a atividade típica da polícia judiciária, por si só, está imbuída de um aparato técnico e pericial típico desse órgão, características que nenhum órgão possui ou não tem condições de desempenhar, no mais das vezes com a mesma eficiência. O “olho” policial, o “faro” das investigações são elementos obtidos com a praxe da atividade policial.

Logo, é inegável que o MP (por não ser sua função típica maior) deve respeitar todo o trabalho da atividade investigativa da polícia. Agora, o que não se admite é a falácia de que o MP não pode investigar. Pertinentes as palavras de Aury Lopes Júnior sobre a importância da atividade investigativa:

O processo penal sem investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista e da própria razão.

6.2 Relacionamento do membro do *Parquet* e o delegado de Polícia

Existe de forma cotidiana uma relação entre o membro do Ministério Público e o delegado de polícia, no tocante às atribuições do IP. A dispensabilidade dessa peça administrativa em se tratando de propositura da consequente ação penal pode gerar, sob nossa ótica, um

certo descontentamento perante a Polícia Judiciária. Seria interessante um meio para que as atribuições de investigação fossem ampliadas, sob uma política jurídica delineada, sem comprometer as atribuições dos órgãos inseridos em todo o contexto, almejando o melhor para a investigação. O impedimento da atuação investigativa do MP, nesse ínterim, não serviria para resolver os conflitos de atribuição acaso existentes, pois pode cercear condições para uma ampla investigação.

Assim, ainda no caminho da delimitação e da sistematização do poder investigatório, atreve-se a dar uma contribuição. Para melhor equacionar as atribuições de cada um dos órgãos citados (MP e autoridade policial) sugere-se (e isso ganharia coercitividade se erigido ao status de norma) algumas formalizações no decorrer das investigações, desde que não as comprometa, lógico. Isso poderia ser feito se, na prática, as autoridades envolvidas aumentassem o elo de comunicação, principalmente no tocante às provas, dados e informações já colhidas. Assim, defende-se que haja uma troca contínua de informações entre os órgãos investigativos, cujos procedimentos e métodos de interação seriam feitos, discricionariamente, pelos entes estatais, baseados em lei. Entende-se que não seria tão fácil atingir esse objetivo. Mas se ao menos algo nesse sentido puder ser feito, poder-se-ia evitar perda de tempo com provas já colhidas, informações já prestadas, testemunhas já inquiridas.

O melhor caminho seria uma disciplina legal sobre o tema, uma lei que dispusesse de forma detalhada (mais do que as disposições do nosso atual CPP) sobre os trâmites do IP e quais os momentos em que cada órgão atuaria, isso em se tratando de critérios formais, ou seja, distribuição de tarefas sem perder o foco da investigação.

Sem desmerecer a titularidade da Ação Penal conferida ao MP pela CF/1988, defende-se que, caso o MP decida impetrar com a Ação Penal dispensando o IP (levando-se em consideração que poderá, também proceder investigações diretamente), a autoridade policial seja comunicada, por escrito. Logicamente, o membro do *Parquet* a isso não estaria obrigado, pois detém prerrogativas que assim o autorizam, conforme dito anteriormente. Seria apenas uma medida político-jurídica, para que se harmonize os trabalhos.

Pertinentes, a título de ilustração, as palavras proferidas por René Ariel Dotti, sobre a relação entre tais autoridades:

[...] forçoso é reconhecer que o sistema adotado em nosso país deixa muito a desejar quanto à eficácia e agilidade das investigações. E o maior obstáculo para alcançar estes objetivos decorre da falta de maior integração não somente das categorias funcionais da Polícia Judiciária e do Ministério Público como também de seus integrantes. Observa-se, lamentavelmente e em muitas circunstâncias, a existência de um processo de rejeição que parece ser genético²⁹.

Isso porque, excetuando-se crimes cometidos por magistrados ou membros do MP, o Inquérito Policial sempre será presidido pelo delegado de polícia.

É necessário não se ater a discussões e rivalidades fúteis. O sistema penal pátrio funciona de modo interligado, e as funções exercidas pelos órgãos que compõem a persecução penal são todas de essencial valia para o resultado final. Mais importante do que discutir qual instituição é mais relevante e a com mais funções, é ver o processo tramitando de forma eficaz, maneira eficiente, garantido-se um melhor serviço público para toda sociedade.

Finalizando este tópico da relação Membro do Ministério Público e a autoridade policial, faz-se uma comparação com o direito alienígena. A França, em seu atual Código de Processo Penal francês, dispõe em seu art. 12 que:

A polícia judiciária é encarregada de constatar as infrações penais, juntar as provas e buscar seus autores, e que cabe ao Ministério Público o cuidado de dirigir essa tarefa, devendo a polícia agir sob suas instruções.

7 Não ao monopólio da investigação

7.1 Análise do art. 144 da Constituição Federal de 1988

Apresentam-se a seguir dois dispositivos constitucionais que traduzem possibilidades maiores de investigação, negando uma atuação exclusiva da autoridade policial. Eis o primeiro, o art. 144 da CF/1988:

²⁹ O Ministério Público e a Polícia Judiciária – Relações formais e desencontros materiais, in Ministério Público, Direito e Sociedade, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 135.

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:

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

[...]

IV - exercer, *com exclusividade*, as funções de polícia judiciária da União. [grifo nosso]

Da leitura do dispositivo, nota-se que existe, de forma exclusiva, a atuação da polícia judiciária, quer da Polícia Federal ou das Polícias Civis estaduais, ou seja, aquele conjunto de atribuições ligado às funções propriamente ditas da atividade policial, como mandado de prisão, busca e apreensão domiciliar, perseguição, dentre outras. Em nenhum momento a CF/1988 positivou ser a investigação de uso exclusivo da polícia. Pelo contrário, em outros dispositivos, contemplou a possibilidade de atuação investigativa concorrente em outros procedimentos, como a Ação Civil Pública.

Na análise, é importante destacar o § 4º do mesmo artigo:

§ 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.

Neste dispositivo, diversamente do que foi dito em relação ao *Parquet* no Art. 129, I, o Constituinte Originário não utilizou o termo “privativamente”. Serve-se de arcabouço o julgamento da ADI n. 1.517 do ministro Maurício Corrêa, cujos trechos abaixo são transcritos, selecionados de forma didática:

a expressão “com exclusividade”, inserida na regra contida no inciso IV do § 1º do art. 144 da CF, deve ser interpretada no sentido de excluir das demais polícias elencadas nos incisos II a V do referido artigo, inclusive as de âmbito federal (rodoviária e ferroviária) a destinação de exercer as funções de polícia judiciária da União. [...] o texto constitucional do § 4º não utiliza o termo “exclusividade”. Constata-se, pois, que a Constituição não veda o deferimento por lei de funções de investigação criminais a outros entes do Poder Público [...] (STF, Pleno, em 30.4.1997).

Ora, seria um retrocesso, após uma Constituição-cidadã, dar competência investigativa a um único órgão. Assim, apesar de o

Constituinte Originário de 1988 não atribuir, expressamente, a investigação criminal, direta ou indiretamente, ao Ministério Público, após uma análise sistêmica desses dispositivos, dos princípios adotados pelo ordenamento (dignidade da pessoa humana, contraditório, ampla defesa, visto serem todos esses norteadores de uma investigação criminal bem instruída, segundo o devido processo legal), uma investigação criminal fundamentada representa uma consequência de um Estado Democrático de Direito, pois dará garantias ao indiciado. E o MP, como papel precípua que possui, deve resguardar os direitos e garantias fundamentais de qualquer indivíduo, condenado ou não, respeitando, por obviedade, o princípio da não culpabilidade³⁰.

Nesse contexto, é importante a transcrição do Art. 129, IX da CF/1988, a saber:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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. [grifo nosso]

Esse dispositivo, chamado de cláusula constitucional aberta, demonstra que seria um equívoco negar ao *Parquet* a possibilidade de realizar investigação criminal, quer de forma mediata ou não, pois tal norma é decorrência da própria natureza da atribuição dada pela mesma Carta Magna ao MP, tudo em conformidade com o ordenamento vigente.

7.2 Exemplos de quebra do monopólio investigativo

O fato é que o Ministério Público já se vale de uma investigação direta em várias situações. A Carta Magna, por exemplo, em vários dispositivos autoriza uma ampla investigação, conforme citado nos artigos a seguir.

³⁰ Também conhecido como Princípio da Presunção da Inocência, previsto na CF de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

O art. 129, I, VI, VIII e IX³¹, autoriza a investigação pelo *Parquet* de forma ampla, frisando sua atuação como titular exclusivo da ação penal pública e seu controle externo perante às autoridades policiais. Destaca-se, por oportuno, que, em momento algum, remete-se à possibilidade de o MP presidir o Inquérito Policial.

O art. 58, § 3º³² prevê a criação das chamadas CPIs (Comissões Parlamentares de Inquérito), preconizando a instauração de inquérito para apurar casos determinados, com o conseqüente relatório final encaminhado ao órgão competente do MP para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos envolvidos.

Citam-se, também, os arts. 71 e 74, § 2º³³, que estabelecem a investigação pelo Tribunal de Contas competente.

Em se tratando de legislação infraconstitucional, coloca-se o disposto no art. 4º do CPP, que, de forma explícita, rechaça qualquer situação de exclusividade na investigação, a saber:

31 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

(...)

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

(...)

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.

32 Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

(...)

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

33 Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

(...)

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

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. [grifo nosso]

Existem no ordenamento jurídico situações em que a investigação (e nesse contexto entende-se investigação num sentido *lato sensu*, como sendo toda e qualquer atividade investigativa antes da fase judicial) ocorre não somente presidida pela autoridade policial.

A nova Lei de Falências, Lei n 11.101/2005, prevê em seu texto um inquérito judicial, instaurado com base em relatório elaborado pelo síndico e movimentado pelo Ministério Público para o fim de apurar crimes praticados pelo falido (art. 103 e seguintes)³⁴.

Por sua vez, na área penal, o art. 47 do Código de Processo estabelece que:

Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

Essa requisição pode até ser oralmente deduzida ao Delegado de Polícia quando o Ministério Público acompanha inquérito policial, como lhe facultam as Leis Orgânicas Nacional e Estadual, em sua devida competência. Caso contrário, o *Parquet* seria mero espectador inerte da atividade da polícia judiciária, já que sua presença é justificada pela fiscalização do ato e coleta de elementos para formação da sua *opinio delicti*, além de exercer o importante papel do controle da atividade policial.

Nesse ínterim, Renê Ariel Dotti fez um estudo preciso sobre o assunto, após defender fundamentadamente a possibilidade da inves-

34 Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.

Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

tigação criminal pelo Ministério Público, algumas conclusões, selecionadas para melhor demonstração:

Neste derradeiro artigo é possível resumir algumas conclusões fundamentais visando decifrar a esfinge da investigação criminal: 1.a) O desafio não se resolverá pela interpretação de textos (CF, CPP, leis federal e estadual do MP etc.); 2.a) *A Polícia Judiciária não detém (desde o advento do CPP) o monopólio da apuração dos ilícitos penais*; 3.a) O procedimento preparatório da ação penal deverá designar-se inquérito criminal em oposição ao inquérito civil, assim nominado pela Constituição (art. 129, III) e pela Lei nº 7.347/85 (ação civil pública, art. 8.o, § 1.o); 4.a) O inquérito criminal deve constituir um procedimento único, vale dizer, não se pode admitir a investigação paralela (inquérito, pela Polícia Judiciária, e Procedimento Administrativo, pelo Ministério Público); 5.a) Uma reordenação constitucional e legal é indispensável para estabelecer o concurso de funções e superar o conflito de atribuições entre o MP e a Polícia Judiciária; [...].

Para finalizar qualquer dúvida sobre a inexistência de monopólio, além de ressaltar a importância do MP na atividade investigativa, enumeram-se a seguir hipóteses que demonstram que a atividade investigativa nunca foi exclusiva da polícia, tanto que, no ordenamento brasileiro desempenham também tal função³⁵:

- a) a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN);
- b) a Comissão de Valores Mobiliários (CVM);
- c) o Ministério da Justiça, por meio do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF);
- d) as Corregedorias da Câmara e do Senado Federal;
- e) os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, onde houver;
- f) a Receita Federal;
- g) o STF, o STJ, os Tribunais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados.

³⁵ CAPEZ, Fernando, *Curso de Processo Penal*, p. 105-111.

8 Poder investigatório do Ministério Público

8.1 Extensão da atuação investigativa do Ministério Público

Nosso ordenamento, mesmo antes das controvérsias acerca da possibilidade de investigação direta pelo MP (em se tratando de crimes) já previa diversas possibilidades de investigação por aquele órgão. Vejamos algumas.

Pode-se dizer, que o atual perfil do MP desembocou-se com a Lei Federal n. 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), tido praticamente como o primeiro diploma legal que deu legitimidade à propositura de ações coletivas.

A lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/1985, representa um marco na história do MP. Esse dispositivo, antes da atual Carta de 1988, incluiu o *Parquet* no rol dos legitimados ativos para a defesa de interesses difusos e coletivos³⁶.

Três anos depois, assunto já abordado no Capítulo I, item 2.2, veio a Constituição de 1988, dando uma nova estrutura à instituição, juntamente com a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal n. 8.625/1993) e a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar Federal n. 75/1993), além das leis orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados.

A investigação direta foi igualmente atribuída ao MP no campo dos direitos sociais, através da Lei n. 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) cujo art. 179 dispõe que, logo que apresentado o adolescente a quem se atribua o ato infracional (tendo em vista que adolescente não comete crime, por ser inimputável) o MP *procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas*. O Código de Defesa do

³⁶ Segue o dispositivo da Lei n. 7.347/1985:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I – o Ministério Público;

Consumidor – Lei Federal n. 8.078/1990 deixou o *Parquet*, também, em posição de destaque, tendo em vista tratar de direitos difusos.

Assim, demonstra-se ser inegável a existência de poder investigatório no âmbito do MP, porém, deve ser frisado que a extensão desse poder, em se tratando das investigações criminais realizadas por ele diretamente (para que não conflite com as atribuições da Autoridade Policial) deve estar disciplinada por lei.

Por isso recomenda-se ao Legislativo algo nesse sentido, para que seja criada uma legislação que disponha, conforme a natureza e o tipo de crime a ser investigado, sobre todo o trâmite dos procedimentos investigatórios, definindo-se qual órgão atuar e em que momento, para melhor moldar-se ao perfil atual do ordenamento jurídico brasileiro.

Há vários sistemas jurídicos estrangeiros que ao estabelecerem em suas reformas processuais penais o fortalecimento do Ministério Público, passaram a permitir de maneira ampla a investigação criminal pelo órgão. Em geral, observa-se a existência de dois sistemas principais: o inglês (em que a Polícia detém o poder de conduzir as investigações preliminares) e o continental (o Ministério Público conduz a investigação criminal).

No sistema continental, citam-se como exemplos a Itália, a Alemanha, a França e Portugal, conforme será exposto a seguir.

Na Alemanha, lê-se no seu Código de Processo Penal:

StPO § 160: ...

(2). A Promotoria de Justiça deverá averiguar não só as circunstâncias que sirvam de incriminação, como também as que sirvam de inocentamento, e cuidar de colher as provas cuja perda seja temível.

(3). As averiguações da Promotoria deverão estender-se às circunstâncias que sejam de importância para a determinação das consequências jurídicas do fato. Para isto poderá valer-se de ajuda do Poder Judicial.

StPO § 161: Para a finalidade descrita no parágrafo precedente, poderá a Promotoria de Justiça exigir informação de todas as autoridades públicas e realizar averiguações de qualquer classe, por si mesma ou através das autoridades e funcionários da Polícia. As autoridades e funcionários da Polícia estarão obrigados a atender a petição ou solicitação da Promotoria.

Na Itália, seu “*Codice di Procedura Penale*”, afastando o sistema de Juizado de Instrução, preconiza alguns dispositivos normativos que são aptos a serem transcritos:

Art. 326 – Finalidade das Investigações Preliminares. O Ministério Público e a Polícia Judiciária realizarão, no âmbito de suas respectivas atribuições, a investigação necessária para o termo inerente ao exercício da ação penal.

Art. 327 – Direção das investigações preliminares. O Ministério Público dirige a investigação e dispõe diretamente da Polícia Judiciária.

No tocante à atividade investigatória do MP em específico, o mesmo diploma legal italiano preconiza nos arts. 358 e 370:

Art. 358. Atividades de investigação do Ministério Público. O Ministério Público completa toda atividade necessária aos fins indicados no artigo 326 e realiza, outrossim, averiguações sobre os fatos e circunstâncias a favor da pessoa submetida à investigação.

Art. 370. Atos diretos e atos delegados. O Ministério Público completa pessoalmente qualquer atividade de investigação. Pode valer-se da polícia judiciária para o cumprimento da atividade de investigação e de atos especificamente delegados, aqui compreendidos os interrogatórios e os confrontos dos quais participa a pessoa submetida à investigação que se encontra em estado de liberdade, com a assistência do defensor.

Ainda no Direito lusitano, a Lei Orgânica do Ministério Público de Portugal, no seu art. 3º, diz competir ao Ministério Público “dirigir a investigação criminal, ainda quando realizada por outras entidades” e “fiscalizar a actividade processual dos órgãos de polícia criminal”.

Na França não é diferente, conforme o art. 41 do respectivo Código de Processo Penal:

O Procurador da República procede ou faz proceder a todos os atos necessários à investigação e ao processamento das infrações da lei penal. Para esse fim, ele dirige as atividades dos oficiais e agentes da polícia Judiciária dentro das atribuições do seu tribunal.

Assim, percebe-se que existe uma tendência mundial para que o Ministério Público exerça poder investigatório³⁷.

³⁷ Essa análise do Direito Comparado foi interpretada consoante artigo científico do desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo José Damião Pinheiro Machado Cogan.

O Código de Processo Penal português, complementado pelo Decreto-Lei n. 35.007, de 13 de outubro de 1945, na sua exposição de motivos dessa legislação complementar estabelece:

3. (...)

A instrução preparatória destina-se a fundamentar a acusação, logo, é ao Ministério Público que cumpre recolher ou dirigir a recolha dos elementos de prova bastantes para submeter ao Poder Judicial as causas criminais.

O art. 14 é específico:

A direcção da instrução preparatória cabe ao Ministério Público, a quem será prestado pelas autoridades e agentes policiais todo o auxílio que para esse fim necessitar.

Parágrafo único. Para o coadjuvar directamente na instrução preparatória de qualquer processo, pode o agente do Ministério Público requisitar qualquer funcionário da respectiva secretaria judicial” (Código de Processo Penal Anotado e Comentado por Manuel Lopes Maria Gonçalves, 5ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1982).

Ainda neste estudo comparado, chamaram a atenção as disposições do Código de Processo Penal Japonês, que apesar de nortear vários dispositivos legais conservadores, tradicionais, sem um garantismo penal em excelência, ressalta:

Art. 191. Um promotor público pode, se ele julgar necessário, investigar a ofensa ele mesmo.

Art. 193. Um promotor público pode, na sua jurisdição, dar necessárias sugestões gerais aos oficiais da polícia judiciária tendo em vista suas investigações.

3. Um promotor público pode, quando isso for necessário em um caso, ele mesmo investigar a ofensa, instruir os oficiais da polícia judiciária e compeli-los a auxiliar na investigação.

4. No caso dos três parágrafos precedentes, os oficiais da polícia judiciária seguirão as sugestões e instruções do promotor público.

O art. 194 desse mesmo diploma legal prevê até remoção da polícia judiciária e punição disciplinar pela não observância das orientações dadas pelo Ministério Público (Código de Processo Penal – Lei n. 131/48, emendada pelas Leis n. 260/48, 116/49, 240 e 268/52, 172 e 195/53 e 57 e 163/54).

Esse dispositivo representa algo inovador na comunidade jurídica ocidental, dada a importância dada ao *Parquet*. O país deposita nessa norma toda a esperança de que puna efetivamente o infrator, dando ao MP status de órgão supremo, no tocante à investigação e propositura de ações penais.

Já a lei penal que norteia o Ministério Público japonês estabelece:

Art. 6. Os promotores podem investigar qualquer ofensa criminal.

2. O relacionamento entre os promotores públicos e outras pessoas que, de acordo com outras leis e decretos também têm o poder de investigação criminal, será estabelecido pelo Código de Processo Criminal. (Lei n. 61/47, emendada pela Lei n. 195/47; Leis n. 31 e 260/48; Lei n. 138/49, Lei n. 96/50 e Lei n. 268/52)³⁸.

Como se vê, no Japão, o membro do Ministério Público passa a dirigir as investigações, bastando tomar ciência de fato que possa ensejá-la. Frise-se que o Japão é um país modelo em se tratando de persecução penal. Outros Códigos de Processo Penal latino-americanos, como os da Bolívia, do Equador e da Venezuela, entre tantos outros, permitem ao Ministério Público a condução das investigações, assessorado pelos órgãos policiais.

O Ministério Público americano, com menos garantias que o nosso, leva inúmeros criminosos ao banco dos réus, em investigações, por vezes próprias.

Conforme exposto, percebe-se que é uma tendência mundial que o Ministério Público possa investigar. Caso contrário, seria ele mero ratificador de investigações policiais, sem qualquer grau de re-provação ou análise de mérito probatório. Não é o momento, em face da criminalidade crescente e organizada que a todos preocupa, de isolar as atividades da Polícia Judiciária e do Ministério Público, sob argumento de exclusividade do poder investigatório.

Quanto mais órgãos investigarem os ilícitos penais, assim como pensam os nossos Tribunais Superiores (o STJ manifestou-se primei-

³⁸ Os textos foram extraídos do livro *The Constitution of Japan and Criminal Statutes*, publicação original do Ministério da Justiça japonês e republicado pela University Publications of América, Inc., Washington D.C., EUA, 1979, p. 130, 131, 403,404.

ramente nesse sentido), maior é a certeza da sociedade de que os crimes terão pronta e eficaz repressão, quer praticados por hipossuficientes quer por detentores de poder e dinheiro, posto que ensina a Lei Maior que “todos são iguais perante a lei”.

8.2 Análise das Súmulas 524 do STF e 234 do STJ

Eis o teor da Súmula do Pretório: *Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.*

O STF, ao editá-la, excetuou, sob a nossa ótica, a possibilidade de desarquivamento do IP. Logo, pactuamos a tese de que, na redação: “[...] não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”, demonstra que essas provas poderiam ser apresentadas tanto pelo MP como pela autoridade policial, ou o que tivesse, primeiramente, a notícia do novo aparato probatório. Assim, permitiu-se, em sede jurisprudencial, que o MP apresente provas, e tais poderão ou poderiam ser obtidas mediante uma investigação direta pela *Parquet*, pois esperar ou requisitar diligências à autoridade policial neste caso seria inviável, pois se poderia correr o risco de comprometer ou retardar a obtenção da prova.

Assim, em uma análise geral da Súmula, percebe-se que, em sede jurisprudencial, inicia-se um caminho baseado na mais ampla defesa possível, independente de onde ou quem apresentará as provas recém-descobertas. Desse modo, a Jurisprudência não explicitou e não se preocupou (pois, se assim fosse, estaria previsto no teor da Súmula) quem seria o responsável pela prova, isto é, quem seria o responsável pelas investigações que levaram à colheita da peça probatória. Nesse contexto, pertinentes e em consonância com esse pensamento sumulado encontram-se as palavras de Aury Lopes Júnior, quando preconiza a tese de que “não basta discutir qual deve ser o órgão encarregado da investigação, senão que se deve analisar a totalidade de sua estrutura e função”.

Já a Súmula 234 do STJ assim preconiza:

A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

Percebe-se, com essa jurisprudência, o entendimento do STJ pela participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal, sem qualquer impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia. Esta Súmula derruba um dos principais argumentos contrários à competência ministerial para apurar ilícitos criminais: o de que o promotor que investiga não tem a neutralidade necessária para conduzir a persecução penal com isenção. No mesmo sentido, a jurisprudência majoritária do STJ, em especial a da 5ª Turma, afirmou reiteradamente que o MP pode dispensar o inquérito policial e realizar diretamente diligências investigatórias e, com base nesses dados, oferecer denúncia.

8.3 Posicionamentos de órgãos interessados

8.3.1 Parecer n. 102.446/2009 da Advocacia-Geral da União

O Advogado-Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, em agosto de 2009, apresentou parecer rejeitando a constitucionalidade de dispositivos que, em tese, poderiam permitir o exercício de investigações criminais por membros do Ministério Público, papel semelhante ao desempenhado atualmente pelas Polícias Judiciárias.

A peça jurídica foi fruto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.271, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL, junto ao Supremo Tribunal Federal, a quem pede a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e da Resolução n. 20, de 28 de maio de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público.

A AGU rebateu no parecer argumentos de que a Constituição Federal teria dotado o órgão ministerial de “poderes implícitos” para conduzir investigações criminais, afirmando “que não se pode considerar implícita uma competência quando a Constituição a outorgou – de modo explícito – a outro órgão”.

No parecer foram feitas considerações históricas sobre o Ministério Público nas investigações criminais no Brasil e da tradição pátria que “outorga apenas à polícia o exercício desse mister”. Disse também, *data maxima venia*, de forma absolutamente incompatível com os ideais de um Estado Democrático de Direito, que estaria evidente “a vontade do Constituinte de afastar do órgão ministerial público das atividades de investigação criminal”. Quis dizer que, pelo fato de o Constituinte atribuir competência explícita à Polícia Judiciária (em se tratando de investigação), automaticamente, qualquer outro órgão (independente de suas atribuições constitucionais) não poderia realizar tal tarefa. Reflete-se, infelizmente, um monopólio preocupante.

O fato é que, erroneamente, está-se realizando uma comparação equivocada, como se uma investigação equivalesse a uma condenação criminal irrecorrível e houvesse usurpação dos poderes pelo *Parquet* ao exercer, também, uma investigação de forma direta.

Quando o Ministério Público investiga, não está ele usurpando função da polícia judiciária, por estar em atividade própria direcionada à formação de sua *opinio delicti*, posto ser sua principal função na seara criminal promover a ação penal pública. O membro do Ministério Público que colhe elementos para complementar seu convencimento e ingressar com a ação penal não está presidindo inquérito policial, quando então estaria sua atuação vedada, mas sim agindo nos limites de suas atribuições funcionais, visando a um melhor esclarecimento dos fatos.

Ainda nas palavras de José Toffoli:

Revela-se fora de dúvida que o ordenamento constitucional não reservou o poder investigatório criminal ao Ministério Público, razão pela qual as normas que disciplinam tal atividade devem ser declaradas inconstitucionais.

Respeitáveis, porém, limitadas as palavras do AGU. Na estrutura formal desse processo objetivo de controle de constitucionalidade, ele ocupa a posição de órgão agente, uma vez que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora, atribuída ao Procurador-Geral da República. Isto está bem posto na parte do voto a seguir:

A função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de

órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. Atuando como verdadeiro curador (*defensor legis*) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República.

(ADI 1.254-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 14.8.1996, DJ de 19.9.1997).

Atualmente, porém, nota-se uma tendência à mitigação em relação a esse dispositivo, conforme elucida-se no julgado a seguir:

O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, §3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. (ADI 1.616, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 24-5-01, DJ de 24.8.2001)

Mesmo assim, em se tratando do controle concentrado de constitucionalidade, o AGU deve, coercitivamente, defender o ato impugnado. O parecer exarado, conforme comentado, não faz uma devida análise sistemática do ordenamento como um todo. As eminentes palavras do até então AGU são relevantes, porém, destoam de preceitos mais amplos do Direito Processual Constitucional.

8.3.2 Posicionamento do Procurador-Geral da República

Tendo em vista, e de certo modo felizmente, a elaboração de este trabalho ter acompanhado a transição de dois procuradores-gerais da República, que ocorrera em junho de 2009, pode-se expor a posição de ambos.

Em junho de 2009, o Procurador-Geral, Antônio Fernando, elucidou que o Ministério Público tem uma posição firme quanto à investigação criminal. Para o Ministério Público, esta tem de estar aberta a todas as instituições do Estado capazes de colher informações úteis à ação penal.

Foram palavras proferidas por ele:

Observo que essa limitação ao inquérito policial conduz a uma posição de insuficiência, na medida em que as investigações não se realizam apenas por inquérito policial. Há reconhecimento de que a atividade de polícia judiciária é exclusiva da polícia, mas a investigação criminal é muito mais ampla.

Também se filia à tese do ex-PGR o entendimento de que o inquérito policial é apenas uma das espécies pelas quais se desenvolve uma investigação. A investigação criminal é mais genérica e tem como meios de documentação outros tipos de ação, tais como auditorias do Banco Central, da Receita Federal e até mesmo as Comissões Parlamentares de Inquérito. A investigação não é atribuição principal do Ministério Público, mas é importante que exista e que sua atividade não seja invocada como fundamento para impedir o sucesso de uma ação.

A atividade de investigação a ser exercida pelo *Parquet* deve ser regrada e por isso existem regulamentos à falta de lei que trate do assunto. O Conselho Nacional do Ministério Público também estabeleceu resoluções neste sentido, as de n. 13/2006 (disciplinando a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal) e n. 20/2007 (regulamentando o controle externo da atividade policial). Ressalva-se, também, a recém-criada Resolução n. 99/2009 do Conselho Superior do Ministério Público Federal, especificando, também, procedimentos sobre o controle externo da atividade policial.

O Procurador-Geral, Dr. Roberto Gurgel, proferiu parecer por demais consistente sobre o tema, ao officiar nos autos da mesma ADI n. 4271, requerida pela ADEPOL.

8.4 Teorias acerca do poder de investigação do *Parquet*

O objetivo de se inserir um tópico nesse sentido é justamente pelo caráter inovador do tema e também pela falta de manifestação em definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Em termos de Jurisprudência do Pretório, o Plenário ainda não decidiu em sua composição plena.

Frisa-se que tais teorias têm caráter meramente didático, pesquisadas e formatadas (com as devidas remissões bibliográficas), principalmente, da doutrina moderna e de publicação de artigos periódicos acerca da matéria. A seguir colacionamos algumas que se julgam mais contempladoras do tema, cuja nomenclatura foi por nós modestamente dada, resumidamente expostas, a partir de, principalmente, um artigo da autoria de Damásio de Jesus³⁹.

8.4.1 Teoria do impedimento constitucional

Esta primeira, de cunho eminentemente positivista, impede o caráter investigativo do Ministério Público por ausência de previsão constitucional ao *Parquet* e dando exclusividade, *in casu*, à Polícia. Não se adota tal posição, pois como já dito em capítulos anteriores, uma análise conjunta de alguns dispositivos constitucionais torna possível tal atuação e não será a ausência de atribuição expressa que impedirá a possibilidade de investigação pelo Ministério Público. O Direito é um conjunto, um sistema criado para ordenar condutas e instituir uma pacificação social. Necessita ser analisado em sua amplitude.

8.4.2 Teoria da ausência de previsão legal

Como segundo ponto de vista, tem-se que o Ministério Público estaria impedido de investigar, não por ausência constitucional, e sim por falta de regulamentação sobre o tema, quais as situações, os tipos de procedimentos, dentre outros. Não se filia, também, a esta ideologia, pelo fato de que o art. 4º do CPP retira o monopólio da investigação criminal das autoridades policiais. Impedir que o MP também faça parte do processo investigativo é negar a existência da própria Constituição Federal, tendo em vista que o MP atua não só para acusar, encarcerar, e sim, em inúmeras situações, para absolver, impetrar *Habeas Corpus*, reduzir a pena do réu (indiciado), enfim, garantir o contraditório, a ampla defesa e a manutenção de todos os direitos e garantias fundamentais expostos na Magna Carta de 1988.

³⁹ JESUS, Damásio E. de. Poderes investigatórios do Ministério Público. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 12, n. 1662, 19 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10865>>. Acesso em: 4 out. 2009.

8.4.3 Teoria da investigação extensiva

Por último, a terceira corrente preconiza que o Ministério Público pode realizar investigações, pois não se admite o fato de o constituinte excluir a possibilidade de que outros órgãos também atuem nas instâncias investigativas. Nos dias de hoje, uma interpretação literal do art. 144 da CF/1988 pode trazer muitos prejuízos à sociedade, que clama por justiça.

Adota-se uma posição crítica acerca do tema, fornecendo elementos para modelar uma estrutura investigativa ampla, que contemple o papel do Ministério Público e da Autoridade Policial, a fim de que se tornem um todo estruturado, a fim de fornecer mais elementos para a propositura da ação penal.

Além disso, muitos dispositivos autorizam tal investigação do Ministério Público, se analisados conjuntamente com o ordenamento, tais como: art. 129 da CF/1988, Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), as Leis Complementares Estaduais (n. 734/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo) e Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos estaduais).

Assim, percebe-se que há uma controvérsia relevante no contexto. Com base nas premissas que serão colocadas no decorrer dessa exposição, adota-se a possibilidade de investigação pelo Ministério Público, dada a redação do art. 4º do Código Processo Penal, e a possibilidade de outras funções compatíveis com a atividade do *Parquet*, conforme art. 129, IX, da CF/1988. A posição adotada, além de prever tal possibilidade investigativa, procurará traçar um planejamento sugestivo de atribuições, de forma a sistematizar e estabelecer, consoante a legislação vigente, as atribuições de cada um dos órgãos componentes de todo processo investigativo-judicial.

Ainda nessa linha jurídica, podemos citar a Teoria dos Poderes Implícitos. Segundo ela, aquele que pode o mais também pode o menos, ou seja, se o representante do *Parquet*, como titular exclusivo da

ação penal, também poderia realizar as investigações necessárias para a propositura da ação, pois esta é de sua autoria privativa.

9 Jurisprudência referente ao tema

9.1 Jurisprudência: fonte de direito

Assim como a analogia, a equidade, os costumes e os princípios do Direito representam fonte jurídica para o intérprete, a Jurisprudência também nessa classificação insere-se. É definida como um conjunto reiterado de decisões judiciais, versando sobre a mesma matéria, cujo conteúdo decisório tem similitude.

Nesse sentido, a jurisprudência não se forma por decisões isoladas, mas sim após uma série de decisões no mesmo sentido. Grosso modo, pode-se dizer que: “precedente” é uma única decisão em determinado sentido; “jurisprudência” são diversas decisões no mesmo sentido; e “súmula” é o resultado decorrente do procedimento de uniformização de Jurisprudência, pelo qual se condensa uma série de acórdãos (decisões de tribunais) que adotem idêntica decisão⁴⁰. Completando esse pensamento, citamos a criação da súmula vinculante⁴¹, que seria o ápice da Jurisprudência, definida como decisão em última instância pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com efeito vinculante para toda Administração Pública nas esferas federal, distrital, estadual e municipal.

Em face de todas as polêmicas quanto ao tema, conflitos de atribuição entre órgãos, prerrogativas entre os envolvidos, política criminal, enfim, todas as consequências que a possibilidade de investigação criminal direta pelo MP têm trazido para a comunidade jurídica, não se poderia deixar, como fechamento deste trabalho, de expor a posição dos tribunais acerca da matéria, em especial pelo STF.

⁴⁰ Maximilian Köberle, em artigo publicado em: <http://superlogica.com/boletim/index.php?action=article&cat_id=008&id=188>.

⁴¹ As súmulas vinculantes foram inseridas no ordenamento com a EC 45/04, com o objetivo de diminuir o número de processos que versassem sobre questões já pacificadas pela Suprema Corte. Os efeitos da súmula estendem-se à Administração Pública como um todo, no âmbito dos três poderes, em todas as esferas de governo.

9.2 Histórico das decisões acerca do poder investigatório do *Parquet*

9.2.1 Evolução jurisprudencial

A matéria é antiga, remonta desde a ditadura. Existem vários precedentes no Pretório Excelso sobre o tema. Um dos processos pioneiros – RHC 48.728 – envolveu um delegado da antiga DOPS (Departamento de Ordem Política e Social) de São Paulo, Sérgio Paranhos Fleury, acusado de chefiar o chamado “Esquadrão da Morte”, suspeito de matar adversários do regime militar e de torturar presos políticos. No julgamento, em 1971, a Corte rejeitou o argumento da incompetência do MP para realizar investigação criminal contra o delegado. A investigação contra Fleury fora comandada pelo procurador Hélio Bicudo, do Ministério Público do Estado de São Paulo. Felizmente decidiu-se assim, já que todas as investigações feitas pela própria polícia judiciária eram incapazes de chegar aos integrantes do grupo que continuavam a retirar presos de estabelecimentos prisionais e executá-los covardemente. A partir de então, a Corte fez diversos pronunciamentos sobre a matéria. Assim, veio a CF/1988 e o assunto passou a ampliar seus efeitos.

Em setembro de 1998, no julgamento do HC n. 77.371/SP, da relatoria do ministro Nelson Jobim, a 2ª Turma decidiu que o art. 26, IV, da Lei n. 8.625/1993⁴² “autoriza o MP a colher as provas necessárias ao oferecimento da denúncia, inclusive inquirindo testemunhas”.

A Primeira Turma, por sua vez, em decisão que trouxe mais celeuma à questão, em março de 1999, decidiu pela: “inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII da CF/1988, o fato de autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do MP no sentido de realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe, ao membro do Ministério Público realizar,

⁴² Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

[...]

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los.

diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal” (CF, art. 144, §§ 1º e 4º)⁴³.

Nesse contexto, a Segunda Turma, em maio de 2003, mudou de forma drástica de opinião, ao julgar do RHC n. 81.326-DF, também da relatoria do ministro Nelson Jobim, versando sobre recurso que impugnava acórdão proferido pelo STJ, que admitia apuração de ilícito penal imputado à autoridade policial. Vale expor a decisão, em resumo publicado no informativo STF n. 307, *verbis*:

A Turma deu provimento a recurso ordinário em habeas corpus para reformar decisão do STJ que entendera válida a requisição expedida pelo Ministério Público do Distrito Federal para que o recorrente, delegado de polícia, comparecesse ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial para ser interrogado em procedimento administrativo investigatório supletivo. Considerou-se 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. Precedentes citados: RE 233.072-RJ (*DJU* de 3.5.2002) e RE 205.473-AL (*DJU* de 30.8.1999).

Assim, ainda em 2003, a posição da Corte era pela não possibilidade de investigação direta pelo *Parquet*, devendo, para tal, requisitar à autoridade policial competente.

Contudo, em março de 2009, novamente a Segunda Turma pronuncia-se sobre o assunto. Reconheceu, por unanimidade, que existe a previsão constitucional de que o Ministério Público tem poder investigatório. A relatora do Habeas Corpus n. 91.661-9/PE, ministra Ellen Gracie, afirmou ser perfeitamente possível que o órgão do MP promova a coleta de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e materialidade de determinado delito. Eis algumas de suas considerações: “Essa conclusão não significa retirar da polícia judiciária as atribuições previstas constitucionalmente”. Eis sua ementa:

⁴³ RE n. 205.473/AL, relator Ministro Carlos Velloso. Informativo n. 142.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CONHECIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL – PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – DENÚNCIA QUE DESCREVE CRIME EM TESE E CONTÉM OS ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À AMPLA DEFESA – PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS DA AUTORIA – RECURSO CONHECIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL, SENDO-LHE NEGADO PROVIMENTO, RESALVANDO-SE POSICIONAMENTO CONTRÁRIO DA RELATORA.

9.2.2 Posição atual do STF

Doravante, é imperioso dizer que o objeto em estudo (até a data de entrega do presente trabalho) encontra-se pendente de julgamento no Plenário do STF. O mais recente julgamento sobre o tema ocorreu em 20 de outubro de 2009, nos autos do HC n. 89837, em que um policial civil condenado por torturar um preso para dele obter sua confissão pretendia anular o processo, alegando que a ação foi baseada exclusivamente em investigação criminal conduzida pelo MP.

Por unanimidade, a Segunda Turma do STF reconheceu que o Ministério Público tem poder para realizar e presidir investigações criminais. Participaram do julgamento os ministros Celso de Mello (relator), Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Eros Grau. A decisão teve como cerne o fato de que a polícia não detém o monopólio da apuração de crimes e o MP pode até mesmo dispensar o inquérito policial. A intervenção do MP no curso de um inquérito policial, mediante seu poder investigatório, caracterizaria um desdobramento da legitimidade do controle externo da Polícia Judiciária, previsto no Art. 129, VII da CF/1988 e na Lei Complementar n. 75/1993.

O relator, ministro mais antigo do Tribunal, ressaltou que “o poder investigatório do MP é subsidiário ao da Polícia, mas não exclui a possibilidade de ele colaborar no próprio inquérito policial, solicitando diligências e medidas que possam ajudá-lo a formar sua convicção sobre determinado crime, como também empreender investigação por sua própria iniciativa e sob seu comando, com este mesmo objetivo”. Eis a ementa do acórdão prolatado:

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL – POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL – VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO “PARQUET” – TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS – CASO “McCULLOCH v. MARYLAND” (1819) – MAGISTÉRIO DA DOCTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) – OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – “HABEAS CORPUS” INDEFERIDO. (HC 89837) [grifou-se]

A questão será resolvida em definitivo após o julgamento no plenário do Habeas Corpus n. 84.548 pedido pela defesa do empresário Sérgio Gomes da Silva, o Sombra, acusado de ser o mandante do assassinato do prefeito de Santo André-SP, Celso Daniel, ocorrido em janeiro de 2002. Esse caso servirá para discutir de forma definitiva o poder investigatório do Ministério Público. Os autos do HC encontram-se no gabinete do ministro Cezar Peluso, desde 3 de junho de 2009, à espera de julgamento⁴⁴.

10. Esclarecimentos finais

O monopólio da investigação, notadamente, é negativo para apuração de crimes, incompatível com os ideais preconizados pela atual Constituição. O MP, como muitos já defenderam e defendem, não deve ficar inerte na fase investigatória, já que, sendo titular da ação penal pública, é o primeiro interessado no bom andamento das investigações. A concentração de poder em uma só instituição é absolutamente contra os preceitos democráticos, pois destoa do Estado

⁴⁴ Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2229923>>.

de Direito, em que inexistente qualquer instituição imune a controle, supervisão, fiscalização.

A investigação criminal, seja pela autoridade policial, seja pelo membro do Ministério Público ou conjuntamente, pode, desde que de forma adequada, trazer mais benefícios ao deslinde da causa. Em certos casos, constatados que crimes praticados por policiais não foram devidamente apurados, defende-se uma investigação maior ou até mesmo exclusiva do *Parquet*, conforme se evidenciou no desenvolvimento deste trabalho (capítulo III, item 1.2).

Assim, deve ser negado o monopólio da autoridade policial no tocante às investigações, pois o aumento destas trará melhoria na prestação jurisdicional, maior capacidade de solução das lides penais, maior independência nos procedimentos, dentre outros, tendo em vista maior embasamento probatório para a denúncia. Ao mesmo tempo em que o Ministério Público exerce sua investigação, fiscaliza e controla a atividade policial, prerrogativa esta prevista constitucionalmente.

A redação dada pelo Constituinte Originário deixa claro que ao Órgão Ministerial foi incumbida a tarefa de investigação para proteção dos direitos difusos e coletivos, e que cabe às polícias federal e civil dos estados as atividades de polícia judiciária. Se de outra maneira assim fosse, uma prova essencial que pudesse ser efetuada de pronto pelo MP e este não a realizasse, por ausência de previsão legal, poderia comprometer seriamente todo o aparato da investigação e consequentemente a propositura da Ação Penal.

Mesmo levantando a bandeira de uma investigação conjunta, independentemente do modo em que esta seguirá, se conduzida direta ou indiretamente pelo *Parquet* ou autoridade policial, o que se defende aqui, acima de tudo, é um Processo Penal (englobando sua fase inquisitorial) como instrumento de proteção aos direitos do cidadão, com o intuito de dar máxima eficácia às garantias constitucionais.

Aspectos sugestivos

Inicialmente, reitera-se o já exposto no decorrer do trabalho: a possibilidade de investigação direta pelo *Parquet*. Um ponto cauteloso

que merece um melhor trato legislativo seria o de equacionar e desenvolver um sistema investigativo que contemple essa ampliação da investigação. Aí sugere-se a criação de um diploma legal sobre o tema, explicitando situações e momentos para analisar toda a investigação, dada a ampliação dos elementos de prova. Não se trata de dizer em que momento cada órgão deve investigar, e sim como colacionar e sistematizar toda a carga probante de dados e informações que porventura vierem a aparecer, para que se evite informações dúplices, redundantes e repetição de certas diligências.

Levanta-se a ideia de uma exclusividade na investigação penal (e consequente vedação pela autoridade policial) em se tratando de crimes praticados por policiais, quer no exercício ou não da função, sejam estes policiais militares, civis estaduais ou federais. Isso por uma decorrência lógica da norma constitucional que confere legitimidade ao *Parquet* para realizar o controle externo da atividade policial.

Pelo desenvolvimento do trabalho, pela análise da jurisprudência e deduções jurídicas, reflete-se melhor sobre o tema, constatando-se que há necessidade de uma melhor parceria entre os Ministérios Públicos (estadual e federal) e as Polícias Judiciárias (civil e federal) no tocante às investigações criminais. Em certas situações, há choque de atribuições, falta de estrutura (orgânica) policial, discordância acerca da dispensabilidade do inquérito pelo Ministério Público, dentre outros fatores que arranham o relacionamento entre as partes neste início dos trabalhos e que de certa forma comprometem, inevitavelmente, o bom andamento das investigações.

Assim, todos os entraves devem ser sanados de plano, que por políticas jurídicas baseadas no cotidiano das instituições, ou mediante norma legal, cujo caráter cogente terá como objetivo principal o melhor para a investigação (que melhor embasará o IP), o melhor para o Poder Judiciário (para receber mais bem instruída a ação penal) e o melhor para os cidadãos brasileiros (que mais terão respeitados seus direitos e garantias fundamentais).

REFERÊNCIAS

- ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito Processual Penal*. 6.ed. Brasília: Fortium, 2009.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CALABRICH, Bruno. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Do poder investigatório do Ministério Público no Brasil e no mundo*. Disponível em: <<http://www.raul.pro.br/artigos/mp-invest2.htm>>. Acesso em: 5 out. 2009.
- DAWALIBI, Marcelo. *Ministério Público*. Fundamentos constitucionais e legais. Estrutura e organização. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público*. Organização, atribuições e regime jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 2.ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.
- JESUS, Damásio E. de. Poderes investigatórios do Ministério Público. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 12, n. 1662, 19 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10865>>. Acesso em: 4 out. 2009.
- JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>>. Acesso em: 13 out. 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Polícia Federal e Ministério Público. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1496, 6 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10239>>. Acesso em: 6 mar. 2009.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 7.ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 5.ed., revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público*. 2.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28.ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

A efetividade da Lei n. 10.028, de 19.10.2000, no que se refere aos delitos contra as finanças públicas

Márcio Gomes da Silva

1 As finanças públicas e sua proteção. 1.1 A Lei de Responsabilidade Fiscal. 1.2 Os crimes contra as finanças públicas. 2 Análise dogmática dos crimes contra as finanças públicas. 2.1 Contratação de operação de crédito. 2.2 Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar. 2.3 Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura. 2.4 Ordenação de despesa não autorizada. 2.5 Prestação de garantia graciosa. 2.6 Não cancelamento de restos a pagar. 2.7 Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura. 2.8 Oferta pública ou colocação de títulos no mercado. 3 A (in)efetividade dos crimes contra as finanças públicas. 3.2 Aplicabilidade da Lei n. 10.028/2000. 4 Conclusão.

O homem é um ser social que se agrega a seu semelhante para suprir suas necessidades básicas. O homem elegeu, ao longo da história, uma entidade diferenciada dos indivíduos para governar a sociedade, com a missão de buscar a satisfação dos valores tidos como fundamentais. Nesta perspectiva, o Estado surgiu e se firmou para executar atividades destinadas a satisfazer necessidades públicas.

A Constituição Federal de 1988 fixou os objetivos do Estado brasileiro. Para que possa alcançá-los, exige-se o desempenho de uma atividade financeira, consistente em arrecadar, gerir e aplicar os recursos públicos segundo as necessidades estabelecidas como prioritárias pelo poder político estatal.

Portanto, a atividade financeira torna possível a existência das demais atividades do Estado, como por exemplo, a manutenção da ordem interna, a segurança externa, a prestação de serviços públicos, entre outras.

A gestão das finanças públicas há de ser regular e adequada, sob pena de o Estado não satisfazer os direitos fundamentais e os sociais

estabelecidos em sua Constituição. A regularidade dos elementos das finanças públicas, despesas, receitas e orçamentos confere ao Estado os meios necessários à realização do homem em sociedade. O desequilíbrio fiscal, contudo, sempre predominou na Administração Pública brasileira, ou seja, os gastos públicos são maiores que as receitas. Esta situação acabou por restringir o atendimento de necessidades fundamentais da população, tais como saúde, educação, moradia, saneamento básico, entre outros tantas.

Para evitar esse problema, a Lei Complementar n. 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), chegou para regulamentar práticas dos administradores públicos e para assegurar à sociedade que a partir de agora todos os Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios terão que obedecer, sob pena de sanções, aos princípios do equilíbrio das contas públicas, de gestão orçamentária e financeira e de gestão do patrimônio público.

A LRF disciplinou o planejamento orçamentário, as receitas e despesas públicas, a destinação de recursos públicos para o setor privado, os limites da dívida pública e das operações de crédito e a gestão do patrimônio. Além disso, fixou regras a respeito da transparência, controle e fiscalização da gestão fiscal. Por fim, determinou que as infrações aos seus dispositivos serão punidas de acordo com as normas constantes do Código Penal, da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), da Lei n. 1.079/1950 (Crimes de Responsabilidade) e do Decreto-Lei n. 201/1967 (Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores), e demais normas da legislação pertinente.

Posteriormente, a Lei n. 10.028/2000 alterou o Código Penal, promovendo a introdução dos crimes contra as finanças públicas.

A presente monografia tem por escopo investigar a tutela penal das finanças públicas mediante as leis acima referidas e sua efetividade.

1 As finanças públicas e sua proteção

A atividade financeira do Estado consiste na obtenção, gestão e aplicação de recursos financeiros com objetivo de atingir seus fins,

quais sejam: a manutenção da ordem interna, o asseguramento da defesa contra eventuais inimigos externos, a distribuição da justiça, a elaboração de leis que regerão a vida da comunidade, a prestação de serviços públicos, entre outros. É a atividade financeira do Estado que torna possível a existência das demais atividades que lhe competem. Mas a realização dessas tarefas demanda custos insuscetíveis de serem arcados pelo patrimônio estatal, então o poder público lança mão de meios coercitivos de obtenção de recurso, o que faz distinguir a atividade financeira estatal daquela exercida por uma entidade privada.

O objetivo da atividade financeira pública é proporcionar recursos econômicos para o custeio da manutenção e funcionamento do Estado. Neste contexto, observamos que ela se encontra diretamente relacionada aos próprios fins do Estado, ou seja, a atividade financeira consiste em uma parcela de atuação estatal, não separável das demais funções. O papel desempenhado pelas finanças públicas dentro das organizações políticas está condicionado à própria concepção que se tenha dessa entidade.

Na época do Estado liberal, em que se buscava somente o desempenho das atividades inseridas em seu campo de atuação, as finanças públicas deveriam se mostrar equilibradas, de modo a não gerarem maiores efeitos sobre a economia. No período pós-guerra, porém, acentuaram-se as tendências intervencionistas do Estado. O aumento das despesas do Estado levou à manipulação dos orçamentos, com objetivo de equilibrar as contas públicas. O gasto público deixou de ser apenas um meio para alcançar os fins sociais, passando a cumprir funções econômicas, ao mesmo tempo em que as receitas oriundas de tributos ganharam finalidades extrafiscais e principiaram a atuar como elemento regulador e redistribuidor de rendas (PRADO, 2009, p. 238).

As finanças públicas são, ao mesmo tempo, reflexo do sistema econômico adotado e instrumento reforçador desse sistema, tornando-se um poderoso instrumento de atuação do Estado na esfera econômica. Dessa forma, para se alcançar o pleno desenvolvimento da economia, deve-se combater o desperdício de dinheiros públicos e procurar ter orçamento público equilibrado (PRADO, 2009, p. 239).

As finanças públicas giram em torno de três elementos fundamentais: despesas públicas, receitas públicas e orçamento.

Aliomar Baleeiro (1997, p. 73) define despesas públicas como a:

Aplicação de certa quantia em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro de uma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo.

A despesa é uma aplicação, é uma perda de substância econômica do Poder Público contraída com objetivo de saldar uma obrigação a pagar. O acerto há de ser em dinheiro, que é a forma usual pela qual se dá o resgate dos compromissos obrigacionais. Caracterizam-se, portanto, pelo seu cunho monetário. O resgate da dívida por outros meios não constitui despesa pública, admitindo-se, contudo, que o pagamento se dê por meio de títulos da dívida pública, em tudo equiparáveis ao dinheiro, como ocorre no caso das expropriações para fins de reforma agrária e reforma urbana, cuja indenização mediante títulos da dívida pública resta autorizada pela própria Constituição Federal, art. 184 (BASTOS, 2002, p. 52).

As despesas públicas se caracterizam por serem antecedidas de previsão orçamentária, que fixa a despesa. O art. 167, inciso II, da Constituição Federal proíbe a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

O conceito de despesa pública deve abranger realidades distintas, como, por exemplo, o pagamento de um funcionário público, o gasto com a construção de uma estrada, a concessão de um subsídio a uma empresa, a amortização de um empréstimo contraído pelo Estado, a aquisição de material de guerra, a atribuição de uma bolsa de estudo, entre outros. A natureza da despesa pública num Estado moderno é crucial para a compreensão do conteúdo da atividade financeira e sua participação na concretização da política financeira. A despesa há de ser um dispêndio visando a uma finalidade de interesse público (FRANCO, 2002, p. 297).

Não se pode negar que há sempre uma decisão política de gastar, que é expressa, sobretudo, na legislação orçamentária. Depois da edição desta lei, a conduta do administrador deve-se basear nos di-

tames legais. Os procedimentos que possam implicar desvios dessas finalidades são passíveis de repressão, graduada conforme a gravidade do próprio desvio, que pode ir desde os meros desperdícios até a má gestão dos dinheiros públicos (BASTOS, 2002, p. 53-54).

As despesas públicas são satisfeitas por receitas públicas e de início, observamos que receita é todo ingresso de dinheiro nos cofres de uma pessoa de direito público. Diante do crescimento das despesas do Estado, este passou a lançar mão de sua força coercitiva e acentuou a forma de obtenção de receita pela cobrança de vários tributos dos particulares, independente de contraprestação de sua parte. Assim como as despesas públicas, o objeto da receita estatal é o dinheiro (BASTOS, 2002, p. 73).

Como definição de receita pública, podemos citar Aliomar Baleeiro (1997, p. 126), que conceitua receita pública como:

A entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.

Para Antônio Luciano de Sousa Franco (2002, p. 299):

As receitas públicas podem ser definidas como qualquer recurso obtido durante um dado período financeiro, mediante o qual o sujeito público pode satisfazer as despesas públicas que estão a seu cargo.

Quanto ao conceito de orçamento, uma primeira noção é que tal qual o orçamento de qualquer ente ou figura privada, o do Estado é uma previsão de receitas e despesas. O orçamento é o quadro geral básico de toda a atividade financeira, na medida em que por meio dele se procura precisar a utilização que é dada aos dinheiros públicos (FRANCO, 2002, p. 336).

O orçamento público está ligado à ideia de planejamento, pois todos, de certa forma, com maior ou menor rigor, estimam suas receitas e em função delas definem as prioridades a serem atendidas. Com relação às despesas públicas, o orçamento funciona como uma autorização para sua efetivação. Sem a previsão orçamentária não há possibilidade de realização da despesa. O que não quer dizer que o administrador esteja obrigado a realizar despesas só por força do orçamento. No que se refere às receitas, há no orçamento uma previsão, que pode ser cumprida ou não.

Para Aliomar Baleeiro (1997, p. 412):

Orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação em receitas já criadas em lei.

A Constituição Federal dispõe sobre os orçamentos no art. 165:

Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I – o plano plurianual;
- II – as diretrizes orçamentárias; e
- III – os orçamentos anuais.

O plano plurianual tem por objeto as despesas de capital para os programas de duração continuada, ou seja, que ultrapassam o orçamento anual em que forem iniciados. A Lei de Diretrizes Orçamentárias enumera as prioridades da Administração, servindo de critérios para a elaboração da lei orçamentária anual e dispondo sobre as alterações na legislação tributária e a Lei Orçamentária Anual, que compreende o *orçamento fiscal* referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público; o *orçamento de investimento* das empresas em que a União, direta e indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e o *orçamento da seguridade social*, que abrange todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público (art. 165, §§ 1º, 2º e 5º da Constituição Federal).

De acordo com Constituição Federal, art. 165, § 8º, a Lei Orçamentária Anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para a abertura de crédito suplementar e contratação de operação de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. Excluem-se dessa regra as despesas extraordinárias, por serem urgentes e imprevisíveis, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, conforme art. 167, § 3º, da Constituição Federal.

A Constituição Federal veda de forma expressa o início de programas ou projetos não incluídos na Lei Orçamentária Anual; a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital; a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesas; a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa; a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação ou de um órgão para outro sem prévia autorização legislativa; a concessão ou utilização, sem autorização legal específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir a necessidade ou cobrir o déficit de empresas, fundações e fundos; a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa; a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativos ou pensionistas e a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral da previdência social (art. 167).

Essas vedações configuram freios aos gastos públicos e ao uso inadequado e ilegal dos recursos públicos.

Outro aspecto a ser considerado é que o desequilíbrio na condução dos três elementos fundamentais das finanças públicas (receitas, despesas e orçamento) pode causar danos consideráveis à coletividade, que é destinatária dessa atividade pública. Sabemos que o Estado não administra interesses próprios, mas públicos e deve atuar dentro dos parâmetros estabelecidos em lei, obedecendo ao princípio da legalidade. O princípio da legalidade em matéria orçamentária tem o mesmo fundamento do princípio da legalidade geral, segundo o qual a Administração se subordina aos ditames da lei.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2009a, p. 89) a legalidade administrativa significa que:

[...] o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (...) Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pes-

soal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Do que foi exposto até aqui é possível observar que quaisquer das vedações previstas na Constituição (art. 167) poderiam ser consideradas como princípios jurídicos, no sentido de que prescrevem o que não deve ser feito em relação ao patrimônio público. Nesse particular, quaisquer das vedações constitucionais que foram descritas em relação às finanças públicas poderiam servir de referência para a instituição de um tipo penal específico.

1.1 A Lei de Responsabilidade Fiscal

O art. 37 da Constituição Federal estabelece que: “A administração pública e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência”. A Lei 8.429/1992, conhecida com Lei de Improbidade Administrativa, reproduz esse enunciado, reafirmando, no art. 4º, os princípios que informam a administração pública: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 90-91) afirma que o princípio da legalidade é princípio basilar do regime jurídico-administrativo. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei. O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática.

O art. 165 da Constituição Federal, na seção que disciplina os orçamentos, dispôs que “leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais”, estabelecendo no art. 167 as vedações e proibições relativas à gestão pública das receitas e despesas, já referidas neste capítulo.

O art. 165, § 9º, da Constituição Federal estabelece que cabe à lei complementar:

I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

A Constituição Federal, Título VI – Da Tributação e do Orçamento, Capítulo II, que trata das Finanças Públicas, traz o art. 163, inciso I, e o art. 169, que prevêm:

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I – finanças públicas;

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Para regulamentar os referidos dispositivos constitucionais, foi aprovada a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

É incontestável a relevância da edição das normas de finanças públicas que cuidem da responsabilidade fiscal dos administradores públicos. A LRF buscou resgatar a *responsabilidade na gestão fiscal*, como se depreende no art. 1º:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

E o parágrafo único do mesmo artigo reforça este entendimento:

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

A LRF representa um instrumento para auxiliar os governantes a gerir os recursos públicos, sendo aplicável a todos os gestores de recursos públicos e em todas as esferas de governo, no que diz respeito

à gestão de receita e das despesas públicas, ao endividamento e a gestão do patrimônio público. Além disso, a LRF consagra a transparência da gestão como mecanismos de controle social, por meio da publicação de relatórios e demonstrativos da execução orçamentária, apresentando ao contribuinte a utilização dos recursos que ele coloca à disposição dos governantes.

A aprovação da LRF deu eficácia a vários dispositivos constitucionais, em especial os artigos 163 e 169, que antes não eram respeitados porque eram genéricos ou não possuíam sanção. A partir da vigência da lei a administração das finanças públicas e a gestão fiscal só podem ser exercidas segundo os princípios da Constituição Federal e da LRF.

A LRF integra o conjunto de medidas de política econômica adotado pelo governo federal no bojo do Programa de Estabilização Fiscal – PEF, tendo como objetivo a redução do déficit público e a estabilização do montante da dívida em relação ao produto interno bruto. A LRF foi editada com o propósito de atender exigências advindas do Fundo Monetário Internacional – FMI, do Banco Mundial e dos países que integram o G8.

A LRF foi elaborada no contexto de um processo de redemocratização e descentralização do Estado brasileiro, apoiado no aumento do poder dos governos estaduais e locais para gerar e captar recursos e decidir a alocação do gasto público. Constitui um código de conduta para os administradores públicos do país, nos três Poderes e nas três esferas de governo – União, estados, Distrito Federal e municípios. A LRF foi elaborada com bases na experiência dos países da União Européia, dos Estados Unidos e Nova Zelândia. Nesses países foram criados mecanismos para controle de gastos e sanções para gestores que não cumpram com esses mecanismos (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 297-298).

A LRF define punições para quem não cumprir com o determinado, além de exigir dos governantes compromissos com o orçamento e com as metas a serem apresentadas e aprovadas pelo Poder Legislativo (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 299).

A novidade da LRF consiste no fato de responsabilizar a gestão financeira a partir de um acompanhamento sistemático do desempenho do gestor público. Controles nos gastos com pessoal, nos limites de endividamento, organização do sistema próprio de previ-

dência, transferência de recursos constitucionais e voluntários e déficit primário servem de referencial para avaliar o desempenho da gestão pública.

A LRF estabeleceu que todos os governantes devem obedecer às normas e limites para administrar as finanças, por meio de prestação de contas, ou seja, de como e quanto gastam os recursos que os contribuintes colocam à disposição dos governantes. A LRF representa um fator de mudança cultural para a sociedade, pois verifica-se que seu enfoque não está somente no aspecto punitivo. As punições severas estabelecidas pelo descumprimento da lei são necessárias com objetivo de promover uma mudança comportamental dos gestores públicos para que se comprometam com uma gestão fiscal responsável voltada para a obtenção de resultado (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 301).

No que se refere à gestão fiscal, após a edição da LRF, as atividades exercidas pelos entes da Federação (União, estados, Distrito Federal e municípios) nos três Poderes (Executivo, Legislativo, nele abrangidos os tribunais de contas, e Judiciário), Ministério Público, entidades da administração direta, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes e empresas controladas, passam a ser regradas, não se concebendo margem de discricionariedade ao administrador público, aos chefes ou titulares do Poder Executivo, membros do Poder Legislativo, aos presidentes de tribunais, inclusive dos tribunais de contas ou aos chefes do Ministério Público.

1.2 Os crimes contra as finanças públicas

A LRF tem como foco o controle dos dispositivos que deverão ser seguidos pelo responsável ou representante do Poder ou do órgão, evitando que haja desvios de finalidade no controle do gasto público, com o cometimento de atos definidos como ilícitos.

A LRF não contém disposições penais dirigidas àqueles que se furtem aos comandos que traz, limitando-se a estatuir, no art. 73 o seguinte:

Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei n. 8.429; de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.

Para conferir eficácia a seus dispositivos, a LRF dispõe que as infrações a seus ditames serão punidas com sanções civis, administrativas, políticas e penais, reunindo as penas previstas no Código Penal, na Lei n. 1.079/1950, no Decreto-Lei n. 201/1967 e na Lei n. 8.429/1992, além daquelas previstas nas demais normas da legislação pertinente. Essa expressão final abrange a aplicação de qualquer penalidade relacionada com a gestão fiscal, que esteja definida em legislação esparsa.

Quanto à Lei n. 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa, qualquer descumprimento à LRF, a princípio, constitui ato de improbidade. Boa parte das condutas previstas na LRF se enquadra no art. 10 da referida lei, que define como atos de improbidade administrativa *qualquer ação ou omissão, doloso ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º*. O art. 10 traz de forma exemplificativa 15 condutas, das quais podemos citar as seguintes que poderiam ser aplicadas à LRF: “realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares”, “conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”, “ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento” e “liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação”.

Como se vê, o legislador decidiu utilizar o Direito Penal em reforço da lei. Isso demonstra a relevância emprestada aos bens jurídicos definidos na LRF, em especial, o equilíbrio fiscal.

No que se refere à aplicação do Código Penal às condutas previstas na LRF podemos estabelecer a seguinte correspondência entre as condutas previstas na LRF e as sanções penais:

Condutas previstas na LRF	Sanções previstas no Código Penal
<p>Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.</p> <p>Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.</p> <p>Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.</p> <p>(...)</p> <p>§ 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.</p>	<p>Emprego irregular de verba pública</p> <p>Art. 315 - Dar às verbas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei.</p>
Condutas previstas na LRF	Sanções previstas no Código Penal
<p>Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.</p>	<p>Prevaricação</p> <p>Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.</p>
<p>Art. 54. Ao final de cada quadrimestre será emitido pelos titulares dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 Relatório de Gestão Fiscal, assinado pelo:</p> <p>I - Chefe do Poder Executivo;</p> <p>II - Presidente e demais membros da Mesa Diretora ou órgão decisório equivalente, conforme regimentos internos dos órgãos do Poder Legislativo;</p> <p>III - Presidente de Tribunal e demais membros de Conselho de Administração ou órgão decisório equivalente, conforme regimentos internos dos órgãos do Poder Judiciário;</p> <p>IV - Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados.</p> <p>Parágrafo único. O relatório também será assinado pelas autoridades responsáveis pela administração financeira e pelo controle interno, bem como por outras definidas por ato próprio de cada Poder ou órgão referido no art. 20.</p>	<p>Falsidade ideológica</p> <p>Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.</p>

Como a LRF só define sanções administrativas, e as normas do Código Penal eram insuficientes para abarcar as condutas contra as finanças públicas, foi editada a Lei n. 10.028, a Lei dos Crimes de Responsabilidade Fiscal, com objetivo de tutelar o bem jurídico finanças públicas, inclusive de forma penal, que entrou em vigor no dia 20 de outubro de 2000.

A Lei n. 10.028/2000 alterou de forma substancial os dispositivos de três conjuntos normativos, ou seja, o Código Penal, as Leis n. 1.079/1950 (lei que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento) e 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), o Decreto-Lei 201/1967 (Lei de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores).

Ao acrescentar um capítulo ao Código Penal, buscando dar efetividade à LRF, o legislador procurou tutelar o *equilíbrio das contas públicas*, por meio dos artigos 359-B, 359-E, 359-F e 359-G e em segundo plano o *controle legislativo do orçamento e das contas públicas*, por meio dos artigos 359-A, 359-D e 359-H. Os novos dispositivos penais procuram o compromisso entre a despesa e receita, uma destinação mais adequada ao dinheiro público, evitando, desta forma, que o uso impróprio dessas verbas traga, como de costume trouxe, tantos custos para o país.

O sentido dos crimes criados pela Lei n. 10.028/2000 poderia ser resumido em duas afirmações: 1ª) é proibido gastar mais do que se arrecada; 2ª) é proibido comprometer o orçamento mais do que está permitido pelo controle do Poder Legislativo (GOMES e BIANCHINI, 2001, p. 37).

Os arts. 359-A a 359-H, acrescentados ao Código Penal, cominam penas privativas de liberdade e multa pecuniária. Estes artigos representam um *plus*, pois os comportamentos ilícitos caracterizam improbidade do agente e estão sujeitos a sanções de caráter político, civil e administrativo previstas na Lei de Improbidade Administrativa. As sanções são independentes e não se excluem.

O Título XI do Código Penal trata de crimes funcionais, isto é, praticados por determinadas pessoas, os funcionários públicos, no

exercício de sua função, associadas ou não com pessoas alheias aos quadros administrativos.

Vincenzo Manzini (1962, *apud* PAGLIARO e COSTA JÚNIOR, 2009, p. 13) doutrina que o objeto genérico da tutela penal dos crimes contra a administração em geral é:

O interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da administração pública em sentido lato, naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em relação a determinados atos ou relações da própria administração.

O agente, representante de um poder estatal, tem por função cumprir de forma regulamentar seus deveres, confiados pelo povo. A traição funcional faz com que todos tenham interesse na sua punição, pois de certa forma essa traição afeta a todos. Dentro desse espírito, mesmo quando praticado no estrangeiro, fora do alcance da soberania nacional, o delito funcional será alcançado pela lei local (art. 7, I, c, do Código Penal).

O conceito de funcionário público para efeitos penais está definido no Código Penal:

Art. 327 – Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º – Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

O art. 327 do Código Penal adotou a noção extensiva e deu maior elasticidade ao conceito de funcionário público, ou seja, não exige, para caracterização deste, o exercício profissional permanente da função pública. Basta o indivíduo exercer, de forma temporária e sem remuneração, cargo, emprego ou função pública.

O art. 327 traz um comando geral, mesmo que inserido no final do capítulo dedicado aos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral, que deve ser aplicado a todas as

hipóteses contempladas no ordenamento penal, contidas ou não no Código Penal. Desta forma, inserem-se no conceito de funcionário público todos aqueles que, embora de forma transitória e sem remuneração, por exemplo, os jurados e os mesários eleitorais, venham a exercer cargo, emprego ou função pública (BITENCOURT, 2009c, p. 327).

Não são, porém, funcionários públicos aqueles que apenas exercem um *munus* público, como, por exemplo, os curadores e tutores dativos, os inventariantes judiciais, os leiloeiros dativos, entre outros, havendo prevalência, nesse caso, do interesse privado. Não se incluem, na equiparação da condição de funcionário público, os empregados de concessionários de serviços públicos (BITENCOURT, 2009c, p. 327).

A Lei n. 8.666/1993, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, no art. 84, § 1º, traz a seguinte definição:

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

A Lei n. 8.666/1993 inovou o ordenamento jurídico com um conceito próprio de servidor público para fins penais, diferente da definição que consta no Código Penal, mas que deve ser utilizado de forma específica para os crimes enumerados na Lei n. 8.666/1993, não se aplicando, por conseguinte, aos crimes contra as finanças públicas.

2 Análise dogmática dos crimes contra as finanças públicas

Os referenciais teóricos da dogmática penal utilizados na análise do tema serão considerados segundo duas perspectivas: a abordagem clássica, fundamentada na conceituação penal dos crimes; e a abordagem moderna, focada em propostas inovadoras no âmbito do Direito Penal Econômico.

Quanto à dogmática clássica, o Direito Penal se tem valido de métodos como concepções da coerção penal e do próprio Direito Penal em si. O método significa caminho, e este está condicionado pela meta que se pretende atingir. Daí que cada um dos fundamentos filosóficos ou ideológicos que têm sido dados ao Direito Penal marcaram a presença de um método, um caminho de conhecimento (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2009, p. 145).

Deve ser considerado na presente análise que a dogmática não é por certo só uma leitura detalhada da lei; sua técnica consiste em reconstruir os vários elementos que integram a lei, organizando-os como sistema (BATISTA, 2004, p. 118).

Na atualidade, o método mais difundido no saber penal é o dogmático, a tal ponto que se costuma identificar a “ciência penal” como a “dogmática penal”. A exposição do método dogmático foi mérito do jurista alemão Rudolf Von Jhering (1818 – 1892), surgido no âmbito do direito privado (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2009, p. 146).

Para Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 146), trazendo para uma forma mais sintética, o método dogmático consiste:

Numa análise da letra do texto em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação de “dogmática”, devida a Jhering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como “dogma”, tal como lhe são revelados pelo legislador, o que é um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica, o intérprete não pode alterar a conteúdo da lei.

Desta forma, antes da análise específica dos crimes contra as finanças públicas, apresentaremos algumas características comuns dos artigos 359-A a 359-H, do Código Penal, acrescentados pela Lei n. 10.028/2000, em relação à sua classificação do ponto de vista da dogmática penal.

O Relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados justifica a aprovação do Projeto de Lei n. 621-A, que deu origem à Lei n. 10.028/2000, com o seguinte objetivo:

(...) dotar o ordenamento de preceitos necessários à efetiva e permanente observância dos princípios fundamentais que norteiam o regime de gestão fiscal responsável prestes a ser instituído, mediante a previsão de condutas que tipificam novos crimes comuns e de responsabilidade contra as finanças públicas e a lei orçamentária.

Como justificativa da instituição desses novos tipos penais, basta assinalar que a gestão fiscal responsável, caracterizada pelo austero controle e ampla transparência na utilização dos recursos públicos, constitui instrumento indispensável para a manutenção da estabilidade da moeda e para o desenvolvimento nacional, merecendo, portanto, em virtude de sua magnitude e relevância, tutela e salvaguarda por meio de modernas normas de natureza penal, voltadas para a repressão de condutas que atentam contra as finanças públicas e a lei orçamentária.

Assim, legitimado pelos fins a que se destinam, pode-se afirmar ainda, em prol da aprovação do presente Projeto de Lei, que além de aprimorar o ordenamento em vigor, suas normas ditam preceitos de relevante interesse público, na medida em que contribuem para o atendimento de um dos mais legítimos anseios da sociedade, consistente na manutenção da estabilidade da moeda.

Em termos político-criminais, teria sido preferível a previsão dos delitos contra as finanças públicas em lei especial, por exemplo, na própria Lei de Responsabilidade Fiscal. Além do que algumas das condutas previstas como crimes por essa lei não deveriam passar de infrações administrativas, tendo em conta os princípios penais fundamentais da fragmentariedade e da *ultima ratio*.

Leis penais em branco são as de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal; são as leis que necessitam de um complemento normativo para exprimirem a integridade da conduta proibida. São leis que deixam de expressar, de forma total ou parcial, o fato incriminado e que fazem remissão (explícita ou implícita) a outras disposições que devem cobrir o vazio deixado pelo diploma legal principal.

As leis penais em branco dividem-se em duas espécies: *em sentido amplo*, quando o complemento se acha contido na própria lei ou em outra, emanada da mesma instância legislativa e *em sentido estrito*,

quando o complemento se acha contido em outra lei emanada de outra instância legislativa, de grau inferior, como, por exemplo, os arts. 33 e 34 da Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas.

O legislador abusou de utilizar-se da lei penal em branco nos crimes contra as finanças públicas, praticamente, somente o art. 359-C evitou a recurso da norma penal em branco. O art. 359-A, parágrafo único, inciso I, por exemplo, diz: “Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo: I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;”. O inciso II do mesmo artigo diz: “quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei”. Nos dois incisos temos exemplos de lei penal em branco em sentido amplo. São leis penais em branco porque a descrição do proibido depende de um complemento normativo e são em sentido amplo porque o complemento provém da mesma instância legislativa.

Novatio legis incriminadora, ao contrário da *abolitio criminis*, considera crime fato anteriormente não incriminado, sendo, portanto, irretroativa, não podendo ser aplicada a fatos praticados antes da vigência da Lei n. 10.028, ou seja, 20 de outubro de 2000, segundo o velho aforismo *nullum crimen sine praevia lege*, hoje erigido a dogma constitucional (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal). Nessas circunstâncias, o autor do fato não praticou crime algum, uma vez que, no momento da execução, sua conduta era indiferente para o Direito Penal. Ora, com aqui se trata de criminalização de novas condutas, é evidente que não retroage para atingir fatos praticados antes de 20.10.2000, ainda que referidos fatos já constituíssem ilícitos administrativos previstos na LRF.

Efeitos da condenação, penais e extrapenais – somente quando o crime for praticado com abuso de poder ou com violação de dever para com a Administração Pública o agente poderá perder o cargo, função pública ou mandato eletivo, independente da ação civil de improbidade administrativa. Esses efeitos são inaplicáveis a condenação por crimes contra as finanças públicas, pois nenhuma das novas infrações tem pena superior a quatro anos. Neste caso, para condenação supe-

rior a quatro anos, seria irrelevante o abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

A condenação criminal, além da obrigação de indenizar (artigos 91, inciso I, do Código Penal e 63 do Código de Processo Penal), não faz coisa julgada extrapenal, para abranger as demais sanções civil, administrativa ou política. Para as consequências administrativa, civil e política, a legislação estabeleceu mecanismos especiais para apurar a improbidade administrativa.

Pelo mesmo fato, o agente público poderá, em condenação criminal, sofrer pena de prisão, ou multa, perder cargo, função, atividade ou mandato eletivo; poderá ser punido com perda de bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio, ressarcimento de dano, perda de função pública, suspensão de direitos políticos, multa civil (até três vezes o acréscimo patrimonial), proibição de contratar com o Poder Público. Poderá ser punido pelos respectivos tribunais de contas com multa de 30% dos vencimentos, por força do art. 5º da Lei n. 10.028/2000. Todas exigem ações próprias, nas quais a sentença penal condenatória não tem aplicação automática.

Suspensão condicional do processo – todos os novos delitos incluídos no capítulo “Dos crimes contra as finanças públicas” admitem, em tese, a suspensão condicional do processo, na medida e que nenhuma de suas penas ultrapassa o limite de um ano de privação de liberdade, art. 89 da Lei n. 9.099/1995, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais. Não importa que esses delitos tenham sido criados por uma lei especial, bastem que preencham todos os seus requisitos legais.

Penas alternativas – é indiscutível a possibilidade, pelo menos em tese, de aplicação das penas alternativas, ou seja, as substitutivas, previstas no art. 43 e seguintes do Código Penal (com redação dada pela Lei n. 9.714/1998). No que se refere aos delitos dolosos, como é sabido, impôs o legislador duas restrições: 1) crimes violentos (cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa); 2) crimes cuja pena aplicada não exceda a quatro anos. Os delitos contra as finanças públicas não são violentos, sendo assim, desde que a pena aplicada não exceda a quatro anos, possível a substituição da pena de prisão pelas

penas restritivas ou multa, desde que preenchidos os demais requisitos subjetivos.

Elemento subjetivo – vale ressaltar que os comportamentos que caracterizam infrações administrativas, mas que foram alçados à categoria de infrações penais pela Lei n. 10.028/2000, só podem ser punidos se praticados de forma dolosa, ou seja, com intenção deliberada de descumprir as normas que disciplinam as finanças públicas e a gestão fiscal. Não se previu o delito em sua modalidade culposa e a ninguém poderá ocorrer que nossa legislação tenha regredido ao ponto de admitir a volta da responsabilidade objetiva, há muito banida das leis penais.

2.1 Contratação de operação de crédito

Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:

I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;

II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

Objetividade jurídica – o objeto da tutela penal é a proibidade da Administração, no que se refere às operações realizadas no âmbito das finanças públicas do Estado. Pune-se o desrespeito ao princípio da legalidade administrativa, quando realizadas condutas de contratação sem prévia autorização legislativa.

Tipicidade objetiva – o delito do art. 359-A, *caput*, consiste em *ordenar* (determinar por ordem, mandar), *autorizar* (dar autorização, permitir) ou *realizar* (pôr em prática) o administrador público operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa. O crédito público é um dos meios pelos quais o Estado obtém fundos e resulta de uma relação bilateral voluntária em que o particular empresta dinheiro ao próprio Estado. Das operações de crédito, em que o poder público figura como tomador do dinheiro público, resulta a

dívida pública. Esta é, portanto, uma consequência das operações de crédito.

De acordo com o inciso III, art. 29 da LRF, operação de crédito é:

Compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

Equipara-se à operação de crédito, de acordo com o § 1º do referido art. 29 da LRF:

§ 1º Equipara-se a operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16.

O tipo penal previsto no art. 359-A visa impedir o arbítrio administrativo cometido quando da contratação de operação de crédito à revelia do controle do Poder Legislativo, que tem a função de fiscalizá-la, devendo manifestar-se sobre sua regularidade, podendo emitir juízo de conveniência. O Poder Legislativo poderá negar-se a proceder à autorização, mesmo que preenchidos os requisitos de admissibilidade, desde que se valha do argumento baseado no despropósito ou inconveniência da medida proposta pelo Executivo. Em resumo, o bem jurídico protegido pelo *caput* do art. 359-A é o controle legislativo do orçamento e das contas públicas (GOMES e BIANCHINI, 2001, p. 42).

As normas gerais para a contratação de operações de crédito encontram-se previstas nos arts. 32 a 39 da LRF. A conduta típica prevista no art. 359-A é ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito sem autorização legislativa. Durante a execução orçamentária, em função do fluxo de caixa, de forma eventual, pode haver a necessidade de tal contratação. Apesar de incrementar a receita, a operação de crédito acaba pagando além do valor recebido, razão pela qual, para fins de classificação e efeitos de interpretação do tipo penal e de sua objetividade jurídica, o empréstimo deve ser considerado como despesa pública, devendo ser efetuado de acordo com as leis orçamentárias e com a LRF.

De acordo com as determinações constitucionais e da LRF, toda operação de crédito, interna ou externa, deve ser precedida de autorização legislativa, e quando se trata de operação de crédito externo, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 32 da LRF, faz-se necessária autorização do Senado Federal.

Vale ressaltar que, no caso em questão, a contratação de operação de crédito deve se dar sem que tenha havido prévia autorização legislativa. A expressão *sem prévia autorização legislativa* é elemento normativo do tipo. A existência de prévia autorização legal, destarte, torna a conduta não só atípica como permitida.

Além das condutas previstas no *caput*, o legislador desdobrou o artigo, com o parágrafo único, o qual traz duas outras irregularidades passíveis de serem praticadas pelo agente que ordena, autoriza ou realiza a operação de crédito, de acordo com os incisos I e II.

Os incisos previstos têm como bem jurídico o equilíbrio das contas públicas. No primeiro, a previsão refere-se a não observância de limites, condição ou montante estabelecido, seja em lei, seja em resolução do Senado Federal. O segundo refere-se à possibilidade de o agente praticar qualquer das ações mencionadas no *caput* quando o montante da dívida consolidada ultrapassar o valor máximo autorizado para sua realização.

Nas duas situações a conduta do agente precisa interferir no planejamento ou no equilíbrio das contas públicas. É necessário que cause lesão ou ao menos perigo concreto de lesão a esse bem jurídico. Se a conduta realizada for antinormativa (contra o limite imposto, contra condição imposta etc.), mas não colocar em perigo o equilíbrio das contas públicas, não há crime. Vamos supor que a operação de crédito não observou o montante estabelecido em lei, ultrapassando-o em pouca monta. Um valor insignificante não coloca em risco o equilíbrio das contas públicas. Desta forma, apesar de a conduta ser antinormativa, não é antijurídica. Há desvalor da ação, mas não desvalor do resultado. Não há, portanto, crime (GOMES e BIANCHINI, 2001, p. 43).

O *requisito subjetivo* é o dolo, consubstanciado na vontade de ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo,

sem prévia autorização legislativa. É irrelevante, para a caracterização do crime, ter ou não, havido objetivo de lucro ou proveito do sujeito ativo ou de terceiro.

Sujeito ativo – É um crime próprio, exige uma condição especial do sujeito ativo. As disposições da LRF obrigam a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, neles compreendidos o Poder Executivo, o Poder Legislativo e os tribunais de contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público, além das respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes (art. 1º, §§ 2º e 3º). As operações de crédito, contudo, são de atribuições do Poder Executivo, ou seja, somente poderão figurar como sujeitos ativos do delito os chefes do Poder Executivo da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (Presidente da República, governadores e prefeitos). No âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público, a realização dessa conduta não se faz possível, tendo em vista que somente aos integrantes do Poder Executivo é dado levar a cabo operações de crédito, cujos limites e condições de realização, na esfera de cada ente da Federação, serão fiscalizados pelo Ministério da Fazenda (art. 32 da LRF). O autor do crime será sempre um agente público, com atribuições conferidas por lei, para emitir o ato administrativo, seja ordem, autorização para operação de crédito ou competência para sua realização. Se o ato for administrativo de ordem, por exemplo, emanado de agente incompetente, estará eivado de vício e será passível de anulação pelo Poder Público, tornando-se atípico o fato. *Sujeito passivo* – É o Estado – a Administração Pública – como titular do bem jurídico penalmente tutelado (PRADO, 2009, p. 241-242).

Consumação – consuma-se o crime com a ordem ou autorização de abertura de crédito incorrendo nas irregularidades relacionadas no artigo em questão. As modalidades *ordenar* e *autorizar* somente consumam o crime com a efetiva abertura de crédito, na medida em que somente desta forma se pode expor a risco de lesão o bem jurídico protegido. A modalidade *realizar* configura crime material, uma vez que somente se consuma com a efetiva celebração da operação de crédito. A *tentativa* é admissível somente na hipótese de *realizar* (BITENCOURT, 2007, p. 409).

2.2 Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar

Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Objetividade jurídica – a figura delitiva prevista no referido artigo tem por objetivo garantir a obediência ao princípio da reserva legal na execução do orçamento. O bem jurídico tutelado são as finanças públicas, entendidas como o conjunto das atividades do Estado relacionadas à obtenção, gestão e aplicação das receitas públicas para satisfazer as necessidades da coletividade e realizar seus fins. A Lei n. 10.028/2008 prevê a punição do agente público que ordena ou autoriza a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei.

O art. 42 da LRF, em atendimento ao disposto no art. 37 da Constituição Federal, proíbe o administrador público de assumir obrigações financeiras sem a existência de correspondentes recursos para honrá-las. Essa previsão objetiva impedir que se perpetuem os débitos públicos, repassando-se às gestões futuras, dificultando a boa administração dos novos mandatários.

A ordem administrativa exige, quando o assunto é despesa pública, que esta seja empenhada previamente. Tanto o empenho quanto a liquidação são formalidades essenciais e devem preceder o pagamento do credor da administração pública. Por isso, visando ao desenvolvimento da máquina administrativa, o legislador houve por bem punir autores de conduta que ordenem ou autorizem a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido empenhada ou que exceda os limites estabelecidos em lei, em desatendimento às exigências da atividade estatal, sem a qual não haveria o cumprimento, entre elas, inclusive, do art. 60 da Lei n. 4.320/1964, que institui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, estados, dos municípios e do Distrito Federal (GOMES e BIANCHINI, 2001, p. 44).

Vale ressaltar que o empenho é o instrumento de que se serve a Administração a fim de controlar a execução orçamentária. É

por meio dele que o Poder Legislativo se certifica de que os créditos concedidos ao Poder Executivo estão sendo obedecidos. O empenho constitui instrumento de programação, para que o Executivo tenha sempre a situação dos compromissos assumidos e das dotações disponíveis. Não há empenho posterior.

Para ser efetuada de acordo com as leis orçamentárias e a LRF, a execução se fará segundo as discriminações respectivas. Desta forma, e no lastro das determinações da Lei n. 4.320/1964 e da LRF, as despesas públicas inscritas em restos a pagar devem ser precedidas de empenho e não podem exceder os limites definidos na lei. Neste contexto, é pressuposta a existência de lei que regulamente e determine os limites, excluindo-se decretos e quaisquer outros atos administrativos.

A primeira das condutas previstas no art. 359-B (inscrição de restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada) visa a proteger o equilíbrio das contas públicas. Desta forma, somente as despesas previamente empenhadas é que poderão ser inscritas em restos a pagar. A outra conduta prevista no dispositivo (inscrição em restos a pagar de despesa que exceda limite estabelecido em lei) da mesma forma ofende o equilíbrio das contas públicas, uma vez que a despesa que foi inscrita em restos a pagar excedeu os limites legais.

Por detrás da punição das condutas descritas, encontra-se a preocupação em impedir o arbítrio administrativo quando da contratação de operação de crédito à revelia do Poder Legislativo ou extrapolando o limite fixado por ele. Busca-se, desta forma, evitar a anarquia das finanças públicas.

Tipicidade objetiva – as condutas tipificadas são *ordenar* e *autorizar*, que constituem crime de ação múltipla. Ordenar significa mandar, determinar a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei. Autorizar tem o sentido de permitir, aprovar, conceder autorização para a prática do ato; ao contrário da conduta *ordenar*, na modalidade *autorizar*, a iniciativa da inscrição pode ter partido de outrem. Desta forma, significa que o executor da inscrição em restos a pagar não tem autoridade para decidir, e, assim, a autorização é condição indispensável para que a inscrição seja feita.

São duas as formas de realizar as condutas:

- a) despesas não empenhadas previamente;
- b) despesa que exceda o limite estabelecido em lei.

Inscrição em restos a pagar – de acordo com o art. 36 da Lei n. 4.320/1964: “Consideram-se restos a pagar as despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não processadas”. De acordo com o parágrafo único do referido artigo, os empenhos que correm à conta de créditos com vigência plurianual, que não tenham sido liquidados, só serão computadas como restos a pagar no último ano de vigência do crédito.

Hely Lopes Meirelles (2008b, p. 295-296) faz a seguinte observação sobre restos a pagar:

Os pagamentos, em geral, devem ser efetuados até o último dia do ano financeiro, sob pena de caírem em exercício findo ou exercício encerrado, mas as despesas empenhadas e não pagas até 31 de dezembro são classificadas como Restos a Pagar, podendo ser realizadas e quitadas em qualquer tempo, enquanto não se verificar a prescrição quinquenal em favor da Fazenda Pública.

Em tese, todas as obrigações assumidas pela Administração Pública devem ser liquidadas no próprio exercício. No entanto, de acordo com o art. 42 da LRF somente nos dois últimos quadrimestres do mandato (a partir do mês de maio) está vedada a assunção de obrigações de despesas que não possam ser cumpridas no mesmo exercício ou deixar parcelas a pagar sem a suficiente e correspondente disponibilidade de caixa. Desta maneira, a previsão não impede que nos primeiros quatro meses possam ser assumidas obrigações cujo resgate venha a ocorrer em exercícios seguintes, velha praxe que tem causado lesões aos cofres públicos.

Despesa não empenhada previamente – trata-se de princípio administrativo-financeiro cujo desrespeito foi elevado à condição de crime: *nenhuma despesa pública pode ser paga sem prévio empenho*; pelo mesmo fundamento, *a inscrição em restos a pagar* necessita do prévio empenho. Não se trata da existência de recursos para honrar a obrigação no ano seguinte, mas tão somente da necessidade de formalidade de proceder ao empenho respectivo.

Que exceda limite estabelecido em lei – essa hipótese ocorre quando há o empenho prévio, ao contrário da hipótese anterior, mas a inscrição da despesa em restos a pagar *excede o limite estabelecido em lei*. A formalidade do empenho foi satisfeita, mas é inscrita despesa além do permitido, o que configura o crime na sua segunda modalidade. Essa proibição tem como fundamento a necessidade de assegurar a regularidade do exercício fiscal do Estado, devendo-se respeitar os limites das despesas lançadas para o próximo exercício.

O *requisito subjetivo* é a vontade de ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou daquela que exceda o limite legal. É irrelevante, para a caracterização do crime, ter ou não havido objetivo de lucro ou proveito do sujeito ativo ou de terceiro.

Sujeito ativo – trata-se de crime próprio, realizado de forma exclusiva por funcionário público que tem poder de disposição de verbas e rendas públicas e que nessa qualidade possa ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido empenhada ou que tenha excedido limites legais. No entanto, somente poderá cometer esse tipo penal quem possuir atribuição legal para praticar as condutas incriminadas, quais sejam *ordenar* ou *autorizar* inscrição em restos a pagar de forma irregular, ou seja, sem estar devidamente empenhados ou exceder os limites legalmente autorizados. Somente pode ser sujeito ativo o titular de Poder ou órgão referido no art. 20 da LRF. Se o funcionário que praticar qualquer das condutas incriminadas não tiver atribuição legal, o comportamento será atípico. O *sujeito passivo* será a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios (BITENCOURT, 2007b, p. 412).

Consumação – a consumação se dá com a expedição da ordem ou autorização para a inscrição da despesa como restos a pagar, ainda que esta última não se efetive, é delito de mera atividade. A *tentativa* é admissível, se o agente público autoriza a inscrição em restos a pagar que não tenha sido empenhada, e por circunstâncias alheias a sua vontade a ordem não é cumprida, responde pelo crime, com a diminuição da sua reprimenda de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 14 do Código Penal (GOMES e BIANCHINI, 2001, p. 45).

2.3 Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura

Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Encontramos a mesma disposição no art. 42 da LRF:

Art. 42. É vedado ao titular do Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesas que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenham parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este feito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Objetividade jurídica – o legislador tipifica a passagem desses passivos (encargos e despesas compromissadas e que devam ser honradas até o final do exercício) para o mandatário seguinte, cominando sanção de natureza penal àquele que não respeitar os prazos e condições legais de pagamento. A lei se ocupa em precaver que atos de gestores públicos não venham a comprometer, por falta de recursos, o mandato de seus sucessores. Temos aqui as denominadas heranças fiscais, que imobilizam os governos no início do mandato, por terem de pagar dívidas ou assumir compromissos financeiros deixados pelo antecessor, bem como se preocupa a lei com o equilíbrio das contas públicas, em especial, no que se refere à rotatividade dos administradores titulares de mandato (GOMES e BIANCHINI, 2001, p. 46).

O bem jurídico tutelado pelo artigo em questão é a Administração Pública, no que se refere à sucessão dos mandatários titulares do poder público. O artigo procura precaver a Administração Pública contra os excessos tradicionais de final de mandato, que impedem as novas administrações de colocar em prática de imediato seu plano de governo.

Tipicidade objetiva – as condutas tipificadas são *ordenar* (determinar, mandar) ou *autorizar* (dar autorização, permitir) a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro, ou caso reste parcela a ser paga, no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa.

Mandato é a delegação de poderes feita pelo povo aos seus representantes no Poder Legislativo ou Executivo, já *legislatura* consiste no prazo em que exercem seus mandatos os eleitos para cargos do Poder Legislativo. Devemos entender, contudo, mandato como referência ao lapso temporal em que exercem suas funções os membros do Poder Executivo e legislatura o prazo durante o qual desempenham seus encargos os membros do Poder Legislativo (PRADO, 2009, p. 247).

Sujeito ativo é a autoridade titular de mandato. Trata-se de crime próprio, não basta ser funcionário público, mas deve ser titular de mandato eletivo ou não, com poderes decisórios em nome da instituição ou Poder Público que representa. Desta forma são sujeitos ativos o Presidente da República, do Senado, da Câmara, de Assembleias Legislativas, de Câmara de Vereadores, o governador de estado, o Advogado-Geral da União, o Defensor-Geral da União, o Defensor-Geral do Estado, do Município etc. No conceito de mandato insculpido no tipo penal devem ser compreendidos aqueles desempenhados pelos titulares do Poder Judiciário e pelos chefes do Ministério Público da União e dos Estados, quando no exercício das funções administrativas que lhe competem. Tratando-se de mandatos, sujeito ativo pode ser o eventual substituto legal (BITENCOURT, 2007b, p. 417-418).

Sujeito passivo – por sua vez, é a Administração Pública, que pode ser representada pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal ou pelos municípios. Pode ser, além desses, o Poder Judiciário, o Ministério Público, cujos representantes máximos gozam de poderes decisórios quanto a orçamentos, despesas e finanças públicas e seus respectivos âmbitos. Nada obsta que sejam atingidos terceiros, que seriam sujeitos passivos (BITENCOURT, 2007b, p. 418).

Tipo subjetivo – o elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de ordenar ou autorizar a assunção de obrigação,

nos dois últimos quadrimestres do último ano de mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou reste parcela a ser pagar, no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa.

Consumação e tentativa – a consumação se dá com a ordem ou a autorização para a assunção da obrigação, ainda que esta última não chegue a ser contraída, é delito de mera atividade. Não se admite a tentativa (PRADO, 2009, p. 248-249).

2.4 Ordenação de despesa não autorizada

Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Objetividade jurídica – o artigo prevê a punição do agente público que ordena ou autoriza despesa não autorizada em lei. Mais uma vez se levanta a legalidade como limitação às condutas do agente administrativo, impedindo que atente contra o interesse público pelo qual é sua responsabilidade zelar no exercício de suas funções.

Tipicidade objetiva – a conduta do tipo está representado pelo verbo *ordenar* (determinar, mandar), que tem o mesmo sentido utilizado nos três dispositivos anteriores (arts. 359-A, B e C).

O tipo do art. 359-D constitui lei penal em branco, ou seja, necessita, para a exata compreensão de seu preceito, complementação por norma de Direito Financeiro que determine as hipóteses em que as despesas restam autorizadas. Na verdade esta lei já existe, é a LRF, que em seus arts. 15, 16 e 17 relacionam as despesas que a lei considera não autorizada; os arts. 18 a 24 complementam as vedações. Nada impede que as leis orçamentárias próprias (plano plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual) estabeleçam novas proibições. É irrelevante que o autor do crime se beneficie ou não com a ordenação de despesa não autorizada por lei.

Segundo Damásio de Jesus (2009, p. 1135):

A ação governamental que resulte no aumento de despesa deve ser acompanhada de declaração de que o aumento tem adequação orça-

mentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias

A ausência de autorização legal (despesa não autorizada por lei) é elemento normativo do tipo que diz respeito à possível existência de uma causa de justificação que, se presente, afasta não só a ilicitude como a tipicidade da conduta.

O *tipo subjetivo* é representado pelo dolo, pela vontade livre e consciente de *ordenar despesa não autorizada em lei*. O desconhecimento da falta de autorização para a efetivação da despesa constitui erro de tipo, que afasta o dolo. Para os crimes contra as finanças públicas, a inevitabilidade do erro é irrelevante, na medida em que não há previsão da modalidade culposa. Desta forma, independentemente da natureza do erro de tipo, haverá exclusão da tipicidade.

Sujeito ativo – trata-se de crime próprio, a ser cometido por funcionário público, com poder e atribuição para ordenar despesas. Somente poderá cometer este crime quem possui atribuição legal, o denominado ordenador de despesa. O *sujeito passivo* será a União, os estados, o Distrito Federal ou os municípios.

A *consumação* se dá com a ordem para que se efetue determinada despesa, ainda que não venha ser levada a cabo. Já a *tentativa* é admissível, se, por exemplo, o agente público ordena despesa não autorizada e por circunstâncias alheias à sua vontade a ordem não é cumprida, respondendo pelo crime na forma tentada (GOMES e BIANCHINI, 2001, p. 51).

Pena – a pena cominada, de forma isolada, é de reclusão, de um a quatro anos. A severidade da sanção em relação aos demais delitos previstos no art. 2º da Lei n. 10.028/2000 reside na gravidade da conduta perpetrada, lesiva da moralidade e da probidade administrativa.

2.5 Prestação de garantia graciosa

Art. 359-E. Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Objetividade jurídica – o artigo prevê a punição do agente público que presta garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada na forma da lei. Com essa tipificação, tem-se por objetivo impedir o endividamento indireto dos entes públicos, que seria aquele resultante não da contratação de um débito, mas de outorga de uma garantia.

A LRF traz dispositivos para regulamentar as garantias e contragarantias concedidas pelas pessoas que se submetem às normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade da gestão fiscal. Concessão de garantia, nos termos do inciso IV do art. 29 da LRF, é o “compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada.”

De outro lado, operação de crédito, elemento normativo jurídico, conforme art. 29, III, da LRF é:

O compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.

Os parágrafos 1º a 10 do art. 40 da LRF (Seção V, que trata da garantia e da contragarantia, do Capítulo VII, que dispõe sobre a dívida e o endividamento) estabelecem inúmeras condições, situações, vedações e exceções para a obtenção de garantias, bem como para o oferecimento de contragarantia, sendo que a referida pelo tipo penal em comento encontra-se prevista na primeira parte do § 1º do art. 40:

§ 1º A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia concedida [...].

Os dispositivos referentes à matéria condicionam a validade da garantia à contragarantia em valor igual ou superior. A importância dada pela lei ao assunto, com objetivo de impedir que as ações de gestores sejam graciosas, gentis, confiantes na adimplência daqueles que contratam com o Poder Público, que coloquem em risco o patrimônio público, resultou na inclusão do crime no art. 359-E. Desta forma, pune-se o agente público que concede garantia em operação de cré-

dito desrespeitando a imposição de constituir contragarantia em valor igual ou superior (JESUS, 2009, p. 1136).

Tendo em vista que a concessão de garantia, nos termos do art. 40 da LRF, é o compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada, o bem jurídico tutelado pela norma, quando exige a contragarantia, passa a ser o equilíbrio orçamentário e das contas públicas. A tutela penal se antecipa ao ponto de evitar, por falta de contragarantia, que o erário venha a perder a garantia dada.

Tipicidade objetiva – o núcleo do tipo é o verbo *prestar*, que significa conceder ou dar garantia em operações de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei. Trata-se de lei penal em branco, que necessita para a exata compressão de seu preceito, complementação por norma de Direito Financeiro que determine os limites das garantias prestadas.

O *tipo subjetivo* é representado pelo dolo, consistente na vontade livre e consciente de prestar garantia sem constituir contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada na forma da lei. Não se exige finalidade específica, por exemplo, favorecer terceiro, sabendo que se encontra inadimplente. Observa-se que mesmo provando que a contragarantia era dispensável na operação de crédito, o fato permanece típico.

O *sujeito ativo* é o agente público competente para prestar garantia em operação de crédito, podendo figurar tão somente os chefes do Poder Executivo da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Trata-se de delito especial próprio. No âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público, a conduta em destaque não poderá ser perpetrada, tendo em vista que apenas aos integrantes do Poder Executivo é possível levar a cabo operações de crédito e, de conseguinte nelas prestar garantia, cujos limites e condições de realização, na esfera de cada ente da Federação, serão fiscalizados pelo Ministério da Fazenda, inclusive quanto às empresas por eles controladas, direta ou indiretamente (art. 32 da LRF). São possíveis, contudo, sujeitos ativos de delito de contratação

de operação de crédito os dirigentes dos órgãos da Administração direta, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes. *Sujeito passivo* é o ente público onde o sujeito ativo exerce suas funções, por exemplo, o estado, se o sujeito for o governador ou o vice-governador (PRADO, 2009, p. 252-253).

Consumação – o crime atinge a consumação quando o agente público concede a garantia em operações de crédito, sem constituir a contragarantia nos moldes típicos exigidos. A *tentativa* é admissível, se o agente público presta garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia e, por circunstâncias alheias à sua vontade, a ordem não é cumprida, responde pelo crime (GOMES e BIANCHINI, 2001, p. 52).

2.6 Não cancelamento de restos a pagar

Art. 359-F. Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Objetividade jurídica – o artigo tem por finalidade assegurar a obediência ao princípio da reserva legal na execução do orçamento. Trata-se de um desmembramento da segunda conduta prevista no art. 359-B. Este criminaliza aquele que *ordenar ou autorizar a inscrever em restos a pagar, de despesa [...] que exceda limite estabelecido em lei*. Já no 359-F o que se pune é ação de não providenciar que a despesa inscrita em restos a pagar, quando excedente em relação ao permitido em lei, seja cancelada. No crime em comento, o administrador deixa de sanar essa irregularidade.

Tipicidade objetiva – incrimina-se no art. 359-F a conduta de *deixar de ordenar* (determinar por ordem, mandar) *autorizar* (dar autorização, permitir) ou *promover* (diligência para que se realize) o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior em lei.

Para que se possa punir a conduta daquele que pratica a ação descrita no artigo em questão, há necessidade de que não tenha nenhuma responsabilidade (a título de dolo) em relação à inscrição, pois do contrário, estaria incurso nas penas previstas no art. 359-B. A lei se

preocupa com a integridade administrativa, de forma que, percebendo o agente público que o valor inscrito em restos a pagar é superior ao permitido em lei, deve de plano providenciar, para que ocorra o cancelamento. Não o fazendo, incorre no disposto no art. 359-F.

O conceito de restos a pagar vem do art. 36 da Lei n. 4.320/1964:

Art. 36. Consideram-se restos a pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguido-se as processadas das não processadas.

Parágrafo único. Os empenhos que sorvem a conta de créditos com vigência plurienal, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a Pagar no último ano de vigência do crédito.

O art. 359-F incrimina o administrador que deixa de ordenar, autorizar ou promover o cancelamento da inscrição, como restos a pagar, de despesa pública que supere os limites legais para efetuação de dívida, ou seja, que ultrapasse o montante destinado por lei, para o adimplemento de determinada obrigação. Uma vez inscrita como restos a pagar despesa que ultrapasse o valor permitido em lei, é dever do agente público ordenar, autorizar ou promover o seu cancelamento. Pune-se a realização de uma ação que o autor podia realizar na situação concreta em que se encontrava, no caso, o cancelamento da inscrição da dívida como restos a pagar (PRADO, 2009, p. 255).

A incriminação protege a eficiência da máquina administrativa no que se refere ao normal desenvolvimento, incluindo-se o poder de investimento muitas vezes comprometido em função de gastos acima da disponibilidade financeira existente. O bem jurídico é o equilíbrio das contas públicas, de forma que o administrador seja obrigado a respeitar os limites estabelecidos em lei, para inscrever restos a pagar, evitando-se que haja prejuízo em relação à alocação planejada dos recursos públicos.

O *tipo subjetivo* é representado pelo dolo, consistente na consciência e vontade de deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscritos em valor superior ao permitido em lei.

Sujeito ativo – é o agente público com atribuição legal de corrigir o desvio no montante de restos a pagar. Trata-se de crime próprio,

deve ter a atribuição legal de cancelar a inscrição irregular de restos a pagar. A obrigação de cancelamento da inscrição irregular pode recair em pessoa diversa da que havia ordenado ou autorizado esse procedimento. Os *sujeitos passivos* são a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, incluindo-se os Poderes, instituições ou órgãos respectivos.

A *consumação* se dá com a simples infração da ordem ou comando de agir destinada ao administrador, para que ordene, autorize ou promova o cancelamento do montante de restos a pagar, inscrito em valor superior ao legal, independente de resultado. A *tentativa* é inadmissível. Se o agente deixa passar o momento em que devia agir, consuma-se o crime, se pode agir, não há falar em crime. Até o momento em que a atividade do agente é eficaz, a ausência desta não constitui crime. Se neste momento a atividade devida não se realiza, consuma-se o delito. Trata-se de crime omissivo próprio, ou seja, consuma-se no lugar e no momento em que a atividade devida tinha de ser realizada (BITENCOURT, 2007b, p. 436).

2.7 Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura

Art. 359-G. Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Objetividade jurídica – o artigo prevê a punição do agente público que ordena, autoriza ou executa ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura. O objetivo da incriminação é impedir que o administrador aumente o comprometimento do patrimônio público com os gastos com pessoal ao final do mandato ou legislatura, legando ao seu sucessor endividamento superior ao previsto. As despesas com o pagamento de pessoal, de forma geral, são as que mais custos acarretaram ao orçamento da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A redução dos gastos com a remuneração de funcionários converte-se num dos principais objetivos da Administração

Pública, por meio da diminuição do montante comprometido para esse fim será possível disponibilizar mais verbas para o investimento em setores com maior importância, como a saúde e a educação da população (PRADO, 2009, p. 257).

Tipicidade objetiva – as condutas tipificadas estão representadas pelos verbos *ordenar* (determinar por ordem, mandar), *autorizar* (dar autorização, permitir) ou *executar* (levar a efeito, realizar) ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura. Quem ordena e autoriza, em regra, é a mesma autoridade, ao passo que quem executa é outro funcionário, embora possa ser realizada por quem tem poder ou atribuição para ordenar ou autorizar.

A vedação já se encontrava presente no art. 42 da LRF:

Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Despesa total com pessoal, elemento normativo jurídico-financeiro do tipo, é nos termos do art. 18 da LRF:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

O que se busca no artigo em questão é resguardar a possibilidade de o agente público valer-se de repercussão que a conduta de contratação de pessoal, por exemplo, ou mesmo de aumento salarial geral possa causar de forma política ou eleitoral, para favorecer-lhe em elei-

ções próximas, ou seja, para auxiliar um seu correligionário político (GOMES e BIANCHINI, 2001, p. 54-55).

O artigo está direcionado para a tutela de algo mais que a moralidade, é o equilíbrio das contas públicas que está em jogo. O ato que acarreta aumento de despesa total com pessoal desestabiliza ou pode colocar em risco a harmonia das finanças públicas, comprometendo a gestão que está em curso ou seguinte. Além disso, desequilibra o jogo democrático, pois o que se encontra no cargo pode se valer de um instrumento que deixa a si ou um protegido seu em condições mais vantajosas que o outro, o que pleiteia o mandato (GOMES e BIANCHINI, 2001, p. 55).

O tipo subjetivo – o elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de aumentar a despesa total com pessoal, nos últimos seis meses de mandato ou legislatura. Como não se admite dolo restrito, parcial ou limitado, este deve abranger todos os elementos constitutivos do tipo e ter consciência de que aumenta a despesa nos últimos seis meses de mandato ou legislatura.

Sujeito ativo – apenas os titulares de mandato, com competência para aumentar a despesa total com pessoal. O conceito engloba os três Poderes, todos os agentes públicos com poder legal de aumentar o gasto do ente da Federação, com relação a quaisquer espécies remuneratórias (art. 18 da LRF), enquadram-se no conceito de sujeito ativo. *Sujeito passivo* é a entidade pública da Federação onde o autor exerce o mandato.

A *consumação* se dá com a *ordem*, *autorização* ou *execução* do ato que acarreta aumento de despesa total com pessoal, seja na modalidade de ordem, autorização ou execução. Vale ressaltar que o ato deve ter sua vigência dentro do limite temporal previsto no tipo incriminador, ou seja, nos últimos cento e oitenta dias de mandato ou legislatura. A *tentativa* é inadmissível nas modalidades *ordenar* e *autorizar*. Emitida a ordem ou autorização, o crime está consumando. Antes da vigência dos respectivos atos administrativos há apenas condutas preparatórias impuníveis. É possível a ocorrência de crime tentado na modalidade *executar* (JESUS, 2009, p. 1141).

Pena – às condutas previstas no art. 359-G é cominada a pena de reclusão, de um a quatro anos. A sanção prevista, mais gravosa do que as anteriores, tem razão de ser no maior desvalor da ação e do resultado, uma vez que com a prática desse delito o agente público infringe o orçamento, lesa o patrimônio público e põe em risco o equilíbrio das contas da administração de seu sucessor.

2.8 Oferta pública ou colocação de títulos no mercado

Art. 359-H. Ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Objetividade jurídica – o artigo tem por objetivo impedir que o administrador promova a oferta de títulos da dívida pública ou os disponibilize no mercado financeiro sem que tenham sido previamente criados ou, mesmo quando criados de forma regular, que não tenham sido registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia. Se o ente estatal pudesse agir dessa forma, restaria comprometido o patrimônio público, uma vez que o administrador estaria livre para negociar com títulos, podendo causar prejuízo ao erário ou desequilibrar futuros orçamentos.

Tipicidade objetiva – o art. 359-H incrimina a conduta de *ordenar* (determinar por ordem, mandar), *autorizar* (dar autorização, permitir) ou *promover* (diligências para que se realize) a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia.

Títulos da dívida pública – elementos normativos do tipo jurídico, são aqueles emitidos pelo Estado ou mesmo por suas subunidades administrativas na qualidade de empréstimo ou de antecipação, por exemplo, apólice e bônus. O crédito público pode ser fomentado por meio de empréstimos voluntários ao ente estatal ou por operações de crédito por antecipação de receita. Empréstimo público é o ato pelo qual o Estado se beneficia de uma transferência de liquidez com a

obrigação de restituí-lo no futuro, na maioria das vezes, com pagamento de juros. Já as operações de crédito por antecipação de receita destinam-se a atender insuficiência de caixa durante o exercício financeiro. A dívida que resulta da emissão de títulos da dívida pública pela União, incluídos aí os do Banco Central do Brasil, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios denomina-se dívida pública mobiliária.

Tipo subjetivo – é representado pelo dolo, na vontade consciente de comercializar títulos da dívida pública, sem que tenham sido criados por lei ou sem o devido registro no sistema centralizado de liquidação e custódia. Como não há dolo presumido, é indispensável que o sujeito ativo saiba que o título que comercializa não foi criado por lei ou que não tenha sido registrado no sistema centralizado de liquidação e de custódia.

Sujeito ativo – é o agente responsável por ordenar, autorizar ou promover as condutas descritas no tipo. Trata-se de crime próprio, que exige condição especial da pessoa, na medida em que não basta ser funcionário público, mas deve ser titular de mandato (eletivo ou não), com poderes decisórios em nome da instituição ou Poder Público que representa. Em respeito ao princípio da legalidade administrativa, torna-se imprescindível a previsão legal de competência do agente em relação à oferta e à condição no mercado financeiro de títulos da dívida pública. *Sujeito passivo*, por sua vez, é a Administração Pública, que pode ser representado pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal ou pelos municípios. Pode ser representado por outros órgãos ou instituições públicas, tais como o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público etc., cujos representantes máximos são detentores de mandatos e gozam de poderes decisórios quanto a orçamentos, despesas e finanças públicas, em seus respectivos âmbitos (JESUS, 2009, p. 1142).

Consumação e tentativa – nas modalidades de ordenar ou autorizar, o crime se consuma com o aperfeiçoamento do ato administrativo. Na modalidade promover, consuma-se o delito no momento em que o agente promove a oferta pública ou a colocação de títulos da dívida pública no mercado financeiro. A tentativa é admissível na hipótese

de promover, uma vez que se trata de crime material, cuja ação pode ser dividida em vários atos (BITENCOURT, 2007b, p. 445).

3 A (in)efetividade dos crimes contra as finanças públicas

Os crimes contra as finanças públicas se inserem no conjunto de condutas que transgridem a ordem econômica e financeira, chamada de criminalidade econômica. Tema relevante na atualidade, pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade econômica é uma ameaça séria a abalar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Hoje vemos nos países capitalistas a mobilização de recursos para prevenção e repressão da criminalidade econômica. Procura-se uma redefinição do papel da legislação, dos tribunais, do Ministério Público e das políticas de investigação criminal com objetivo de encontrar pessoas e meios habilitados a responder ao desafio desta criminalidade, caracterizada pela sofisticação, astúcia e inteligência dos infratores (DIAS e ANDRADE, 2000, p. 64-66).

O ramo do direito penal que se ocupa da resposta estatal a essas condutas chama-se Direito Penal Econômico.

Podemos dizer que o Direito Penal Econômico é o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, considerada esta como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia. O que caracteriza o Direito Penal Econômico é a intervenção estatal na economia, mediante o *jus puniendi* (CALLEGARI, 2003, p. 21).

O Direito Penal Econômico não é autônomo. É ramo do Direito Penal comum, sujeito aos mesmos princípios deste Direito, tais como a reserva legal, a irretroatividade da lei penal, salvo para favorecer o réu, tentativa, responsabilidade subjetiva entre outros. O objeto jurídico do Direito Penal Econômico é a segurança e regularidade da realização política econômica do Estado.

O Direito Penal Econômico vem ganhando atenção nos últimos anos. Diversos países estão promovendo reformas nas legislações pe-

nais para incluir dispositivos no código penal de delitos contra a ordem socioeconômica. Com isso, o legislador tenta combater a denominada criminalidade econômica, ou seja, o legislador acredita que com a criação de novos tipos penais se possa eliminar algumas condutas que aparecem agora como produto dos crimes que já existiam, mas, que na atualidade, acabam se destacando (CALLEGARI, 2003, p. 21-22).

Desta forma, o Direito Penal Econômico deve ser visto hoje como um ramo do Direito Penal necessário, pois procura um melhor controle da economia dos Estados. Como há novos interesses a proteger, o Estado passa a preocupar-se com novos ramos de atuação, como a saúde, a previdência social, a economia e as finanças públicas e para isso utiliza o Direito Penal.

No que se refere à aplicação do Direito Penal Econômico às finanças públicas, destacamos a Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000, que alterou de forma significativa o Código Penal, introduzindo no título reservado aos Crimes Contra a Administração Pública, um capítulo dedicado aos delitos contra as finanças públicas.

Estes delitos previstos no Código Penal representam o tratamento criminal para o descumprimento das disposições da Lei Complementar n. 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Ilícitos administrativos praticados no exercício da função pública, no que tange ao controle, aplicação e disponibilidade do erário, ganham na nova lei *status* de crime. Não podemos mais tolerar o desrespeito às exigências legais por parte dos agentes responsáveis pelos atos de gestão financeira do Estado (JESUS, 2009, p. 1127-1128).

Neste contexto, a Lei n. 10.028/2000 tem por objetivo punir o agente público que inscreve despesas não empenhadas em restos a pagar, ordena despesa não autorizada por lei ou aumenta de forma irregular despesa relativa a pessoal, entre outras hipóteses. A violação da legalidade na despesa pública implica crime de responsabilidade do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores, dos secretários e dos prefeitos, consoante o disposto no art. 85 da Constituição Federal, na Lei n. 1.079/1950 e no Decreto-lei

n. 201/1967. No que se refere às receitas públicas, o administrador deve agir dentro dos limites impostos pela lei, não criando sacrifícios excessivos à população nem assumindo obrigações temerárias à estabilidade das instituições democráticas.

Críticas são levantadas a este novo ramo jurídico, uma delas seria o fato de o Direito Penal Econômico tratar de uma intervenção penal difusa, na qual não se encontram vítimas reconhecíveis e, tampouco, pode-se admitir a ocorrência de dano real ao bem jurídico protegido. É considerada duvidosa a necessidade de ampliação do tratamento penal nesses casos. Defende-se que deve ser limitada a aplicação do Direito Penal, os novos campos surgidos devem ser cuidados por outros ramos do Direito (SILVEIRA, 2006, p. 22-23).

Na visão de Hassemer (2008, p. 254) as novas criminalizações na parte especial do Código Penal e da legislação extravagante ampliam o Direito Penal, que deixa de ser uma reação às lesões mais graves às liberdades dos cidadãos para se tornar um instrumento garantidor de políticas de segurança pública. O Direito Penal acaba abandonando o seu lugar no conjunto dos ramos do direito e se aproxima das funções do Direito Civil ou Administrativo.

Desta forma, observa-se a tendência do legislador penal a consolidar a criminalização menos como *ultima ratio* do que como a *prima ratio*. O legislador contraria o princípio da subsidiariedade e emprega o Direito Penal onde quer que seu emprego possa proporcionar um ganho político (HASSEMER, 2008, p. 254–255).

Segundo Bitencourt, (2006a, p. 17), o princípio da intervenção mínima, conhecido como *ultima ratio*:

Orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constitui meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito

revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Ressaltando o caráter subsidiário do Direito Penal, Roxin (1997, apud Greco, 2008, p. 50) declara:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. por isso se denomina a pena como a ‘ultima ratio da política social’ e se define sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos.

Para Greco (2008, p. 61) a fragmentariedade do Direito Penal é corolário da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social:

O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que o ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária.

Hassemer (2008, p. 255) ressalta que novas áreas, novos instrumentos e novas funções criam novos problemas, e que se poderiam agrupar os problemas do Direito Penal moderno em duas vertentes relacionadas entre si: o perigo de que ele cumpra sua missão de forma deficitária e a expectativa de que se recolha a funções simbólicas. É do conhecimento geral o fato de que as áreas centrais do Direito Penal moderno, com destaque para drogas, ambiente e sistema econômico, são acompanhados de *déficits de implementação*:

- uma grande parte das persecuções penais emperra já na etapa de investigação preliminar;
- os juízes penais raramente aplicam as penas máximas;
- a cifra oculta é extraordinariamente elevada;
- o Direito Penal apanha mais frequentemente as pessoas “erradas”, enquanto as pessoas “certas” ficam na sombra.

Déficit de implementação significa não apenas que as leis não funcionam como deveriam, mas que as leis e o seu emprego levam a

consequências desiguais e injustas. Os *déficits de implementação* são um indicador de que o Direito Penal está sendo utilizado em áreas e ampliado seu uso com funções que lhe são estranhas (HASSEMER, 2008, p. 255-256).

Hassemer (2008, p. 261-262) propõe que para lidar com os problemas do Direito Penal de hoje é preciso despojá-lo de sua modernidade, com uma redução de Código Penal a um “Direito Penal nuclear”. Pertencem a esse Direito Penal todas as lesões aos clássicos bens jurídicos individuais. Um código penal, nos dias de hoje, não pode renunciar a bens jurídicos universais, mas a estes bens precisam ser definidos com a maior precisão quanto possível e que sejam operacionalizados a partir de bens jurídicos individuais.

É recomendável que sejam retirados da esfera do Direito Penal os problemas que lhe foram trazidos nos últimos tempos. O Direito das Contravenções, Direito Civil, o Direito Administrativo, o mercado e a preocupação das próprias vítimas são áreas das quais o Direito Penal moderno se apropriou. É recomendável que os problemas das sociedades modernas que levaram à modernização do Direito Penal fossem disciplinados por um específico “Direito de Intervenção” situado entre o Direito Penal e Direito das Contravenções, entre o Direito Civil e o Direito Administrativo. O Direito Penal moderno poderia contar com as garantias e formalidades processuais menos exigentes, mas seria provido com sanções menos intensas contra o indivíduo. Este Direito Penal moderno seria menos censurável, e ao mesmo tempo, melhor equipado para lidar com os problemas específicos da sociedade moderna (HASSEMER, 2008, p. 261-262).

Silva Sánchez (2002, p. 141-143) critica a criação de um Direito de Intervenção, nos moldes propostos por Hassemer, na medida em que, além da falta de contornos próprios que lhe confirmam especialidade, o Direito Administrativo não estaria protegido de imparcialidade e neutralidade política própria da atividade jurisdicional. E propõe a expansão do Direito Penal e a coexistência de “vários Direitos Penais distintos”, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções diversas.

Segundo Silva Sanchez (2002, p. 144-147), há que existir um Direito Penal de duas velocidades: uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal da prisão, na qual se manteria de forma rígida os princípios políticos criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização em face da menor intensidade da sanção.

3.2 Aplicabilidade da Lei n. 10.028/2000

Antes da edição da Lei n. 10.028/2000 já se observa uma falha na aplicação das infrações previstas no art. 73 da LRF, tendo em vista que tais infrações deveriam vir à tona para o mundo jurídico em conjunto com a lei complementar em questão. Isso porque a LRF já se encontrava em vigor, e a atual lei penal não estava preparada para punir todas as infrações cometidas aos novos comandos legais, merecendo, por esta razão, as alterações, para se adaptar à nova realidade. Contudo, a tramitação legislativa das leis penais citadas foi mais lenta do que a LRF. Com este descompasso deixou-se de punir alguns infratores dos comandos legais da LRF, tendo em vista que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal (MATTOS, 2009, p. 487).

Essa falha do legislador deixou muitos infratores livres da punição, tendo em vista que é defesa a retroatividade da lei penal. Desta forma, as infrações cometidas à LRF, até que houvesse a aprovação e publicação das já declinadas, seriam punidas pela atual legislação, que se demonstrava arcaica e despreparada para as inovações surgidas. Vale ressaltar que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal”, art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal (MATTOS, 2009, p. 488).

O princípio da legalidade ou da reserva legal é uma das garantias fundamentais do homem, sendo inclusive ressaltado por Damásio de Jesus que:

O princípio da legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem.

Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente ela, compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual(...).

O legislador pecou em desatrelar a tramitação dos projetos legislativos da LRF e das alterações das normas declinadas no art. 73 da LRF. Por certo, quem saiu perdendo, mais uma vez, foi a sociedade, que não terá condições de ver punido o administrador ou agente público que violou, antes da aprovação e entrada em vigor das aludidas alterações penais, preceitos que deveriam vir em conjunto, justamente por descrever e individualizar o comportamento ilícito dos responsáveis pela gestão pública (MATTOS, 2009, p. 489).

A Lei n. 10.028/2000 acrescentou um capítulo à Parte Especial do Código Penal, com os artigos. 359-A a 359-H, criando tipos penais, com objetivo de proteger a Administração Pública, em especial as suas finanças públicas. Questiona-se a edição desta lei e aplicação dos princípios fundamentais do Direito Penal, como o da fragmentariedade e da intervenção mínima.

Algumas das condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, como outras previstas na LRF, bem como as infrações administrativas contra o art. 5º da Lei n. 10.028/2000, praticadas pelos agentes públicos em geral, que apenas caracterizavam infrações administrativas por ato de improbidade, foram alçadas pela Lei n. 10.028/2000 à condição de crimes contra as finanças públicas, atingindo os chefes dos três Poderes no âmbito da União, estados, Distrito Federal e municípios, abarcando membros de instituições, autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista. Além do que as alterações e acréscimos em leis extravagantes e estatutos de naturezas distintas tornam o seu estudo complexo e difícil a sua harmonização, com a possibilidade de *bis in idem* na aplicação das sanções previstas em diversas normas versando sobre o mesmo tema.

A LRF representa um marco na história da Administração Pública brasileira, e a Lei n. 10.028/2000 veio confirmar as disposições evidenciadas em seus artigos, pois estabeleceu sanções para aqueles

que gerenciam os recursos públicos de maneira irresponsável e fraudulenta, pois o que se busca é a transparência, a legalidade, a moralidade e eficiência no setor público. Apesar da importância da Lei n. 10.028/2000, verificamos, contudo, a dificuldade de aplicação das sanções impostas pela referida lei.

Há três fatores que deixam o juiz inseguro ao aplicar a Lei n. 10.028/2000: o primeiro seria a complexidade que a LRF possui e que cria dificuldades para a sua compreensão e interpretação na maioria das situações reguladas. A sua marca maior, no tocante ao aspecto formal, é o seu elevado caráter técnico, com a redefinição de conceitos, princípios e normas de ordem financeira e econômica, introduzindo modificações no comportamento de agentes públicos não afeitos ao controle por ela introduzido.

Os outros dois fatores seriam o excesso de leis em branco e a quantidade de elementos normativos, o que pode gerar incerteza na aplicação da pena. Alguns dispositivos, como o art. 359-A – “Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito interno ou externo sem prévia autorização legislativa” –, possuem dois elementos normativos. O que é operação de crédito? Primeiro, o juiz tem que saber se o que está julgando é uma operação de crédito e verificar se houve a prévia autorização legislativa. Já o art. 359-B prevê: “Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei”. O que são restos a pagar? No art. 359-F o crime é o não cancelamento de restos a pagar: “Deixar de ordenar, autorizar ou promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei”. O sujeito pode ser punido duas vezes, primeiro porque ordenou, depois porque não cancelou os restos a pagar.

A Lei n. 10.028/2000 mistura de forma inconveniente as sanções administrativas e penais. Para aplicá-la os juízes terão de conhecer infrações de ordem administrativa, relacionadas à Contabilidade, Direito Administrativo, Econômico e Financeiro. É necessário que a lei penal seja editada com objetividade e restrição, para que o destinatário saiba o que pode e o que não pode fazer. É recomendável que a lei penal não use termos técnicos, o que pode dificultar a sua aplicação.

A Lei n. 10.028/2000 apresenta confusão de matéria. Uma coisa é a questão fiscal que a norma legal busca proteger, os crimes contra as finanças públicas, outra é a moralidade dos atos praticados pelos entes políticos em épocas que precedem as campanhas eleitorais. Desta forma o art. 359-G, quando prevê a pena de reclusão de um a quatro anos para aquele que “ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura”, encontra-se deslocado do contexto do capítulo que trata dos crimes contra as finanças públicas, pois a objetividade jurídica é diversa. Não são as finanças públicas que se pretende tutelar, neste caso, porque a Lei não faz nenhuma menção à necessidade de que o ato do governante venha a comprometer, de alguma forma, o orçamento futuro, veda somente a possibilidade de aumento de despesas totais com o funcionalismo (GOMES e BIANCHINI, 2001, p. 92-93).

Outra dificuldade de aplicação da Lei n. 10.028/2000 refere-se ao seu alcance, ou seja, ela poderia ser aplicada aos atos praticados a partir da vigência da LRF (5.5.2000) ou somente àqueles praticados após a sua publicação (20.10.2000)? No que se refere às alterações produzidas no Código Penal, não há dúvida de que inexistente a possibilidade de a lei retroagir, pois estamos diante de ilícitos penais. As normas penais só retroagem para beneficiar o réu, conforme determina o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e o art. 1º do Código Penal, o que não é o caso, pois se trata de criminalização de condutas que antes eram tidas como ilícitos administrativos.

A quantidade de equívocos cometidos pelo legislador faz com que a eficácia da Lei n. 10.028/2000 reste subordinada à transposição de muitos obstáculos. Além das conhecidas dificuldades de aplicação aos dispositivos repressivos quando se trata de buscar a punição de agentes com elevado poder econômico e político.

Em pesquisas em sítios eletrônicos de jurisprudência, encontramos poucos julgados sobre os artigos 359-A a 359-H, os quais não tratam de situações ocorridas no âmbito da administração federal, mas de estados e municípios. A seguir listamos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a aplicação da Lei n. 10.028/2000:

Supremo Tribunal Federal:

Pet 4110 / SP - SÃO PAULO
 REQTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 REQDO.(A/S): MARTA TERESA SUPLICY
 ADV.(A/S): DAVID RECHULSKI E OUTROS
 Decisão

DECISÃO: A Subprocurador-Geral da República Cláudia Sampaio Marques manifesta-se em parecer de seguinte teor, aprovado pelo Procurador-Geral da República (fls. 605/607):

“O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em atenção ao despacho de fls. 603, vem expor e requerer o seguinte:

2. Trata-se de investigação instaurada para apurar a suposta prática de crime previsto no art. 359 do Código Penal e art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, pela então Prefeita do Município de São Paulo MARTA TERESA SUPLICY, por intermédio do cancelamento de empenhos liquidados relativos a serviços realizados pelo Consórcio CCM, integrado pelas empresas TELEGLOBAL S.A e MITSCA COMÉRCIO E SERVIÇOS DE LOCAÇÕES DE BENS LTDA.

3. Em cumprimento à decisão de fls. 509, o Tribunal de Contas Municipal juntou cópia do Parecer referente ao Balanço do Executivo do exercício de 2004 (fls. 533/600).

4. No referido documento o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, decidiu pela aprovação das contas de MARTA TERESA SUPLICY, entendendo que a conduta da ex-Prefeita no exercício de 2004 esteve de acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

5. Com relação ao cancelamento de empenhos, o parecer destacou que ‘a matéria está regulada no art. 55, inciso III, alínea b, item 4 da Lei de Responsabilidade Fiscal’ e que ‘(...) cancelar empenhos, por falta de disponibilidade de caixa, era obrigação da autoridade’ (fls. 552 e 557).

6. Quanto à inscrição de despesas em Restos a Pagar e a alegação de que os recursos financeiros deixados pela Administração teriam sido inferiores ao total de compromissos de curto prazo por ela assumidos, o parecer assentou que a disponibilidade em caixa era suficiente para a assunção das despesas e ainda teria um saldo positivo no montante de R\$ 91.046,265,51 (noventa e um milhões, quarenta e seis mil, duzentos e sessenta e cinco reais e cinqüenta e um centavos) (fls. 572).

7. O Tribunal de Contas Municipal entendeu, portanto, que a ação do Poder Executivo no tocante à assunção de despesas, cancelamento de empenhos e inscrição em restos a pagar encontrou amparo no art. 30, II, da LDO, que conferiu interpretação autêntica ao art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

8. Em suma, se houver despesas empenhadas sem a correspondente disponibilidade de caixa, mostra-se lícito o cancelamento dos respectivos empenhos, cumprindo-se o determinado pela Lei de Responsabilidade Fiscal; caso contrário, havendo disponibilidade em caixa, as despesas empenhadas deverão ser inscritas em Restos a Pagar, com a transferência da obrigação do pagamento ao sucessor administrativo.

9. Com efeito, em conformidade com o Decreto no 45.664, de 28/12/2004, arts. 1º e 2º, *caput* e parágrafos, as orientações acima descritas foram cumpridas com o cancelamento dos empenhos não liquidados e a inscrição das despesas já liquidadas na rubrica Restos a Pagar.

10. Não se vislumbra, dessa forma, a subsunção da conduta da ex-Prefeita MARTA TERESA SUPPLY a nenhum dos tipos penais descritos no art. 359 do Código Penal ou no art. 1º do Decreto-Lei 201/67.

11. Tampouco os referidos cancelamentos dos empenhos enquadram-se, como pretendeu o Ministério Público Estadual (fls. 485/486), nos arts. 359-A, 359-B ou 359-F do Código Penal.

12. Fica descaracterizada, também, a infringência ao art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois a despesa foi contraída em 15/03/2000, bem antes dos dois últimos quadrimestres do mandato, e, de acordo com o Tribunal de Contas do Município, foram reservados recursos suficientes para a cobertura das parcelas a serem pagas pela gestão seguinte.

13. Diante do exposto, o Ministério Público Federal requer o arquivamento dos presentes autos em razão da atipicidade da conduta atribuída à MARTA TERESA SUPPLY.”

2. O pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público Federal, fundado na ausência de atipicidade, é de acolhimento compulsório (cf. INQs. 1.443 e 1.538, Rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, publicados respectivamente nos DJs dos dias 05.10.01 e 14.09.01). Brasília, 16 de abril de 2008.

(Supremo Tribunal Federal, Brasília, Pet 4110 / SP - SÃO PAULO, Relator: Min. EROS GRAU, Julgamento: 16/04/2008, Publicação: DJe-073: 23/04/2008, publicação: 24/04/2008)

Inq 2597 / SP - SÃO PAULO

Partes

AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INDIC.(A/S): ARNALDO FARIA DE SÁ

INDIC.(A/S): CELSO ROBERTO PITTA DO NASCIMENTO

ADV.(A/S): RUTH STEFANELLI WAGNER VALLEJO E OUTROS

INDIC.(A/S): EDVALDO PEREIRA DE BRITTO OU EDVALDO PEREIRA DE BRITO

ADV.(A/S): ALEX MAKRAY

INDIC.(A/S): DENIZ FERREIRA RIBEIRO

Decisão

Inquérito instaurado com o objetivo de apurar suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 359-B e 359-C, ambos do Código Penal (crimes contra as finanças públicas), atribuídas, em tese, ao ex-Prefeito de São Paulo/SP, Celso Pitta, ao ex-Secretário Municipal do Governo, Arnaldo Faria de Sá, atualmente exercendo o cargo de Deputado Federal, ao ex-Secretário dos Negócios Jurídicos, Edvaldo Pereira de Britto, e ao ex-Secretário Municipal de Finanças, Deniz Ferreira Ribeiro. O Ministério Público Federal, em manifestação assinada pela Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques, aprovado pelo Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, requereu o arquivamento do feito, nos termos seguintes:

“O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em atenção ao despacho de fls. 837, vem expor e requerer o seguinte:

2. O presente Inquérito investiga a possível ocorrência de crimes contra as finanças públicas, especificamente os previstos nos arts. 359-B e 359-C, ambos do Código Penal, praticados, em tese, pelo ex-Prefeito de São Paulo-SP, CELSO PITTA, por ARNALDO FARIA DE SÁ, ex-Secretário Municipal do Governo, por EDVALDO PEREIRA DE BRITTO, ex-Secretário dos Negócios Jurídicos, e por DENIZ FERREIRA RIBEIRO, ex-Secretário Municipal de Finanças, no último ano do mandato do primeiro, que se encerrou no ano 2000.

3. O delito previsto no art. 359-B já foi alcançado pela prescrição, estando extinta a punibilidade com base no art. 109, inciso V, do Código Penal. Com efeito, tal crime teria sido praticado com a publicação do Decreto n. 40.223, de 29 de dezembro de 2000 (fls. 129), de maneira que se encontra prescrito desde 28 de dezembro de 2004.

4. O delito tipificado no art. 359-C consiste em: ‘Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa’.

5. Em que pese a realização de diversas diligências, não foi comprovada a autoria delitiva por parte do Deputado Federal ARNALDO FARIA DE SÁ.

6. O exame da legislação municipal juntada às fls. 723/812 já revela que o então Secretário de Governo dispunha de um âmbito bastante restrito de competência para ordenar ou autorizar despesas.

7. Ao prestar esclarecimentos ao Ministério Público do Estado de São Paulo, o representante da Secretaria de Finanças do Município afirmou não possuir informações detalhadas sobre as obrigações contraídas (fls. 314/325).

8. Da mesma forma, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo informou não dispor de registros, arquivos ou banco de dados que possibilitem o detalhamento das despesas assumidas a partir de 19 de outubro de 2000, data de início da vigência da Lei 10.028/2000, que inseriu o art. 359-C no Código Penal (fls. 835).

9. Tratando-se de crime próprio e ausente a comprovação de despesa ordenada ou autorizada por ARNALDO FARIA DE SÁ, deixa o Supremo Tribunal Federal de ter competência para apreciar as condutas dos demais envolvidos.

10. Pelo exposto, requer o Ministério Público Federal o arquivamento do inquérito em face do Deputado Federal ARNALDO FARIA DE SÁ e a remessa dos autos ao Ministério Público do Estado de São Paulo para as providências que julgar cabíveis, Ressalvada a possibilidade de nova remessa ao Supremo Tribunal Federal caso surjam indícios concretos quanto ao parlamentar” (fls. 838/839). Decido. O Ministério Público Federal requer o arquivamento do feito em relação ao Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, por entender que o delito tipificado no artigo 359-B, do Código Penal, já teria sido alcançado pela prescrição, razão pela qual estaria extinta a punibilidade nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal e, em relação delito tipificado no artigo 359-C, não teria sido comprovada a autoria delitiva por parte do parlamentar. Inicialmente, anoto que a jurisprudência desta Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que, quando houver pronunciamento do Chefe do Ministério Público Federal pelo arquivamento do inquérito, formulado com base na atipicidade da conduta narrada ou na prescrição da pretensão punitiva, poderá esta Corte analisar o mérito das alegações trazidas. Confira-se: “EMENTA: INQUÉRITO POLICIAL. Arquivamento. Requerimento do Procurador-Geral da República. Pedido fundado na alegação de atipicidade dos fatos. Formação de coisa julgada material. Não atendimento compulsório. Necessidade de apreciação e decisão pelo órgão jurisdicional competente. Inquérito arquivado. Precedentes. O pedido de arquivamento de inquérito policial, quando não se baseie em falta de elementos suficientes para oferecimento de denúncia, mas na alegação de atipicidade do fato, ou de extinção da punibilidade, não é de atendimento compulsório, senão que deve ser objeto de decisão do

órgão judicial competente, dada a possibilidade de formação de coisa julgada material” (Pet no 3.297/MG, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 17/2/06 - grifos nossos).

“EMENTA: 1. Questão de Ordem em Inquérito. 2. Inquérito instaurado em face do Deputado Federal MÁRIO SÍLVIO MENDES NEGROMONTE supostamente envolvido nas práticas delituosas sob investigação na denominada “Operação Sanguessuga”. 3. O Ministério Público Federal (MPF), em parecer da lavra do Procurador-Geral da República (PGR), Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, requereu o arquivamento do feito. 4. Na hipótese de existência de pronunciamento do Chefe do Ministério Público Federal pelo arquivamento do inquérito, tem-se, em princípio, um juízo negativo acerca da necessidade de apuração da prática delitiva exercida pelo órgão que, de modo legítimo e exclusivo, detém a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assevera que o pronunciamento de arquivamento, em regra, deve ser acolhido sem que se questione ou se entre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal. Precedentes citados: INQ no 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, unânime, DJ 19.4.1991; INQ no 719/AC, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, unânime, DJ 24.9.1993; INQ no 851/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, unânime, DJ 6.6.1997; HC no 75.907/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, maioria, DJ 9.4.1999; HC no 80.560/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ 30.3.2001; INQ no 1.538/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ 14.9.2001; HC no 80.263/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ 27.6.2003; INQ no 1.608/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, unânime, DJ 6.8.2004; INQ no 1.884/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, DJ 27.8.2004; INQ (QO) no 2.044/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, maioria, DJ 8.4.2005; e HC no 83.343/SP, 1ª Turma, unânime, DJ 19.8.2005. 6. Esses julgados ressalvam, contudo, duas hipóteses em que a determinação judicial do arquivamento possa gerar coisa julgada material, a saber: prescrição da pretensão punitiva e atipicidade da conduta. Constata-se, portanto, que apenas nas hipóteses de atipicidade da conduta e extinção da punibilidade poderá o Tribunal analisar o mérito das alegações trazidas pelo PGR. 7. No caso concreto ora em apreço, o pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral da República lastreou-se no argumento de não haver base empírica que indicasse a participação do parlamentar nos fatos apurados. 8. Questão de ordem resolvida no sentido do arquivamento destes autos, nos termos do parecer do MPF” (Inq no 2.341/MT, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 17/8/07). Necessário,

assim, tendo em vista os fundamentos da manifestação ministerial (fls. 838/839), devidamente aprovada pelo Procurador-Geral da República, examinar, em relação ao crime previsto no artigo 359-B, do Código Penal, a ocorrência da prescrição. A prescrição da pretensão punitiva do Estado, antes de transitada em julgado a sentença final, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime. No caso, o delito capitulado no Código Penal em seu artigo 359-B comina a pena máxima *in abstracto* de dois anos de detenção, cuja prescrição da pretensão punitiva, conforme previsão do art. 109, inc. V, do Código Penal, ocorre em quatro anos. O artigo 359-B do Código Penal tem a seguinte redação, *verbis*: “Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.” Luiz Regis Prado esclarece que a consumação do delito ocorre com a “expedição da ordem ou autorização para inscrição da despesa como restos a pagar, ainda que esta última não se efetive” (Comentários ao Código Penal, 4ª ed.: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, São Paulo). No caso, operou-se a consumação do fato quando da publicação, em 30/12/00, do Decreto no 40.223, de 29 de dezembro de 2000 (fl. 159). Com efeito, verifico que, aplicando-se o lapso temporal de quatro anos, a contar da data do fato, a prescrição da pretensão punitiva da pena máxima *in abstracto* ocorreu em 28 de dezembro de 2004, tendo em vista a inexistência de qualquer causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional. Portanto, correto o entendimento do Ministério Público Federal. Já em relação ao delito tipificado no artigo 359-C, as alegações do *parquet* foram formuladas com base na ausência de comprovação da autoria delitiva do parlamentar nos fatos apurados. Nessa hipótese, na linha da orientação jurisprudencial firmada nesta Corte, não há como deixar de acolher o requerimento do Ministério Público Federal.

Nesse sentido:

“EMENTA: Inquérito policial: arquivamento requerido pelo chefe do Ministério Público por falta de base empírica para a denúncia: irrecusabilidade. 1. No processo penal brasileiro, o motivo do pedido de arquivamento do inquérito policial condiciona o poder decisório do juiz, a quem couber determiná-lo, e a eficácia do provimento que exarar. 2. Se o pedido do Ministério Público se funda na extinção da punibilidade, há de o juiz proferir decisão a respeito, para declará-la ou para denegá-la, caso em que o julgado vinculará a acusação: há, então, julgamento definitivo. 3. Do mesmo modo, se o pedido de arquivamento - conforme a arguta distinção de Bento de Faria, acolhida por Frederico Marques -, traduz, na verdade, recusa de promover a ação penal, por

entender que o fato, embora apurado, não constitui crime, há de o Juiz decidir a respeito e, se acolhe o fundamento do pedido, a decisão tem a mesma eficácia de coisa julgada da rejeição da denúncia por motivo idêntico (C.Pr.Pen., art. 43, I), impedindo denúncia posterior com base na imputação que se reputou não criminosa. 4. Diversamente ocorre se o arquivamento é requerido por falta de base empírica, no estado do inquérito, para o oferecimento da denúncia, de cuja suficiência é o Ministério Público o árbitro exclusivo. 5. Nessa hipótese, se o arquivamento é requerido por outro órgão do Ministério Público, o juiz, conforme o art. 28 C.Pr.Pen., pode submeter o caso ao chefe da instituição, o Procurador-Geral, que, no entanto, se insistir nele, fará o arquivamento irrecusável. 6. Por isso, se é o Procurador-Geral mesmo que requer o arquivamento - como é atribuição sua nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal - a esse não restará alternativa que não o seu deferimento, por decisão de efeitos *rebus sic stantibus*, que apenas impede, sem provas novas, o oferecimento da denúncia (C.Pr.Pen., art. 18; Súmula 524). 7. O mesmo é de concluir, se - qual sucede no caso -, o Procurador-Geral, subscrevendo-o, aprova de antemão o pedido de arquivamento apresentado por outro órgão do Ministério Público” (Inq no 1.604/AL, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 17/2/06). Ante o exposto, na esteira do posicionamento do Ministério Público Federal, determino o arquivamento do feito (artigos 21, inciso XV, do RISTF e 3º, inciso I, da Lei n. 8.038/90) em relação ao Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá e a remessa dos autos ao Ministério Público do Estado de São Paulo para as providências que julgar cabíveis em relação aos demais querelados. Brasília, 3 de agosto de 2008.

(Supremo Tribunal Federal, Brasília, Inq 2597 / SP - SÃO PAULO, Relator: Min. MENEZES DIREITO, Julgamento: 03/08/2008, Publicação: DJe-073: 07/08/2008, publicação: 08/08/2008)

Inq 2181 / RJ – RIO DE JANEIRO

Partes

AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DNDO.(A/S): EDSON EZEQUIEL DE MATOS

ADV.(A/S): ADALBERTO MEI

Decisão

1. Trata-se de inquérito instaurado para apuração de suposta prática pelo Deputado Federal EDSON EZEQUIEL DE MATOS do crime previsto no art. 359-C do Código Penal.

2. A Procuradoria-Geral da República assim se manifestou no parecer de fls. 1318/1319: “Conforme narrado na denúncia, em 29 de dezembro de 2000, EDSON EZEQUIEL DE MATOS, na condição de

Prefeito do Município de São Gonçalo/RJ, autorizou a inscrição em Restos a Pagar do montante de R\$ 8.117.046,44 (oito milhões, cento e dezessete mil, quarenta e seis reais e quarenta e quatro centavos) como crédito das empresas ENGETÉCNICA, SERVIÇOS E CONSTRUÇÕES LTDA. E CONSTRUTORA E FORNECEDORA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO MADRE CONSTANÇA LTDA., formalizando um lançamento em desacordo com as normas financeiras pertinentes (fls. 513/516). O Código Penal comina a pena máxima de 4 (quatro) anos para o crime descrito no art. 359-C, operando-se a prescrição em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, IV do mesmo diploma. Tendo em vista que a conduta delitiva ocorreu em 29/12/2000, sem que tenha havido até o momento qualquer causa suspensiva ou interruptiva da prescrição, é forçoso reconhecer que transcorreu lapso temporal superior a 08 (oito) anos e consumou-se, portanto, a prescrição. Ante o exposto, manifesto-me pelo reconhecimento da extinção da punibilidade de EDSON EZEQUIEL DE MATOS, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal.

3. Acolho, integralmente, o parecer da Procuradoria-Geral da República e, em consequência julgo extinta a punibilidade do parlamentar EDSON EZEQUIEL DE MATOS, em face da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, IV c/c art. 109, IV, ambos do Código Penal. Determino, ainda, o arquivamento do presente inquérito policial.

Brasília, 1ª de abril de 2009.

(Supremo Tribunal Federal, Brasília, Inquérito 2181 /RJ / RIO DE JANEIRO, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 01/04/2009, Publicação: DJe-076: 24/04/2009, publicação: 27/04/2009)

Pet 4183 / SP - SÃO PAULO

Partes

REQTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQDO.(A/S): MARTA TERESA SUPLICY

ADV.(A/S): DAVID RECHULSKI

Decisão

DECISÃO: O Ministério Público Federal manifesta-se nos seguintes termos:

“O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, em atenção ao despacho de fls. 276, vem expor e requerer o que segue.

2. Cuida-se de procedimento investigatório decorrente de representação oferecida pelo Partido Democrático Trabalhista contra a ex-Prefeita de São Paulo e atual Ministra de Estado do Turismo MARTA TERESA SUPLICY, imputando-lhe a suposta prática de crime contra as finanças pú-

blicas, consistente, em síntese, no descumprimento da LC no 101/2000, implicando endividamento exacerbado daquele município durante o seu mandato (fls. 02/03).

3. Segundo consta às fls. 06/09, no último ano de seu mandato como Prefeita, em 2004, MARTA SUPLICY teria causado um déficit de aproximadamente R\$ 1,9 bilhão, em desacordo com o art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

4. Prestaram declarações MARTA TERESA SUPLICY (fls. 68/69); LUIZ TARCÍSIO TEIXEIRA FERREIRA, ex-Secretário Municipal de Negócios Jurídicos (fls. 148/149); e LUIZ CARLOS FERNANDES AFONSO, ex-Secretário de Finanças e Desenvolvimento Econômico (Petição PG/STF no 182.694/2007).

5. O Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, decidiu pela aprovação das contas de MARTA TERESA SUPLICY, entendendo que a conduta da ex-Prefeita no exercício de 2004 esteve de acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

6. Entendeu-se que a ação do Poder Executivo no tocante à assunção de despesas, cancelamento de empenhos e inscrição em restos a pagar encontrou amparo no art. 30, II, da LDO, que conferiu interpretação autêntica ao art. 42, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

7. Ponderou-se, ainda, ser necessária uma análise global da conduta de gestor durante o mandato, sobretudo por não haver norma de transição na Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim, comparou-se a situação encontrada no início do mandato com a deixada ao sucessor, concluindo-se:

“(…) pelo cumprimento ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, visto que a disponibilidade de caixa se revelou suficiente para cumprir as obrigações assumidas, restando, ainda, um saldo positivo de R\$ 91.046.265,51 (noventa e um milhões, quarenta e seis mil, duzentos e sessenta e cinco reais e cinqüenta centavos)” (fls. 146, do apenso 01).

8. Em suma, embora se tenham verificado algumas irregularidades de cunho formal, a Corte de Contas constatou a necessidade da execução das despesas realizadas e dos procedimentos adotados para a contínua atuação da Administração em satisfação ao interesse público.

9. Nos termos do art. 359-C, do Código Penal, dispositivo que tutela a observância da LRF, constitui crime:

“Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano de mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha con-

trpartida suficiente de disponibilidade de caixa. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”

10. No caso em tela, as irregularidades apontadas no julgamento das contas do exercício de 2004 não foram suficientes para configurar o descumprimento do art. 42 da LRF, o que afasta o crime previsto no art. 359-C acima transcrito. Inclusive, a Assessoria Jurídica de Controle Externo asseverou estar caracterizada conduta ativa do Executivo para o atendimento da LRF (fls. 70, do apenso 01).

11. Uma vez que a conduta também observou as normas financeiras pertinentes, não restou configurado, outrossim, o crime descrito no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67.

12. Diante do exposto, requeiro o arquivamento destes autos. Requeiro, ainda, seja juntada aos autos a Petição PG/STF no 182.694/2007, que segue anexa.”

O pedido de arquivamento, fundado na atipicidade dos fatos imputados à Requerida, é de atendimento compulsório quando feito pelo Procurador-Geral da República, titular exclusivo da ação penal pública incondicionada. Determino o arquivamento do feito. Junte-se a petição protocolada sob o n. STF-182.694/2007.

Brasília, 11 de fevereiro de 2008.

(Supremo Tribunal Federal, Brasília, Inquérito Petição 4183 / SP – SÃO PAULO, Relator: Min EROS GRAU, julgamento: 11/02/2008, publicação DJe 027: 15/02/2008, publicação: 18/02/2008)

Pet 3888 / DF – DISTRITO FEDERAL

Partes

REQTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

REQDO.(A/S): JOAQUIM DOMINGOS RORIZ

ADV.(A/S): JOSÉ MILTON FERREIRA E OUTROS

Decisão

DECISÃO: 1. Trata-se de notícia crime apresentada contra o então Governador do Distrito Federal JOAQUIM DOMINGOS RORIZ, com o objetivo de apurar suposta prática do crime previsto no art. 359-G do Código Penal (aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura). Diante da eleição do ora acusado para o cargo de Senador da República, os autos foram remetidos a esta Corte, competente originariamente para processar e julgar, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional (letra “b” do inc. I do art. 102 da Constituição Federal). Autuada, aqui, como PETIÇÃO, determinei vista ao Procurador-Geral da República, que se manifestou às fls. 319-320, nos seguintes termos:

“...Mesmo que os fatos noticiados possam configurar o delito previsto no art. 359-G do Código Penal, é forçoso concluir pela prescrição da pretensão punitiva ‘in abstracto’ em relação ao parlamentar, à luz do que dispõem os arts. 109, IV, e 115 do Código Penal. A pena máxima cominada ao crime previsto no art. 359-G do Código Penal é de 4 (quatro) anos, sendo o prazo prescricional de 8 (oito) anos, consoante o art. 109, IV, do Código Penal. Ocorre que, de acordo com a declaração fornecida pelo Senado Federal, cuja cópia instrui a presente manifestação, o Senador JOAQUIM RORIZ conta, atualmente, com 70 (setenta) anos de idade, devendo, portanto, o prazo prescricional de 8 (oito) anos ser reduzido à metade, nos termos do art. 115 do Código Penal. Como o suposto crime teria ocorrido em meados de 2002, desde então transcorreu lapso superior a 4 (quatro) anos, tendo a prescrição se consumado em 2006. Como o suposto crime teria ocorrido em meados de 2002, desde então transcorreu lapso superior a 4 (quatro) anos, tendo a prescrição se consumado em 2006. Pelo exposto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL que seja declarada extinta a punibilidade do Senador JOAQUIM DOMINGOS RORIZ (art. 107, IV, do Código Penal) em relação aos fatos ora investigados e, por conseguinte, arquivada esta Petição”.

2. Assiste razão à PGR. O termo inicial do curso da prescrição penal in abstracto é meados de 2002, data em que o crime de aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato se teria consumado (fls. 264). A prescrição da pretensão punitiva do Estado, antes de transitar em julgado a sentença final, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, que, no caso do art. 359-G do Código Penal, é de 04 (quatro) anos de reclusão. Embora o inc. IV do art. 109 do Código Penal disponha que a prescrição penal *in abstracto* consuma-se em 08 (oito) anos, no caso há incidência da norma prevista no art. 115 do Código Penal: “São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”. Transcorrido, hoje, lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, sem a incidência de nenhuma causa legal interruptiva, tenho que a prescrição da pretensão punitiva já se operou.

3. O inc. II do art. 3º da Lei n. 8.038/90 confere ao relator a prerrogativa de decretar a extinção da punibilidade do agente, com efeito de coisa julgada material, sem necessidade de audiência do Colegiado (cf.: INQ no 2.083, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 08.08.2005).

4. Assim, declaro extinta a punibilidade (art. 61 do Código de Processo Penal c/c inc. IV do art. 107 do Código Penal) dos fatos imputados a JOAQUIM DOMINGOS RORIZ.

Publique-se. Int. Após, ao arquivo. Brasília, 12 de abril de 2007.

(Supremo Tribunal Federal, Brasília, Petição 3888 / DF – DISTRITO FEDERAL, Relator: Min CEZAR PELUSO, julgamento: 12/04/2007, publicação DJ: 23/07/2007, página 27).

Superior Tribunal de Justiça:

Decisão: Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: “Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler recebendo em parte a denúncia com relação a Marcos Antônio Souto Maior pela prática do crime de peculato, na modalidade desvio, combinado com o artigo 71 do Código Penal; pela prática do crime de ordenação de despesa não autorizada, combinado com o artigo 69 do Código Penal; recebendo, também, a denúncia contra Hilton Souto Maior Neto e Fabíola Andrea Correia Guerra, pelo crime do art. 312, *caput*, segunda parte, do Código Penal, combinado com o art. 71; rejeitando-a integralmente contra Raquel Vasconcelos Souto Maior; rejeitando-a, em parte, com relação a Marcos Antônio Souto Maior, quanto ao crime de peculato na modalidade desvio no que diz respeito às duas exposições de obras de arte estrangeiras e quanto ao crime de responsabilidade, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior e pelos Srs. Ministros Nancy Andriighi e Luiz Fux, que reformularam votos proferidos na sessão anterior, e o voto do Sr. Ministro Gilson Dipp acompanhando integralmente a Sra. Ministra Relatora, a Corte Especial, por maioria, rejeitou a preliminar de incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Vencidos os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Nancy Andriighi, Luiz Fux, Nilson Naves e Fernando Gonçalves; rejeitou, por unanimidade, as preliminares referentes ao cerceamento de defesa, à violação do Princípio do Promotor Natural, à questão referente ao julgamento do Tribunal de Contas da Paraíba e à decisão da Procuradoria-Geral de Justiça da Paraíba; julgou, por unanimidade, prejudicada a preliminar referente à nomeação de defensor dativo; rejeitou a preliminar referente à inépcia na inicial, acolhendo em parte apenas quanto ao pagamento de precatórios; rejeitou, por maioria, a denúncia contra Raquel Vasconcelos Souto Maior, recebendo-a em parte contra Marcos Antônio Souto Maior: pela prática do crime de peculato na modalidade desvio, tipificado no art. 312, *caput*, segunda parte, do Código Penal, combinado com o art. 71; pela prática do crime de ordenação de despesas não autorizadas, previsto no art. 359-D, do Código Penal, combinado com o art. 69; recebeu também em parte a denúncia quanto a Hilton Souto Maior Neto e Fabíola Andréa Correia Guerra, pelo crime do art. 312, *caput*, segunda parte, do Código Penal, combinado com o art. 71 e rejeitou, parcialmente, a denúncia contra Marcos Antônio Souto Maior quanto ao crime de peculato na modalidade desvio, no que diz respeito

às duas exposições de obras de arte estrangeiras, e quanto ao crime de responsabilidade, nos termos do voto do Sr. Ministro Ari Pargendler. E, por unanimidade, determinou o afastamento do Desembargador Marcos Antônio Souto Maior de seu cargo, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. No mérito, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Nancy Andriighi e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Ari Pargendler. Vencidos parcialmente a Sra. Ministra Relatora e os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Laurita Vaz e Gilson Dipp que recebiam a denúncia com relação a Fabíola Andréa Corrêia Guerra, Hilton Souto Maior Neto e Raquel Vasconcelos Souto Maior, com referência ao art. 312 do Código Penal, e, também, com relação a Marcos Antônio Souto Maior, por incurso nas previsões dos arts. 312, 359, d, do Código Penal e art. 10, II, c/c o art. 39, a, parágrafo único, da Lei n. 1.079, de 1950, com redação dada pela Lei n. 10.028, de 2000, e o Sr. Ministro Nilson Naves que rejeitou a denúncia por inépcia formal com relação a Raquel Vasconcelos Souto Maior e por ausência de justa causa em relação a todos os réus. Quanto ao afastamento do cargo do réu Marcos Antônio Souto Maior, os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Nancy Andriighi, Laurita Vaz, Luiz Fux, Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.” Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e João Otávio de Noronha.

(Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Corte Especial, APN 200400612386, AÇÃO PENAL – 477, Relatora: ELIANA CALMON, DJE de 05/10/2009).

Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

EMENTA: PENAL. CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS. DEFICIÊNCIA DE PROVAS. MATERIALIDADE DELITIVA NÃO EVIDENCIADA. DESPESA PÚBLICA. SÉRIE DE ATOS PREPARATÓRIOS. VIGÊNCIA DE NORMA LEGAL INCRIMINALIZADORA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CONDUTA NÃO TUTELADA PELO DIREITO PENAL. 1. A denúncia não precisa em que data teria supostamente o apelado consumado o delito a ele imputado, limitando-se o titular da ação penal a uma simples referência ao ano de 2000, o que repete em seu recurso ao apenas fazer menção à aplicação da lei penal aos fatos ocorridos após 20 de outubro de 2000 – data de publicação da Lei n. 10.028/2000 –, mas sem indicar as respectivas datas. 2. Desta forma, entendo que a materialidade delitiva não restou evidenciada de forma satisfatória, porquanto não é possível concluir quais obrigações foram assumidas após o período de vigência da nova lei incriminadora.. 3. Para que uma nota de empenho seja emitida, são necessários e

imprescindíveis uma série de atos preparatórios, que culminam na emissão daquele documento. Em outras palavras, o empenho da despesa não é o ponto de partida da realização de uma despesa pública, mas sim seu ponto final. 4. Uma norma legal incriminadora que entre em vigor às vésperas da emissão da nota de empenho, ou seja, quando já percorrida a maior parte do procedimento licitatório, não pode incidir sobre aquela conduta, criminalizando-a, sob pena de ferir o princípio da legalidade, ao fazer retroagir a nova tipificação penal. 5. Malgrado o artigo 359-C tenha entrado em vigor em outubro de 2000 – último ano do mandato do acusado –, as supostas obrigações contraídas pelo apelado nestes meses, ainda que sem a suficiente disponibilidade de caixa, não podem ser subsumidas ao aludido tipo, tendo em vista que à época em que iniciou-se o procedimento administrativo, tais condutas não eram tuteladas pelo Direito Penal. 6. Recurso desprovido.

(Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, ACR 200251060009476, APELAÇÃO CRIMINAL – 5502, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, DJU de 14/05/2009, página 64).

4 Conclusão

A LRF, fundamentada nos princípios da administração pública, traçados no art. 37 da Constituição de 1988, estabeleceu um elenco de normas demandadas pela sociedade, com objetivo de aumentar a qualidade das ações de gestão fiscal dos recursos públicos confiados aos agentes públicos de todas as esferas de governo e coibir os abusos que provocam danos ou prejuízos ao patrimônio público.

A LRF apresenta-se como um marco institucional para viabilizar o controle social no país. Por meio dela, ficou definido que todos os governantes devem obedecer às normas e limites para administrar as finanças públicas, prestando contas sobre quanto e como gastam os recursos que os contribuintes colocam à disposição dos governantes.

Para assegurar a efetiva aplicação da LRF, algumas condutas que atentam contra seus preceitos foram definidas como crimes por intermédio da Lei n. 10.028/2000. Trata-se de crimes classificados como sendo contra as finanças públicas. Pertencem ao grupo dos crimes contra a administração pública. São eles: contratação irregular de operação de crédito ou extrapolação do limite máximo da dívida consolidada; inscrição irregular ou acima do limite de restos a pagar; as-

sunção irregular de obrigação nos últimos oito meses do mandato ou legislatura; ordenação de despesa não autorizada por lei; prestação de garantia graciosa sem constituição de adequada contragarantia; não cancelamento de restos a pagar inscritos em valor superior ao permitido em lei; aumento da despesa total com pessoal no último semestre do mandato ou legislatura; e oferta pública ou colocação de títulos irregulares no mercado.

Esses tipos penais mostram características comuns, como o uso excessivo de elementos normativos e da técnica das leis penais em branco, bem como dos crimes de perigo, frequentes no Direito Penal Econômico. Essa é uma tentativa de ampliar o uso das sanções penais para condutas que lesam bens jurídicos coletivos e difusos.

Todavia, as normas estabelecidas na LRF e as sanções administrativas engendradas por ela parecem ter sido suficientes para induzir a mudanças na administração pública brasileira, em todos os níveis, conforme demonstrado em pesquisas. As sanções penais, pelo que se deduz da pouca quantidade de decisões judiciais identificadas, têm sido muito pouco aplicadas.

Algumas hipóteses podem ser formuladas. Em primeiro lugar, não são praticadas as condutas definidas na lei. Em segundo lugar, são praticadas, mas não detectadas, investigadas, processadas e punidas. Ainda é possível supor que são praticadas condutas atentatórias ao bem jurídico protegido pela LRF, mas que não foram definidas como crime e, portanto, são atípicas. Todas essas são hipóteses que demandam pesquisas. Há um campo em aberto para pesquisas.

REFERÊNCIAS

- BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciências das finanças*. Revista e atualizada por Dejalma de Campos. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 9.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9.ed. Rio de Janeiro: Revam, 2004.

BITENCOURT (a), Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____ (b) Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial 5, dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos (Lei n. 10.028/2000). São Paulo: Saraiva, 2007.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CASTRO, Renato de Lima. *Crimes contra as finanças públicas*. Coordenadores: Luiz Regis Prado e Adel El Tasse. Curitiba: Juruá, 2007.

CRUZ, Flávio da. *Lei de responsabilidade fiscal comentada*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches, *Direito Penal VI, parte especial, dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: RT, 2006.

DAMÁSIO, Evangelista de Jesus. *Código penal anotado*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. In PODVAL, Roberto (organizador). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FILHO, Marino Pazzaglini. *Crimes de responsabilidade fiscal, atos de improbidade administrativa por violação da LRF*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FRANCO, Antônio Luciano de Sousa. *Finanças públicas e direito financeiro*. v. I, 4.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal*. São Paulo: RT, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte Geral, volume. I. 10.ed. Niterói: Impetus, 2008.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito penal econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal*, fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

NASCIMENTO, Carlos Valter do. In MARTIN, Ives Gandra da Silva e NASCIMENTO, Carlos Valder do (organizadores). *Lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças públicas, a política orçamentária no Brasil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. in MARTIN, Ives Gandra da Silva e NASCIMENTO, Carlos Valder do (organizadores). *Lei de responsabilidade fiscal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES (a), Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES (b), Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. Atualizadores: Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva, 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEZZAROBBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código penal comentado*. 5.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

PAGLIARO, Antônio e COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Dos crimes contra a administração pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PINTO, Tabajara Novazzi. *Direito penal econômico, erros técnicos na legislação vigente*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 3.ed. São Paulo: RT, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006.

STOCO, Rui. *Improbidade administrativa e os crimes de responsabilidade fiscal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, a. 8, n. 99, p. 2-4, 2001.

VENTURA, Deisy. *Monografia jurídica*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAFFARONI, Raul Eugênio e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v.1, parte geral, 8.ed. São Paulo: RT, 2009.

Tipografia

Meridien e Gotham Condensed

Papel

Offset AP 90g/m²

Diagramação

Leandro Castro

Marina Costa

Matheus Cavalheiro

Thiago Ferreira

Ideorama Comunicação

CLN 413 Bloco A, sala 218 – 70874-510

Brasília-DF – Tel.: (61) 3032-4849

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda.

SIG Quadra 8, 2268 – 70610-480

Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

DIREITO PENAL ESPECIAL

TOMO 2



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Carlos Henrique Martins Lima

Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União
Maurício Correia de Mello

Câmara Editorial Geral

Afonso de Paula Pinheiro Rocha
Procurador do Trabalho — PRT 21ª Região(RN)

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República — PR/RJ

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça — MPDFT

José Antonio Vieira de Freitas Filho
Procurador do Trabalho — PRT 1ª Região (RJ)

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça — MPDFT

Otávio Augusto de Castro Bravo
Promotor de Justiça Militar — PJM/RJ

Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas
Procurador de Justiça Militar — PJM/Recife

Robério Nunes dos Anjos Filho
Procurador Regional da República — 3ª Região

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

DIREITO PENAL ESPECIAL

TOMO 2

DOUGLAS FISCHER
Organizador

Brasília-DF
2014



série pós-graduação
volume 3

Série Pós-Graduação
DIREITO PENAL ESPECIAL

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2º andar
70200-640 — Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 — Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2014. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação de originais e revisão de provas

Maiara Geórgia Sena de Melo

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto gráfico e capa

Rossele Silveira Curado

Tiragem: 3.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

D598 Direito penal especial: Tomo II / Organizador : Douglas Fischer ; colaboradores : Marisperc de Sousa Lima Araújo Sá ... [et al.]. – Brasília : ESMPU, 2014.

436 p. - (Série pós-graduação ; v.3)

ISBN 978-85-88652-68-2

Disponível também em *e-book* sob o ISBN 978-85-88652-69-9

1. Direito penal. 2. Crime. 3. Eleição municipal - Brasil. 4. Crime de perigo abstrato. 5. Crime econômico - Brasil. 6. Pena alternativa. 7. Adolescente infrator - Brasil. 8. Estatuto da Criança e do Adolescente. 9. Sonegação fiscal - Brasil. 10. Princípio da insignificância. I. Fisher, Douglas. II. Série.

CDD 341.5

Colaboradores desta obra

Tomo 1

Carlos Magno Araújo Júnior

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Cleuber Delano José Lisbôa Filho

Analista do Ministério Público da União. Assessor Jurídico na Procuradoria-Geral da República.

Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Eider Nogueira Mendes Neto

Advogado.

Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) e em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Erika Meneses Sayd

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em Direito Processual Civil pelo Instituto LFG/Universidade Anhanguera (UNIDERP) e em Direito Público pela Fortium/Faculdade Projeção.

Giselle Aguiar Santos de Chantal

Analista do Ministério Público da União.

Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Helder Valadares Durães

Técnico Administrativo do Ministério Público da União. Assessor Jurídico na Procuradoria-Geral da República.

Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) e em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL).

Marcelo Vasconcelos de Góis

Técnico Administrativo do Ministério Público da União.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Márcio Gomes da Silva

Técnico Judiciário do Conselho da Justiça Federal.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Tomo 2**Marisperc de Sousa Lima Araújo Sá**

Técnico Administrativo do Ministério Público da União.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)

Mary Lucy Pereira Sousa

Analista do Ministério Público da União
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Milton Vinícius Machado Lage de Melo

Analista Judiciário do Superior Tribunal de Justiça.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Nishlei Vieira de Mello

Analista Judiciário do Superior Tribunal de Justiça.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Renata Gonçalves Pereira Guerra Pouso

Analista Judiciário do Supremo Tribunal Federal. Assessora Jurídica no Conselho Nacional de Justiça. Professora universitária.
Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (UCB).

Ricardo Manhães Seabra

Técnico Judiciário do Conselho da Justiça Federal.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em Direito e Constituição pela UNIPLAC e em Direito Penal pela Fortium.

Roberto Buch

Técnico Judiciário do Superior Tribunal de Justiça.
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Vilvana Damiani Zanellato

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Assessora na Procuradoria-Geral da República. Professora de Direito Processual Penal no Curso de Graduação de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).
Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Wanessa Silva Tocantins Álvares

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Sumário

Apresentação Eugênio Pacelli de Oliveira	11
Prefácio Douglas Fischer	13
Da captação ilícita de sufrágio nas eleições municipais de 2000, 2004 e 2008 (art. 41-A da Lei n. 9.504/1997) Marisperc de Sousa Lima Araújo Sá	19
Crimes de perigo abstrato. A embriaguez ao volante. As modificações introduzidas no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro em face da Lei n. 11.705/2008 Mary Lucy Pereira Sousa	75
Crimes de gestão contra o Sistema Financeiro Nacional: a influência da instância administrativa do Banco Central sobre a esfera penal Milton Vinícius Machado Lage de Melo	113
Encontros restaurativos: uma análise à luz da teoria foucaultiana Nishlei Vieira de Mello	149
Inimputabilidade penal cronológica: direito fundamental irreduzível Renata Gonçalves Pereira Guerra Pouso	199
Proposta do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) para o menor infrator e perspectivas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) Ricardo Manhães Seabra	235

O crime de sonegação do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores mediante a declaração falsa de residência em unidade da federação distinta do verdadeiro domicílio do sujeito passivo Roberto Buch	287
A aplicação sem critério do princípio da insignificância no delito de descaminho Vilvana Damiani Zanellato	315
O princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública Wanessa Silva Tocantins Álvares	383

Apresentação

A Escola Superior do Ministério Público da União se notabiliza pela excelência de suas contribuições acadêmico-profissionais não só para os membros do *Parquet* da União mas também nas interlocuções permanentes que mantém com outras instituições. Toda sorte de atividades acadêmicas (cursos, módulos, palestras, congressos, conferência etc.) é patrocinada sob os auspícios de uma gestão orientada para o aprimoramento técnico dos participantes, sem perder de vista, contudo, os superiores interesses da comunidade na qual se dará a respectiva atuação profissional ou acadêmica. Em tempos mais recentes a Academia brasileira parece ter-se rendido às evidências da pós-modernidade, incorporando ao então hermético universo científico as inúmeras e inegáveis contribuições de uma formação de base também profissional. A ESMPU já percorria tais caminhos há mais tempo.

O que vem agora a dar-se ao conhecimento de todos, em forma de literatura jurídica especializada, são os resultados dos esforços e da capacidade laborativa e intelectual dos participantes do Curso de Especialização em Direito Penal Especial – e não há aqui qualquer redundância, mas circunstância – realizado nos anos de 2008/2009, sob nossa Coordenação. Sob nossa coordenação, mas efetivamente comandado pelos ilustre Professores que nele atuaram. A destacar também – por que não? – a generosidade e a abnegação daqueles mestres integrantes do Ministério Público Federal, que, apesar de seus compromissos institucionais, ministraram suas disciplinas sem qualquer remuneração, em obediência à sistemática adotada pela Escola àquele tempo. Destaque ainda maior para aqueles que tiveram que se deslocar de seus Estados até a sede da Escola, para cumprir tarefas que sequer se incluíam em sua rotina profissional, mas que mais que gentilmente foram aceitas. Nossos agradecimentos públicos, tardios, mas não menos sinceros.

E como já verá o leitor, trata-se de obra de muitos méritos e que explicita muito claramente a diversidade temática tratada no Curso, que abriu espaço para as mais variadas preferências teóricas e práticas, como convém, aliás, a um ambiente oxigenado pelo pluralismo

de ideias e ideologias, confortado pela abertura proposital da área de concentração então oferecida (Direito Penal Especial). Estão de parabéns todos os alunos e agora (e vários, muito antes!) autores, cujos trabalhos foram criteriosamente analisados quando de sua admissão à publicação. Ficam estendidos também a eles os nossos melhores e mais sinceros agradecimentos. E fica, por fim, o convite ao leitor, para que ele se disponha a visitar as reflexões tão cuidadosamente expostas na obra, fruto, sim e antes de qualquer outra coisa, da capacidade pessoal de cada um, mas, também, ainda que em menor escala, da seriedade e do compromisso daqueles que integram e movem a Escola Superior do Ministério Público da União.

Eugênio Pacelli de Oliveira

Mestre e Doutor em Direito. Procurador Regional da República e Relator-Geral da Comissão de Juristas formada pelo Senado da República para a elaboração de novo CPP (PLS 156, agora PL 8045/10, na Câmara dos Deputados).

Prefácio

A Escola Superior do Ministério Público da União vem há algum tempo envidando esforços concentrados para melhorar a qualidade e a amplitude de sua atuação, permitindo o aprimoramento dos membros dos quatro ramos do Ministério Público da União, dos servidores da instituição e, quando possível, também de outros órgãos.

Tem-se agora a publicação de obra, composta de dois tomos, cujos textos foram apresentados como trabalhos de conclusão do Curso de Especialização em Direito Penal realizado nos anos de 2008 e 2009 sob a coordenação do Professor Doutor Eugênio Pacelli, do qual participaram servidores vinculados ao Ministério Público da União, ao Superior Tribunal de Justiça, ao Supremo Tribunal Federal, ao Conselho da Justiça Federal, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e à Advocacia-Geral da União.

O que mais se destaca nos textos – mas não surpreende, dada a qualidade de todos seus autores – são pesquisas efetivamente acadêmicas e bem detalhadas (basta reportar aos conteúdos escritos e às bibliografias pesquisadas), mas sem descurar de algo que se tem perdido nos dias atuais, ao menos em nossa visão: a crítica com a finalidade de aprimorar do pensamento que está “posto por alguns” como o único, o correto e o dominante.

Independentemente da posição que se tenha, todo jurista que efetivamente aceita um debate dialético e aberto deve reconhecer os méritos de todos os textos apresentados.

Um dado inicial extremamente importante para quem vai analisar os textos é não perder de vista que os trabalhos foram escritos originariamente no final do curso, já tendo decorrido algum tempo até que, agora, foi possível fazer a compilação, organização e editoração da obra. De qualquer modo, foram, tanto quanto possível, devidamente atualizados e contextualizados aos dias atuais.

Relevante consignar ainda que os temas e as linhas de argumentações adotadas foram escolhidos de forma totalmente livre pelos autores, diferentemente do que se vê em muitas publicações nas quais,

embora não se admita explicitamente, são facilmente verificados direcionamento e ideologia bem delineados.

Definitivamente não é esse o caminho que vem sendo trilhado pela Escola Superior do Ministério Público da União, que tem como finalidade também o aprimoramento da doutrina e da jurisprudência por meio de verdadeira liberdade de pensamento. A dialética é a essência e o espírito de um dos pilares da Escola Superior do Ministério Público da União.

Pela ordem apresentada, no primeiro tomo, há análise acerca de novidade legislativa existente à época (e para muitos hoje ainda uma novidade, porque não implementado), o interrogatório por videoconferência, em que se analisa a importância do instituto diante da realidade em que se vive, sem descurar jamais do devido sopesamento à luz das bases constitucionais fundamentais. Analisa-se, ainda, a proposta contida no PLS 156, que trata do novo Código de Processo Penal, em trâmite no Congresso Nacional.

Sobre a o uso de algemas, há texto que aborda os termos da Súmula Vinculante n. 11 do STF, demonstrando com detalhes o que se denominou equívoco da Corte Suprema ao editar, de forma açodada, referido comando. Revela-se que o uso de algemas deve sim ser analisado diante do caso concreto, mas que não deveria ter sido objeto de edição de súmula vinculante.

Tema de muitos debates pendentes ainda é a aplicação do Princípio da Insignificância. Há dois textos, um no primeiro tomo, outro no segundo, ambos extremamente técnicos, que destoam – positivamente – da massiva doutrina repetitiva e dos precedentes jurisprudenciais (que mais repetem ementas do que, tecnicamente, declinam fundamentos racionalmente justificáveis) no que se refere aos delitos de descaminho. Há demonstração detalhada, com argumentos consistentes, que a jurisprudência brasileira tem literalmente inventado critérios – quando não aviltantes – a uma dogmática minimamente fundamentada acerca do que seja efetivamente a insignificância penal e seus pressupostos. Em complemento, um dos textos traz uma demonstração de que não há critério algum (racionalmente coerente) para a aferição da insignificância, notadamente para situações que

mereceriam idêntico tratamento, destacando que a tarifação que se realiza não se coaduna com os princípios constitucionais vigentes. E nessa mesma linha há um terceiro texto, no segundo tomo, e igualmente técnico, que aborda o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, alertando para os problemas causados pela jurisprudência e defendendo ser perigosa a aplicação do referido princípio, pois não há como se falar em menor gravidade para uma conduta que atinja valores de uma boa administração.

Analisa-se também de forma bastante percuciente a competência para julgar os crimes de cartéis. Ao mostrar com segurança a importância do uso do Direito Penal nesse tipo de conduta à luz de uma moderna criminalização de delitos efetivamente graves, traz ponderações sobre o entendimento jurisprudencial acerca da competência atualmente reconhecida, bem assim analisa o Projeto de Lei n. 3.937/2004, que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Uma abordagem bastante técnica também é possível ser aferida no texto que analisou o entendimento consolidado no âmbito do STF (e que posteriormente redundou em expedição da Súmula Vinculante n. 24) no sentido de que a persecução penal pelos crimes materiais de sonegação fiscal dependeria do exaurimento da discussão na esfera administrativa sobre a exigibilidade do tributo. De forma bem objetiva, pode-se dizer que o texto retira todas as pedras (poucas, é verdade) que dão base a esse precedente, em nossa visão, tão mal fundamentado e que tem gerado impunidade de proporções sem tamanho no âmbito dos interesses do Estado brasileiro.

Importante também o texto que analisa criticamente a exclusão da incidência da Lei 9.099/1995 das hipóteses previstas na Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, destacando que uma das melhores maneiras de controlar a violência contra a mulher é fazer com que o agressor se conscientize que seu agir é indevido.

Muito consistentes também são os argumentos trazidos em texto para demonstrar que, à luz do ordenamento constitucional, o Ministério Público tem base para o exercício de atividade investigatória, concluindo, após longos e profundos debates, que há espaços fundamentais para o aprimoramento do trabalho de persecução e que dele

se afastam posicionamentos que defendem a exclusividade da investigação pela polícia judiciária. Convém referir que, posteriormente à elaboração do texto, no ano passado o Congresso Nacional rejeitou a proposta de alteração constitucional contida na PEC 37, que pretendia conferir exclusividade dos atos de investigação à polícia judiciária.

Encerrando o primeiro tomo, faz-se uma abordagem da Lei 10.028/2000, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, enfrentando-se questões referentes à sua efetividade quanto aos delitos nela previstos. O texto é muito detalhado, diferindo dos demais que podem ser encontrados disponíveis para pesquisa.

No segundo tomo, encontra-se tema de Direito Eleitoral, em que se faz uma análise minuciosa do denominado crime de captação ilícita de sufrágio em relação às eleições municipais realizadas nos anos de 2000, 2004 e 2008. A abordagem vai além de uma sólida argumentação jurídica, trazendo dados estatísticos muito importantes para analisar a eficácia da repressão dessas condutas. E igualmente critica a falta de transparência e de outros dados dos registros públicos para melhor análise da proposta apresentada.

Em tema também deveras atual, há texto que se defronta com os crimes de perigo abstrato e, especificamente, o de embriaguez ao volante diante das alterações ocorridas no art. 306 do CP. Conclui-se que, malgrado a alteração, não houve ampliação da proteção dos bens jurídicos vida e integridade física, na medida em que não acarretou mudanças no comportamento dos condutores de veículo.

Os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional também foram objeto de estudo, centrando-se uma análise aos delitos de gestão temerária e fraudulenta (art. 4º e parágrafo único da Lei 7.492/1986), muitas vezes contestados doutrinária e jurisprudencialmente. Com pesquisa detalhada e fundamentos sólidos, procura-se demonstrar que não há inconstitucionalidade nas previsões abstratas dos delitos, mas que é preciso atentar para o devido processo legal e considerações de todas provas coletadas, inclusive as conclusões tomadas no âmbito administrativo, ao encargo do Banco Central do Brasil.

Ainda muito incipiente no Brasil, há um texto que procura demonstrar que a adoção de parâmetros de uma Justiça Restaurativa

não significa esvaziamento, enfraquecimento ou ausência do poder punitivo do Estado. Utilizando-se especificamente dos ensinamentos de Foucault, procura mostrar que a ideia está ainda em construção e precisa ser aprimorada, e que, embora possa parecer que a proposta enseja uma retração do Estado, poderá ser, em verdade, uma ideia de expansão da ação estatal a auxiliar o agente infrator para que sua reinserção no seio da sociedade se dê em condições melhores do que antes da prática criminosa.

Em abordagem também muito instigante e fundamentada, há texto que aborda o que denomina de inimizabilidade cronológica como direito fundamental, referindo que daí deflui a impossibilidade de redução da maioria penal e de aplicação à criança ou ao adolescente de qualquer sanção em decorrência da prática de conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Na sequência, é trazido à baila um trabalho que procura explicitar como funciona o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), com base no texto do Projeto de Lei n. 1.627/2007. O texto traz inúmeras considerações críticas e faz, quando escrito, no ano de 2009, uma prospecção de que o parlamento brasileiro terá a importante tarefa de aprovar um documento que mude a percepção da sociedade em relação à responsabilização do adolescente que estiver em conflito com a lei. Anota-se que referido projeto foi aprovado e incorporado ao ordenamento pela Lei n. 12.594, de 18.1.2012.

Em razão de muitos conflitos pendentes de solução na época pela jurisprudência brasileira, por fim tem-se texto que procurou analisar o crime de sonegação de IPVA mediante a declaração falsa de residência em Unidade da Federação distinta do verdadeiro domicílio do sujeito passivo, concluindo que a conduta constitui crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º, I, Lei n. 8.137/1990, na medida em que o falso seria o meio para alcançar o fim principal (redução ou supressão do tributo devido).

Enfim, esta obra demonstra que o bom caminho está sendo bem trilhado, lembrando, também aqui, como já fiz noutra oportunidade, conhecida frase que diz “Caminante, no hay camino se hace camino al andar”.

Honrado por prefaciar e organizar a presente obra, nada melhor que, em férias, poder ler novamente os textos e aprender mais enquanto o frio intenso – amenizado por uma lareira acesa – não chega no corrente mês de julho de 2014 nas colinas do Rio Branco da capital gaúcha.

Douglas Fischer

Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUC/RS. Procurador Regional da República. Coordenador da Assessoria Criminal do Procurador-Geral da República no Supremo Tribunal Federal (STF).

Da captação ilícita de sufrágio nas eleições municipais de 2000, 2004 e 2008 (art. 41-A da Lei n. 9.504/1997)

Marisperc de Sousa Lima Araújo Sá

De tanto triunfar as nulidades, e tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto. (Rui Barbosa)

1 Introdução. 2 A Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1999. 3 Da constitucionalidade do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. 4 Da captação ilícita de sufrágio. 4.1 Do conceito de captação ilícita de sufrágio. 4.2 Da caracterização da captação ilícita de sufrágio. 4.2.1 Da prova do fim específico da obtenção do benefício. 4.2.2 Da potencialidade de a conduta influir no resultado do pleito. 4.2.3 Período de caracterização da conduta de captação ilícita de sufrágio. 4.3 Do sujeito ativo da captação ilícita de sufrágio. 4.4 Do sujeito passivo da captação ilícita de sufrágio. 4.5 Natureza da vantagem ofertada. 4.6 Prazo para ajuizamento da representação por captação ilícita de sufrágio. 4.7 Legitimidade para propositura da representação por captação ilícita de sufrágio. 4.8 Sanções aplicáveis. 4.9 Da execução imediata do julgado. 4.11 Da cassação do registro e do diploma com fulcro no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, consequências. 5 Do crime eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral). 6 Diferenças existentes nas linhas comportamentais que norteiam o abuso de poder econômico e a captação ilícita de sufrágio, descrita no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. 7 Do percentual de êxito das representações ajuizadas, com sentença de cassação em primeiro grau, após julgamento dos recursos, nas eleições ocorridas nos anos de 2000, 2004 e 2008, em face dos candidatos aos cargos de prefeito e vereador. 8 Conclusão.

1 Introdução

O processo eleitoral expressa o verdadeiro poder do povo, já que lhe é garantido o sagrado direito de escolher seus governantes, de decidir quem cuidará de seus interesses e orientará os rumos da nação.

Desde o início da República até os tempos atuais, as eleições brasileiras, conforme registros históricos, sempre foram marcadas por fraudes, corrupção eleitoral, troca de favores, uso ilegal da máquina estatal e pelo abuso do poder econômico.

Nos anos eleitorais, é comum haver uma escandalosa exploração das carências e da miséria do povo. Consequência disso é que o eleitor é iludido, sua vontade é viciada, permitindo que muitos maus políticos, que deveriam ser extirpados da vida pública, acabem se mantendo no poder valendo-se das necessidades de pessoas sem condição de bem discernir sobre a importância do voto.

No Brasil, lamentavelmente, ainda se troca o voto por cestas básicas, passagens rodoviárias, materiais de construção, medicamentos, dentaduras, vale combustível, prestação de serviços médicos e odontológicos, promessa de cargos, enfim, muitos eleitores corrompem-se por conta do oferecimento de qualquer vantagem ou entrega de qualquer coisa de valor.

Indignada com a prática imensurável da “compra de votos” e com a demora do julgamento dos processos judiciais eleitorais, que se findam inexecutáveis por excesso de tempo na tramitação, resultando na perda do objeto da demanda pelo transcurso integral do mandato antes do pronunciamento judicial definitivo, a sociedade civil se organiza com o intuito de buscar uma solução legal para barrar ou ao menos amenizar essa prática nefasta.

Surge, então, o primeiro projeto de lei de iniciativa popular, liderado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e por sindicatos de trabalhadores, que resultou na edição da Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1999, a qual promoveu a inclusão do art. 41-A, que trata da captação ilícita de sufrágio, ao texto da Lei n. 9.504/1997.

A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, incluindo a relativa à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.

A igualdade do voto não admite tratamento discricionário algum, seja quanto aos eleitores, seja quanto à própria eficácia de sua participação. Assim, a preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático, o que realça a teleologia da norma insculpida no art. 41-A da Lei das Eleições.

De outro lado, o rito sumário, assim como a possibilidade de execução imediata da decisão que cassa o registro ou o diploma do candidato que pratica captação ilícita de sufrágio, traduz salutar inovação em nossa legislação, pois ambos permitem a rápida apuração e consequente punição daqueles que atentam contra a incolumidade da vontade do eleitor.

No presente trabalho, pretendemos demonstrar que a corrupção eleitoral, expressa sob a forma de captação ilícita de sufrágio, possui raízes sociológicas arraigadas na exploração das carências e da miséria em que vive a maioria do povo brasileiro, presente em todos os estados brasileiros, haja vista que a captação ilícita de sufrágio não se trata de um problema local, mas de conduta vedada, visivelmente praticada pelos candidatos em todos os pleitos eleitorais.

O problema foi abordado sob o enfoque dogmático com a interpretação dos institutos jurídicos de forma a propiciar sua compreensão e uso pragmático em demandas judiciais.

O trabalho foi dividido em tópicos, a começar por esta Introdução. Em seguida, trazemos à baila um breve histórico da Lei de iniciativa popular n. 9.840, de 28 de setembro de 1999.

O terceiro tópico destina-se a demonstrar, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a constitucionalidade do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, incluído pela Lei n. 9.840/1999, que trata, especificamente, da captação ilícita de sufrágio.

No quarto tópico, procuramos estudar o instituto da captação ilícita de sufrágio, pontuando o conceito, a caracterização, a prova do fim específico de obtenção de voto, a prescindibilidade da demonstração de a potencialidade influir no resultado do pleito, o período de caracterização da conduta, os sujeitos ativos e passivos, a natureza da vantagem oferecida, o prazo para ajuizamento da representação, a legitimidade para propositura da representação, as sanções aplicáveis e, por fim, a execução imediata do julgado.

No quinto tópico, trazemos o instituto do crime eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), abordando, em breve síntese, conceito e aplicação.

O sexto tópico busca traçar as diferenças existentes nas linhas comportamentais que norteiam o abuso de poder econômico e a captação ilícita de sufrágio.

Tratando do objetivo especial deste trabalho, o sétimo tópico aborda o percentual de êxito das representações ajuizadas com sentença proferida em primeiro grau, após julgamentos dos recursos, relativas aos pleitos municipais posteriores à Lei n. 9.840/1999, ocorridos nos anos de 2000, 2004 e 2008.

A pesquisa foi realizada com fundamento na mais abalizada doutrina, com especial atenção a mais novel jurisprudência da Corte Superior Eleitoral.

Por fim, chegamos à conclusão de que, apesar de ainda muito tímido, o instituto da captação ilícita de sufrágio vem ganhando a cada eleição força maior demonstrada mediante pesquisa realizada pela Secretaria de Sistemas Eleitorais do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

2 A Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1999

A CNBB, com apoio de várias entidades (AMB, OAB, ABI, CPT, CUT, Associação dos Juizes para a Democracia, CBJ, Conic etc.), em face do grave e explícito comportamento de candidatos aos cargos do Executivo e do Legislativo que, em muitas oportunidades, buscam angariar votos pela troca do direito dos eleitores ao voto por dinheiro, passagens, materiais de construção, cursos gratuitos, cestas bási-

cas, medicamentos, dentaduras, prestação de serviços médicos, entre outras vantagens, e, também, em face da inexistência de legislação específica para punição desse atentado à democracia e à moralidade eleitoral, deu início a uma campanha nacional de combate a esse tipo de prática eleitoral.

O meio legal encontrado para impulsionar a campanha nacional, pela expressividade e pela força de que se revestiria, foi projeto de lei de iniciativa popular.

Em fevereiro de 1997, foi feito o lançamento de um projeto de iniciativa popular com o tema: “Combatendo a corrupção eleitoral”, para cuja redação foi formado um grupo de trabalho que veio a ser presidido pelo doutor Aristides Junqueira Alvarenga, ex-procurador-geral da República, responsável por apresentá-lo na Assembleia Geral dos Bispos Brasileiros. Do grupo faziam parte, ainda, o doutor Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, ex-juiz eleitoral em São Paulo, e o doutor José Gerim Cavalcanti, procurador regional eleitoral do Estado do Ceará.

O projeto de iniciativa popular, apoiado no art. 61, § 2º, da CF, contou com o apoio de mais de um milhão de assinaturas, e, ao ser apresentado no Congresso Nacional e seguido os seus trâmites legais, resultou na edição da Lei Federal n. 9.840, de 28 de setembro de 1999.

A intenção precípua da Lei n. 9.840/1999 era a de que o processo eleitoral transcorresse da forma mais correta possível, ou seja, que os candidatos captassem o voto dos eleitores por meio das propagandas eleitorais, dos debates, da divulgação das propostas etc., e não por meio de subterfúgios que quebram a lisura da disputa e que tornam a vontade dos eleitores viciada. Com espeque nesta intenção, a dita lei trouxe duas importantes inovações para a legislação eleitoral brasileira, quais sejam:

- acrescentou o art. 41-A na Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que rege as eleições em nosso País, e
- promoveu mudanças no art. 73 da mesma lei.

A primeira inovação intenta punir, com a cassação do registro ou do diploma e aplicação de multa, o candidato que praticar captação ilícita de sufrágio, em qualquer forma ou modalidade.

A segunda trata da vedação do uso da máquina administrativa em favor da própria candidatura aos concorrentes à reeleição, haja vista que participam do pleito sem deixarem o cargo.

O presente trabalho cuidará apenas da captação ilícita de sufrágio, prevista no art. 41-A, que dispõe:

Art. 41-A – Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar ao eleitor, com o fim de obter-lhe voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil UFIR e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.

3 Da constitucionalidade do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997

Com o advento da Lei n. 9.840/1999, que introduziu o art. 41-A, na Lei 9.504/1997, surgiram na doutrina e na jurisprudência de alguns tribunais eleitorais teses sobre a inconstitucionalidade desse dispositivo, por se tratar de nova hipótese de inelegibilidade criada por lei ordinária e não por lei complementar.

Tais teses firmavam-se no argumento segundo o qual a Carta Política somente admite o estabelecimento de causas de inelegibilidade no seu próprio texto ou por meio de legislação complementar, de modo que não poderia o referido dispositivo criar nova hipótese de inelegibilidade, prevista no art. 14, § 9º, da Constituição Federal¹, sem observância da reserva constitucional e lei complementar para tratar do assunto.

A celeuma restou pacificada com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 3.952-4², Distrito Federal, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), em face da expressão

1 CF, art. 14, § 9º: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

2 Rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 2 fev. 2007, p. 71.

“cassação do registro ou diploma”, constante do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997.

O PSB, na referida ADIN, sustentou que o dispositivo impugnado também teria afrontado os parágrafos 10 e 11 do art. 14 da Constituição, na medida em que estabeleceu hipótese de perda de mandato eletivo em decorrência de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, sem observar, no entanto, o procedimento previsto para a ação de impugnação de mandato eletivo.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal que a cassação de registro ou do diploma do candidato favorecido pela captação ilícita (compra de voto) não constitui nova forma de inelegibilidade e que tal previsão por lei ordinária não ofende a Constituição Federal. Nas palavras do Tribunal, “a sanção de cassação de registro ou do diploma cominada pelo art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 não se confunde com a declaração de inelegibilidade diante da ocorrência de alguma das hipóteses definidas no art. 14 da Constituição e na Lei Complementar n. 64/1990”.

Na ocasião, o procurador-geral da República, doutor Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, sobre a questão da constitucionalidade do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, assim se manifestou, *verbis*:

Não procedem as alegação de inconstitucionalidade da expressão “e cassação do registro ou do diploma”, contida no art. 41-A, da Lei n. 9.504/1997, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 9.840/1999. Em primeiro, é preciso observar que, ao contrário do sustentado pelo requerente em sua petição inicial, o aludido dispositivo não cria nova hipótese de inelegibilidade, razão pela qual não se observa a sustentada violação ao art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Em verdade, o dispositivo sob análise se refere, especificamente, à captação ilícita de sufrágio, impondo como sanções a pena de multa e a cassação do registro ou do diploma, não se confundindo estas hipóteses com a inelegibilidade. Com efeito, ao discorrer sobre o tema das inelegibilidades, o ministro Moreira Alves destacou que estas se caracterizam como “impedimentos que, se não afastados por quem preencha os pressupostos de elegibilidade, lhe obstam concorrer a eleições ou – se supervenientes ao registro ou de natureza constitucional – servem de fundamento à impugnação de sua diplomação, se eleito”. Verifica-se, portanto, que distintas são as situações de inelegibilidade e de captação ilícita de sufrágio, porquanto esta impõe uma sanção que decorre de prática de corrupção eleitoral, enquanto aquela impõe um impedimento,

um obstáculo que não se caracteriza como sanção, embora dela possa resultar. Dessa forma, não se pode concluir que a disposição insculpada no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 se apresenta como obstáculo à cidadania passiva, isto é, como espécie de inelegibilidade, porquanto, na realidade, o que fez o legislador foi impor uma forma de sanção ao candidato que vicia a vontade do eleitor, através da doação, oferecimento, promessa ou entrega de bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive em emprego ou função pública, e a punição é restrita o pleito em que ocorreu a captação ilícita, Tal diferença resta evidenciada no acórdão n. 16.242, do Tribunal Superior Eleitoral, no qual o ministro Nelson Jobim, relator, destacou em seu voto:

“[...] mas lembro que a lei complementar exige, para efeito da prática de abuso de poder econômico, o risco de perturbação da livre manifestação popular. É isso que tem que ser demonstrado. Ou seja, quando a captação de sufrágio foi criada pelo art. 41-A da Lei n. 9.840/1999, não se falou de inelegibilidade, e sim em captação de sufrágio com o fim de obter o voto. No caso concreto poder-se-ia pensar em captação e sufrágio, mas captação de sufrágio não leva à inelegibilidade, que exige o risco de perturbação da livre manifestação popular. Esta é a diferença fundamental. Ou seja, se estivéssemos perante a captação de sufrágio, sim, porque estaríamos discutindo o problema com o fim de obter o voto do art. 41-A; todavia, não é a hipótese”.

Assim sendo, resta claro que não se pode atribuir à sanção decorrente da captação ilícita de sufrágio a natureza de inelegibilidade, de sorte que não procede o argumento do requerente no sentido da necessidade de previsão em lei complementar.

No mesmo diapasão, manifestou-se o advogado-geral da União: Em que pesem os argumentos colacionados à inicial, percebe-se que o autor parte da equivocada premissa de que o disposto no art. 41-A da mencionada lei estaria criando uma nova hipótese de inelegibilidade. Todavia, isso não ocorreu, conforme se demonstrará a seguir. A Constituição Federal traça em seu bojo condições de elegibilidade (art. 14, §§ 3º e 8º), bem como hipóteses de inelegibilidades (art. 14, §§ 4º e 7º). Por fim, possibilita ao legislador complementar criar novas hipóteses de inelegibilidade, com o fito de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função cargo ou emprego na administração pública direta ou indireta (art. 14, § 9º). Dessa forma, para que um cidadão comum possa pretender ocupar algum cargo eletivo deverá possuir condições de elegibilidade (nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alista-

mento eleitoral, domicílio eleitoral na circunscrição, filiação partidária e idade mínima), bem como não poderá se enquadrar em qualquer das hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 14 da Carta maior e na Lei Complementar n. 64/1990. Nesse diapasão, o autor afirma, com acerto, que, afora as hipóteses de inelegibilidades elencadas a Constituição Federal e na legislação complementar, não poderia o legislador ordinário inovar. Cabe asseverar que, no caso dos autos, não houve tal inovação ao introduzir o art. 41-A no bojo da Lei n. 9.504/1997. Em nenhuma passagem da lei em apreço há menção a pena da inelegibilidade como consequência jurídica do descumprimento dos preceitos nela contidos. Ao revés disso, as sanções previstas no art. 41-A são expressas, quais sejam, a pena de multa e a cassação do registro ou do diploma. Não se menciona inelegibilidade, porquanto de inelegibilidade não se trata. Na realidade, as sanções correlatas ao cometimento da captação de sufrágio pelo eventual candidato – pena de multa ou cassação do registro ou do diploma – não impõem, por si mesmas, a sua inelegibilidade. O sentido do preceito sob análise é o de afastar, de imediato, o candidato da disputa eleitoral. Assim, ele não incidirá em qualquer condição de inelegibilidade, mas tão-somente restará proibido de participar de um pleito eleitoral específico.

Após citar as manifestações do procurador-geral da República e do advogado-geral da União, acima reproduzidas, concluiu a Excelsa Corte pela constitucionalidade do art. 41-A:

Assim, tendo em vista que a sanção de cassação de registro ou do diploma não implica declaração de inelegibilidade, não vislumbro inconstitucionalidade no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 em face do disposto no § 9º do art. 14 da Constituição.

Da mesma forma, a Suprema Corte não vislumbrou qualquer inconstitucionalidade em relação aos parágrafos 10 e 11 do art. 14 da Carta Maior. Sobre este ponto, assentou o seguinte:

É certo que a captação de sufrágio, definida pelo art. 41-A, da Lei n. 9.504/1997, deverá ser apurada de acordo com o procedimento da ação de investigação judicial eleitoral, previsto no art. 22 da LC n. 64/1990, o qual dispõe, em seus incisos XIV e XV, o seguinte:

“XIV – julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subseqüentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do

poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

XV – se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11 da Constituição Federal, e art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral”.

Tais incisos, no entanto, não se aplicam ao procedimento da representação para apuração da conduta descrita no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, como já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral (AC n. 19.587, de 21.3.2002, rel. min. Fernando Neves; Ag. n. 3.042, de 19.3.2002, rel. min. Sepúlveda Pertence).

O procedimento do art. 22, a ser observado na aplicação do art. 41-A, é aquele previsto nos incisos I a XIII. Isso porque, diferentemente da ação de investigação judicial eleitoral, a representação para a apuração da captação de sufrágio não implica a declaração de inelegibilidade, mas apenas a cassação do registro ou do diploma.

Por isso, a decisão fundada no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, que cassa o registro ou o diploma do candidato, tem eficácia imediata, não incidindo, na hipótese, o que previsto no art. 15 da LC n. 64/1990, que exige o trânsito em julgado da decisão para a declaração de inelegibilidade do candidato. Os recursos interpostos contra tais decisões são regidos pela regra geral do art. 257 do Código Eleitoral, segundo a qual os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo. Assim, não há necessidade de que seja interposto recurso contra a diplomação ou ação de impugnação de mandato eletivo para o fim de cassar o diploma.

[...]

O rito sumário previsto nos incisos I a XIII do art. 22 da LC n. 64/1990, assim como a possibilidade de execução imediata da decisão que cassa o registro ou o diploma do candidato que pratica captação ilícita de sufrágio, traduzem salutar inovação em nossa legislação, pois permitem a rápida apuração e conseqüente punição daqueles que atentam contra a incolumidade da vontade do eleitor.

No nosso entender, o art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 determina a “cassação do registro ou do diploma” do candidato, não objetivando a inelegibilidade, posto que não o inabilita para pleitos seguintes, não o torna inelegível.

Estabelece contra quem, no campo administrativo eleitoral, praticar infração consistente em ato de corrupção pela captação ilícita de sufrágio a sua desqualificação como postulante à outorga de mandato eletivo pelo cidadão. Sanção que se apresenta como proporcional ao dano social causado à normalidade e à legitimidade das eleições.

A medida se justifica não só por previsão legal expressa, como também porque a sociedade brasileira clama por ver afirmados e observados valores e posturas ético-morais que constituem a essência do edifício social, na conduta daqueles que se apresentam postulando a assunção de cargos públicos, em todos os seus níveis. Mais, ainda, em relação aos elegíveis.

Assim, a unânime decisão do Supremo Tribunal Federal, pela constitucionalidade do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, fortalece a luta contra a captação ilícita de votos por meio de um aval decisivo para a conquista de eleições cada vez mais legítimas, com mais forte expressão da vontade soberana do eleitor, sem interferência da corrupção eleitoral, anseio de toda a sociedade.

4 Da captação ilícita de sufrágio

A compra de votos, desde o início da República até os dias atuais, sempre fez parte da história política do nosso País. É realizada de modo direto quando, por exemplo, um candidato doa cesta básica, calçado, dentadura, passagens ou custeia consulta ou exame médico a um eleitor; ou, de forma dissimulada, mas igualmente perversa, quando o candidato paga serviços de despachante no Detran; laudo para o eleitor retirar a Carteira Nacional de Habilitação; encaminha eleitores ao INSS para fins de aposentadoria, enfim, facilita, de qualquer modo, a obtenção de direitos dos eleitores.

O candidato ao usar de artifícios aproveita-se da miséria e da in experiência do eleitor e com maestria inculca em sua mente as vantagens e os benefícios que receberá em troca de seu voto.

Porém, o voto representa o verdadeiro poder do povo contra os candidatos corruptos, já que lhe é garantido o sagrado direito de es-

colher seus governantes, de decidir quem cuidará de seus interesses e orientará os rumos da nação contra os candidatos corruptos, todavia, este direito tem sido preterido pelo eleitor em razão da falta de consciência política e da miséria em que vive a maioria do povo brasileiro.

A respeito do tema, Pedro Henrique Távora Niess (1994, p. 128) salientou: “O voto não é uma mercadoria exposta à venda ou à troca, mas uma premiação que deve ser conquistada após justa disputa, pelas idéias e pela história de cada competidor”.

Essa sutil prática faz com que o eleitor se sinta obrigado por uma dívida moral para com o candidato. Daí, a forma encontrada por ele de resgatar essa dívida é o compromisso firme e sincero de dispor do seu sagrado direito de escolher seus governantes e de decidir quem cuidará de seus interesses e da nação, dando seu voto em troca do favor.

O art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 visa a garantir o eleitor, impedindo que, sobretudo o economicamente mais necessitado, seja cooptado, capturado pelos elegíveis que tentam viciar a sua vontade, levando-o a votar pensando no seu interesse pessoal, e não no interesse da pátria.

A referida norma encerrou um ciclo de mais de 500 anos, em que se conviveu com precário sistema eleitoral, com características identificadas por Marlon Jacinto Reis, juiz de direito, em artigo intitulado “Mercadores de Votos, cerca-igrejas e cacetistas”, do qual se faz oportuno transcrever o seguinte excerto:

Por mais de 500 anos, um precário Direito Eleitoral vem teimando em tentar provar aos brasileiros que democracia é assunto sério demais para que dele possam cuidar as pessoas do povo.

Entre a Colônia e a Primeira República o país conviveu com o denominado “sistema de verificação de poderes”, por meio do qual o processo eleitoral era presidido pelos membros do Parlamento.

Os métodos de seleção dos mandatários, até então, combinavam leis injustas (como a Lei do Terço, de 1875, que fixava antecipadamente a proporção das vagas a serem ocupadas pela oposição, e a Lei Rosa e Silva, de 1904, que autorizava o “voto a descoberto”) com falsificações, abusos e violência.

São daquela época as “eleições a bico de pena”, onde quem de fato escolhia os novos mandatários não eram os eleitores, mas os mesários

que, sozinhos ou com o concurso de falsários profissionais, elaboravam as atas reveladoras do “resultado” da eleição.

Era comum o voto dos mortos e daqueles que não mais residiam na vila. Por séculos não votaram as mulheres, os negros, os mendigos e os analfabetos.

Em certa época, os eleitores de oposição eram esperados à boca das urnas por agressores mercenários, conhecidos, conforme a região, como “capoeiras”, “capangas” ou “cacetistas”. A violência que promoviam não raro evoluía para as punhaladas e tiros de bacamarte. Costa Porto nos lembra que o ano de 1840, no Rio de Janeiro, entrou para a história como aquele em que se deram as “eleições do cacete”.

Ainda no Império, a certa altura, definiu-se que as votações passariam a ocorrer dentro dos templos católicos, para sensibilizar ou intimidar a capangagem. No Ceará, ficaram conhecidos como “cerca-igrejas” as hordas que, sob paga dos coronéis, invadiam os templos e faziam uso das próprias imagens e castiçais para arrebentar a cabeça dos que tentassem exercer o direito de voto.

Se mesmo após a utilização de alguns ou de todos esses mecanismos o resultado eleitoral não fosse o esperado, restavam alternativas: aos da situação, cuja eleição tão esperada não sobreviera, aplicava-se o “esguicho” (ou complementação fraudulenta da votação faltante); aos opositoristas mais indesejáveis restava a “degola” (ou a pura e simples retirada de seus nomes da lista dos eleitos).

Não sem muitas baixas (o combate à fraude eleitoral era uma das principais bandeiras de muitos dos movimentos contestatórios da década de 20 e da própria Revolução de 30), surgiu o Código Eleitoral de 1932 e, com ele, a Justiça Eleitoral.

Desde então conseguimos, entre ditaduras e leis eleitorais casuísticas excludentes, trilhar alguns passos rumo ao momento atual, em que sobrepára a possibilidade de uma melhor definição dos rumos de nossa democracia.

Bem recentemente surgiram algumas novidades. Juntas, a nova Lei dos Partidos Políticos (1995), a Lei das Eleições editada em 1997 (que dotou as normas eleitorais de maior estabilidade) e a universalização da coleta eletrônica do voto superaram, apesar de suas imperfeições, as mais graves máculas do passado do nosso Direito Eleitoral.

Descrentes da possibilidade de burlar o resultado matemático da votação, os candidatos voltaram todas as suas energias à prática da mercancia eleitoral.

Os “cerca-igrejas” e “cacetistas” modernos não mais distribuem porretadas e punhaladas, mas dentaduras, chinelos, filtros, promessas de

empregos e funções públicas, lotes, telhas, tijolos, areia e dinheiro. Tudo em porciúnculas cuidadosamente definidas, de modo que em nada se possa alterar a sorte daqueles que, na próxima eleição, terão que novamente bater à porta dos seus “benfeitores”. A motivação e a violência são as mesmas, as armas, todavia, mudaram.

4.1 Do conceito de captação ilícita de sufrágio

O art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições) estabelece que, ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação ilegal de sufrágio, vedada por esta lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil UFIR, e cassação do registro ou diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da LC n. 64, de 18 de maio de 1990.

Captação é a corrupção eleitoral mediante doação, oferta ou promessa de qualquer vantagem concreta ao eleitor tendo por contrapartida o seu sufrágio. É o aliciamento espúrio de eleitores mediante a compra, direta ou dissimulada, de seus votos.

Conforme leciona Adriano Soares da Costa (2006, p. 205):

O chamado macroprocesso eleitoral é o procedimento pelo qual os candidatos habilitados pela Justiça Eleitoral buscam captar os votos dos eleitores, com a finalidade de serem eleitos para mandatos eletivos em disputa. Os candidatos, entendidos tais aqueles que estejam registrados perante a Justiça Eleitoral, devem buscar captar o voto dos eleitores através de propaganda eleitoral, comícios, debates nos meios de comunicação social, exposição de suas idéias e ideologias etc. O convencimento dos eleitores é, em uma última análise, o fim da campanha eleitoral.

O que ultrapassar a este intento vai à contramão de um princípio, um fundamento da própria República, a dignidade da pessoa humana, atentada por aqueles que buscam o poder a qualquer custo, valendo-se da situação concreta do eleitor para lograr, mediante doação de benesses, o respectivo voto.

4.2 Da caracterização da captação ilícita de sufrágio

Na análise da captação de sufrágio, há de se verificar se a conduta fora praticada com o fim específico de obter o voto do eleitor beneficiado.

Passamos ao exame da captação.

A redação do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 é a seguinte:

Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.

Assim, para a configuração da captação, é indispensável que a vantagem ou o benefício, de qualquer espécie, seja específica, concreta e se destine a eleitor individualizado. É necessário que o oferecimento, a doação, ou a promessa de bens ou outros benefícios particularizados sejam praticados pelo candidato ou por terceiros em seu nome e que o oferecimento ou a promessa de vantagem ao eleitor tenha o fim de obter-lhe o voto.

Em resumo, para caracterizar a captação de sufrágio, é necessário que ocorram os seguintes requisitos:

- a) a prática de uma ação enquadrada na norma (doar, oferecer, prometer ou entregar);
- b) a prática de um ato com o objetivo específico de obter voto;
- c) a prática, a participação ou a anuência explícita ou implícita do candidato na conduta ilícita, segundo o TSE;
- d) e destinatário, na medida em que o lícito só poderá se configurar se a pessoa a ser corrompida for eleitora.

Quanto ao primeiro requisito, deve haver subsunção do fato à norma, ou seja, deve haver promessa ou oferecimento de vantagem de qualquer natureza.

No que se refere ao segundo requisito, trata da finalidade, ou seja, o dolo específico de obtenção de voto via oferta de bem ou vantagem ao eleitor.

No que tange ao terceiro requisito, a ilicitude deve ser exclusiva do candidato. Se alguém em nome do candidato, todavia sem sua anuência, comete ato ilícito, não estará configurada a captação de sufrágio, será abuso de poder econômico ou corrupção.

O quarto requisito trata do polo passivo, que não precisa ser individualizado, segundo melhor entendimento do TSE.

Neste sentido assentou-se a jurisprudência da Superior Corte Eleitoral:

Recurso ordinário. Eleições 2006. Representação eleitoral. Captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei n. 9.504/1997). Descaracterização. Deputado estadual. Candidato. Oferecimento. Comida. Bebida.

[...]

2. Para a caracterização de captação ilícita de sufrágio é necessário que o oferecimento de bens ou vantagens seja condicionado à obtenção do voto, o que, no caso, não ficou comprovado nos autos.

3. A simples realização de um evento, ainda que com a oferta de comida e bebida, no qual esteja presente o candidato, não caracteriza, por si só, captação ilícita de sufrágio.

4. Recurso ordinário não provido³.

Recurso ordinário. Eleições 2006. Captação de sufrágio. PROVA. Ausência. Recurso improvido.

I – Para a caracterização da captação de sufrágio é necessária a promessa ou a entrega de benesses ao eleitor em troca de seu voto. Precedentes. [...]⁴.

Ressaltamos que o parágrafo primeiro do art. 41-A, incluído pela Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009, estabelece que “para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir”.

4.2.1 Da prova do fim específico da obtenção do benefício

Como visto, para caracterização da captação ilícita de sufrágio, necessário se faz identificar “o especial fim de agir” dos beneficiados

³ RO n. 2.311, rel. min. Marcelo Ribeiro, DJ de 26.10.2009.

⁴ RO n. 1.462, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJ de 1^a set. 2009.

para macular o bem jurídico resguardado pela norma, qual seja, a vontade do eleitor. Para tanto, necessária a existência de prova que se tenha doado, oferecido, prometido ou entregue, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza (art. 41-A da Lei n. 9.504/1997).

Neste diapasão, trazemos à colação os seguintes precedentes do Tribunal Superior Eleitoral:

Recurso ordinário. Eleição 2006. Deputada estadual. Art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. Captação ilícita de sufrágio – Recurso a que se nega provimento⁵.

Recurso contra expedição de diploma. Eleições 2006. Deputado estadual. Candidato a reeleição. Manutenção de albergues. assistência gratuita. Captação de sufrágio. Abuso do poder econômico. Descaracterização. Pedido de votos. Prova. Potencialidade. Ausência. Recurso desprovido.

1. A caracterização da captação de sufrágio exige a prova de que a conduta fora condicionada ao voto do eleitor, o que não ficou provado no caso dos autos.

[...]⁶.

Recurso especial. Representação. Captação de sufrágio. Art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. Não-caracterizado. Dissídio jurisprudencial. Não-configurado. Desprovimento.

[...] Para aplicação do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 deve ficar demonstrado, sem sombra de dúvida, que houve o oferecimento de bem ou vantagem pessoal, em troca do voto.

[...]⁷.

Agravo regimental. Recurso especial. Seguimento negado. Art 41-A da Lei n. 9.504/1997.

1. Não prospera agravo regimental contra decisão monocrática que nega seguimento a recurso especial por entender correto o acórdão de segundo grau, ao definir que a cassação do registro ou do mandato, com fundamento no art. 41-A da Lei n. 9.504, de 1997, só pode ocorrer quando existir prova robusta e incontestada da captação ilícita de sufrágio. [...]

⁵ RO n. 2.349, rel. min. Fernando Gonçalves, DJ de 16 out. 2009.

⁶ RCED n. 711, rel. min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, DJ de 5 out. 2009.

⁷ REsp n. 28.441, rel. min. José Augusto Delgado, DJ de 28 abr. 2008.

4. Negativa de seguimento do recurso especial que se impõe.
5. Agravo Regimental não provido⁸.

Logo, sem prova de que eventuais benesses, efetivamente, foram oferecidas ao eleitor, pelo candidato ou por terceiro com sua anuência, com a finalidade específica de obtenção de voto, não se pode qualificar o ato de doação, oferecimento, promessa ou entrega como captação ilícita de sufrágio.

É válido acentuar, nesta trilha, que a realização de promessa genérica não caracteriza a captação ilegal de sufrágio. É certo, com esteio na pacífica jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, que a caracterização da conduta ilícita se dá com a doação, o oferecimento, a promessa ou a entrega, a eleitor(es) determinado(s), de vantagem condicionada ao recebimento do voto, vale dizer, deve haver pedido de voto vinculado à oferta de dádiva a eleitor ou a eleitores.

4.2.2 Da potencialidade de a conduta influir no resultado do pleito

Segundo jurisprudência pacífica da Corte Eleitoral, nas hipóteses de captação de sufrágio é desnecessária a análise da potencialidade de a conduta influir nas eleições. A este respeito os seguintes precedentes:

Governador. Conduta vedada a agente público e abuso do poder político e econômico. Potencialidade da conduta. Influência no resultado das eleições. Captação ilícita de sufrágio. É desnecessário que tenha influência no resultado do pleito. Não aplicação do disposto no art. 224 do Código Eleitoral. Eleições disputadas em segundo turno. Cassação dos diplomas do governador e de seu vice. Preliminares: necessidade de prova pré-constituída, inexistência de causa de pedir, ausência de tipicidade das condutas, produção de provas após alegações finais, pedido de oitiva de testemunha, perícia e degravação de mídia DVD, desentranhamento de documentos. Recurso provido.

[...]

13. Captação de sufrágio. Não é necessária a aferição da potencialidade da conduta para influir nas eleições.⁹

Captação ilegal de sufrágio, abuso do poder e conduta vedada. Prazo recursal. Art. 258, CE. Configurada captação ilícita de sufrágio, não se

⁸ REsp n. 25.53, rel. min. José Delgado, *DJ* de 8 ago. 2006.

⁹ RCED n. 671, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 3 mar. 2009.

exige potencialidade. Recurso provido. Agravos regimentais. Conjunto probatório. Reexame. Impossibilidade. Embargos de declaração. Recebimento como regimental.

[...]

– Para a incidência do art. 41-A, não é necessária a aferição da potencialidade do fato para desequilibrar a disputa eleitoral, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte. [...] ¹⁰.

Recurso especial eleitoral. Eleições 2004. Conduta vedada. Captação ilícita de sufrágio. Realização de novo pleito. Eleições indiretas. Provimento.

[...]

3. Quanto à captação ilícita de sufrágio, o TSE considera despropiciosa a potencialidade da conduta para influenciar no resultado do pleito. Precedentes: REspe n. 26.118/MG, rel. min. Gerardo Grossi, *DJ* de 28.3.2007; AG n. 3.510/PB, rel. min. Luiz Carlos Madeira, *DJ* de 23.5.2003; REspe n. 21.248/SC, rel. min. Fernando Neves, *DJ* de 8.8.2003; REspe n. 21.264/AP, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 11.6.2004.

[...] ¹¹.

Alegações. Inobservância. Prazo. Cinco dias. Ajuizamento. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Inaplicabilidade. Exclusividade. Prazo processual. Condutas vedadas. Art. 73 da Lei n. 9.504/1997.

[...]

3. É incabível aferir a potencialidade lesiva em se tratando da prática de captação de sufrágio.

[...] ¹².

Como visto, a caracterização da captação ilícita de sufrágio necessita da prova de que a benesse foi oferecida em troca do voto, não obstante prescindir da demonstração da potencialidade lesiva, isto porque o bem protegido pelo art. 41-A é a vontade do eleitor, e não o resultado da eleição.

4.2.3 Período de caracterização da conduta de captação ilícita de sufrágio

No que concerne ao período de caracterização da captação ilícita de sufrágio, tem-se que termo inicial do interregno estabelecido no art. 41-

¹⁰ REsp Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, *DJ* de 14 maio 2008.

¹¹ REsp n.27.737, rel. min. José Delgado, *DJ* de 1º fev. 2008.

¹² REsp n. 26.118, rel. min. Gerardo Grossi, *DJ* de 28 mar. 2007.

A, da Lei n. 9.504/1997, “desde o registro da candidatura até o dia das eleições, inclusive”, é a data em que o registro da candidatura é requerido, e não aquela em que veio a ser deferido.

Nesse sentido é a orientação da Corte Superior Eleitoral:

Recurso especial. Ação de investigação judicial eleitoral. Programa de assistência social. Continuidade. Captação ilícita de sufrágio. Não-comprovação. Dissídio. Ausência. Agravo regimental. Decisão. Fundamentos não afastados.

– O administrador não está impedido de, durante o período eleitoral, dar continuidade a programa assistencial já iniciado.

– A caracterização da captação ilícita de sufrágio requer que a oferta ou promessa de entrega de benefício ocorra desde o registro da candidatura até o dia da eleição.

– Não é possível, no recurso especial, o reexame dos fatos e das provas¹³.

Representação pela prática da conduta vedada pelo art. 41-A da Lei n. 9.504, de 1997. Cassação de registro. Termo inicial do interregno previsto na norma indicada. Finalidade eleitoral necessária para caracterização da conduta punível.

1. O termo inicial do período de incidência da regra do art. 41-A da Lei n. 9.504, de 1997, é a data em que o registro da candidatura é requerido, e não a do seu deferimento.

2. Para a caracterização de conduta descrita no art. 41-A da Lei n. 9.504, de 1997, é imprescindível a demonstração de que ela foi praticada com o fim de obter o voto do eleitor¹⁴.

Alexandre Afonso Barros de Oliveira¹⁵ critica o lapso temporal adotado pelo legislador. Sustenta que melhor seria que o legislador não tivesse firmado prazo inicial ou final para a captação ilícita de sufrágio, pois, nos anos não eleitorais, esta também poderá ocorrer. No entanto, diante da fixação dos lapsos temporais, apenas restará o exame da tipicidade penal do art. 299 ou do abuso do poder econômico ou político na investigação judicial eleitoral.

Adriano Soares da Costa (2006) alerta para o absurdo da norma em fixar este lapso temporal, porque o juiz pode negar o registro de um aspirante a candidato e ele poderá fazer propaganda eleitoral en-

quanto estiver a questão *sub judice*. E, assim, como poderia perder o registro se ele não tem registro?

Por fim, não foi de boa técnica redacional o critério de fixação de prazo inicial e final da captação de sufrágio, pois é cediço que nos anos não eleitorais existe prática de clientelismo político, com oferta de vantagens, benesses etc. A ocorrência dessas ilicitudes ensejam, na visão hodierna, apenas a análise do crime do art. 299 do Código Eleitoral e a preparação para uma futura impugnação ao pedido de registro de candidatura por abuso do poder econômico ou político.

4.3 Do sujeito ativo da captação ilícita de sufrágio

Conforme se depreende da leitura do art. 41-A, somente o candidato comete o ilícito. Se alguém, em nome dele promete, doa oferece ou entrega ao eleitor algum bem ou vantagem pessoal, com o fim específico de voto, comete abuso de poder econômico ou corrupção, mas não captação de sufrágio. O candidato é quem tem que ser flagrado cometendo o ilícito descrito no dispositivo normativo.

Nesse sentido:

Investigação Judicial eleitoral. Captação ilícita de sufrágio.

1. A captação ilícita de sufrágio, como prevista no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, atinge somente o candidato. É ato personalíssimo. Se alguém em nome dele doa, oferece ou entrega ao eleitor bem ou vantagem pessoal, com a finalidade de obtenção do voto, pode vir a cometer abuso do poder econômico e não captação ilícita de sufrágio.

2. Quanto ao alegado abuso do poder econômico, não se vê configurado nos autos, a teor do que se observa da prova colhida. O pagamento se referia a trabalhos prestados pelos beneficiários durante a campanha eleitoral dos candidatos, o que é amparado pelo art. 26 da Lei n. 9.504/1997.

Representação improcedente¹⁶.

Para Adriano Soares da Costa (2006, p. 206),

não é possível emprestar interpretação elástica às normas que prescrevem sanções, apenas o candidato poderá realizar a conduta descrita

13 REsp n. 25.795, rel. min. Caputo Bastos, DJ de 8 ago. 2006.

14 REsp n. 19.229, rel. min. Fernando Neves da Silva, DJ 6 maio 2001.

15 Em artigo publicado na página 225 da *Revista Direito Eleitoral Contemporâneo*, p. 255.

16 TRE-CE, IJE n. 11.004, Ac. n. 11.004, rel. des. José Eduardo Machado de Almeida, 17 nov. 2003.

no suporte fático da norma. A redação do texto, como se vê, limitou o campo material de sua incidência, condicionando apenas ao candidato a realização da conduta descrita como antijurídica.

No entanto, o Tribunal Superior Eleitoral tem admitido, para configuração de captação ilícita de sufrágio, atos praticados por terceiros com anuência do candidato, vejamos:

Agravo regimental no recurso ordinário. Representação. Captação ilícita de sufrágio e gastos ilícitos de recursos de campanha. Arts. 41-A e 23, § 5º, da Lei das Eleições. Participação do candidato, ainda que indireta. Finalidade de captação ilícita de voto. Provas cabais, robustas e sólidas inexistentes nos autos. Improcedência. Precedentes. Recurso a que se nega provimento. Para caracterização da captação ilícita de sufrágio, há que se ter provas cabais, conclusivas, da participação do candidato na conduta ilegal, ainda que de forma indireta, bem como a finalidade de captação vedada de sufrágio, condições essas que, no caso, não estão patententes¹⁷.

Recurso ordinário. Representação. Arrecadação e gastos de campanha, Captação ilícita de sufrágio.

[...]

3. Se o candidato pratica ou anui à conduta descrita no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, evidenciando-se o especial fim de agir, afigura-se desnecessário o pedido explícito de voto para a configuração da captação ilícita de sufrágio¹⁸.

A atual jurisprudência do Tribunal não exige a prova da participação direta, ou mesmo indireta, do candidato, para fins de aplicação do art. 41-A da Lei das Eleições, bastando o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral, elementos esses que devem ser aferidos diante do respectivo contexto fático. No caso, a anuência, ou ciência, do candidato a toda a significativa operação de compra de votos é fruto do envolvimento de pessoas com quem tinha forte ligação familiar, econômica, política e trabalhista¹⁹.

Recursos ordinários. Eleição 2002. Procedência. Representação. Art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. Aliciamento. Eleitor. Prestação de serviços. Consultas. Distribuição. Medicamentos. Multa e cassação de diploma.

17 RO n. 1.444, rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 17 ago. 2009.

18 RO n. 1.635, rel. min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, DJ de 18 set. 2009.

19 RO n. 2.098, rel. min. Arnaldo Versiani, DJ de 4 ago. 2009.

[...]

III – O art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 é meio extremo, aplicável somente quando houver a configuração do pedido de votos, quer pelo próprio candidato, quer por terceiros com a sua anuência.

IV – Recursos providos para a afastar a multa e a cassação do diploma²⁰.

Assim, a captação ilícita de sufrágio, segundo entendimento jurisprudencial, poderá ser praticada pelo próprio candidato ou independentemente de sua atuação direta, bastando, para tanto, seu conhecimento, sua anuência.

Vale ressaltar que não se pode apoiar em mera presunção, antes, é necessária demonstração irrefutável de que o candidato beneficiário participou ou anuiu com a entrega ou promessa de dádiva em troca de votos.

A “interpretação ofertada ao texto legal é amplíssima, buscando trazer para a incidência da norma maior número possível de fatos, a justificar uma execução imediata, inexistente para as hipóteses de abuso de poder econômico ou político (COSTA, 2006, p. 207).

O alcance da norma veiculada pelo Código Eleitoral diz com a manutenção da lisura do pleito, a preservação da autonomia da vontade dos eleitores, provendo, destarte, a plenitude da soberania popular via sufrágio universal. Portanto, é essencial que seja o candidato o autor da ação ou dela tenha participado ou anuído. A mera promessa basta, não havendo exigência de que se tenha concretizado, contanto que esteja vinculada à troca do voto.

4.4 Do sujeito passivo da captação ilícita de sufrágio

O sujeito passivo é o eleitor. Cabe assinalar que o entendimento majoritário do Tribunal Superior Eleitoral é que, estando comprovada a prática de captação ilegal de votos, não é imprescindível que sejam identificados os eleitores que receberam benesses em troca de voto.

Há duas correntes jurisprudenciais sobre o tema.

Na primeira, a questão tem sido assim dirimida:

20 RO n. 786, rel. min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 8 maio 2007.

Recurso especial. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. Não-caracterizado. Dissídio jurisprudencial. Não-configurado. Desprovimento.

[...]

A jurisprudência desta Corte não exige a identificação do eleitor para caracterizar a conduta do art. 41-A da Lei das Eleições. Todavia, nessa hipótese, deve ter cautela redobrada. Ausência na decisão regional de elementos que permitam inferir a captação ilícita de sufrágio.

Recurso especial desprovido²¹.

Recurso especial. Captação de sufrágio do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. Ofensa a lei. Dissídio jurisprudencial. Inexistência. Recurso não conhecido.

1. Na linha da jurisprudência desta Corte, estando comprovado que houve captação vedada de sufrágio, não é necessário estejam identificados nominalmente os eleitores que receberam a benesse em troca de voto, bastando para a caracterização do ilícito a solicitação do voto e a promessa ou entrega de bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza [...] ²².

Já para a segunda corrente, a promessa genérica da benesse não é conduta apta à configuração da captação ilegal de sufrágio. Confira-se:

Recurso contra expedição de diploma. Deputado federal. Arts. 262, IV, e 276, II, *a*, do Código Eleitoral. Provas. Representação eleitoral sem trânsito em julgado. Possibilidade. Precedentes. A jurisprudência pacífica do TSE admite provas pré-constituídas em recurso contra expedição do diploma, ainda que o feito original não tenha transitado em julgado.

2. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A. Gastos ilícitos de campanha. Art. 23, § 5º, da Lei n. 9.504/1997. Não comprovação. Dilação probatória. Pedido genérico. Impossibilidade. Precedentes. Pedidos improcedentes. Ante a falta de provas das condutas ilícitas apontadas na inicial, passíveis de comprovar captação ilícita de sufrágio e/ou gastos ilícitos de campanha, o pedido deve ser julgado improcedente²³.

Ação de investigação judicial eleitoral. Art. 41-A. Presentes nos autos provas suficientes para o convencimento do juiz, é incabível dilação probatória. Precedente Promessas genérica ao eleitorado. Ausência de caracterização de captação de sufrágio.

21 REsp n. 2.8441, rel. min. José Delgado, 28 abr. 2008.

22 REsp n. 25.256, rel. min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 5 maio 2006.

23 RCED n. 676, rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 15 out. 2008.

Agravo regimental desprovido²⁴.

Recurso contra expedição de diploma. Diretório. Constituição. Vício. Ausência de alegação. Fase de registro. Preclusão. Reexame de provas. Impossibilidade. Promessas genéricas. Art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. Não-caracterização.

[...]

2. As promessas genéricas, sem o objetivo de satisfazer interesses individuais e privados, não são capazes de atrair a incidência do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997.

Agravo não provido²⁵.

Filiamo-nos à primeira corrente.

4.5 Natureza da vantagem ofertada

Diante da carência e da miserabilidade do eleitor, a vantagem a ele oferecida pode ser de qualquer natureza: cestas básicas, dinheiro, sapatos, dentadura, vale construção, medicamentos, combustível, promessa de cargo ou função pública. Enfim, muitos eleitores se corrompem por conta de oferecimento de qualquer vantagem ou entrega de qualquer coisa de valor.

4.6 Prazo para ajuizamento da representação por captação ilícita de sufrágio

Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, o prazo para propositura de representação por captação ilícita de sufrágio estende-se até a diplomação dos eleitos, sobrevivendo a diplomação, as matérias passam a ser veiculadas, conforme o caso, pelo recurso contra a diplomação ou pela ação de impugnação de mandato eletivo. É o que se observa dos precedentes abaixo:

Eleições 2004. Agravo regimental no recurso especial eleitoral. Investigação judicial. Captação ilícita de sufrágio art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. Prazo para ajuizamento. Conhecimento dos fatos. Quinquídio. Inaplicabilidade. Jurisprudência do TSE até o dia das eleições. Divergência demonstrada. Lesão ao princípio da segurança jurídica. Inexistente. Recurso a que se nega provimento.

24 AG n. 5.498, rel. min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ de 28 out. 2005.

25 AG n. 4.422, rel. min. Fernando Neves da Silva, DJ de 12 mar. 2004.

Segundo jurisprudência pacificada desta Corte, o prazo para proposição de representação por captação ilícita de sufrágio estende-se até a data da diplomação.

Agravo regimental desprovido²⁶.

Recurso especial eleitoral. Eleições 2004. Representação fundamentada nos arts. 41-A e 73 da Lei n. 9.504/1997. Prazo para o ajuizamento. Termo final. Até a data da eleição. Para apuração de conduta vedada. Até a diplomação. Para apuração de captação ilícita de sufrágio. Provimento parcial.

1. As representações fundadas no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 podem ser ajuizadas até a data da diplomação. Precedentes: Ag n. 6.893/MG, rel. min. Gerardo Grossi, *DJ* de 6.3.2007; REspe n. 25.258/SP, rel. min. Capanema Bastos, *DJ* de 21.11.2006: Admitindo-se a possibilidade de ajuizamento de recurso contra expedição de diploma, com base na captação ilícita de sufrágio, é de entender-se, então, cabível a representação fundada no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, mesmo após as eleições e até a data da diplomação²⁷.

Agravos regimentais em recurso especial. AIJE, AIME e o RCED. Ações autônomas. Perda de objeto. Inocorrência. Captação ilícita de sufrágio. Representação fundamentada no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. Ação proposta antes da diplomação dos eleitos. Regularidade. Agravos improvidos.

I – São autônomos a ação de investigação judicial, a ação de impugnação de mandato eletivo e o recurso contra expedição de diploma, pois possuem requisitos legais próprios e consequências distintas.

II – As representações com fundamento no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 podem ser propostas até a data da diplomação dos eleitos. Precedentes.

III – Agravos regimentais improvidos²⁸.

O referido prazo restou firmado pelo parágrafo 3º do art. 41-A, incluído pela Lei n. 12.034, de 28 de setembro de 2009, que assim dispõe: “A representação contra as condutas vedadas no *caput* poderá ser ajuizada até a data da diplomação”.

Insta consignar que Lei n. 12.034/2009, também, incluiu o parágrafo 4º ao art. 41-A, dispondo que “o prazo de recurso contra deci-

26 REsp n. 28.350, rel. min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 1º set. 2009.

27 REsp n. 28.039, rel. min. José Delgado, *DJ* de 12 fev. 2008.

28 REsp n. 28.025, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 11 set. 2009.

sões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no *Diário Oficial*”.

Desse modo foi colocado um ponto final à discussão a respeito do prazo recursal que, pela orientação jurisprudencial pacífica do Tribunal Superior Eleitoral, era de 24 (vinte e quatro) horas.

Entendia a Corte que, embora a parte final do art. 41-A da Lei das Eleições estabeleça que deva ser observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990, essa disposição aplica-se apenas ao rito, incidindo, para fins de recurso contra a decisão, a regra expressa do § 8º do art. 96 da Lei n. 9.504/1997.

Vejam os seguintes precedentes a este respeito:

Agravo regimental. Ação cautelar.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, o prazo para recurso contra decisão de juízo eleitoral em representação por captação ilícita de sufrágio é de 24 horas, não se aplicando o de 3 dias previsto no art. 258 do Código Eleitoral.

2. Embora a parte final do art. 41-A da Lei das Eleições estabeleça que deva ser observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990, essa disposição aplica-se apenas ao rito, incidindo, para fins de recurso contra a decisão, a regra expressa do § 8º do art. 96 da Lei n. 9.504/1997²⁹.

Representação com base na Lei 9.504/1997. Art. 41-A.

O prazo para recurso contra decisão tomada em representação com base no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 é de 24 (vinte e quatro) horas. Tal prazo se aplica aos embargos de declaração opostos em face da decisão que julgou a representação. Recurso provido³⁰.

Agravo regimental. Recurso ordinário. Representação. Art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. Captação ilícita de sufrágio. Prazo recurso. 24 horas. Intempestividade. Não conhecimento.

1. Nos termos do art. 96, § 8º, da Lei n. 9.504/1997, o prazo recursal nas representações ajuizadas por descumprimento aos preceitos do referido diploma é de 24 horas, mesmo quando o recurso ordinário é interposto contra decisão colegiada em eleições estaduais e federais. (Precedente: RO n. 1.679/TO, *DJE* de 1º.9.2009, rel. min. Felix Fischer).

29 AC n. 3.222, rel. min. Arnaldo Versiani, *DJ* de 26 mar. 2009.

30 RO n. 1.494, rel. min. Felix Fischer, *DJ* de 26 set. 2008.

2. Agravo regimental desprovido³¹.

Em consonância com os entendimentos, colacionamos a doutrina de José Jairo Gomes (2008, p. 407-408):

Há uma peculiaridade quanto ao prazo de interposição de tais recursos. É que não se aplica a regra do art. 258 do Código, que estabelece o lapso de 3 dias, “sempre que a lei não fixar prazo especial”. No caso, existe prazo especial. Incide o disposto no art. 96, § 8º, da Lei n. 9.504/1997, segundo o qual:

“Quando cabível recurso contra a decisão, este deverá ser apresentado no prazo de vinte e quatro horas da publicação da decisão em cartório ou sessão, assegurado ao recorrido o oferecimento de contra-razões, em igual prazo, a contar da sua notificação”. Logo, é de 24 horas o prazo recursal. A aplicação deste dispositivo se dá em razão de dois fatores. Primeiro, porque o rito do art. 22 da LC n. 64/1990 não cuida de disciplinar recursos, tampouco fixa lapso recursal. Segundo porque a Lei n. 9.504/1997 estabeleceu, em seu art. 96, rito especial relativamente ao descumprimento de seus preceitos (*entre os quais figura o artigo 41-A*); portanto, cabe a esta norma suprir eventuais lacunas no procedimento fixado no aludido art. 22. É nessa linha a exegese dominante na Corte Superior Eleitoral:

[...]

Ante a incidência do princípio da especialidade em eventual conflito de normas, não parece defensável a aplicação do prazo de 3 dias previsto nos arts. 258 [regra geral], 276, § 1º [recursos especial e ordinário], e 281 [recurso extraordinário], todos do Código Eleitoral, prevalecendo a regra especial do art. 96, § 8º, da Lei n. 9.504/1997”.

4.7 Legitimidade para propositura da representação por captação ilícita de sufrágio

A representação eleitoral para apuração de captação ilícita de voto, com supedâneo no art. 41-A, da Lei das Eleições, conforme definido no *caput* do art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990, pode ser proposta por qualquer partido político, coligação ou candidato, bem assim pelo Ministério Público Eleitoral, perante o Juízo Eleitoral da circunscrição municipal do pleito, narrando fatos que, em tese, confi-

guram arregimentação ilícita de votos, ocorridos após o requerimento de registro de candidato envolvido na captação ilícita até o dia do pleito. Será processada de acordo com o procedimento previsto no art. 22, I a XIII, da LC n. 64/1990.

Lembra-nos o mestre Marlon Jacinto Reis (2006, p. 73-74):

As candidaturas para os cargos majoritários são representadas por blocos de postulantes, ou “chapas”. Para as funções no Executivo as chapas são integradas, sempre, por duas pessoas, o titular e o vice (os candidatos a presidente e a vice-presidente, governador e vice-governador, prefeito e vice-prefeito). No legislativo também há uma posição que se preenche pela via majoritária: o cargo de senador. Neste caso, a chapa compõe-se por quatro candidatos, sendo um titular e três suplentes.

Embora destituídos de personalidade jurídica, esses blocos ou chapas são dotados de legitimidade processual, sendo representados em juízo por seu “cabeça”, que corresponde ao candidato titular. Daí por que a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior Eleitoral afirme incabível e desnecessária a notificação dos vices e suplentes, nas hipóteses acima mencionadas, para suportar no pólo passivo as demandas fundadas na Lei das Eleições.

[...]

A ampla defesa e o contraditório são realizados em juízo pelo “cabeça de chapa”, que ali tua em seu nome e em nome dos demais, sem qualquer prejuízo para as partes, já que defendem em juízo o conjunto de candidaturas conexas.

A eventual cassação abate-se não sobre a candidatura individual do representado, mas sobre todo o bloco por ele dirigido.

Conclui Jacinto Reis (2006, p. 75):

Tem-se, assim, que a inexistência de litisconsórcio passivo em relação aos vices e suplentes não impede que a sentença que imponha as sanções previstas nos arts. 41-A e 73, § 5º, da Lei das Eleições venha a afetá-los por extensão.

Essa interpretação é também a mais coerente com o processo judicial eleitoral, já que a necessidade de notificação de um número mais amplo de pessoas (quatro, no caso de uma candidatura ao senado) certamente afetaria a necessária celeridade que se deve impor aos feitos eleitorais.

Na linha da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, não há necessidade de citar o companheiro de chapa, uma vez que não é

³¹ RO n. 1.477, rel. min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, DJ de 15 out. 2009.

litisconsorte passivo necessário, mas ele poderá, se desejar, ingressar na lide como assistente³².

4.8 Sanções aplicáveis

O art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 prevê as seguintes sanções:

- multa, de 1.000 a 50.000 Ufir;
- cassação do registro ou do diploma.

A Corte Superior Eleitoral tem assentado o entendimento segundo o qual, uma vez reconhecida a captação ilícita de sufrágio, a multa e a cassação do registro ou do diploma são penalidades que se impõem *ope legis*³³.

A propósito da condenação no pagamento da multa, tem entendido a Corte que não há necessidade de pedido na respectiva inicial da ação, ou da representação, para que ela possa ser aplicada, uma vez que o pedido, em se tratando de processo eleitoral, há de ser interpretado sempre como solicitação da aplicação das sanções legais, independentemente de maior rigor quanto à especificidade de qualquer uma delas, cassação, multa, inelegibilidade, e outras. Vejamos do seguinte precedente:

A penalidade de multa é consequência natural do ilícito, podendo ser aplicada pelo juiz independentemente de pedido expresso na exordial, não havendo que se falar em violação aos arts. 128 e 460 do CPC ou sentença *extra petita*³⁴.

4.9 Da execução imediata do julgado

É firme o posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que a execução de decisões fundadas em infração à Lei n. 9.504/1997, como na hipótese de captação ilícita de sufrágio, é imediata, ressalvando-se a possibilidade de eventual concessão de medida

32 REsp n. 15.597, rel. min. Edson Vidigal, DJ de 27 out. 2000.

33 Precedentes: AgRg no RO n. 791/MT, rel. min. Marco Aurélio, DJ de 26 ago. 2005; REsp n. 21.022/CE, rel. min. Fernando Neves, DJ de 7 fev. 2003; AgRg no REsp n. 25.878/RO, José Delgado, DJ de 14 nov. 2006.

34 AgR REspe n. 24.932, rel. min. Gerardo Grossi.

cautelar, a critério do julgador, desde que atendidos, cumulativamente, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*³⁵.

Desse modo, não se aplica o art. 15 da Lei Complementar n. 64/1990, não havendo falar em garantia do exercício do mandato até o trânsito em julgado da representação.

Como visto, em que pesem os recursos eleitorais não terem, em regra, efeito suspensivo, e o entendimento da Corte Superior de que a decisão que julga procedente representação por captação de sufrágio tem efeito imediato, os Tribunais Regionais poderão usar do seu poder geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil.

Assim, no tocante à aplicação do art. 257 do CE, não obstante as decisões fundadas no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 merecerem, em regra, execução imediata, nada impede que as Cortes Regionais, usando do seu poder geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, defiram a liminar na cautelar e concedam efeito suspensivo ao recurso eleitoral.

E, ainda, em caso de decisão teratológica, sem fundamento, o réu terá disponíveis, em seu benefício, todos os meios para modificar esta sentença requerendo a concessão de efeito suspensivo ao recurso que houver interposto por meio de mandado de segurança, medida cautelar etc.

Ainda segundo a Corte Superior, quando a Chefia do Executivo já está em mãos diversas, é de todo inconveniente a sucessividade de alterações na superior direção do Poder Executivo, pelo indiscutível efeito instabilizador na condução da máquina administrativa e no próprio psicológico dos munícipes, tudo a acarretar descrédito para o Direito e para a Justiça Eleitoral.

Nesse sentido:

Agravo regimental. Mandado de Segurança. Pleito. Renovação. Liminar. Suspensão. Provimento.

Constatada a ilegitimidade do autor para, em nome próprio, pleitear direito alheio, nega-se a liminar.

35 AC n. 3.307, rel. min. Arnaldo Versiani, DJ de 27 out. 2009; MS n. 4.216, rel. min. Felix Fischer, DJ de 1º set. 2009; MS n. 4.191, rel. min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira.

Na pendência dos processos de impugnação deve-se evitar o rodízio constante de pessoas na administração municipal. Alterações sucessivas no exercício do cargo de prefeito geram insegurança jurídica, perplexidade e descontinuidade administrativa. Por isso, não é aconselhável apressar a realização de novas eleições, quando há possibilidade de o candidato cassado ter seu recurso provido³⁶.

Medida Cautelar. Pedido. Concessão. Efeito suspensivo. Recurso Especial. Decisão regional. Condenação. Prefeito. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. Abuso do poder econômico e de autoridade. Configuração. Cassação. Execução imediata do julgado. Possibilidade. Art. 257 do Código Eleitoral. Incidência. Requisitos. *Fumus boni iuris e periculum in mora*. Ausência.

1. Tratando-se de decisão fundada no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, a jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica quanto à possibilidade de execução imediata do julgado. Precedentes.

2. A regra do art. 257 do Código Eleitoral estabelece que os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo, o que, excepcionalmente, pode ser concedido desde que presentes circunstâncias que o justifiquem. Precedentes.

3. Esta Corte Superior tem reiteradamente assentado a conveniência de se evitarem sucessivas alterações no comando da administração. Precedentes.³⁷

4.10 Da cassação do registro e do diploma com fulcro no art. 41-A da Lei n. 9504/1997, consequências

Dispõem os arts. 222 e 224 do Código Eleitoral acerca da nulidade de votos:

Art. 222. É também anulável a votação quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais da metade dos votos do País nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais, ou do Município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações, e o Tribunal marcará dia para nova eleição.

Da leitura dos dispositivos conclui-se que, se declarada a existência da captação ilegal de sufrágio e cassado o registro ou o diploma

³⁶ MS n. 3.345, rel. min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 2 set. 2005.

³⁷ MC n. 1.385, rel. min. Caputo Bastos, DJ de 7 abr. 2006.

do candidato (a cargo majoritário), os votos por ele alcançados serão declarados nulos.

Daí vislumbra-se a possibilidade de ocorrerem três consequências:

a) se a nulidade dos votos (nulos + alcançados pelo candidato) não atingir mais de 50% (cinquenta por cento) dos votos, convocar-se-á o segundo colocado;

b) se a nulidade atingir mais de cinquenta por cento dos votos, marcar-se-ão novas eleições diretas, porém, tal hipótese ocorrerá se esta nulidade for declarada por sentença no primeiro biênio do mandato e;

c) se a nulidade atingir mais de 50% (cinquenta por cento), mas for declarada somente no segundo biênio do mandato, a eleição será indireta. Esta interpretação é decorrente da aplicação analógica do art. 81 da Constituição Federal, combinado com o art. 224 do Código Eleitoral.

Sobre o tema, a Corte Superior Eleitoral, no Acórdão n. 21.169, de relatoria da ministra Ellen Gracie, firmou o seguinte entendimento:

Recurso especial eleitoral. Ação de Investigação judicial eleitoral. Captação ilegal de sufrágio (art. 41-A da Lei n. 9.504/1997) 1. Sentença que cassou o prefeito e determinou a diplomação do vice. Correção pelo TRE. Possibilidade. Efeito translativo do recurso ordinário. 2. Condenação com base no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. Desnecessidade de ajuizamento de recurso contra expedição de diploma e ação de impugnação de mandato eletivo. Precedentes. 3. *O TSE entende que, nas eleições majoritárias, é aplicável o art. 224 do CE aos casos em que, havendo a incidência do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, a nulidade atingir mais de metade dos votos*. Recursos providos em parte para tornar insubsistente a diplomação do segundo colocado e respectivo vice e determinar que o TRE, nos termos do art. 224 do CE, marque data para a realização de novas eleições. [grifo nosso]

No mesmo diapasão:

Recurso especial eleitoral. Eleições 2004. Conduta vedada. Captação ilícita de sufrágio. Realização de novo pleito. Eleições indiretas. Provimento.

[...]

5. A jurisprudência do TSE tem compreendido que “[...] prevendo o art. 222 do Código Eleitoral a captação de sufrágio como fator de nu-

lidade da votação, aplica-se o art. 224 do mesmo diploma no caso em que houver a incidência do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, se a nulidade atingir mais da metade dos votos” (REspe n. 21.221/MG, rel. min. Luiz Carlos Madeira, *DJ* de 10.10.2003).

6. É descabida a diplomação dos candidatos de segunda colocação, haja vista a votação obtida pelo candidato vencedor, de 51,61% dos votos válidos.

7. Pelo princípio da simetria implicitamente correlacionado com o art. 81, § 1º, da CF, a renovação do pleito no último biênio do mandato ocorre em eleição indireta, a cargo do Poder Legislativo local. Precedentes: REspe n. 21.308/SC, rel. min. Barros Monteiro, *DJ* de 21.6.2004; AgRg no MS/PE n. 3.634/PE, rel. min. Ari Pargendler, *DJ* de 24.9.2007; Ag n. 4.396/MS, rel. min. Luiz Carlos Madeira, *DJ* de 6.8.2004; REspe n. 21.432/MG, rel. min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 25.6.2004; Cta n. 1.140/DF, rel. min. Gilmar Mendes, *DJ* de 10.10.2005.

8. Recursos especiais providos para cassar o diploma dos recorridos por infringência ao art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, aplicar a penalidade cabível pela prática de conduta vedada (art. 73, §§ 4º e 5º, da Lei n. 9.504/1997) e determinar a realização de eleição indireta no Município de Caxingó/PI³⁸.

5 Do crime eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral)

Inicialmente, vale ressaltar que o art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 não alterou a disciplina do art. 299 do Código Eleitoral, no que permanece o crime de corrupção eleitoral incólume, inclusive, com possibilidade de convivência da sanção de natureza penal com aquela do art. 41-A, de ordem meramente administrativa.

Desse modo, a não aplicação de penalidade por captação ilícita de sufrágio, em face de insuficiência de provas, não repercute na instância penal, ainda que fundadas nos mesmos fatos.

Suzana de Camargo Gomes (2000, p. 201), discorrendo sobre o bem jurídico penalmente tutelado pelo tipo estabelecido no art. 299 do Código Eleitoral, assevera:

A norma penal visa resguardar a liberdade do sufrágio, a emissão do voto legítimo, sem estar afetado por qualquer influência menos airosa, pois, na feliz expressão de Pedro Henrique Távora Niess, “o voto não é

uma mercadoria exposta à venda ou à troca, mas uma premiação que deve ser conquistada após justa disputa, pelas idéias e pela história de cada competidor”.

Afirma, ainda, a citada autora, que o art. 41-A em nada alterou a tipicidade penal do art. 299 do CE, aduzindo que,

[...] Na verdade, esse dispositivo em nada alterou a disciplina penal pertinente ao crime de corrupção eleitoral, que continua incólume, pelo que incide no delito tipificado no art. 299 do Código Eleitoral tanto o candidato como qualquer outra pessoa que realize as figuras típicas ali descritas. A mudança está que, sendo o autor da infração um candidato, além de responder criminalmente, nos termos do art. 299 do Código Eleitoral, submete-se, também, às penas previstas no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, com a redação dada pela Lei 9.840/1999, sendo que o procedimento para a apuração é o previsto na LC n. 64, de 18 de maio de 1990, em seu art. 22, denominado de investigação judicial.

Dispõe o art. 299, do Código Eleitoral:

Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

A corrupção eleitoral prevista no referido artigo abrange tanto a corrupção ativa, praticada por candidato ou não, consistente na prática de dar, oferecer, prometer, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter voto ou para conseguir abstenção, ainda que a oferta não seja aceita, quanto a corrupção passiva, perpetrada por eleitor ou não, consistente na prática de solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para dar voto ou prometer abstenção.

Verifica-se que o tipo penal possui diversos núcleos. É um crime de ação múltipla, seja na modalidade passiva ou ativa. Pratica a conduta típica quem executa qualquer um dos verbos ali descritos. Basta, em tese, para que haja conduta típica, que o eleitor aceite a vantagem em troca de seu voto, ainda que não tenha tido a iniciativa de procurar o candidato ou interposta pessoa para solicitá-la.

³⁸ REspe n. 27.737, de 4.12.2007, rel. José Augusto Delgado, publ. em 1º fev. 2008.

O crime se configura independentemente do resultado, conforme previsto no texto legal, ao prescrever que o crime se concretiza “ainda que a oferta não seja aceita”.

Podemos concluir que se trata de um crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa. Segundo Marcos Ramayana (2007): “É crime comum. O delito pode ser praticado por cabos eleitorais, pré-candidatos, eleitores, pessoas comuns do povo, autoridades, servidores públicos etc. Admite-se a co-autoria e participação em todas as modalidades”.

A prática do crime capitulado no art. 299 do Código Eleitoral pode ser cometida inclusive por quem não seja candidato, uma vez que basta, para a configuração desse tipo penal, que a vantagem oferecida esteja vinculada à obtenção de votos.

Na corrupção eleitoral, o eleitor deve ser identificado ou identificável, inexigindo-se, todavia, o resultado pretendido pelo agente para sua consumação, uma vez que a configuração do tipo previsto no art. 299 do Código Eleitoral requer abordagem direta ao eleitor, com o objetivo de dele obter a promessa de que o voto será dado ou de que haverá abstenção em decorrência da oferta feita, não sendo suficiente o mero pedido de voto realizado de forma genérica.

Assim, necessário se faz que as promessas, as ofertas, sejam diretas, concretas, objetivas, individualizadas e determinadas, com o fim específico de obtenção do voto do eleitor.

A corrupção eleitoral é crime formal e não depende do alcance do resultado para que se consuma. Descabe, assim, perquirir o momento em que se efetivou o pagamento pelo voto, ou se o voto efetivamente beneficiou o candidato corruptor. Prescinde-se que o eleitor tenha efetivamente recebido a vantagem ou dela usufruído, ou que seu patrimônio tenha tido aumento, isto faz parte do exaurimento do crime. A consumação ocorre no momento em que a vantagem é solicitada ou aceita.

O crime de corrupção eleitoral exige, para a sua configuração, a presença do elemento subjetivo do dolo específico que exige o tipo

penal, ou seja, deve-se averiguar na conduta do agente a vontade livre, consciente e direcionada à finalidade de obter ou dar voto ou prometer abstenção³⁹.

No entanto, assim como na captação ilícita de sufrágio, é desnecessário aferir a potencialidade do ilícito para influir na eleição, a demonstrar influência para a escolha do voto do eleitor.

O delito de corrupção eleitoral ou crime de compra de votos, previsto no art. 299 do Código Eleitoral, é o crime de maior incidência, em virtude do alto grau de corrupção no nosso País. No entanto, há séria dificuldade na produção de provas, haja vista que tanto quem compra o voto como quem o vende pratica o crime, o que provoca um sentimento de medo, constrangimento nos eleitores que poderiam denunciar essas práticas. Além de que eleitores carentes e com baixo nível de consciência política podem ser facilmente ludibriados por candidatos inescrupulosos que se aproveitam das carências populares, conseguindo o voto pela satisfação de suas necessidades imediatas.

Sem se falar daqueles eleitores que levam ao conhecimento do candidato suas necessidades prementes, já citando o número de eleitores que têm na família, deixando claro que, se não conseguir a “ajuda”, o candidato certamente não terá aqueles votos. Deste, também, não se obterá prova contra o candidato que o ajudou, uma vez que ele (eleitor) foi parte decisiva para a prática do crime. Neste caso, o eleitor visualiza o período eleitoral como o único período em que pode “ganhar” alguma coisa dos políticos.

Com objetivo de reforçar a punição, ao referido tipo penal veio aliar-se a captação ilícita de sufrágio com instituição da sanção administrativo-eleitoral de multa e cassação do registro ou diploma, prevista textualmente no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, acrescentado pela Lei n. 9.840/1999, porquanto o comportamento dos políticos ainda está à margem da retidão, da seriedade, do respeito às leis e, sobretudo, da cidadania do povo brasileiro.

³⁹ Precedentes Ac. n. 319/RJ, rel. min. Costa Leite, *DJ* de 17 out. 1997; Ac. n. 463/BA, rel. min. Luiz Carlos Madeira, *DJ* de 3 out. 2003; Ac. n. 292/BA, rel. min. Eduardo Ribeiro, *DJ* de 6 mar. 1998.

6 Diferenças existentes nas linhas comportamentais que norteiam o abuso de poder econômico e a captação ilícita de sufrágio, descrita no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997

Oportuno trazer à baila as diferenças existentes nas linhas comportamentais que norteiam o abuso de poder econômico e a captação de sufrágio (também chamada corrupção eleitoral) descrita no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997.

A representação para apurar a conduta descrita pelo art. 41-A não é a investigação judicial, apenas segue o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990. Haja vista que, aqui, o bem jurídico protegido é a vontade do eleitor e não o resultado da eleição, o importante é saber se a ação do representado atingiu, influenciou sobre a liberdade da vontade do eleitor, sendo irrelevante a sua potencialidade.

É essencial que seja o candidato o autor da ação ou que dela tenha participado ou anuído. A mera promessa basta, não havendo exigência de que se tenha concretizado, contanto que esteja vinculada à troca do voto.

Podemos dizer, assim, que a corrupção é sempre bilateral – candidato/eleitor ou por intermediário/eleitor, neste caso, desde que haja prova da anuência e conhecimento do beneficiário do voto; é dissimulada, utilizando-se de meios ou terceiros a camuflar sua prática; visa a um pequeno número de corrompidos e a relação entre o sujeito ativo e passivo é pessoal, estabelecendo-se entre o corruptor e corrompido uma cumplicidade. No caso da corrupção, o comprometimento da lisura e normalidade das eleições se afere, logo no primeiro plano, pela relação candidato-eleitor e, no segundo plano, pela quebra de igualdade jurídica.

O abuso de poder econômico é unilateral, onde se afere, visivelmente, apenas a quebra da igualdade jurídica. A intenção é desvirtuar a vontade de um grande número de pessoas; numa relação impessoal, não existe a figura do corrompido, pois a captação de voto é feita de maneira indireta, de forma sutil, imperceptível até mesmo para o próprio eleitor.

O artifício no abuso é ganhar a adesão do eleitor, conquistando o seu voto para aquele que indiretamente está a lhe oferecer alguma vantagem, cujos meios empregados são normalmente moralmente admissíveis, pautando-se a ilicitude do ato no desequilíbrio, a atingir a igualdade de oportunidades, de modo a prejudicar partidos ou candidatos que não possuem o mesmo poder de barganha e que se conduzem no decorrer da propaganda eleitoral nos limites da lei. Não existe a influência direta e pessoal sobre a liberdade de que se deve revestir a vontade do eleitor.

Aqui não basta a prova do ato abusivo, fazendo-se necessária a demonstração da probabilidade de que o ato vicie a eleição, tendo como resultado uma sentença que decreta a inelegibilidade por três anos, mas que não tem o condão de cassar o mandato do candidato beneficiado (art. 22, XIV, da LC n. 64/1990).

7 Do percentual de êxito das representações ajuizadas, com sentença de cassação em primeiro grau, após julgamento dos recursos, nas eleições ocorridas nos anos de 2000, 2004 e 2008, em face dos candidatos aos cargos de prefeito e vereador

No intuito de captar os dados relativos à aplicação do art. 41-A da Lei 9.504/1997, incluído pela Lei de iniciativa popular n. 9.840/1999, referente aos cargos do Executivo, procuramos o Tribunal Superior Eleitoral.

Para nossa surpresa, fomos informados pelos setores responsáveis pela estatística do Tribunal Superior Eleitoral que este não dispõe de uma base de dados capaz de fornecer, assim que solicitado, o percentual de representações por captação ilícita de sufrágio ajuizadas em face de prefeitos, governadores e presidente, tampouco o percentual das representações que obtiveram êxitos.

Neste ponto, a análise só alcançaria êxito se tivéssemos disponibilidade de tempo para realizarmos uma pesquisa por consulta processual, o que se torna inviável em vista do número de processos

constatados: em 2004 foram encontrados 11.487 e em 2006, 6.175. Ressaltamos que esses números englobam não somente captação ilícita de sufrágio, mas também abuso de poder econômico/autoridade e político, petições, consultas, propaganda eleitoral, desfiliação partidária etc. Ressaltamos, ainda, que as demandas envolvem todos os cargos: prefeitos, vereadores, senadores, deputados estadual, distrital e federal, governadores e presidente.

No entanto, foi-nos informado que, por solicitação do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), o ministro Felix Fischer determinou à Secretaria de Sistemas Eleitorais do Tribunal Superior Eleitoral a coleta de dados relativos à cassação de prefeitos e vereadores, por captação ilícita de sufrágio, ocorrida nos pleitos realizados nos anos de 2000, 2004 e 2008.

Assim, tomaremos como base a pesquisa realizada pelo TSE, por ser suficiente ao objetivo deste trabalho, qual seja, verificar se, após a inclusão do art. 41-A na Lei n. 9.504/1997, pela Lei n. 9.840/1999, realmente houve uma redução da nefasta prática de captação ilícita de sufrágio no nosso país. E, ainda, porque é no âmbito dos municípios que se verifica mais corriqueiramente essa prática.

Conforme solicitado pelo ministro, a Secretaria de Sistemas Eleitorais procedeu à pesquisa junto aos Cartórios Eleitorais, por meio de formulários a eles enviados e preenchidos por seus servidores. Os dados coletados foram processados pela estatística Vanessa Nespoli.

A pesquisa foi realizada entre 10 e 20 de março de 2009 e abrangeu 2.503 zonas eleitorais, o que corresponde a 83,74% do total de zonas do país (2.989). Os números apresentados representam valores numéricos oficiais, mas inferiores à quantidade total de medidas de cassação efetivamente aplicadas.

Todas as cassações referem-se às medidas introduzidas na legislação pela Lei n. 9.840/1999.

Os dados coletados foram os seguintes:

Prefeitos e vereadores cassados por corrupção eleitoral – anos 2000 a 2009 –, relativos aos pleitos de 2000, 2004 e 2008⁴⁰:

40 Dados fornecidos pela Secretaria de Sistemas Eleitorais do TSE.

1. Número e sentenças de cassação em primeiro grau (zonas eleitorais)

	2000	2004	2008
Brasil	178	431	379
Norte	16	43	36
Nordeste	49	137	109
Sudeste	58	128	120
Sul	31	82	66
Centro-Oeste	24	41	48

2. Chapas de prefeitos cassados (após o julgamento dos recursos)

	2000	2004	2008
Brasil	40	71	119
Norte	1	3	9
Nordeste	13	25	39
Sudeste	13	22	38
Sul	7	19	23
Centro-Oeste	6	2	10

3. Total de prefeitos e vices atingidos pelas decisões:

230 prefeitos e 230 vices = 460.

4. Total de vereadores atingidos pelas decisões:

207* vereadores.

5. Vereadores cassados após o julgamento dos recursos:

	2000	2004	2008
Brasil	15	62	119
Norte	3	21	14
Nordeste	1	11	50
Sudeste	6	20	22
Sul	1	10	23
Centro-oeste	4	0	10

6. Total de prefeitos, vices e vereadores cassados:

	2000	2004	2008	2000 + 2004 + 2008
Brasil	95	204	357	656*

Os números acima foram encontrados somando-se, em ambos os anos, o número de prefeitos cassados, que acompanha igual núme-

ro de vices, constante do item 2, mais o número de vereadores cassados constante do item 5. Ex.: para o ano de 2000 = 40 + 40 + 15 = 95.

7. Prefeitos e vices cassados apenas nas eleições de 2008*

238 prefeitos e vices – 119 prefeitos e 119 vices – (53,52% do total de prefeitos e vices cassados desde 2000).

8. Vereadores cassados apenas nas eleições de 2000*

119 vereadores (57% de todos os vereadores cassados desde 2000).

* As cassações aplicadas a eleitos em 2008 ainda estão pendentes de confirmação.

Em uma análise comparativa das planilhas retro apresentadas, verificamos que, no primeiro pleito municipal, ocorrido em 2000, após a edição da Lei n. 9.840/1999, no Brasil foram alvos de sentença de cassação em primeiro grau (zonas eleitorais) 178 prefeitos, número esse que aumentou 242,134% nas eleições de 2004, com um total de 431 prefeitos cassados. Já em 2008, esse número caiu, mas foi mantido o percentual acima do dobro (212,92%), em relação ao pleito de 2000, com 379 prefeitos cassados.

No entanto, após o julgamento dos recursos, observamos que o número de prefeitos efetivamente cassados cai drasticamente, vejamos:

Eleições	Prefeitos cassados em 1ª instância	Prefeitos efetivamente cassados após julgamento dos recursos	Percentual de êxito (%)
2000	178	40	22,47
2004	431	71	16,47
2008	379	119	Pendente julgamento

Na vereança, verificamos que houve um aumento significativo de cassação após a inclusão do art. 41-A na Lei n. 9.504/1997, passando de 15, em 2000, para 73 vereadores cassados em 2004 e 119 em 2008.

O percentual de cassação de prefeitos e vices observado nas eleições de 2008 ultrapassou a casa dos 50% (cinquenta por cento) de todos os prefeitos e vices cassados desde 2000, chegando a 53,52% (cinquenta e três vírgula cinquenta e dois por cento), num total de 238 (119 prefeitos e 119 vices). Da mesma forma ocorreu com o percentual de cassação de vereadores, no mesmo pleito, que alcançou 57,48% (cinquenta e sete vírgula quarenta e oito por cento) de todos os vereadores cassados desde 2000, num total de 119 vereadores.

Importante ressaltar que as Regiões em que houve maior índice de cassação de prefeitos foram a Nordeste, com 13 cassados em 2000, 25 em 2004 e 39 em 2008, e a Sudeste, com 13 cassados em 2000, 22 em 2004 e 38 em 2008. Em terceiro lugar vem a Região Sul, com 7 em 2000, 19 em 2004 e 23 em 2008.

Com relação à cassação de vereadores, verificamos que, em 2000, ficou em primeiro lugar o Sudeste, com 6 vereadores cassados; em segundo o Centro-Oeste, com 4, e em terceiro o Norte, com 3. No pleito de 2004, o Norte logrou êxito em cassar 21 vereadores; o Sudeste, 20 e o Nordeste, 11. Já no pleito de 2008, o primeiro lugar ficou com o Nordeste, com 50 vereadores; o segundo lugar ficou com o Sul, com 23, e o terceiro lugar com o Sudeste, com 22 vereadores cassados.

Com relação ao número de prefeitos e vereadores cassados, por estado, após os recursos interpostos, observamos o seguinte:

No ano de 2000:

- No Norte, somente no Estado do Pará houve uma cassação.
- No Nordeste, houve treze cassações: duas ocorreram no Piauí; quatro no Ceará; uma no Rio Grande do Norte; uma em Alagoas e cinco na Bahia.
- No Sudeste, houve treze cassações: dez ocorreram em Minas Gerais; uma no Rio de Janeiro e duas em São Paulo.
- No Sul, houve sete cassações: quatro ocorreram no Paraná; duas em Santa Catarina e uma no Rio Grande do Sul.
- No Centro-Oeste, houve seis cassações: duas ocorreram em Mato Grosso do Sul; uma em Mato Grosso e três em Goiás.

Quadro 1: Número de candidatos cassados segundo o ano da eleição

Unidade da Federação	Eleições 2000						Eleições 2004						Eleições 2008	
	Quantos candidatos a prefeito foram cassados?	Quantos candidatos a vereadores foram cassados?	Quantos candidatos a vereadores foram cassados após os recursos?	Quantos candidatos a vereadores foram cassados após os recursos?	Quantos candidatos a prefeito foram cassados?	Quantos candidatos a vereadores foram cassados após os recursos?	Quantos candidatos a vereadores foram cassados?	Quantos candidatos a vereadores foram cassados após os recursos?	Quantos candidatos a prefeito foram cassados?	Quantos candidatos a vereadores foram cassados após os recursos?	Quantos candidatos a vereadores foram cassados após os recursos?	Quantos candidatos a prefeito foram cassados?	Quantos candidatos a vereadores foram cassados?	
Brasil	53	40	27	15	135	71	111	62	119	119	119	119	119	
Norte														
Rondônia	1	1	4	3	8	3	17	21	9	14	9	14	14	
Acre	0	0	2	0	0	0	3	13	2	7	2	7	7	
Amazonas	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	
Roraima	0	0	1	1	2	1	9	6	1	3	1	3	3	
Pará	1	1	1	0	3	0	0	0	0	0	4	4	4	
Amapá	0	0	0	0	0	0	2	0	1	1	0	0	0	
Tocantins	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Nordeste														
Maranhão	18	13	3	1	44	25	28	11	39	50	39	50	50	
Piauí	0	0	0	0	0	0	14	7	9	8	9	8	8	
Ceará	2	2	0	0	0	2	0	0	3	3	3	3	3	
R. G. do Norte	4	4	2	0	5	2	1	1	10	15	10	15	15	
Paraíba	1	1	1	0	3	2	7	1	3	3	3	3	3	
Pernambuco	1	0	1	1	5	1	1	1	1	0	1	0	0	
Alagoas	2	0	0	0	2	3	2	1	3	1	3	1	1	
Sergipe	1	0	0	0	4	3	0	0	2	0	2	0	0	
Bahia	7	5	0	0	1	11	0	0	6	2	6	2	5	
Sudeste														
Minas Gerais	18	13	11	6	39	22	40	20	38	22	38	22	22	
Espírito Santo	14	10	5	4	12	9	11	9	26	10	26	10	10	
Rio de Janeiro	0	0	0	0	1	2	1	1	0	3	0	3	3	
São Paulo	1	1	1	0	6	1	15	4	3	5	3	5	5	
Sul														
Paraná	11	7	4	1	38	19	21	10	23	23	23	23	23	
S. Catarina	5	4	1	0	15	9	5	2	14	11	14	11	11	
R. G. do Sul	4	2	3	1	11	2	6	0	3	3	3	3	3	
Centro-Oeste														
M. G. do Sul	5	6	5	4	6	2	5	0	10	10	10	10	10	
Mato Grosso	2	2	4	3	2	0	4	0	1	0	1	0	0	
Goiás	0	1	0	0	4	2	1	0	7	7	7	7	7	
	3	3	1	1	0	0	0	0	2	2	2	2	1	

No ano de 2004:

- No Norte, houve três cassações: duas no Estado de Rondônia e uma no Amazonas.
- No Nordeste, houve 25 cassações: duas ocorreram no Maranhão; duas no Ceará; duas no Rio Grande do Norte; uma na Paraíba; três em Pernambuco; três em Alagoas; uma em Sergipe e onze na Bahia.
- No Sudeste, houve 22 cassações: nove ocorreram em Minas Gerais; duas no Espírito Santo; uma no Rio de Janeiro e dez em São Paulo.
- No Sul, houve dezenove cassações: nove ocorreram no Paraná; duas em Santa Catarina e oito no Rio Grande do Sul.
- No Centro-Oeste, houve duas cassações em Mato Grosso.

No ano de 2008:

- No Norte, houve nove cassações: duas ocorreram em Rondônia; uma no Amazonas; quatro no Pará e duas no Tocantins.
- No Nordeste, houve 39 cassações: nove ocorreram no Maranhão; três no Piauí; dez no Ceará; três no Rio Grande do Norte; uma na Paraíba; três em Pernambuco; duas em Alagoas; duas em Sergipe e seis na Bahia.
- No Sudeste, houve 38 cassações: 26 ocorreram em Minas Gerais; três no Rio de Janeiro e nove em São Paulo.
- No Sul, houve 23 cassações: catorze ocorreram no Paraná; três em Santa Catarina e seis no Rio Grande do Sul.
- No Centro-Oeste, houve dez cassações: uma ocorreu em Mato Grosso do Sul; sete em Mato Grosso e duas em Goiás.

Destaca-se, ainda, que não houve cassação de prefeitos somente nos seguintes Estados do Norte: Acre, Roraima e Amapá. O percentual de cassação do ano de 2000 ao ano de 2008 sofreu um acréscimo considerável em cada região.

Por sua vez, com relação aos vereadores, notamos que não houve cassação somente nos Estados do Norte Acre e Tocantins, e, no Nordes-

te, em Pernambuco. O percentual de cassação do ano de 2000 ao ano de 2008 também sofreu um acréscimo considerável em cada região.

Do acima relatado, forçoso concluir que o art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, fruto da primeira lei de iniciativa popular da história deste País (Lei n. 9.840/1999), surtiu os efeitos desejados pelos seus instituidores: afastar imediatamente da disputa aquele que no curso da campanha eleitoral venha a incidir no tipo captação ilícita de sufrágio, embora ainda em percentuais parcos.

Graças ao rito célere que permite a execução imediata do julgamento, a nova lei tornou possível a cassação de candidatos em virtude da simples oferta de algum bem ou vantagem, ainda que dirigida a um eleitor isolado, embora não tenha, ainda, alcançado estados em que se sabe ser corriqueira a prática de “compra de votos”.

8 Conclusão

A compra de votos já era prevista como tipo penal no art. 299 do Código Eleitoral, cuja conduta delitiva é punida com reclusão de um a quatro anos. Mas as eventuais e raras condenações só eram decretadas ao fim de muitos anos, quando os que tinham sido eleitos comprando votos já estavam em seu segundo mandato, devido à dificuldade na colheita de provas. O mais corriqueiro era a perda do objeto da demanda pelo transcurso do tempo. A impunidade acabava sendo um incentivo à prática da captação ilícita de sufrágio

Impulsionada por um sentimento de impunidade, a sociedade civil se organizou e, por meio de um projeto de lei de iniciativa popular, deu origem a um movimento que resultou na edição da Lei n. 9.840/1999, que incluiu o art. 41-A no texto da Lei n. 9.504/1997.

A inovação intenta dar origem a uma punição administrativa mais rápida e mais radical: a cassação do registro ou do diploma e aplicação de multa ao candidato que praticar captação ilícita de sufrágio, em qualquer forma ou modalidade.

Com a nova lei, dar ou simplesmente oferecer aos eleitores, durante o período de campanha eleitoral, qualquer bem material, van-

tagem ou dinheiro para conseguir votos, constitui não somente um crime, mas também uma infração administrativa-eleitoral.

O tipo tutela, como bem jurídico protegido, a liberdade de sufrágio. Busca evitar o comércio dos votos, “o toma lá dá cá” entre candidatos e eleitores. A lei penaliza o aspecto mercantil do sufrágio.

O art. 41-A, tachado inicialmente de inconstitucional, teve sua constitucionalidade declarada por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.952-4⁴¹, em que o Supremo Tribunal Federal asseverou que a sanção de cassação de registro ou do diploma não implica declaração de inelegibilidade.

Em conclusão, vale destacar que:

1. configura-se a captação ilícita do sufrágio pelo doar, oferecer, prometer ou entregar qualquer espécie de vantagem ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição;
2. a captação ilícita, aqui em apreciação, é forma direta de angariar, especificamente, o voto do eleitor em detrimento de sua liberdade de cidadania. Não se enquadra neste tipo legal o abuso de poder econômico ou outras práticas abusivas, cuja sede de apuração é a investigação judicial eleitoral, que exige a potencialidade lesiva no resultado, e não na votação, obtido no pleito;
3. caracteriza-se a captação de sufrágio quando presentes três elementos indispensáveis: a) a prática de uma ação (doar, prometer etc.), b) a existência de uma pessoa física (o eleitor), e c) o resultado a que se propõe o agente (a obtenção do seu voto);
4. para a caracterização da infração ao art. 41-A da Lei n. 9504/1997, é desnecessário que o ato de compra de votos tenha sido praticado diretamente pelo candidato, mostrando-se suficiente que, evidenciado o benefício, haja participado de qualquer forma ou com ele consentido;
5. irrelevante, na espécie, a aferição da potencialidade para desequilibrar o pleito, que só se justifica na hipótese de abuso de

⁴¹ Rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 2 fev. 2007, p. 71.

poder econômico, não se aplicando aos casos de captação ilícita de sufrágio;

6. a captação de sufrágio não pode se apoiar em mera presunção, antes, é necessária demonstração irrefutável de que o candidato beneficiário participou ou anuiu com a entrega ou a promessa de dádiva em troca de votos;

7. o art. 41-A prescreve que os fatos reputados como captação ilícita de sufrágio são aqueles que ocorrerem desde o registro de candidatura até a eleição;

8. considera-se autor da captação de sufrágio o candidato que praticar, participar ou mesmo anuir explicitamente com as condutas abusivas e ilícitas capituladas no art. 41-A da Lei n. 9504/1997;

9. o sujeito passivo é o eleitor. Não é necessário que os eleitores corrompidos sejam identificados, bastando seja demonstrado que o candidato, ou alguém por ele, praticou a conduta em relação a diversos eleitores;

10. as benesses oferecidas em troca do voto podem ser de qualquer natureza, por exemplo: fornecimento de cestas básicas, o pagamento de conta de luz, telefone, doação de terreno para construção da casa própria, dentadura, encaminhamento para cirurgias etc.;

11. inexistente litisconsórcio necessário em representação em que se imputa a prática de ato legal apenas ao prefeito, não sendo necessária a citação do vice-prefeito;

12. as representações fundadas no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 podem ser ajuizadas até a data da diplomação;

13. embora seja adotado o procedimento do art. 22, da LC n. 64/1990, para apurar captação de sufrágio, as decisões que julgam procedente a representação com base no art. 41-A, da Lei n. 9.504/1997 não se submetem aos incisos XIV e XV do citado artigo;

14. a Lei n. 12.034/2009, ao incluir o parágrafo 4º ao art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, colocou um ponto final na discussão a respeito do prazo para recurso contra decisões proferidas com base neste artigo ao estabelecer o interregno de 3 (três) dias, a contar

da data da publicação do julgamento no Diário Oficial, ao contrário do entendimento jurisprudencial pacífico da Superior Corte Eleitoral, segundo o qual o prazo para recurso era de 24 horas;

15. nos termos da jurisprudência do TSE, as decisões que cassam registro com base no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997 têm execução imediata, o que permite, caracterizada a hipótese prevista no art. 224 do Código Eleitoral, a marcação de pleito suplementar;

16. a jurisprudência do TSE é pacífica no sentido de que o art. 41-A não consubstancia hipótese de inelegibilidade. Uma vez reconhecida a prática de captação ilícita de sufrágio, a multa e a cassação do registro ou do diploma são penalidades que se impõem *ope legi*;

17. reconhecida a prática de captação de sufrágio, deve ser imposta, além da multa, a cassação do registro ou do diploma do candidato eleito;

18. as decisões fundadas no art. 41-A têm aplicação imediata, mesmo se forem proferidas após a proclamação dos eleitos;

19. declarados nulos os votos por captação ilícita de sufrágio, que, no conjunto, excedem a 50% dos votos válidos, determina-se a realização de novo pleito, não a posse do segundo colocado.

Enfim, estabelecendo um rito célere, a nova lei tornou possível a cassação de candidatos em virtude da simples oferta de algum bem ou vantagem, ainda que dirigida a um eleitor isolado. Tutela a legitimidade e a transparência dos pleitos eleitorais, assegurando o regime democrático, com a proteção do bem jurídico mais importante para referido regime: o voto.

No entanto, o fornecimento de cestas básicas, o pagamento de conta de luz, telefone, doação de terreno para construção da casa própria, dentadura, sapatos, óculos, entre tantas outras vantagens, é, ainda, prática corriqueira em todos os estados e municípios brasileiros.

Dessa forma, remanesce o sentimento de impunidade, pois, em que pesem os números apresentados pela pesquisa realizada pela Secretaria de Sistemas do Tribunal Superior Eleitoral, relativos aos pleitos municipais, em que se verifica o crescente número de prefeitos e vereadores cassados por captação ilícita de sufrágio, ocorre que, em

estados em que se sabe ser frequente a prática de captação ilícita de sufrágio, não se vislumbra sequer o ajuizamento de representação para este fim. Da falta de punição resulta a reincidência dos infratores na “compra de votos”, em pleitos futuros.

Assim, a impunidade aumenta na medida em que o infrator descobre as falhas da legislação e se aproveita das lacunas legais e da falta de fiscalização e de atuação das instituições estatais para aumentar o número de votos comprados, e, deste modo, permanecer exercendo cargos eletivos.

Nas demandas que sobem à superior instância, tem-se verificado um esforço do Tribunal Superior Eleitoral em tentar tornar, a cada eleição, concreta e efetiva a aplicação das penalidades aos infratores. Mas ainda há muito por fazer para se dar cabo a essa prática tão comum e tão nefasta para a democracia e que merece ser banida do nosso país, com a contribuição de todos os cidadãos, dos partidos, das coligações, do Ministério Público e, particularmente, da Justiça Eleitoral.

Observação importante a fazer, referente aos dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral, é que ele, também, não dispõe de um banco de dados estatísticos capaz de fornecer o número total de todas as representações ajuizadas, por região e por Estado, inclusive constando as que foram julgadas improcedentes. O Tribunal dispõe, apenas, do número de representações que logram subir, via recurso, a seu julgamento.

Em nossa visita à Corte Superior, deixamos como sugestão à Secretaria de Sistema a execução de um levantamento de uma amostragem, mediante dados estatísticos, de todas as representações processadas, independentemente de êxito, como uma forma de demonstrar à sociedade a efetiva aplicação da lei e os resultados alcançados. Dados esses que, a nosso ver, interessariam não somente à sociedade, mas, também, ao Ministério Público e à própria Justiça Eleitoral.

Importante destacar que não há, também, no âmbito da Procuradoria-Geral Eleitoral um banco de dados com o número de representações ajuizadas, com ou sem provimento, por estado ou por região, ou, ainda, com o número de recursos que subiram ao Tribunal

Superior Eleitoral que obtiveram êxito após parecer do procurador-geral eleitoral.

Por fim, ressaltamos que o art. 41-A veio dar eficácia ao combate à corrupção eleitoral e já tem alcançado, como dito, grandes resultados. Contudo, no intuito de dar maior eficácia ao combate à corrupção eleitoral, tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei n. 4.633/2009, propondo alteração do art. 41-A e inclusão do art. 41-B. Da redação do projeto lê-se:

Art. 1º O art. 41-A da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato, *diretamente ou por meio de terceiro*, doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 100.0000,00 (cem mil reais) e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990” (NR) [grifo nosso]

Art. 2º O Título “Da Propaganda Eleitoral em Geral” da Lei n. 9.504, de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte artigo:

“Art. 41-B. Constitui captação ilícita de sufrágio, qualificada pela violência, o candidato, diretamente ou por meio de terceiro, ameaçar ou constranger alguém, com o fim de obter-lhe o voto ou o apoio político, ou impedir, tumultuar ou restringir ato de campanha eleitoral, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 100.0000,00 (cem mil reais) e cassação do registro ou diploma do candidato beneficiário, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Parágrafo único. Na representação movida contra aquele que incida na conduta vedada neste artigo, será observado o procedimento previsto no art. 22, incisos I a XIII, da Lei Complementar n. 64, de 1990, e no art. 96, § 10, desta Lei.” (NR)

Pela previsão do Projeto de Lei n. 4.633/2009, art. 41-B, passa a configurar infração político-administrativa, qualificada pela violência, a ação de um candidato que diretamente, ou por meio de terceiros, ameaçar ou constranger alguém a fim de obter seu voto ou apoio político, ou impedir, tumultuar ou restringir ato de campanha eleitoral. O projeto eleva para R\$ 100 mil a multa pela compra de votos.

O Projeto de Lei n. 4.633/2009, proposta de alteração do art. 41-A, vem com o objetivo de tornar mais rigorosa a punição à compra do voto por troca de favores, por favorecimentos ou por promessa futura de empregos ou funções públicas. Para tanto, estabelece que a infração configurar-se-á quando praticada diretamente pelo próprio candidato ou por meio de terceiro, além de aumentar, de forma considerável, o valor da multa aplicável aos infratores, somada à cassação do registro ou do diploma.

Destacamos que o referido projeto de lei tornará mais eficaz o combate à corrupção eleitoral, haja vista que, além das figuras típicas elencadas no rol do art. 41-A, como visto, insere a ameaça ou o constrangimento de alguém com o fim de obter-lhe o voto ou o apoio político ou impedir, tumultuar ou restringir ato de campanha eleitoral, alcançando um leque maior de condutas.

Desse modo, o enquadramento dessas novas condutas para configuração da captação ilícita de sufrágio estabelece novos e significativos parâmetros para o combate aos atos que venham a comprometer, por meio de utilização de mecanismos que viciem ou que impeçam a livre manifestação da vontade popular, o soberano direito ao voto e com isso a realização da efetiva democracia.

A inovação legislativa, se convertida em lei, irá contribuir para reforçar e aperfeiçoar o sistema eleitoral, consagrado pelo sufrágio universal caracterizado pelo voto livre e secreto, munindo-o com ferreamentas que visam a garantir a livre manifestação do cidadão eleitor e, bem assim, a lisura e integridade do procedimento eleitoral como um todo.

Vale, ainda, deixar registrado o excelente trabalho que vem desenvolvendo o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, que conta com *site* na internet criado especialmente para prestar informações sobre denúncias, decisões da justiça eleitoral e iniciativas tomadas, como, por exemplo, o reforço à aprovação do Projeto de Lei Complementar n. 518/2009, que inclui novas hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato eletivo, denominado pela imprensa de projeto “ficha limpa”.

O MCCE conta com 299 comitês 9840 em todo o país, os quais promovem as ações da rede em âmbito nacional, monitorando denúncias por corrupção eleitoral e orientando os cidadãos de como proceder para o cumprimento da Lei n. 9.840/1999, contribuindo, assim, para a consolidação de uma consciência dos eleitores de que o voto não tem preço, tem consequências. Para tanto, são realizadas ações municipais como encontros, palestras e seminários, a partir dos comitês.

Referências

ANDRADE, Flávio da Silva. *Breves apontamentos acerca do moralizador instituto do art. 41-a da Lei n. 9.504/1997 (captação ilícita de sufrágio)*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8479>>. Acesso em: 6 jun. 2006.

BARRETO, L. *Investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo*. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 1999.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito eleitoral: teoria, jurisprudência e mais de 1.000 questões comentadas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Centro de Divulgação da Justiça Eleitoral*. TSE cassou 215 políticos por compra de votos em oito anos. Disponível em: <<http://www.agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/index.jsp?null>>. Acesso em: 30. out. 2007.

BOBBIO, N. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Edipro, 2004.

CINTRA, et al. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, A. S. da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, A. S. da. *Inabilitação para mandato eletivo: aspectos eleitorais*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998.

_____. *Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. Captação de sufrágio e inelegibilidade: análise crítica do art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. *Revista Eletrônica Paraná Eleitoral*. n. 44, abr. 2002.

COSTA, T. *Recursos em matéria eleitoral: temas de direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FARIAS, R. N. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Curitiba: Juruá, 2005.

FERREIRA, Pinto. *Código Eleitoral comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FICHTNER, J. A. *Impugnação de mandato eletivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GAUDÊNCIO, Samuel Carvalho. *Direito eleitoral: Análise Jurídica do art. 41-A da Lei das Eleições*. São Paulo: Rideel, 2005.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOYARD-FABRE, S. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

JARDIM, T. *Direito eleitoral positivo*. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1998.

KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, L. G. *Manual do processo do conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEZZAROBA, O. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral: de acordo com a Lei n. 9.504/1997*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NIESS, P. H. T. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Bauru, SP: Edipro, 1996.

NIESS, P. H. T. *Direitos políticos, condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2003.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

REIS, Márlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita do sufrágio*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____. A constitucionalidade do art. 41-A da Lei das Eleições. *Revista Eletrônica Paraná Eleitoral*, n. 56, abr. 2005.

_____. Mercadores de Votos, cerca-igrejas e cacetistas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 339, 11 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5324>>. Acesso em: 6 out. 2009.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Compra de votos – análise à luz dos princípios democráticos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 19. ed. São Paulo: Cortez, 1993.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOBREIRO NETO, A. A. *Direito eleitoral*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SPECK, Bruno W. A compra de votos: uma aproximação empírica. *Opinião Pública*, v. 9, n. 1, 2003.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Metodologia de pesquisa jurídica*. Brasília: Fortium, 2006.

Crimes de perigo abstrato. A embriaguez ao volante. As modificações introduzidas no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro em face da Lei n. 11.705/2008

Mary Lucy Pereira Sousa

Não seria desarrazoado discutir a punição de quem vende bebidas alcoólicas a menores ou alcoólatras, mas seria irracional pretender solucionar o problema do alcoolismo mediante uma lei seca. (Zaffaroni e Nilo Batista)

1 Introdução. 2 Dos crimes de perigo abstrato. 2.1 Definições dos crimes de perigo abstrato e concreto. 2.1.1 Dos crimes de perigo e dos crimes de dano. 2.1.2 Dos crimes de perigo concreto. 2.1.3 Dos crimes de perigo abstrato. 2.2 Os crimes de perigo abstrato e a Constituição Federal. 3 Da embriaguez ao volante. 3.1 Do crime do art. 306 do Código Trânsito Brasileiro. 3.1.1 Breve análise do tipo penal. 3.2 O art. 306 do CTB antes das mudanças introduzidas pela Lei n. 11.705/2008. 3.3 O art. 306 do CTB em face da nova redação introduzida pela Lei n. 11.705/2008. 3.3.1 O teste do “bafômetro” e o exame de sangue no condutor com suspeita de embriaguez ao volante. 3.4 Outras considerações sobre o novo texto do art. 306 do CTN. 4 A função de prevenção geral negativa. 5 Comportamento humano no trânsito. 5.1 Educação para o Trânsito. 5.2 O álcool e sua implicação nos acidentes de trânsito. 6 Levantamento estatístico no Distrito Federal. 7 Conclusão.

1 Introdução

O presente trabalho refere-se aos delitos de trânsito, mais especificamente ao crime de embriaguez ao volante, tratado no Código de Trânsito Brasileiro (CTB), no art. 306, atualmente vigorando com as modificações introduzidas pela Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008.

Inicialmente, serão conceituados os crimes de dano, de perigo, de perigo concreto, de perigo abstrato, entre outros.

Serão feitos um estudo do tipo penal inserto no art. 306 do Código de Trânsito Nacional e uma análise comparativa entre a antiga e a nova redação desse artigo, bem como serão ressaltados alguns aspectos legais sobre os testes de alcoolemia – exame de sangue e teste do etilômetro (“bafômetro”) –, com enfoque constitucional e penal.

Demonstrar-se-á se a modificação, no crime de embriaguez ao volante, de tipo de perigo concreto para tipo de perigo abstrato foi eficaz para maior proteção à vida e à integridade física dos transeuntes e dos demais condutores. Também será feita breve análise do comportamento humano no trânsito, à luz da Psicologia, especificamente com relação ao uso do álcool ao volante e a sua dimensão psíquica. Essa análise busca enfatizar a educação para o trânsito e as implicações do álcool nos acidentes de trânsito.

Será realizado um estudo da eficácia da prevenção geral negativa da norma penal, com o objetivo de demonstrar a ineficácia da Lei n. 11.705/2008 como modificadora do comportamento humano, no caso, na direção de veículo automotor com qualquer decigrama de álcool no sangue.

Ao longo da pesquisa, constatar-se-á que a modificação, no crime de embriaguez ao volante, de tipo de perigo concreto para tipo de perigo abstrato, não protegeu o bem jurídico tutelado, qual seja, a vida humana, mediante a segurança viária.

A pesquisa busca, assim, demonstrar essa ineficácia por intermédio da literatura existente acerca do assunto e por meio de estatísticas do órgão fiscalizador de trânsito no Distrito Federal, no caso, o Departamento de Trânsito (Detran-DF).

Os dados estatísticos obtidos no Distrito Federal serão analisados à luz da teoria dos fins do Direito Penal, enfatizando a finalidade preventiva do ordenamento jurídico penal.

Ao final, serão feitas algumas ponderações conclusivas, com uma reflexão sobre as modificações introduzidas no Código de Trânsito Nacional pela Lei n. 11.705/2008, concluindo-se que a antecipação

da tutela, com as modificações introduzidas pela Lei n. 11.705/2008, não ampliou a proteção aos bens jurídicos vida e integridade física, porque não acarretou mudanças permanentes no comportamento dos motoristas.

2 Dos crimes de perigo abstrato

Com a Lei n. 11.705/2008, o legislador deu tratamento mais rigoroso ao crime de embriaguez ao volante. Na vigência da lei anterior, estava consolidado que o delito mencionado era classificado como de perigo concreto, pois não bastava comprovar que o condutor dirigia embriagado; era necessário provar que ele dirigia de modo anormal, ou seja, que ele poderia causar algum dano a alguém.

Tal fato se deve porque o final do antigo art. 306 do CTB previa como elemento normativo do tipo “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

A nova lei suprimiu a expressão acima mencionada, restando claro que o crime passou a ser classificado como de perigo abstrato. A partir daí, assim como na infração administrativa, não é mais necessário que se comprove que o motorista poderia causar algum dano a alguém. Basta o simples fato de estar dirigindo sob a influência de álcool com a concentração igual ou acima de seis decigramas por litro de sangue.

2.1 Definições dos crimes de perigo abstrato e concreto

2.1.1 Dos crimes de perigo e dos crimes de dano

Convém inicialmente definir o que é crime de perigo. Para Walter Coelho (1991, p. 99), o crime de perigo é: “[...] aquele que, sem destruir ou diminuir o bem-interesse penalmente protegido, representa, todavia, uma ponderável ameaça ou turbacão à existência ou segurança de ditos bens ou interesses, com relevante probabilidade de dano”.

Com relação aos crimes de dano, Aníbal Bruno (1967, p. 222) diz que “[...] são aqueles que só se consumam com a lesão efetiva de um bem ou interesse jurídico, enquanto os crimes de perigo aperfeiçoam-se com a probabilidade de dano ao bem jurídico”.

A forma como o bem jurídico será afetado (a lesão) é que dirá se o crime é de dano ou de perigo. Segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 56):

[...] tanto o crime de dano como o crime de perigo, por definição, referem-se, sempre, ao bem ou interesse jurídico protegido. A distinção entre um e outro consubstancia-se na relevância da agressão ao bem jurídico resultante da ação delituosa, seja ela causadora de uma lesão ou propulsora de exposição de perigo.

Os crimes de dano correspondem à reprovação a uma eventual conduta humana em discordância com os ditames legais. O dano reveste-se de um conceito normativo, representando o fruto de uma valoração de um evento imputável a um indivíduo em relação às exigências de uma dada norma, que vem a considerar que o interesse protegido seja afetado de forma penalmente relevante. Nesse sentido, o dano assumiria posição sinônima de lesão, uma vez que todo o crime encerraria um dano jurídico.

Os crimes de perigo classificam-se em concreto e abstrato. A seguir, far-se-ão breves comentários sobre cada um deles.

2.1.2 Dos crimes de perigo concreto

Segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 68), crime de perigo concreto:

[...] é aquele segundo o qual, para o aperfeiçoamento do tipo, exige-se a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado caso a caso. No delito de que se cuida, consoante a quase totalidade da doutrina, o perigo é indicado no modelo legal, ou seja, constitui elemento do tipo.

Assim, nos crimes de perigo concreto, há uma situação em que aquele perigo é parte integrante do tipo, devendo ser verificado caso a caso.

Para Renato de Mello Jorge Silveira, “[...] o perigo concreto deve ser averiguado ou demonstrado na medida de sua efetividade. Pode,

ainda, ser presumido *juris tantum*, admitindo, pois, prova em contrário, tendo-se, aqui, evidente juízo *ex post*”¹.

Damásio de Jesus (2008, p. 6) refere que o perigo concreto é o que realmente acontece; são casos em que o dano ao objeto jurídico “só não acontece por simples eventualidade, por mero acidente, sofrendo um sério risco (efetiva situação de perigo)”.

Continua Damásio de Jesus (2008, p. 6):

São episódios em que o comportamento apresenta, de fato, ínsita a probabilidade de causar dano ao bem jurídico e que, para a existência do delito, é necessário provar sua ocorrência. Perigo concreto é, pois, o que precisa ser demonstrado (valoração *ex post*, “*prognose póstuma*”).

Assim, nos crimes de perigo concreto, o perigo precisa ser provado.

2.1.3 Dos crimes de perigo abstrato

Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 72 e 149) define os crimes de perigo abstrato ou presumido como “aqueles cujo perigo é ínsito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária, *juris et de jure*, assim definido pelo legislador ‘a priori’”.

O autor define os crimes de perigo abstrato com presunção *juris tantum*, segundo a doutrina majoritária, como:

Aqueles que admitem prova em contrário da presunção de perigo ao bem tutelado, nos casos em que pela natureza do bem seja possível demonstrar concretamente a ausência de ameaça de dano, constituindo uma exceção ao tipo de perigo abstrato com presunção absoluta.

Para Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 112), “nos crimes de perigo abstrato a presunção de perigo da ação para o objeto de proteção é suficiente para sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido [...]”.

Delitos de perigo abstrato, para Claus Roxin (1997, p. 407), são “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto venha ocorrer um resultado de exposição a perigo”.

1 In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95.

Uma característica nesses tipos de crimes é que o “castigo punitivo” recai na própria conduta do agente, sem requerer eventual lesão ao bem jurídico protegido, ou, menos ainda, cogitar-se, sequer, de dolo respectivo à causação do resultado danoso em determinado objeto tutelado pelo direito.

Pode-se dizer que os crimes de perigo abstrato correspondem aos momentos em que o perigo não é percebido, ou seja, há uma situação perigosa hipotética, presumida. Tanto é que esse tipo de crime também é denominado de crimes de perigo presumido, conforme já mencionado.

Nesses tipos de crimes, a conduta proibida, além de acarretar lesão ou perigo aos bens jurídicos coletivos, deve criar risco a bens jurídicos individuais, aos quais estão lastreados aqueles, do contrário, não serão atividades relevantes sob o ponto de vista penal.

Se os bens jurídicos individuais lesionados expostos ao risco forem efetivamente lesionados, o tipo de resultado lesivo absorverá o tipo de perigo abstrato, pois aquele será mera sequência deste. Nestes casos, entende-se que vigora o princípio da consunção, em que o crime de lesão se apresenta como etapa mais avançada do eventual crime de perigo abstrato, em todos os seus efeitos.

A definição do STF de que “a consunção ocorre quando as figuras delituosas têm uma relação de *magis* para *minus* ou de imperfeição de meio ou fim, necessários à existência dos delitos” deve ser aplicada à hipótese dos crimes de perigo abstrato, pois a criação de um perigo abstrato será sempre meio para uma lesão².

Se uma pessoa que conduz um veículo automotivo estiver embriagada e, em decorrência deste fato, causar um acidente, matando uma pessoa, o crime de perigo abstrato, previsto no art. 306 do CTB, será absorvido pelo delito de homicídio culposo, porque o referente individual do bem jurídico protegido pelo primeiro dispositivo foi *efetivamente lesionado*, sem deixar espaço para possíveis lesões, ou seja, maculando a periculosidade da conduta inicial.

Renato de Mello Jorge Silveira (2003, p. 194-195) ensina que:

² STF, RvC n. 4.579/SP, rel. min. Cunha Peixoto. RTJ, v. 84-02, p. 379. Ement. v. 1.069. p. 1.

A absorção do crime de perigo abstrato pelo crime de lesão, sempre que todas as potenciais vítimas expostas a perigo forem efetivamente lesionadas, só pode ser feita sob a ótica do referente individual dos bens jurídicos coletivos. A definição de bem jurídico difuso como valor autônomo, sem lastro em interesses individuais, não permitiria este raciocínio.

Nessa linha de raciocínio, aduz o mesmo autor:

[...] o comportamento de dirigir alcoolizado [...] já afetariam os interesses coletivos subjacentes ([...] ordem no trânsito, [...]), e isso já seria o suficiente para a configuração do injusto típico, independentemente do contexto em que foi efetuada ou das lesões efetivamente observadas.

Se o condutor fosse punido pelo crime de perigo abstrato e pela lesão a um bem jurídico, ocorreria o *bis in idem*, pois haveria a sanção da conduta desvalorada duplamente.

2.2 Os crimes de perigo abstrato e a Constituição Federal

O juiz não pode aplicar a lei ao caso concreto sem antes observar se a norma respeita aos princípios e regras contidos na Constituição. E esse dever impõe-se com mais intensidade em relação às questões criminais.

Se a solução de um litígio nesse campo do Direito pode acarretar a violação de direitos fundamentais, tem-se que é extremamente desabonador ao Estado de Direito condenar criminalmente alguém com base em lei de discutível constitucionalidade.

A Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, por ter modificado profundamente o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, ao adotar o sistema de taxa de alcoolemia para tipificar o delito de embriaguez ao volante, há de ser interpretada à luz da Constituição Federal. Apesar da boa intenção do legislador em diminuir os acidentes de trânsito decorrentes de alcoolemia ao volante, a adoção de medidas legislativas de antecipação da tutela penal requer certo cuidado.

O Direito Penal deve ser reservado a casos relevantes, insatisfatoriamente controlados pelo Direito Civil e Administrativo. A antiga redação do art. 306 da Lei n. 9.503/1997, em que se configurava o crime em questão se demonstrado que o agente conduzia veículo au-

tomotor, em via pública, sob a influência de álcool, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem, estava em sintonia com o sistema constitucional, pois o que se punia não era o simples consumo de álcool, mas o perigo criado na condução de veículo.

A Constituição Federal de 1988 é baseada em tratados internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que afirma, em seu art. 8º – Garantias judiciais:

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Assim, são constitucionalmente inseguros os limites estipulados pelo legislador para a caracterização do crime de embriaguez ao volante, com a nova redação do art. 306, introduzida pela Lei n. 11.705/2008.

Damásio Evangelista de Jesus, em artigo publicado na internet, sobre limites à prova da embriaguez ao volante, ressalta:

Nosso Direito Constitucional consagra o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, seguindo a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). *Em face disso, não pode a lei infraconstitucional impor a obrigação da sujeição do motorista suspeito ao exame de "bafômetro" (etilômetro), sob pena de configurar-se presunção contra ele.* Negando-se, não responde por crime de desobediência. Embora a regra mencionada refira-se mais ao direito ao silêncio do preso, ela é aplicável a qualquer pessoa, detida ou não. O preceito significa que, na verdade, em nosso Direito, não se pode compelir o indivíduo a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) (JESUS, 2004, grifo nosso).

De acordo com Suzana Toledo de Barros (2000), o princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: a) princípio da adequação ou idoneidade; b) princípio da necessidade ou da exigibilidade; e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Diz a autora:

A adequação significa que a norma deve ter aptidão a satisfazer ao reclamo que a ensejou. Pelo sub-princípio da necessidade há que se perquirir se não há outro meio menos gravoso de que possa o Estado valer-se para alcançar o fim proposto, coaduna-se dito sub-princípio com o da intervenção mínima do Direito Penal. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito significa que mesmo que o meio seja o menos gravoso tem-se que verificar se não se impôs ônus demasiados aos atingidos.

Tem-se, portanto, que o novo tipo penal de embriaguez ao volante *não é proporcional*. As sanções de caráter administrativo já deveriam ser suficientes para inibir o motorista de dirigir após o consumo de álcool, principalmente se houvesse uma fiscalização mais efetiva e eficiente.

A intervenção do Estado, por intermédio do Direito Penal, somente seria necessária se o condutor, além de ter ingerido álcool, houvesse causado um perigo concreto à segurança viária, por meio de uma direção perigosa, anormal.

O crime de perigo abstrato só é cabível quando não for possível proteger o bem jurídico de outra forma, como é o caso do tráfico de drogas ou da guarda de moeda falsa. Todavia, esse não é o caso da embriaguez ao volante.

Ângelo Ilha (2003) ressalta que:

A tipificação do crime de embriaguez ao volante, de acordo com a técnica utilizada pelo Código de 1969, seria um bom exemplo de crime de perigo abstrato carente de ajuste, pelo intérprete, aos reclamos constitucionais, com conseqüente e imperiosa necessidade de comprovação de in(existência) de perigo no caso concreto, visto que não será esforço demasiado imaginar alguém que conduza veículo embriagado sem causar o mais remoto perigo à segurança viária e mesmo à incolumidade física.

Há que se destacar também que o Poder Público criou um tipo penal que também fere o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, o qual está implícito no princípio da dignidade da pessoa humana, pois ninguém deve ser penalmente constrangido quando a forma mais grave de intervenção estatal for desnecessária, conforme entendimento do mestre Ângelo Ilha (2003).

A desnecessidade de um tipo penal incriminador de embriaguez ao volante é eminentemente sob a forma de crime de perigo abstrato, em que se presume, de forma absoluta, o perigo à segurança do trânsito pelo simples consumo de uma pequena quantidade de álcool, quando se deveria manter como crime e impor sanção penal apenas no caso da efetiva causação do perigo (concreto) (DELGADO, 2008).

Para que o crime de perigo abstrato seja válido, é necessário que obedeça ao princípio da proporcionalidade, entre outros princípios constitucionais. Conclui-se, pois, que o crime de perigo abstrato de dirigir sob a influência do álcool, com a nova redação do art. 306 do CTB, não respeitou o princípio da razoabilidade, sendo, por isso, inconstitucional.

3 Da embriaguez ao volante

3.1 Do crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro

3.1.1 Breve análise do tipo penal

O crime de embriaguez ao volante está previsto no art. 306 do CTB e está assim disposto:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeitos de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Com relação à classificação, o crime é doloso, vago, comissivo, formal e de perigo abstrato. O objeto jurídico da tutela penal é a *segurança no trânsito*, que busca preservar a incolumidade pública, um dos direitos fundamentais da pessoa humana (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal). Guilherme Nucci (2006, p. 849) ressalta que “[...] o objeto jurídico é a segurança viária”.

O sujeito ativo é qualquer pessoa que conduz um veículo automotor em uma via pública, seja essa pessoa habilitada ou não. O sujeito passivo é a coletividade.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, que aqui não é presumido, bastando o dolo genérico, inexistindo a forma culposa. Para a configuração do tipo penal, basta que o agente pratique a conduta típica, independentemente de qualquer finalidade específica.

O veículo dirigido por condutor alcoolizado é o objeto material.

O tipo objetivo é o ato de conduzir veículo automotor em condições de embriaguez, em uma via pública.

3.2 O art. 306 do CTB antes das mudanças introduzidas pela Lei n. 11.705/2008

Antes das modificações introduzidas pela Lei n. 11.705/2008, para a configuração do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, era exigida a prova da ocorrência de crime de perigo concreto, não sendo suficiente o perigo abstrato.

Em sua redação original, o art. 306 do CTB foi considerado como um delito de perigo concreto. Todavia, existiam controvérsias já naquela época.

Afiliavam-se à tese do perigo concreto Vicente Cernicchiaro, César Roberto Bitencourt, Ariosvaldo de Campos Pires, Luiz Flávio Gomes, entre tantos outros. De outro lado, defendiam a tese do perigo abstrato Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Arnaldo Rizzardo. Havia quem defendesse a hipótese do crime de lesão ou de dano, conforme escritos de Fernando Capez e Damásio Evangelista de Jesus, entre outros. A polêmica girava em torno da frase que encerrava a descrição típica “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

A conclusão pelo perigo concreto se deu em razão de que o delito caracterizava um perigo real que se podia aferir em cada caso concreto. Outros entendiam que o perigo era abstrato, pois somente o fato de alguém dirigir embriagado já ensejava perigo, que podia ser presumido.

Entende-se que, nos crimes de perigo abstrato, não se menciona o perigo entre seus elementos, mas se limita a definir uma ação perigosa, entendendo-se que o surgimento do perigo deduz-se da realização de uma ação com certas características. Como o antigo tipo penal descrevia em seu bojo o perigo exigido para a sua configuração, era inviável concluir que não fosse um crime de perigo concreto.

Os que defendiam o crime de dano entendiam pela existência de um bem jurídico supraindividual, que seria a “segurança viária”. Todavia, esse bem jurídico não seria simplesmente posto em risco, mas deveria ser atingido concretamente quando uma pessoa embriagada conduzisse veículo nas vias públicas sob o efeito do álcool ou de substâncias psicoativas.

Ao se forjar a “segurança viária” como o bem jurídico a ser tutelado, surge um elemento “artificial” para legitimar a chamada “tutela penal antecipada”, típica do Direito Penal de Risco, que a doutrina alemã denominou de “criminalização em âmbito prévio”.

Essa velha discussão ganhou novo impulso com a alteração inserida pela Lei n. 11.705/2008, que deu nova redação ao art. 306 do Código Trânsito Brasileiro. Em sua nova conformação, esse tipo penal não estampa a exigência de “exposição a dano potencial”, vigente com a redação antiga.

No caso, é criminalizada a mera conduta de conduzir um veículo automotor, na via pública, embriagado, ou seja, com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas, ou sob a influência de qualquer substância psicoativa que determine dependência.

A nova redação do art. 306 aboliu a exigência da ocorrência do perigo concreto, real, de forma que a mera condução do veículo nas condições descritas no tipo penal é suficiente para a sua configuração. O perigo agora é deduzido pela concentração de álcool ou da influência de outra substância psicoativa.

Diante desse novo quadro legislativo, impõe-se o reconhecimento de que o art. 306 do CTB descreve um crime de perigo abstrato, pois, mesmo que uma pessoa seja surpreendida dirigindo normalmente, mas sob efeito de álcool, por exemplo, em taxa superior à to-

lerada para fins penais, ela incidirá na prática criminosa. A infração se perfaz somente pela condução nas condições descritas no tipo penal.

Alguns doutrinadores repudiam a disseminação dos crimes de perigo abstrato, considerando-os injustificáveis, pois trazem consigo o risco de um indevido agigantamento do Direito Penal, provocado por uma grande pretensão de controle social milimétrico, que tolhe a liberdade e a dignidade humanas.

3.3 O art. 306 do CTB em face da nova redação introduzida pela Lei n. 11.705/2008

A Lei n. 11.705/2008 deu nova redação ao *caput* do art. 306 do CTB, deixando de exigir a ocorrência de perigo concreto para a concretude do crime de embriaguez ao volante.

O legislador, a exemplo do crime de porte de arma de fogo, fez da embriaguez ao volante um crime de perigo abstrato. Ele entendeu, com a nova lei, que conduzir veículo em via pública, nas condições do *caput* do art. 306 do CTB, é conduta que, por si só, independentemente da ocorrência de qualquer outro acontecimento, gera perigo ao bem jurídico tutelado, de modo a justificar a imposição de pena criminal.

Com essa modificação, não é exigido do condutor uma direção “anormal”, diferente, com manobras perigosas, por exemplo, que exponham a dano efetivo a incolumidade pública, pois o crime agora é presumido, ou seja, é de perigo abstrato.

3.3.1 O teste do “bafômetro” e o exame de sangue no condutor com suspeita de embriaguez ao volante

Faz-se aqui uma pequena observação acerca dos exames de alcoolemia e do teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), popularmente conhecido como “bafômetro”.

O art. 277 do CTB determina que todo condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool, deverá ser submetido a teste de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou

outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo Conselho Nacional de Trânsito (Contran), permitam certificar o seu estado. A recusa configuraria infração administrativa.

Ocorre que o condutor não está obrigado a se submeter nem ao tão falado teste do “bafômetro”, nem ao exame de sangue, pois, além de serem exames de intervenção corporal, são testes que fazem prova contra o condutor, e ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, a se autoincriminar.

O Brasil também é signatário de tratados internacionais, entre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, que, no art. 8º, II, *g*, dispõe que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a se confessar culpada.

Sylvia Helena de Figueiredo Steiner (2000, p. 125) diz que “não se concebe um sistema de garantias no qual o exercício de um direito constitucionalmente assegurado pode gerar sanção ou dano”.

Dessa forma, a recusa do condutor em permitir que nele se faça o teste do “bafômetro” e o exame de sangue, para verificação do grau de alcoolemia, não implicará a sanção administrativa prevista no § 3º do art. 277 do CTB e nem estará configurado crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, tampouco ficará presumido o seu estado de embriaguez.

Sobre o assunto, Renato Marcão (2009) assevera:

Para provar que o agente conduziu veículo automotor na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, é imprescindível prova técnica.

“Ausente prova técnica atestando o número de decigramas de álcool por litro de sangue, é de se absolver o réu do delito tipificado no art. 306 da Lei n. 9.503/1997, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal” (TJRS, ApCrim n. 70013521158, 5ª CCrim., rel. Des. Genacéia da Silva Alberton, j. 13.9.2006).

Assim, com as alterações introduzidas pela Lei n. 11.705/2008, responderá criminalmente por “embriaguez ao volante”, nos moldes do art. 306, *caput*, primeira parte, do CTB, tão somente a pessoa que assim o desejar e se submeter aos testes de alcoolemia (“bafômetro” ou exame de sangue), previstos no *caput* do art. 277 do mesmo Cód-

go, pois deverá ficar provada a presença de dosagem de álcool superior a 6 decigramas por litro de sangue.

3.4 Outras considerações sobre o novo texto do art. 306 do CTN

Com a vigência da Lei n. 11.705/2008, que alterou a redação do art. 306 do CTB, que trata do crime de embriaguez ao volante, o legislador cometeu alguns erros, *permissa venia*, pois, no dizer de Luiz Flávio Gomes (2009), ele fez:

[...] o que não devia ter feito (ele passou a indevidamente exigir 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue para a caracterização do crime) e não fazer o que devia ter feito (só exigir a embriaguez do condutor do veículo e a direção anormal: direção em zig-zag, por exemplo). *Fez o que não devia e não fez o que devia (ter feito)*. Produziu um péssimo texto legislativo. Não mediu as consequências nefastas que geraria, sobretudo a impunidade de incontáveis motoristas.

Ainda segundo o autor, foi feito um levantamento na Justiça Estadual de todo o País (entre junho de 2008 e maio de 2009), constatando-se que 80% dos motoristas que se recusaram a se submeter ao teste do “bafômetro” ou a fazer o exame de sangue para verificar a quantidade de álcool por litro de sangue acabaram sendo absolvidos (*Folha de S. Paulo*, 17.9.2009, p. C7) (GOMES, 2009).

Todos entenderam que a nova redação do art. 306 do CTN teve a intenção de incrementar a punição do crime de embriaguez ao volante. Todavia, isso não tem acontecido, em virtude da sua patente deficiência. Ela está, isso sim, gerando impunidade em muitos casos.

Como já discorrido em capítulo anterior, existem duas formas de se comprovar a *quantidade de álcool*: por meio de exame de sangue e pelo teste do “bafômetro” (etilômetro), que mede a quantidade de álcool por litro de ar. O Decreto n. 6.488, que regulamentou o art. 306 do CTB, estabeleceu a equivalência: 6 decigramas por litro de sangue (exame de sangue) correspondem a 3 décimos de miligrama por litro de ar (exame pelo etilômetro ou bafômetro).

Luiz Flávio Gomes (2009) comenta que em ambos os casos exige-se “uma postura ativa do suspeito”, pois “ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo (por força do princípio constitucional

da não auto-incriminação), como vem sendo reconhecido pelo STF (RTJ 141/512)".

Não se pode negar que o legislador errou.

Inicialmente, porque a lei é *discriminatória*, conforme já se mencionou anteriormente, pois trata igualmente condutores verdadeiramente embriagados, sem qualquer condição de dirigir, e pessoas que ingeriram um cálice de vinho, por exemplo, e nenhum risco (concreto) oferecem à coletividade.

Ademais, os erros legislativos, e nesse caso há um erro patente, nunca ficam isolados. Um erro gera outros erros. Flávio Gomes (2009) informa que "o TJSC (2ª Câmara, na Ap. Criminal n. 3, Seara/SC), tentando corrigir o erro do legislador, *passou a dispensar a prova da quantificação do álcool por litro de sangue*. Ou seja: *dispensou a comprovação de um requisito típico* (algo inusitado em toda a história judiciária brasileira)", quer dizer, um erro gerando outro erro, afinal, a lei determina a comprovação do teor alcoólico na pessoa que dirige "embriagada".

O art. 277 do CTB determina:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool *será submetido a testes de alcoolemia*, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo Contran, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei n. 11.275, de 2006) [grifo nosso]

A AGU, em parecer exarado em 20 de julho de 2009, na tentativa de corrigir o texto legal, emitiu opinião no sentido de que "a recusa ao exame do bafômetro gera o crime de desobediência (CP, art. 330)". Sabe-se que este é outro erro.

Se a recusa a se submeter ao teste do etilômetro é um direito constitucional e internacional (por força da Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, que encontra amparo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal), *quem exerce um direito pratica ato lícito e quem pratica ato lícito não comete crime*.

A PRF ignorou o Parecer da AGU, na Instrução Normativa n. 03/2009 (*O Estado de S. Paulo*, 16.9.2009, p. C5), conforme informa Flávio Gomes (2009).

Ainda com a intenção de corrigir as falhas das modificações introduzidas pela Lei n. 11.705/2008 em relação ao crime de embriaguez ao volante (art. 306), a Câmara dos Deputados está discutindo novo texto legal, "para endurecer" a chamada Lei Seca.

Pela proposta apresentada, "a recusa ao bafômetro passaria a ser indício suficiente para a prisão do suspeito" (GOMES, 2009). Haveria outro "equivoco" do legislador, pois, conforme já ressaltado, quem exerce um direito não comete crime. E quem não comete crime não pode ser preso.

Flávio Gomes (2009) assinala que:

Sempre que existe uma norma que autoriza uma determinada conduta, o que está autorizado por uma norma (no caso, internacional – art. 8º da CADH) não pode estar proibido por outra (nos termos da teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni e nos termos ainda da teoria constitucionalista do delito, que sustenta a denominada tipicidade material).

Este autor, com cuja tese concordamos, considera "impressionante como um erro legislativo acaba gerando tantas polêmicas e tantos outros equivocados". Para ele:

[...] corrigir tudo é muito simples: é só aprovar nova redação para o art. 306 do CTB, exigindo tão-somente embriaguez ao volante e condução anormal (em zig-zag, por exemplo). [...] *Não há que se falar em taxa de alcoolemia* (que é absurda porque cada pessoa reage de uma forma frente ao álcool). Cada um tem mais ou menos resistência ao álcool. Logo, *o que importa é a embriaguez + direção anormal* (que coloca em *risco concreto* a segurança viária). Faz-se urgente a atuação do legislador, mas no caminho correto (GOMES, 2009, grifo nosso).

A lei deve permanecer, em especial, o art. 306 do CTN, mas com modificações "mais" científicas, mais realistas, não como as que a Lei n. 11.705/2008 introduziu no Código.

4 A função de prevenção geral negativa

A prevenção geral negativa, ou modelo negativo de ação³, busca obter, com a pena, a desmotivação daqueles que não delinquiram e

³ Assim denominado por Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 95-97).

podem se sentir tentados à prática de crimes. A criminalização, assim, teria, então, uma função utilitária, sem valoração ética, com força necessária para intimidar aqueles que pudessem sentir a tentação de cometer delitos.

E. Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2006, p. 117) estudam a teoria da prevenção geral negativa da norma penal e ensinam:

[...] Parte-se aqui de uma concepção mecânico-racional do humano, como um ente que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo-benefício. Na base desta antropologia está a lógica de mercado, que chegou a formular-se expressamente, com aplicação do modelo econômico do delito, pressupondo no infrator um sujeito racional que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo.

2. A partir da *realidade social*, pode-se observar que a criminalização pretensamente exemplarizante que esse discurso persegue, pelo menos quanto ao grosso da delinqüência criminalizada, isto é, quanto aos *delitos com finalidade lucrativa*, seguiria a regra seletiva da estrutura punitiva: recairia sempre sobre os vulneráveis. E estar sempre referido aos delitos que elas costumam cometer. Não obstante, *nem mesmo isso* seria verdadeiro, porque, inclusive entre pessoas vulneráveis e relativamente a seus próprios delitos, a criminalização secundária é igualmente seletiva, brincando de modo inverso com a habilidade. Uma criminalização que seleciona as obras toscas não exemplariza dissuadindo do delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do delinqüente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinqüer. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa.

Para esses autores, as únicas formas de efeito dissuasivo do poder punitivo passíveis de verificação seriam os estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas (ZAFFARONI; BATISTA, 2006, p. 118).

Continuam os dois estudiosos:

[...] Situações similares são conjunturais e, quando ocorrem, promovem tal concentração de poder que os operadores das agências tornam-se detentores do monopólio do delito impune, aniquilam todos os espaços de liberdade social e neutralizam as agências judiciais, suprimindo-lhes possibilidades de intervenção, tal como no Brasil de 1968 se deu com o Ato Institucional n. 5, que proibiu conhecessem os tribunais de *habeas corpus* em matéria de “segurança nacional” (ZAFFARONI; BATISTA, 2006, p. 118).

Zaffaroni e Nilo Batista (2006, p. 118) entendem que o êxito da teoria advém de sua pretensa comprovação por introspecção em infrações leves ou patrimoniais; esse procedimento, no entanto, não seria metodologicamente correto, pois quem age por introspecção não pode afirmar, a partir de seu *status* social e ético, se o efeito dissuasivo está na pena ou estigmatização social devida ao fato em si.

Os autores referem que:

Isso se deve a que tal discurso parte da ilusão de um *pan-penalismo* jurídico e ético, que *confunde o efeito do direito em geral e de toda a ética social com o poder punitivo*: em suma, tal discurso identifica o poder punitivo com a totalidade da cultura. A imensa maioria das pessoas evita as condutas aberrantes e lesivas por uma enorme e diversidade quantidade de motivações éticas, jurídicas e afetivas que nada têm a ver com o temor à criminalização secundária. *Existe uma prevenção geral negativa, ultrapassante do mero sistema penal que é, porém, fruto da cominação de sanções éticas e jurídicas não-penais, assim como há um processo de introjeção de pautas éticas que não provém da lei penal* (ZAFFARONI; BATISTA, 2006, p. 118, grifo nosso).

Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 95) diz que a teoria negativa da ação, que foi “elaborada principalmente por Herzberg e Berhrendt – e cuja aplicação sistemática mais notável parece ser a obra de Harro Otto – integra a categoria da *ação* na categoria do *tipo*, excluindo qualquer definição ontológica ou pré-jurídica do conceito de ação”.

Para ele, “o modelo *negativo* de ação tem como núcleo fundamental o *princípio da evitabilidade*, segundo o qual um resultado é atribuível ao autor se o direito *ordena* sua evitação e o autor *não o evita*, embora *possa evitá-lo*” (SANTOS, 2008, p. 95).

Diz Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 95):

Comportamentos penalmente relevantes são comportamentos acessíveis à direção da vontade, definidos como *evitável não-evitação* do resultado *na posição de garantidos*, ou como *omissão da contradireção mandada*, em que o autor realiza o que *não deve realizar*; ou *não realiza* o que deve realizar.

Este autor pontua que o fundamento do conceito negativo de ação é a possibilidade de direção da vontade em comportamentos contrários ao dever socialmente danoso. A pessoa deve evitar o comportamento

proibido, ou seja, “deve ter o poder de influir sobre o curso causal concreto determinante do resultado” (SANTOS, 2008, p. 95).

Importante ressaltar a crítica feita por Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 96) a essa teoria:

Do ponto de vista teórico, o modelo *negativo* de ação inverte o sinal da categoria *positiva* da ação – na verdade, substituída pela categoria *negativa* da evitável não-avoidância – e, do ponto de vista metodológico, o modelo negativo de ação desloca a discussão de questões específicas do conceito pré-jurídico de *ação típica* concreta. Essas inovações parecem criticáveis: conceitualmente, a existência da ação humana independe da existência do tipo legal; *metodologicamente, é desaconselhável congestionar a área complexa do tipo legal com problemas ou questões de natureza extra-típica.* [grifo nosso]

Ele conclui dizendo que:

[...] o *princípio da evitabilidade*, que fundamenta o conceito *negativo* de ação, integra todas as categorias do conceito de crime, constituindo, portanto, um princípio *geral* de atribuição que não pode ser apresentado como característica *específica* do conceito de ação (SANTOS, 2008, p. 97).

Assim, no caso do crime de embriaguez ao volante, penalizado com pena de detenção de seis meses a três anos, que é a prevenção geral negativa, ou modelo negativo de ação, tem-se que ela não é capaz de dissuadir os condutores de veículos automotivos a não dirigirem alcoolizados. Como dizem Zaffaroni e Nilo Batista (2006, p. 119), “[...] trata-se, sim, de uma *ilusão do penalismo*, que identifica Direito Penal com cultura”.

A Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, inicialmente, foi impactante, pela maciça propaganda do Poder Público. Os órgãos controladores de trânsito, inicialmente e principalmente no Distrito Federal, não saíam das ruas, com intensas operações de fiscalizações no trânsito (*blitz* de trânsito), utilizando o “bafômetro” indiscriminadamente, retendo carteiras e veículos, levando muitos condutores para as delegacias de polícia.

O Detran-DF tem estatísticas, depois de um ano da chamada Lei Seca, em que demonstra que houve redução nos acidentes de trânsito causados por embriaguez ao volante, assunto que será tratado em outro tópico.

Este trabalho, sem querer, nem poder, ser pretensioso, porque limitado, nega a eficácia da prevenção geral negativa da norma penal, porque, como muito bem estudado por Zaffaroni e Nilo Batista, a maioria das pessoas evitam condutas lesivas por “motivações éticas, jurídicas e afetivas”, não porque existe uma norma de prevenção geral negativa.

A norma de prevenção geral negativa, tal qual o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, não intimida a pessoa que ingeriu bebida alcoólica a dirigir. Não se está aqui fazendo apologia ao uso indiscriminado de bebidas alcoólicas. É sabido que a *ingestão excessiva de álcool* traz inúmeros danos não somente àquele que faz uso da substância, mas a toda a coletividade, pois o condutor estará sem condições de dirigir sem perigo, e aí o perigo é concreto.

Todavia, o fato de existir uma pena para o caso de o condutor dirigir alcoolizado não é causa para ele não dirigir naquelas condições do art. 306 do CTB. A teoria da prevenção geral negativa não se sustenta perante a realidade social, conduzindo a consequências incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

A Lei Nova é discriminadora, pois não faz essa diferenciação, tratando igualmente os condutores que ingeriram uma quantidade ínfima de álcool e outros que consumiram a mesma substância de forma exagerada.

5 Comportamento humano no trânsito

5.1 Educação para o trânsito

A psicologia do trânsito está ligada ao tema de saúde em geral e a saúde mental em particular. Maria Helena Hoffmann, Roberto Moraes Cruz e João Carlos Alchieri (2003, p. 45), organizados em uma esplêndida obra sobre o comportamento humano no trânsito, dizem que “a Psicologia de Trânsito nasceu do estudo do acidente, mas avançou na direção da avaliação dos fatores que levam ao acidente e, em particular, dos conflitos associados”.

Para esses autores, a educação é promotora de comportamentos socialmente significativos no trânsito. Isso reduziria muito os casos de acidente em geral, em especial os casos de acidente causados por embriaguez ao volante.

Em subcapítulo referente à educação para o trânsito no âmbito da educação social, o que consideramos fator importante para a redução de acidentes de trânsito, os autores ensinam:

A sociedade ocidental tem se deparado com uma série de problemas relacionados ao planejamento e a necessidade de melhoria dos sistemas educacionais voltados ao trânsito. Muitas das soluções para esses problemas passam pela educação do cidadão livre, mas responsável.

Educar uma criança ou adolescente para que seja um cidadão livre e responsável supõe realizar uma escolha dentro dos vários enfoques teóricos e metodológicos da educação. Assim, consideremos os enfoques como diferentes formas de explicar a complexa realidade social e busquemos sempre a correspondência razoável entre teoria e prática (HOFFMANN; CRUZ; ALCHIERI, 2003, p. 107).

Entende-se que a educação para o trânsito é uma das soluções para a redução dos casos de acidentes nas vias públicas, conforme se mencionou. Todavia, não é isso que vem acontecendo, embora já esteja previsto tanto no Código de Trânsito Brasileiro quanto na Lei de Diretrizes e Bases Nacional, Lei n. 9.394/1996.

Para Hoffmann, Cruz e Alchieri (2003, p. 109), a educação para o trânsito, bem como a educação ambiental e a educação para a paz e os direitos humanos,

são enfoques que deverão urgentemente ser contemplados, de forma transversal, nos programas educativos, pelo menos no Ensino Fundamental, se não quisermos que a instituição educativa se reduza a conhecimentos enciclopédicos e as questões da vida fiquem ao arbítrio de grupos ou interesse determinados.

O CTB dedica o Capítulo VI para a educação para o trânsito, tanto para adultos quanto para crianças. Hoffmann, Cruz e Alchieri (2003, p. 109) relatam que “esta preocupação fez também com que fosse sugerida e aprovada a inclusão deste tema nos currículos escolares, em todos os níveis da educação básica”.

E continuam:

Assim, visando reduzir o elevado índice de vítimas, o Código de Trânsito Brasileiro, no seu capítulo VI, art. 74, estabelece que a Educação para o Trânsito é direito de todos e constitui dever prioritário para os proponentes do Sistema Nacional de Trânsito (HOFFMANN; CRUZ; ALCHIERI, 2003, p. 110).

A Lei de Diretrizes e Bases Nacional – Lei n. 9.394/1996 –, no art. 27, I, determina que os conteúdos curriculares da educação básica deverão observar “a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática”.

Apesar de toda a previsão legal existente, entende-se, todavia, que tal lei ainda não é eficaz, seja porque mal colocada em prática, seja porque ainda não colocada em prática. Os acidentes de trânsito estão aí, de todos os tipos, de todas as formas, sem redução, com índices elevadíssimos.

5.2 O álcool e sua implicação nos acidentes de trânsito

Hoffmann, Cruz e Alchieri (2003, p. 383) ressaltam que, segundo as estatísticas, o consumo de bebidas alcoólicas, quando se dirige um veículo, converte-se num dos maiores fatores de riscos na condução.

Para eles, “conforme as estatísticas, 30% a 50% das mortes e acidentes estão relacionadas direta ou indiretamente com o álcool (HOFFMANN, CARBONELL; MONTORO, 1996b)” (HOFFMANN; CRUZ; ALCHIERI, 2003, p. 384).

Esses psicólogos, estudando os perigos do álcool ao volante, sustentam que esse perigo é bastante evidente na dimensão psíquica, pois o condutor que dirige alcoolizado geralmente infravalora tais efeitos sobre a sua capacidade de rendimento, pois o álcool produz nele um sentimento subjetivo de acreditar que possui melhor capacidade de conduzir. Para ele, aparece-lhe uma falsa segurança em si mesmo, que o faz aumentar a tolerância ao risco, levando-o a tomar decisões mais perigosas do que o habitual (HOFFMANN; CRUZ; ALCHIERI, 2003, p. 384).

Para Hoffmann, Carbonell e Montoro (1996), “as bebidas alcoólicas incrementam, também, as condutas impulsivas e agressivas, ao mesmo tempo em que diminuem a responsabilidade, dando lugar a um considerável aumento das infrações”.

Hoffmann, Cruz e Alchieri destacam que as infrações mais comuns, nos casos de embriaguez ao volante, são a velocidade inadequada à velocidade da via, sair da zona de circulação, circulação em direção contrária ou por direções proibidas, baixo ou nulo respeito à sinalização, iluminação e sinalização incorreta das manobras, bem como condução errada ou ultrapassagens inadequadas, às vezes com comportamentos desrespeitosos e provocativos para com os demais usuários (HOFFMANN; CRUZ; ALCHIERI, 2003, p. 384).

Há que se ressaltar, também, que se deve diferenciar a embriaguez do mero estado de influência do álcool.

Lúcio Nunes de Guimarães Mourão (2000) narra que:

Simel (1990), seguindo a idéia prevalente na maioria dos artigos internacionais, diferencia embriaguez de comprometimento induzido pelo álcool. De acordo com o mesmo, embriaguez (intoxicação alcoólica) é um estado clínico de intoxicação óbvia, enquanto o comportamento induzido pelo álcool refere-se à capacidade diminuída para realizar várias tarefas. A embriaguez é detectada em 83% a 87% dos casos, quando os níveis de alcoolemia estão situados entre 22 e 23 mMol/l (1,0 e 1,5 g/l). Em níveis alcoólicos menores, (0,5 a 1,0 g/l), ela só é diagnosticada em 14% a 68% dos casos. Baseada neste contexto, a literatura internacional prefere os termos *Driving under influence*, *Alcohol-impaired drivers* ou *Driving while intoxicated*.

Dessa concepção, portanto, nota-se a diferença do que é estar embriagado e estar “sob a influência do álcool” (art. 167 do CTB). Há que se considerar, também, que as pessoas reagem diferentemente à ingestão de bebidas alcoólicas. Dependendo do peso, sexo, idade, costume no ato de beber etc., a reação da pessoa ante o álcool será diferente.

Existem pessoas que ingerem somente um *chopp* e já se sentem embriagadas; outras, tomam três *chopp*s, por exemplo, e não sentem nada. Alguns, com meia taça de vinho, já se sentem “diferentes”; outros, com uma, duas ou três taças da mesma bebida se sentem bem, não tendo dificuldades de dirigir e não apresentando perigo nas vias públicas.

Assim, conforme ressaltado por Lúcio Nunes de Guimarães Mourão, estar sob influência do álcool não representa necessariamente estar embriagado. A embriaguez distingue-se do estado de influência alcoólica na medida em que necessita, para a sua caracterização, da perda do governo de suas faculdades, ao ponto de se tornar incapaz para executar com prudência o ato de dirigir um veículo (MOURÃO, 2000).

Nesse sentido, seria mais fácil convencer a população a mudar os seus hábitos, com campanhas educativas eficazes e fiscalização eficiente, se a chamada Lei Nova fosse mais razoável.

6 Levantamento estatístico no Distrito Federal

O Detran-DF festejou o “aniversário” de um ano da denominada Lei Seca. O órgão de fiscalização de trânsito do DF publicou, em 2009, o Informativo n. 4 – Álcool x Trânsito, onde resalta que “a fiscalização do cumprimento da Lei Seca foi intensificada durante este primeiro ano de sua vigência e contribuiu de forma decisiva para a obtenção de respostas imediatas com relação à redução de acidentes”.

Esse informativo contém dados estatísticos relacionados ao crime de embriaguez ao volante referentes ao período de 2006 a 2009, ou seja, antes e após a Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008.

O Detran-DF enfoca que, “de acordo com o estudo de vítimas mortas alcoolizadas – Distrito Federal, 2007, ficou constatado que os acidentes fatais envolvendo condutores e vítimas alcoolizadas ocorrem com maior frequência nos finais de semana”.

“Com a Lei Seca, verificou-se uma redução significativa dos acidentes com morte nos finais de semana (21,4%); durante a semana, a redução observada foi de apenas 14,2%”.

“A média mensal de mortes no trânsito passou de 42 para 35 vítimas, assim, 7 vidas foram salvas a cada mês, durante o primeiro ano da Lei Seca” (GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, 2009).

Ainda segundo o Detran-DF, “os exames de alcoolemia foram realizados pelo Instituto Médico Legal (IML) do Distrito Federal, fonte primária dos dados. As informações são referentes às vítimas com

mais de 15 anos de idade, que morreram no local do acidente e foram necropsiadas em até 24 horas após sua ocorrência. Considera-se esse prazo como limite para a não alteração do teor alcoólico no organismo, para garantir maior confiabilidade dos dados”.

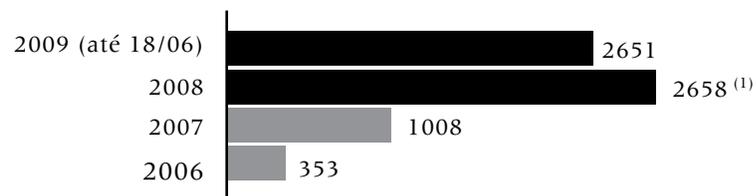
Os acidentes analisados ocorreram em 2007 e, segundo o Código de Trânsito Brasileiro, “a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor”. Com a Lei n. 11.507, de 20 de junho de 2008 (Lei Seca), *tal limite foi alterado para zero*. Para efeito de fiscalização, considera-se o seguinte:

	Tolerância	Infração Administrativa	Crime
Exame de sangue (g/l)	até 0,2	maior que 0,2 e menor que 0,6	igual ou maior a 0,6
Teste de etilômetro	até 0,1	maior que 0,1 e menor que 0,3	igual ou maior a 0,3

Os dados estatísticos estão representados por meio de gráficos:

Sabe-se que a característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva. Antes de punir, ou com o punir, quer-se evitar a prática do crime.

1. Condutores autuados por “dirigir sob influência do álcool” por ano - Distrito Federal, 2006 - 2009

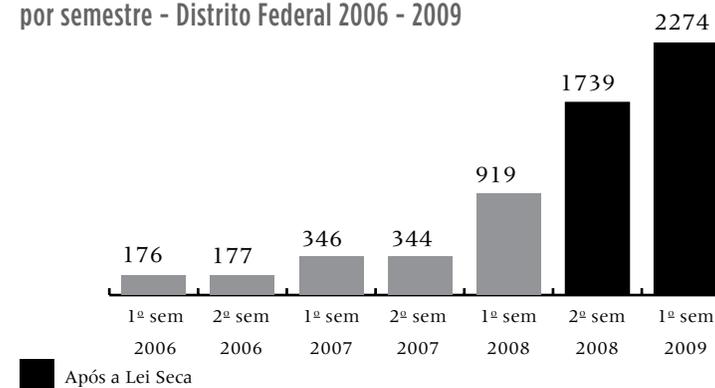


■ Após a Lei Seca

Nota: DADOS PRELIMINARES - não incluídas as multas em processamento

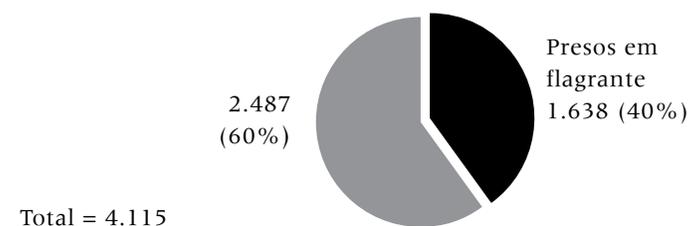
(1) Incluídas multas de 2008 que estavam em processamento

2. Condutores autuados por “dirigir sob influência do álcool” por semestre - Distrito Federal 2006 - 2009



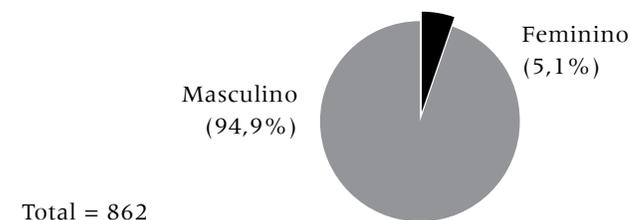
■ Após a Lei Seca

3. Condutores autuados por “dirigir sob influência do álcool” no último ano - Distrito Federal 20/6/2008 a 18/6/2009



Total = 4.115

4. Autos de infração relacionados ao Art. 165/CTB, segundo o sexo do condutor



Total = 862

Obs.: Amostra de autos de infração analisados entre fevereiro e maio de 2009.

5. Suspensão de CNH - Art. 165/CTB (junho/2008 a maio/2009)

- CNH suspensas.....800⁽²⁾
- Processos de suspensão em análise.....2.500⁽²⁾

Obs.: 99% dos autuados apresentam defesa.

Nota: DADOS PRELIMINARES - não incluídas as multas em processamento

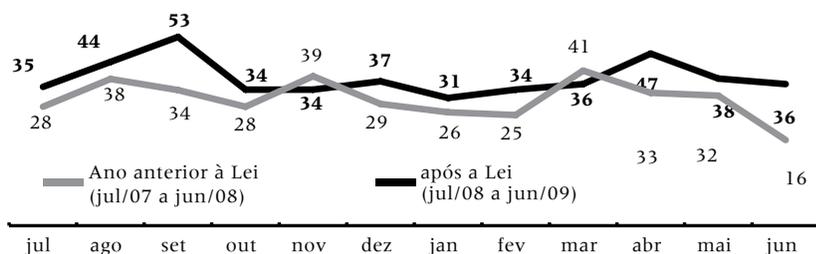
(2) Dados estimados

B. ACIDENTES FATAIS E MORTES NO TRÂNSITO, 1 ano antes da Lei Seca e 1 ano após. Distrito Federal, 20/6/2007 a 19/6/2009			
Período	Acidentes Fatais	Mortes no Trânsito	1. Média mensal de acidentes fatais e vítimas mortas
1 ano após a lei (20/jun/09)	381	419	
ano anterior a lei (20/jun/09)	462	500	
REDUÇÃO	81 (-17,5%)	81 (-16,2%)	

C. Redução de acidentes após o 1 ano de Lei Seca, durante os finais de semana Distrito Federal, 20/6/2007 a 19/6/2009		
Total	-81 acidentes (-17,5%)	2. Redução de acidentes
Final de Semana	-46 acidentes (-21,4%)	
De 2ª a 6ª feira	-34 acidentes (-14,2%)	
TOTAL	17,5%	

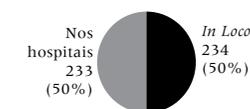
3. Acidentes Fatais por mês antes e após a Lei Seca

- Distrito Federal, 2007 - 2009



NOTA: Os dados de acidentes de 2009 são preliminares. As informações são coletadas no IML e somente serão consolidadas após o cruzamento com os dados do Sistema Millenium (PCDF) e da Secretaria de Saúde. Serão incluídos os acidentes fatais e as vítimas cujo óbito ocorrer até 30 dias após a data do acidente.

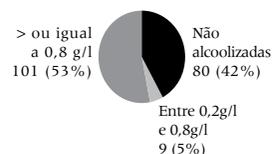
1. Vítimas Mortas, segundo o local do óbito DF, 2007



2. Vítimas Mortas no local do acidente DF, 2007

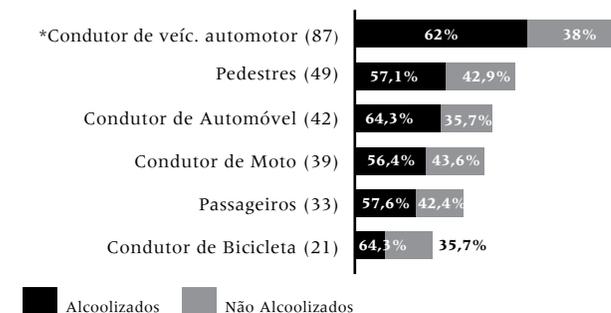


3. Vítimas Mortas, segundo o exame de alcoolemia - DF, 2007



Total = 467

4. Vítimas mortas in loco, segundo a alcoolemia DF, 2007



* inclui os condutores de caminhão, automóvel, moto e outros

Fonte: GDF / SSP / DETRAN-DF / DIRPLAN / NUPED

Data de Referência: 06/2009

5. Vítimas Alcoolizadas mortas no trânsito - DF, 2007

Tipo de Envolvimento	Nível de Alcoolemia (g/l)			
	Média	Máximo	Mínimo	Mediana
Condutor de veículo automotor	1,55	3,34	0,40	1,41
Condutor de automóvel	1,51	2,87	0,40	1,40
Condutor de Moto	1,61	2,34	0,51	1,51
Condutor de Bicicleta	2,15	3,21	1,04	1,90
Passageiros	1,84	4,82	0,31	1,79
Pedestres	2,25	4,45	0,50	2,29

Gustav Radbruch (1955) pontua que “[...] importa não esquecer que o direito não pretende somente julgar a conduta humana; pretende também determiná-la em harmonia com os seus preceitos e impedir toda a conduta contrária à lei”.

Por meio da elaboração dos tipos delitivos (modelos de comportamento humano), revela o legislador penal, de modo nítido e visível, aos que estejam submetidos às leis brasileiras, aquilo que lhes é vedado fazer ou deixar de fazer (por exemplo, homicídio – art. 121 do CP; omissão de socorro – art. 135 do CP).

Por outro lado, por meio da cominação de penas, para o comportamento tipificado como ilícito penal, o legislador visa atingir o sentimento de temor (intimidação), ou o sentimento ético das pessoas, a fim de que seja evitada a conduta proibida (que seria a prevenção geral, já comentada em capítulo anterior).

Destaque-se que, com a vigência da “Lei Seca”, não obstante as estatísticas acima estejam a demonstrar uma aparente redução no número de acidentes, não restam dúvidas de que também tem servido para cometimento de muitas impropriedades e problemas, pois a lei, além de ser discriminatória, está mal redigida, precisando de ajustes para que atinja o seu fim verdadeiro, que é a redução de acidentes de trânsito provocados por condutores embriagados.

O simples fato de uma pessoa consumir uma pequena quantidade de bebida alcoólica, de modo que nenhum risco causaria à segurança na via pública, conforme já ressaltado em tópicos anteriores, não é suficiente para que ela responda a uma ação penal e esteja sujeita a uma pena de até 3 anos de detenção.

Registre-se, porém, que a lei, por si só, não garante a redução dos acidentes, sendo imprescindível uma adequada fiscalização do Poder Público, além de campanhas educativas, com um enfoque, também, voltado para a Psicologia, no sentido de se ter uma efetiva educação para o trânsito, no dizer de Maria Helena Hoffmann, Roberto Moraes Cruz e João Carlos Alchieri (2003).

7 Conclusão

Conclui-se que a antecipação da tutela, no caso do crime de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com as modificações introduzidas pela Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, não ampliou a proteção aos bens jurídicos vida e integridade física, porque não acarretou mudanças permanentes no comportamento dos motoristas.

Os crimes de perigo abstrato serão legítimos se forem funcionais, ou seja, se cumprirem com a missão de assegurar bens relevantes para o exercício da autodeterminação humana, que representa a dignidade prevista na Constituição Federal.

Esses tipos de crimes são delitos que, inicialmente, devem descrever condutas que afetem, ao menos potencialmente, bens jurídicos individuais ou coletivos, com lastro nos valores necessários ao livre desenvolvimento do ser humano.

Deve ser respeitado o princípio da lesividade, evitando incidir penas sobre atos que não ostentem periculosidade evidente para o interesse tutelado, e o princípio da fragmentariedade, abrigo apenas ataques violentos ou intoleráveis.

A subsidiariedade do Direito Penal exige que este somente se manifeste diante de notória incapacidade de outros meios de controle social, como o Direito Administrativo, para conter os riscos inerentes às condutas indesejadas.

Isso se dá também porque a atuação da norma penal pauta-se pela proporcionalidade, que exige estrita relação entre o bem jurídico violado, ou ameaçado, e a sanção penal correspondente, o que resultará em repressão mais branda aos crimes de perigo abstrato – no caso desta pesquisa, ao crime de embriaguez ao volante – do que aos crimes de lesão.

A nova redação do art. 306 do CTB viola o princípio da proporcionalidade. No entanto, a embriaguez ao volante deve ser mantida no Código, mas como *crime de perigo concreto*. O objetivo da redução de

acidentes com vítimas deve ser alcançado com base não somente por meio das outras medidas previstas nesta lei (como a proibição de venda de bebidas nas rodovias federais, além das gravíssimas sanções administrativas previstas para quem dirige sob o efeito do álcool), como também por meio de uma política de conscientização da população e fiscalização mais rotineira por parte do Estado.

Com a Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, a recusa do condutor em permitir que nele se faça o teste do “bafômetro” e o exame de sangue, para verificação do grau de alcoolemia, não implicará a sanção administrativa prevista no parágrafo 3º do art. 277 do CTB e tampouco estará configurado o crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, bem como não ficará presumido o seu estado de embriaguez.

A Lei n. 11.705/2008 é discriminatória, pois trata igualmente condutores verdadeiramente embriagados, sem qualquer condição de dirigir, e pessoas que ingeriram um uma pequena quantidade de álcool, como um cálice de vinho, por exemplo, e nenhum risco (concreto) oferecem à coletividade.

A Lei Nova é discriminadora, pois não faz essa diferenciação, tratando igualmente todos os condutores de veículos automotivos, em vias públicas, com concentração ínfima de álcool no sangue, e aqueles que extrapolaram todos os limites científicos (de tolerância do organismo humano – SNC – à quantidade excessiva de álcool) e ingeriram uma enorme quantidade de álcool e que têm quase que cem por cento de probabilidade de ocasionarem um acidente de trânsito.

Os bens jurídicos tutelados pela norma penal são a vida e a integridade física do ser humano. Com a Lei n. 11.705/2008, a antecipação da tutela não ampliou a proteção a esses bens jurídicos, pois não houve mudanças permanentes no comportamento dos motoristas.

Referências

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RvC n. 4.579/SP. Relator ministro Cunha Peixoto. RTJ, v. 84-02, p. 379. Ement. v. 1.069. p. 1.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral*. t. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Curso de direito penal*. 2. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. v. 1. Porto Alegre: Safe, 1991.

DELGADO, Yordan Moreira. *Lei seca pode reduzir acidentes, mas provoca injustiças graves*. 2008. Disponível em: [HTTP://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei_se_reduzir_acidentes_provoca_injusticas_graves//c/1](http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei_se_reduzir_acidentes_provoca_injusticas_graves//c/1). Acesso em: 3 mar. 2009.

GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. Detran-DF. *Conceitos e definições básicos*. Arquivo. Microsoft Word – Sistema de Acidentes de Tr\342nsito_SAT_.Doc.

GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. SSP. Detran-DF. *Informativo n. 4. Álcool x Trânsito*, jun. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Embriaguez ao volante (art. 306 do CTB). Um erro atrás do outro. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 13, n. 2290, 8 out. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13635>. Acesso em: 8 nov. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Reforma do Código de Trânsito* (Lei n. 11.705/2008): novo delito de embriaguez ao volante. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: jan. 2009.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Thereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. rev., ampl. e atual. pela NBR n. 14.724, de 30.12.2005, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HOFFMANN, Maria Helena; CARBONELL, E; MONTORO, L. Álcool e segurança no trânsito – A infração e sua prevenção (II). *Psicologia: Ciência e Profissão*, 2, p. 25-30, 1996.

HOFFMANN, Maria Helena; CRUZ, Roberto Moraes; ALCHIERI, João Carlos (Org.). *Comportamento humano no trânsito*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de trânsito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito* (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997). São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do bafômetro. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 344, 16 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5338>>. Acesso em: 8 nov. 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARCÃO, Renato. *Crimes de trânsito* (anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23.9.1997). De acordo com as Leis n. 11.705/2008 (Lei Seca) e 11.719/2009 (altera os procedimentos no CPP). São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOURÃO, Lúcio Nunes de Guimarães et al. A embriaguez e o trânsito: avaliação da nova lei de trânsito no que se refere à abordagem da embriaguez. *Revista de Psiquiatria Clínica*. v. 27, n. 2, 2000. Disponível em: <[HTTP://www.hcnet.usp.br/ipq/r27\(2\)/index.html](http://www.hcnet.usp.br/ipq/r27(2)/index.html)>. Acesso em: 18 dez. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito*. Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. Parte geral. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. de Cabral de Moncada. 5. ed. Coimbra: Coleção Studium, 1955.

RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo, RT, 2003.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Grecco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. 2. ed. Alemana. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. 3. ed., rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crime de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua interpretação no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básico de direito penal*. São Paulo: Saraiva, s/d.

VENTURA, Deisy. *Monografia jurídica*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. Revisão de Roberto Corrêa Jr. e Roberto Teixeira. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3. ed., nov. 2006.

ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, s/d.

Glossário

- Acidente de trânsito – “Todo evento não premeditado de que resulte dano ao veículo ou na sua carga e/ou lesões em pessoas e/ou animais, em que pelo menos uma das partes está em movimento nas vias terrestres ou áreas abertas ao público. Pode originar-se, terminar ou envolver veículo parcialmente na via pública”⁴.
- Alcoolemia – teor alcoólico no sangue.
- Alcoolismo – estado patológico originado pelo abuso do álcool.

⁴ GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. DETRAN – *Conceitos e definições básicos*. Arquivo. Microsoft Word – Sistema de Acidentes de Tr\342nsito_SAT_.Doc.

- Bebida alcoólica – segundo o art. 6º da Lei n. 11.705/2008, são as bebidas potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac.
- Condutor – aquele que conduz, no caso, um veículo automotivo.
- Dependência química – dependência em que a pessoa se encontrar sob a influência do álcool ou de substância psicoativa.
- Depressores do SNC – são substâncias que tendem a produzir diminuição da atividade motora, da reatividade à dor e da ansiedade, sendo comum um efeito euforizante inicial (diminuição das inibições, da crítica) e um aumento da sonolência, posteriormente. São exemplos desta classe: álcool, benzodiazepínicos, barbitúricos, opiáceos e solventes.
- Droga ou substância psicoativa – são substâncias que ao entrarem em contato com o organismo, sob diversas vias de administração, atuam no sistema nervoso central produzindo alterações de comportamento, humor e cognição, possuindo grande propriedade reforçadora, sendo, portanto, passíveis de autoadministração (OMS, 1981).
- Embriaguez – partindo-se do valor semântico deixado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que a define pela Classificação Internacional de Doenças (CID) 10, é definida como “transtornos mentais e do comportamento decorrentes do uso de álcool”. Todavia, a doutrina entende que estar sob a influência do álcool não significa estar embriagado. Seria o comprometimento induzido pelo álcool⁵.

⁵ MOURÃO, Lúcio Nunes de Guimarães et al. A embriaguez e o trânsito: avaliação da nova lei de trânsito no que se refere à abordagem da embriaguez. *Revista de Psiquiatria Clínica*. v. 27, n. 2, 2000. Disponível em: <HTTP://www.hcnet.usp.br/ipq/r27(2)/index.html>. Acesso em: 18 dez. 2008.

Crimes de gestão contra o Sistema Financeiro Nacional: a influência da instância administrativa do Banco Central sobre a esfera penal

Milton Vinícius Machado Lage de Melo

Sumário: 1 Introdução. 2 Gestão fraudulenta e temerária – estrutura do tipo penal. 2.1 Origem do Crime do Art. 4º da Lei n. 7.492/86 e Conceito de Gestão Fraudulenta e Temerária. 2.2 Sujeitos do Delito e Elementos do Tipo. 2.3 Aspectos Complementares: Habitualidade, Consumação e Tentativa. 3 O ilícito administrativo de gestão fraudulenta e temerária. 3.1 Ilícito Administrativo – Conceito. 3.2 Ilícito Administrativo segundo o Banco Central. 3.3 Caracterização do Ilícito. 3.4 Sanção Administrativa. 4 Aspectos da ação penal e do processo administrativo. 4.1 Esfera Penal. 4.2 Órbita Administrativa. 4.3 Independência das instâncias e devido processo legal. 5 Conclusão.

1 Introdução

Nos primeiros contatos com as letras jurídicas, aprende-se que o Direito também recebe a denominação de Ciência Jurídica, com a utilização de métodos próprios e objetivos particulares. Constituído-se o Direito em Ciência Jurídica, o comportamento daquele que deseja realizar um ensaio com o mínimo de espírito científico há de ser isento em sua caminhada. É exatamente esse o sentido que se pretende imprimir à monografia em espeque, afastando-se as ideias pré-concebidas que circundam a independência das instâncias administrativa e penal.

O trabalho consistiu na coleta de obras, jurídicas em sua maioria, que versassem, de maneira geral, os crimes do art. 4º da Lei n. 7.492/1986, em especial a definição de *gestão fraudulenta e temerária*

nas órbitas penal e administrativa, o desenvolvimento de processo administrativo instaurado pelo Banco Central do Brasil e a repercussão das suas conclusões na esfera do processo penal.

A relevância da matéria se justifica na medida em que os delitos praticados contra o Sistema Financeiro Nacional, além de envolverem grandes volumes de recursos, atingem não apenas um patrimônio individual, mas parcela majoritária da população que se vale das instituições financeiras para realizar as mais variadas operações.

Os tipos ora examinados abalam precisamente a viga principal do SFN – a credibilidade de seus operadores, com repercussão em todo o tecido social, inclusive o Estado, que, em última análise, é conduzido a sanear o sistema, muitas vezes alocando recursos públicos para estancar as crises de confiança, sem falar na queda de arrecadação tributária.

A pesquisa da bibliografia focalizou exclusivamente as obras doutrinárias de autores brasileiros, pois os delitos examinados, administrativos e penais, possuem características particulares ao ordenamento jurídico pátrio.

Busca-se refletir sobre a divergência que pode surgir entre as conclusões de processo administrativo cujo objeto é a investigação da ocorrência das condutas de *gestão fraudulenta e temerária* e a sentença proferida em ação penal proposta com base nos mesmos fatos. Como lidar com essa divergência, no plano teórico, e justificar a sua superação é a finalidade da monografia.

Ponto de destaque que orientou a monografia foi o Princípio da independência das instâncias penal e administrativa. Sugere-se a mitigação do postulado, o que oferece ao Poder Judiciário aderir ao resultado do processo administrativo.

Não se pretende o exaurimento do assunto; ao contrário, busca-se, tão somente, incitar os doutos a examiná-lo, servindo o trabalho como modesta contribuição à análise do tema e mero ponto de partida para estudos mais profundos.

2 Gestão fraudulenta e temerária – estrutura do tipo penal

2.1 Origem do crime do art. 4º da Lei n. 7.492/1986 e conceito de gestão fraudulenta e temerária

O embrião dos mandamentos contidos no art. 4º da Lei n. 7.492/1986 é facilmente notado a partir do art. 3º, IX, da Lei n. 1.521/1951, que define como delito contra a economia popular a gestão fraudulenta ou temerária das entidades exaustivamente arroladas no inciso, desde que a conduta as conduziu à falência, à insolvência ou ao descumprimento de contratos celebrados com terceiros, causando-lhes prejuízo.

Inspirada na concepção do legislador de 1951, a vigente lei define os crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional e, após fixar um conceito de *instituição financeira* a partir das atividades por elas desenvolvidas, tipificou, em seu art. 4º, *caput* e parágrafo único, respectivamente, a gestão fraudulenta e a temerária, punindo com maior rigor a primeira delas.

Do simples cotejo dos dois diplomas legais é possível extrair algumas conclusões, entre as quais sobressaem duas, uma técnica e outra de política criminal, que certamente auxiliarão na exegese dos textos envolvidos.

A primeira se refere à maior técnica legislativa empregada na edição da norma superveniente. Inicialmente, ao conceituar no art. 1º o que deve ser considerado como instituição financeira, afastou a previsível desatualização do elenco trazido pela lei e possibilitou maior adequação à dinâmica dos mercados financeiros.

Outra consequência da maior precisão da norma é permitir que a definição de *instituição financeira* seja utilizada pelos demais dispositivos, conferindo homogeneidade ao tratamento das entidades.

Por fim, ao diferenciar indubitavelmente a gestão fraudulenta da temerária, inclusive cominando àquela pena mais severa, atribuiu maior carga científica à matéria e conferiu uma visão sistêmica ao tema.

A segunda conclusão relaciona-se à política de dispensa de resultado para a configuração do comportamento criminoso, isto é, torna-se despcienda a formulação do pedido de recuperação, judicial ou extrajudicial, bem como de falência da entidade ou lesão a outrem.

No que se refere ao conceito dos crimes, o art. 4º da Lei n. 7.492/1986 descreve, em seu *caput* e parágrafo único, duas condutas proibidas relacionadas à gestão de instituições financeiras, sendo uma delas na forma fraudulenta e a outra no modo temerário.

Na primeira modalidade tem-se a gestão fraudulenta, entendendo-se o vocábulo *gerir* como administrar, dirigir, organizar, controlar, comandar instituição financeira ou parte dela, enquanto a *fraude* corresponde à má-fé ou ardil empregado com o fito de enganar ou prejudicar terceiro.

Na doutrina as concepções do fenômeno também perfilham um padrão assemelhado, sem modificações significativas, conforme se constata dos excertos adiante transcritos, *in verbis*:

Gerir *fraudulentamente*, então, é administrar com má-fé, de forma dirigida ao engano de terceiros, sejam eles sócios, empregados, investidores, clientes ou a fiscalização¹.

Gestão fraudulenta significa gestão de instituição financeira com fraude, dolo, ardil ou com malícia, visando a obter indevida vantagem, independentemente de ser para si ou para terceiro (v.g., simulação de operações ou maquiagem de balanços para desviar ativos da instituição e enganar investidores, outras instituições financeiras ou as autoridades que fiscalizem o mercado)².

Também adota parâmetros semelhantes o conceito institucional utilizado pela Comissão de Valores Mobiliários na Instrução n. 8, de outubro de 1979, segundo o qual é “operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários aquela em que se utilize ardil ou artifício destinado a induzir ou manter em erro, com a finalidade de se obter vantagem ilícita de natureza patrimonial para as partes na operação, para o intermediário ou para terceiros”³.

1 BALTAZAR JÚNIOR, 2008, p. 330.

2 PRADO, 2007, p. 180-181.

3 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, *Instrução n. 08, de 8 de outubro de 1979*, Brasília, CVM, Disponível em <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 27 jul. 2009.

Entretanto, critica-se o caráter excessivamente abstrato da descrição típica, porquanto subsume uma infinidade de práticas financeiras correntes no mercado à previsão do dispositivo legal, sendo recomendado que se estabeleçam limites mais precisos para resguardar o princípio da tipicidade.

Percuciente é a observação de Juliano Breda em obra dedicada à questão, na qual delimita com propriedade o crime, *in verbis*:

Esse conceito é demasiadamente genérico, pois engloba atividades irrelevantes ao estudo, como contratação de funcionários, pagamento de despesas, enfim, atividades que não guardam relação com o bem jurídico tutelado.

O verbo gerir deve ser lido à luz da própria conceituação de instituição financeira oferecida pelo diploma no art 1º, que define os atos essenciais ao sistema financeiro e à Lei 7.492/86. O crime se consuma desde que a gestão fraudulenta ocorra nos atos de captação, intermediação, aplicação e administração de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou na custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou durante a administração de valores mobiliários, ou nas atividades descritas no inciso I.

[...]

Resumindo, nem toda fraude cometida no âmbito dos poderes de gestão de uma instituição financeira tem o condão de caracterizar o crime em estudo. Mais ainda, nem toda violação às Resoluções, Instruções ou Regulamentos emitidos pelas autoridades do mercado constituirão a ação típica. Só haverá tipicidade do art. 4º quando as infrações tiverem insitamente uma natureza ardilosa relevante, capaz de induzir em erro os sujeitos passivos e principalmente com potencialidade ofensiva ao bem jurídico tutelado⁴.

Alguns juristas apontam a existência de considerável parte da doutrina e jurisprudência que julga inconstitucional o dispositivo por falta de definição legal do que sejam *gestão fraudulenta* e *gestão temerária*, indicando solução bastante razoável para a solução do problema:

A doutrina e a jurisprudência já referiram que a ausência de definição legal do que seja gestão fraudulenta (ou temerária) a tornaria inconstitucional por ofensa ao princípio da reserva legal, por ser um tipo aberto, deixando um leque muito grande de condutas que poderiam caracterizá-lo, porém com extenso grau de subjetividade.

4 BREDA, 2002, p. 96-98.

Excelente elenco de condutas que caracterizariam meios ruinosos de gerir são apontados nos incisos do art. 186, do Dec.-lei 7.661/45 – Lei de Falências, por exemplo:

Despesas gerais do negócio ou da empresa injustificáveis, por sua natureza ou vulto, em relação ao capital, ao gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da falência, como vendas nos seios meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou a sucessiva reforma de títulos de crédito⁵.

Em que pese a autoridade daqueles que criticam a técnica empregada na delimitação do injusto, insta frisar que se trata de tipo penal aberto, modalidade que, anteriormente utilizada pelo legislador em outros casos (*v.g.* art. 233 do Código Penal) e bastante aceita pela comunidade jurídica, é mais permeável ao contexto histórico em que se dá sua exegese e aplicação, permitindo uma maior adequação do preceito legal à concretude fática.

Ademais, reveste-se de cânone constitucional a proteção ao Sistema Financeiro Nacional, “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”, a teor do art. 192 da Carta da República ora vigente, o que revela a adequação do bem jurídico aos valores albergados pela Constituição Federal e a obediência ao comando de incriminação das condutas que possam lesionar o SFN.

Acrescente-se, ainda, que, passado quase um quartel de século desde a edição da Lei n. 7.492/1986 e mais de duas dezenas de anos a partir da promulgação da *Lex Magna*, não houve a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo ora em comento, mantendo-se incólume a presunção de constitucionalidade da previsão legal.

Além da natureza genérica da infração, reina doutrinariamente, embora sem maior repercussão prática, controvérsia relacionada à distinção entre a fraude civil e a penal, consoante expõe Paulo José da Costa Júnior em obra coletiva sobre o tópico:

Bastante intrincada apresenta-se a distinção entre a fraude penal e a civil. Néelson Hungria, em sua monografia sobre o assunto, esclarece que ‘há quase sempre fraude penal quando, relativamente idô-

neo o meio iludente, se descobre, na investigação retrospectiva do fato, a idéia preconcebida, o propósito *ab initio* da frustração do equivalente econômico’.

Outros vêem no dano penal o dano ou o perigo social, a violação mais intensa da ordem jurídica, a perversidade que se soma à impostura, a *mise-en-scène* para o ludíbrio, a impossibilidade de reparar o dano etc.

Noronha, entretanto, mostra-se contrário à distinção, ao afirmar ‘não haver diferença ontológica entre elas. A fraude é uma só’.

Pedrazzi, ao contrário, adverte que o ‘ato de disposição’ ao qual se refere o direito civil não é o mesmo do direito penal⁶.

Sinteticamente, a gestão fraudulenta corresponde à administração de uma instituição financeira de forma artilosa, tendo a legislação optado por adotar um tipo aberto, o qual, apesar das críticas doutrinárias e jurisprudenciais de inconstitucionalidade do dispositivo, continua a vigor plenamente no ordenamento jurídico pátrio, haja vista sua adequação ao comando de incriminação que emana do texto constitucional e à presunção de constitucionalidade presente no Brasil.

Gestão temerária significa a direção excessivamente arriscada da atividade financeira, ultrapassando todos os limites da prudência e cautela exigidos do administrador de ativos de terceiros. Não se trata dos riscos inerentes ao próprio mercado em que atuam, seja de câmbio, crédito, seguros, captação, intermediação e aplicação de recursos, consórcios e outros – situações correspondentes a um risco permitido legalmente, mas daqueles que transbordam do simples arrojo e atingem o grau de verdadeira aventura, despida de qualquer base sólida e praticada sem justificativa plausível, afastando-se dos parâmetros de ímpeto situados na faixa da razoabilidade.

É neste instante que sobreleva uma grande carga de subjetividade na classificação da conduta como de risco administrado ou de risco intolerável para o fim de aferir a gestão da entidade.

A dificuldade em considerar, com satisfatório grau de acerto, se uma determinada conduta ou o seu conjunto constituem gestão temerária revela-se ainda maior a partir do instante em que o mercado financeiro é ainda mais dinâmico do que outros ramos econômicos,

⁵ PAULA, 2008, p. 95-96.

⁶ COSTA JÚNIOR, 2002, p. 78-79.

variando radicalmente no tempo, espaço, setor da economia etc., sendo notória a reversão de expectativas em vários momentos da vida econômica mundial.

Assim, é necessário avaliar o comportamento do agente à luz do contexto econômico vigente à época dos fatos, com todas as suas particularidades, opções à disposição dos envolvidos, sistema majoritário de produção, riscos presentes etc., daí advindo grandes obstáculos à escurreia aferição do delito.

2.2 Sujeitos do delito e elementos do tipo

Em relação ao sujeito ativo do delito, o art. 25 da Lei n. 7.492/1986 é explícito ao estabelecer que “São penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes. § 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou o síndico”.

Segundo Luiz Regis Prado, estas figuras detentoras de poderes de gestão devem ser compreendidas nos seguintes termos:

Entende-se por controlador e administradores de instituição financeira os diretores (pessoas que administram ou gerenciam um estabelecimento mercantil ou empresarial) e os gerentes – pessoas autorizadas a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhes foram outorgados (art. 1.173, CC). Interventor, por sua vez, designa a pessoa nomeada para assumir determinada administração ou governo, enquanto perdurar a intervenção. Noutras palavras: é o agente que estará desempenhando específicas funções durante todo o processo de intervenção. Cabe a ele arrecadar, mediante termo, todos os livros da entidade e os documentos de interesse da administração; levantar o balanço geral e o inventário de todos os livros, documentos, dinheiro e demais bens da entidade, ainda que em poder de terceiros, a qualquer título (art. 9º, Lei 6.024/1974).

O termo liquidante se refere ao indivíduo encarregado de ‘proceder à liquidação das sociedades dissolvidas’, cujas funções consistem em ‘ultimar os negócios sociais, realizando o ativo, pagando o passivo e distribuindo o remanescente se houver entre os sócios ou acionistas’; o síndico – atualmente denominado administrador judicial – pela Lei 11.101/2005 (Lei de Falências), deve ser ‘profissional idôneo, prefe-

rencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada’ (art. 21, Lei 11.101/2005. É nomeado pelo juiz e responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial (art. 21, parágrafo único, Lei 11.101/2005)⁷.

Cuida-se, portanto, de crime próprio, que só pode ser realizado por uma determinada categoria de pessoas, a teor do mencionado dispositivo legal, admitindo-se, porém, a coautoria e a participação, comunicando-se aos coautores a circunstância de caráter pessoal, por se tratar de elementar do crime, a teor dos arts. 29 e 30 do Código Penal.

O autor José Paulo Baltazar Júnior, em valiosa obra sobre crimes federais em geral, destaca, inicialmente, que o conceito legal abrange também aquele que gerencia na condição de procurador, o administrador de fato e o superintendente que detém atribuições administrativas específicas e com amplos poderes sobre várias agências e sucursais. Além disso, traz à tona a controversa questão do gerente de agência, *in litteris*:

Considerando tal dispositivo legal e o uso do vocábulo gestão, discute-se a possibilidade da prática do delito em questão por parte do gerente de agência ou sucursal da instituição financeira de grande porte. Em outras palavras, a discussão é se gerir é administrar a instituição financeira como um todo, ou apenas uma unidade descentralizada desta. A discussão é especialmente importante em face dos gerentes de agências bancárias. Em minha posição, que veio a prevalecer no âmbito do STJ e do TRF da 4ª Região (TRF4, AC 200304010305908/RS, Élcio Pinheiro de Castro, 8ª T., m., 6.12.06) o gerente de agência pode responder pelo crime em questão, uma vez que pratica atos de gestão, no âmbito daquela agência (TRF1, AC 01.01576, Tourinho Neto, 3ª T., u. DJ 1.4.96; TRF4, AC 200304010246710/PR, Tadaaqui Hirose, 6.4.04). A gestão fraudulenta ou temerária praticada pelo gerente de uma agência bancária pode ser mais danosa ao sistema financeiro que aquela praticada pelo administrador geral de uma corretora ou casa de câmbio. Ademais, não se pode negar que, especialmente em cidades menores, as práticas fraudulentas ou temerárias do gerente da agência local podem comprometer a credibilidade da comunidade na instituição ou no sistema financeiro como um todo.

O mesmo vale para o gerente de produção (TRF1, RCCR 200038000234669/MG, 3ª T., u., 5.7.05).

⁷ PRADO, *Idem.* p. 181.

Em sentido contrário, minoritária: TRF1, HC 01.000110108/MT, Plauto Ribeiro, 3ª T., u., DJ, 21.6.02; TRF1, AC 01.000145605/DF, Osmar Tognolo, 3ª T., m., DJ 30.9.99; TRF4, AC 200304010365826/PR, 8ª T., m., 23.6.04⁸.

Em suma, trata-se de crime próprio, restando admitida a coautoria, de modo que, trazendo a lei um rol que, apesar da sua natureza aparentemente exaustiva, tem sido ampliado pela doutrina e jurisprudência para alcançar aqueles que detêm, em caráter transitório ou permanente, poderes de gestão sobre parte ou integralidade da sociedade empresária, inclusive estabelecimentos isoladamente considerados.

É com base na noção de que a infração é pluriofensiva, ideia que ainda será desenvolvida com mais vagar, é que se torna possível examinar com maior precisão o sujeito passivo do crime.

Primeiramente, cabe definir sujeito passivo do injusto como o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta delitativa. É cabível que a prática de um só fato típico produza dois ou mais sujeitos passivos, tal como se dá, por exemplo, com o furto que atinge vários patrimônios distintos etc.

Doutrinariamente, tem-se o sujeito passivo constante ou formal, que corresponde ao Estado, ente responsável por editar os comandos proibitivos ou impositivos e que termina por ser lesado pelo comportamento antijurídico, e o sujeito passivo eventual ou material, que é precisamente o titular do interesse penalmente protegido, que, além do próprio Estado, pode ser uma pessoa determinada, natural ou jurídica, ou mesmo a coletividade de indivíduos.

In casu, com a afronta do dispositivo legal surge, à evidência, o sujeito passivo constante e também outros, resultantes da própria natureza do crime: tomando-se por base que a Lei n. 7.492/1986 atribuiu-lhes o *nomem iuris* de “crimes contra o sistema financeiro nacional”, é fácil constatar que atingem a estrutura do SFN ou ao menos têm potencial para fazê-lo.

O Sistema Financeiro Nacional é composto pelas entidades constantes da Lei n. 4.595/1964, recebida pela Constituição Federal de 1988 como a lei complementar que regula o sistema, quais sejam, o

Banco Central do Brasil, os bancos de desenvolvimento e as instituições financeiras públicas e privadas.

Conforme já exposto, a definição de instituição financeira a partir das atividades desempenhadas no mercado se revelou como uma solução mais técnica e precisa elaborada pelo legislador e mais adequada à intensa movimentação do setor financeiro, garantindo-se aos envolvidos que todas recebam idêntico tratamento legal.

O art. 1º da Lei n. 7.492/1986 define que

Considera-se instituição financeira, para efeito desta Lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II – a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

Além da definição legal, dentro de uma perspectiva mais abrangente e consentânea com a sua atual dinâmica da estrutura e movimentação global de capitais, é imprescindível voltar-se também para os efeitos que produzem diretamente sobre alguns atores econômicos, notadamente os seus acionistas, investidores, clientes e usuários em geral e até a coletividade.

Essa ampliação do fenômeno se justifica na medida em que permite uma compreensão mais aprofundada do funcionamento da organização capitalista e a identificação dos demais sujeitos passivos do delito.

Partindo-se das premissas de que se trata de um sistema e de que a atividade exercida pelas instituições financeiras envolve, necessariamente, a captação, intermediação e aplicação de recursos de outrem, além de operações com valores mobiliários e atividades equiparadas, verifica-se que a parcela majoritária da sociedade é diretamente afetada por qualquer abalo nas bases do sistema.

⁸ BALTAZAR JÚNIOR, *Idem*. p. 331.

Em verdade, a gestão fraudulenta ou temerária dos entes financeiros atinge em cheio a poupança popular em suas mais variadas formas, como aplicações em renda fixa, variável, ações, fundos em geral, depósitos à vista e a prazo, empréstimos, financiamentos, seguros, câmbio, consórcios etc., razão pela qual se convertem em sujeitos passivos do delito, haja vista que é também o patrimônio de cada um destes agentes econômicos que sente as dificuldades de uma crise de confiança, exatamente como aquela que vivenciamos no momento vigente.

Acrescente-se que as agruras não poupam os acionistas das instituições financeiras, que têm seu patrimônio drasticamente reduzido, os investidores e clientes, que acreditaram na seriedade e segurança da casa, mas ficaram privados de suas economias, os usuários, que ficam sem a rede de atendimento e intermediação então existente, algumas vezes a única presente na localidade, e mesmo a coletividade em geral, que não mais acredita na solidez do sistema e prefere fazer suas transações em espécie e procurar formas alternativas de investimento e empréstimo.

Em síntese, são sujeitos passivos do crime o Estado e os agentes do mercado financeiro, aí incluídas as instituições financeiras e seus acionistas, investidores, clientes e usuários em geral, e até a coletividade.

No que se refere ao elemento subjetivo, o tipo veicula crime doloso, bastando ao agente conduzir-se por vontade livre e consciente de praticar os atos fraudulentos ou temerários na gestão de instituição financeira.

Cabe notar que é desnecessário qualquer outro elemento subjetivo do tipo, como a intenção de causar prejuízo ou outro especial fim de agir, punindo-se simplesmente o emprego em continuidade das fraudes ou da temeridade na administração da instituição.

Todavia, há opiniões isoladas em sentido diametralmente contrário, como Juliano Breda, que distingue entre a dispensa de resultado para a caracterização do delito e a ausência de vontade na conduta:

Quanto ao dolo exigido, toda doutrina sustenta ser bastante o dolo genérico, inexistindo qualquer outro elemento subjetivo. É uma visão

negligenciada do tipo penal, cabendo algumas digressões em torno da intenção da fraude.

Aparentemente o tipo não exige a presença concomitante de um especial fim de agir, punindo-se simplesmente o emprego das fraudes em continuidade. Não é a interpretação mais correta. Embora inexista a exigência típica, dentro de uma abordagem sistemática do ordenamento jurídico penal, pode-se afirmar que a fraude continuada em instituição financeira deve ser punida somente se for executada buscando uma vantagem indevida, que, por exemplo, pode consistir em um benefício patrimonial, no encobrimento de uma situação desfavorável ou com a intenção de impedir uma fiscalização na instituição. Deve, portanto, a fraude possuir um fim. A punição dirige-se, na verdade, não ao ardid, mas ao motivo que enseja a perpetração dos atos fraudulentos, ou seja, o induzimento em erro da Bolsa de Valores, por exemplo. Não se está pretendendo criar um elemento típico inexistente. Na verdade, basta analisar o conceito de fraude e sua relevância para concluir que o direito desconhece o emprego de ardis sem uma intenção ou potencialidade lesiva, ainda que essa acabe incorrendo. Pode-se admitir que a gestão fraudulenta é um crime de mera atividade. Melhor conceituado, de uma atividade continuada, não se exigindo, como já amplamente sublinhado, superveniência de resultado.

Contudo, ausência de resultado não significa inexigibilidade de intenção na conduta. Ficou assentado, anteriormente, um pressuposto do tipo: não há fraude sem finalidade. Obviamente esse é um problema de constatação subjetiva, não se restringindo à descrição típica⁹.

Em relação especificamente à infração constante do art. 4º, *caput*, da Lei n. 7.492/1986, o modo de gerir *fraudulentamente* constitui elemento normativo do tipo cuja exclusão acarreta o afastamento da própria tipicidade da conduta encetada pelo agente, constatação levada a efeito pela doutrina em geral.

Existe controvérsia quanto à posição, adotada por parte da doutrina, que insiste na previsão implícita da culpa como elemento subjetivo do delito.

Todavia, o art. 18, parágrafo único, do Código Penal, ao afirmar categoricamente que o indivíduo só pode ser punido por fato criminoso doloso, salvo os casos expressos em lei, erige barreira intransponível

⁹ BREDA, *Idem*, p. 106-107.

à exegese minoritária, sob pena de verdadeira afronta aos princípios da culpabilidade e da tipicidade e da conversão da exceção em regra.

Luiz Régis Prado, que integra a corrente majoritária, dispõe:

Não há previsão da modalidade culposa para o delito de gestão fraudulenta. Porém é preciso clarificar que temerário quer significar arriscado, perigoso, arrojado, audacioso, afoito, imprudente. Assim, temerário também equivale a imprudente, uma das modalidades de culpa. É por isso que parte da doutrina afirma ter sido admitida implicitamente modalidade culposa. Sem razão, todavia, visto que a previsão de culpa deve ser feita expressamente (regra de excepcionalidade do delito culposo)¹⁰.

Um dado adicional que reforça o pensamento preponderante consiste no exame mais detido do projeto da Lei n. 7.492/1986, em particular o seu art. 24, que, ao trazer a redução da pena em 1/3 (um terço) para todos os crimes nela previstos, desde que praticados culposamente, foi vetado com fundamento na impossibilidade de se conceber tal forma na maior parte das condutas tipificadas.

Apenas a título de atualização e com o fito de manter contato com as diretrizes legislativas em ebulição no Congresso Nacional sobre o tema, Áureo Natal de Paula traz informações atualizadas sobre o elemento subjetivo especial do tipo:

Está sendo discutido na Câmara dos Deputados, projeto de lei que, sem alterar o caput do artigo em comento, exige que na gestão temerária haja 'contribuição, direta ou indireta, para o deperecimento (sic) patrimonial da instituição financeira', o que, se aprovado, transformará o presente tipo em crime de resultado com a exigência desse elemento subjetivo especial.

Por outro lado, no Senado Federal, outro projeto de lei pretende a inclusão ao caput do presente artigo da expressão 'dando causa à decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência', o que também exigiria o elemento subjetivo especial ao crime ali previsto.

De se notar que no projeto do Senado nenhuma alteração é proposta a este parágrafo único, de forma que, se transformado em lei o projeto acima noticiado, na forma indicada, ficaria ao intérprete a opção entre trazer para cá tais requisitos, por ser o parágrafo logicamente dependente da cabeça do artigo, ou, afirmar que neste caso não haverá a

necessidade do resultado previsto, o que seria um contra-senso, sendo portanto, ideal que os dois projetos sejam unificados e aprovados para a perfeita adequação dos tipos penais (principal e derivado).¹¹.

Não é demais consignar, ainda, que a eventual prorrogação de vencimento de prazo de pagamento, parcelamento de débitos e outras concessões outorgadas pelo administrador estão longe de configurar gestão temerária, por ausência de dolo do agente em assumir riscos superiores àqueles usuais pelo mercado, além de se tratar de direitos patrimoniais, de caráter disponível, obedecido, nesta hipótese, o princípio da proporcionalidade.

A despeito de corrente doutrinária que vislumbra a modalidade culposa tanto no crime de gestão fraudulenta como temerária, por razões diversas, a ampla maioria orienta-se no sentido de só admitir a prática destes delitos na forma dolosa. A tendência legislativa, contudo, é de inserção de um especial fim de agir para a caracterização do injusto.

2.3 Aspectos complementares: habitualidade, consumação e tentativa

Prosseguindo na descrição da tipicidade objetiva, outro elemento relevante e bastante controvertido diz respeito à habitualidade para a configuração do injusto. José Paulo Baltazar Júnior, na obra já citada, menciona a existência de três correntes: a) o delito não requer habitualidade, segundo o Superior Tribunal de Justiça e parcela da doutrina; b) o delito não requer habitualidade, desde que o ato isolado seja capaz de conduzir a instituição financeira à falência ou à insolvência; c) o delito requer habitualidade, conforme a maioria da doutrina.

Cabe afastar, *primo ictu oculi*, a necessidade de o ato de gestão constituir meio hábil à condução da falência ou insolvência da instituição financeira, porquanto o tipo não exige, em seu bojo, a ocorrência de qualquer prejuízo, conforme será adiante examinado com maior vagar, e nem mesmo a criação de um risco de tal magnitude. A adoção deste pensamento, diante da inexistência de parâmetros

¹⁰ PRADO, *Idem*. p. 183.

¹¹ PAULA, *Idem*. p. 113-114.

legais que a balizem, caracteriza usurpação de competência pelo magistrado em detrimento do Poder Legislativo, em afronta aos postulados constitucionais.

De outro vértice, também merece ser rechaçada a tese de que os crimes de gestão fraudulenta e temerária prescindem de habitualidade para a sua caracterização. Apesar de se amoldar ao tipo objetivamente posto pela legislação, não resiste a um exame mais detido, sobretudo à luz da interpretação sistemática.

É que, caso trilhada esta diretiva, as condutas fraudulentas insculpidas nos artigos 6º, 9º, 10, 11 e 19 do mesmo diploma legal, exemplificativamente, uma vez realizadas isoladamente, acarretariam a condenação do réu a penas que variam de 1 (um) a 5 (cinco) anos ou de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, além de multa pecuniária, enquanto que, praticado um ato fraudulento de menor monta, mas sem tratamento típico específico pelo ordenamento jurídico, lhe seria impingida pena privativa de liberdade de 3 (três) a 12 (doze) anos.

Assim, a linha que se afigura mais harmônica com uma exegese sistemática do diploma legal é a última, sob pena de verdadeiro *bis in idem* no concurso de crimes e de desproporcionalidade na cominação de penas, consoante as advertências formuladas por abalizados penalistas:

Em minha posição, o delito de gestão fraudulenta pressupõe, efetivamente, habitualidade da conduta criminosa, caso em que restarão absorvidas as condutas fraudulentas que, se praticadas isoladamente, configurarão os crimes dos arts. 6º, 9º, 10, 11 ou 19. Aliás, essa é justamente a razão de ser a gestão fraudulenta apenas mais gravemente que aqueles delitos, observado que, ao contrário do que se dava na formulação da Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei n. 1.521/51, art. 3º, IX), o crime de gestão fraudulenta ou temerária não mais pressupõe a insolvência ou falência da companhia¹².

A punição, portanto, é dirigida à continuidade das fraudes nos atos gerenciais. Embora alguns autores sustentem a tipicidade de um ato fraudulento isolado, a interpretação mais correta é a que exige a reiteração dos atos criminosos, até pela gravidade da sanção aplicada. Isso porque a maioria dos delitos contra o SFN executam-se mediante fraudes e, a persistir a concepção de que apenas um ato caracteriza o delito do art. 4º, restaria um ineliminável paradoxo. Por exemplo: a

manutenção de 'caixa 2' na instituição é criminalizada pelo art. 11 da Lei, cominando-se abstratamente uma pena de 1 (um) a 5 (cinco) anos. Sem dúvida nenhuma, o núcleo do tipo, verbo manter, indica a criminalização de um ato de continuidade fraudulenta na gestão. Se qualquer outro ato fraudulento for realizado, mesmo de menor censura, não havendo tipo específico, incidiria o agente nas sanções do art. 4º, que prevê pena de 3 (três) a 12 (doze) anos. Inegavelmente uma interpretação inadmissível, em uma abordagem sistêmica¹³.

Em que pesem as orientações emanadas do STJ e de parte da doutrina, entender a habitualidade como elemento da tipicidade do crime de gestão fraudulenta e temerária se revela mais consentâneo com os valores plasmados na Constituição Federal vigente.

Por fim, aspecto que não pode ser olvidado no exame da tipicidade objetiva do delito diz respeito ao momento de sua consumação e ao cabimento de tentativa na sua consecução.

A doutrina em peso considera que o crime consuma-se com a mera gestão, independentemente da ocorrência de qualquer resultado, inclusive prejuízos, de modo que, sobrevindo dano, a infração estará exaurida.

Embora a doutrina defenda o descabimento da tentativa, há divergências quanto ao fundamento: enquanto uns afastam a tentativa por ser o delito formal, outros o fazem por tê-lo como habitual.

A tentativa não se revela possível pelos seguintes fundamentos, conforme detalhe apresentado por Juliano Breda:

A Lei 7.492/1986, como já se afirmou, desprezou, para a configuração da gestão fraudulenta, a superveniência de qualquer resultado.

Exige-se, entretanto, a indução ou manutenção em erro dos sujeitos passivos. Esse é um requisito básico para a configuração do delito em sua modalidade consumada.

Quando as fraudes, por circunstâncias alheias ao agente, não provocarem na vítima a falsa representação da realidade, o crime simplesmente não se consuma.

[...]

Aqui, o tipo penal exige a existência repetida do emprego eficaz de meios fraudulentos nos atos de direção da instituição financeira e,

12 BALTAZAR JÚNIOR, *Idem*, p. 332.

13 BREDA, *Idem*, p. 100.

como o resultado é irrelevante para a configuração do tipo, a modalidade tentada em princípio não ocorre.

No entanto, devem ser analisadas a estrutura do tipo e os requisitos da tentativa para a solução do problema. Embora haja a probabilidade de se tentar captar, negociar ou intermediar a poupança popular, não há possibilidade de ‘tentar gerir’ uma instituição financeira. Talvez seja possível no desenvolvimento das atividades de administração procurar sem sucesso fraudar determinada operação.

Assim, em tese, quando essas fraudes em habitualidade não obtiverem o sucesso enganoso, restaria configurada a tentativa. Entretanto, como o sucesso do emprego dos meios fraudulentos, ou seja, a obtenção da vantagem indevida, não é pressuposto para a consumação, inadmitir-se, portanto, a tentativa¹⁴.

Em síntese, o crime tem-se por consumado com a simples gestão fraudulenta ou temerária, de forma que o advento de posterior prejuízo constitui apenas exaurimento do delito já perfeito, sendo incabível, portanto, a tentativa.

3 O ilícito administrativo de gestão fraudulenta e temerária

3.1 Ilícito administrativo – conceito

O vocábulo *ilícito*, conforme exsurge da própria nomenclatura, equivale a uma situação contrária às regras ou princípios que regem o ordenamento jurídico, de modo que qualificá-lo como *ilícito administrativo* consiste em asseverar que as normas vulneradas detêm um caráter administrativo.

A infração é classificada como administrativa a partir da autoridade competente para impor a correspondente sanção, critério que a diferencia dos crimes e dos ilícitos políticos, havendo respeitável doutrina que não vislumbra sequer diferença substancial entre a primeira e o injusto penal, considerando-os como espécies do mesmo gênero, conforme se extrai do trecho da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da san-

¹⁴ BREDA, *Idem*, p. 122-123.

ção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção¹⁵.

Há substancial corrente, na qual se inclui Hely Lopes Meirelles, que diferencia a infração administrativa do crime em razão dos objetivos de cada ramo jurídico:

Importa, ainda, distinguir o ato punitivo da Administração, que tem por base o ilícito administrativo, do ato punitivo do Estado, que apenas o ilícito criminal. Aquele é medida de autotutela da Administração; este é medida de defesa social¹⁶.

Destaque-se que a imposição da penalidade é questão diversa da sua aplicação – no ilícito administrativo incumbe ao administrador público fixá-la, ainda que se revele necessário recorrer à via judicial para ser cumprida, exatamente como ocorre com a multa.

Outra particularidade é não subsistir, no ilícito administrativo, controvérsia quanto à responsabilidade das pessoas jurídicas, até porque as modalidades de sanção administrativa, na ampla maioria dos casos, são adequadas à estrutura dos entes ideais, havendo algumas, aliás, que só são aplicáveis a estes, como a cassação de autorização para funcionamento.

3.2 Ilícito administrativo segundo o Banco Central

Assentadas as distinções entre o ilícito administrativo e o penal, é oportuno tratar especificamente da gestão fraudulenta e temerária sob a perspectiva administrativa, tornando-se necessário fazer algumas digressões prévias de caráter genérico.

Deve-se atentar para o fato de que, embora exista um regramento legal uniforme quanto aos crimes de gestão fraudulenta e temerária de instituições financeiras, na esfera administrativa estes entes recebem um tratamento variado em razão das diferentes autarquias de fiscalização destas entidades.

¹⁵ MELLO, 2005, p. 783.

¹⁶ MEIRELLES, 2004, p. 193.

A Lei n. 7.492/1986, que define os crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional, considera como instituição financeira pessoas jurídicas dos mais variados ramos econômicos, de modo que são vários os órgãos de controle das atividades de seguros, câmbio, valores mobiliários etc.

Assim, de modo rigoroso, seria necessário examinar o regramento *interna corporis* de todas essas autarquias, o que transbordaria os limites precisos da presente obra, motivo pelo qual optou-se por examinar apenas a disciplina do Banco Central do Brasil, segmento mais representativo do Sistema Financeiro Nacional.

Compete privativamente ao Banco Central exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as respectivas penalidades, a teor do art. 10, IX, da Lei n. 4.595/1964, recebida pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de lei complementar reguladora do SFN (art. 192, *caput*).

Na esfera do Banco Central, ao contrário da Comissão de Valores Mobiliários, por exemplo (Instrução CVM n. 8, de outubro de 1979), não há definição peremptória do que constitua *gestão fraudulenta* ou *temerária*.

Historicamente, a autarquia publicou a Resolução n. 1.065, de 5 de dezembro de 1985, cujo anexo traz extenso regulamento de aplicação de penalidades às instituições financeiras, seus administradores, membros de conselhos, gerentes e outras pessoas que infringiam normas legais ou regulamentares aplicáveis.

Na Carta Política vigente, o Banco Central edita a Resolução n. 1.559, de 22 de dezembro de 1988, onde arrola proibições e procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras como estratégia pontual de prevenção e redução de riscos ao SFN.

É neste contexto que sobressai a preocupação da autarquia não em adotar a nomenclatura de *gestão fraudulenta* ou *temerária* para caracterizar as condutas ilícitas, mas em editar esta última resolução, que, além de trazer lista com os comportamentos especificamente vedados, obsta a realização de “operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos”¹⁷.

¹⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL, *Instrução n. 1.559, de 22 de dezembro de 1988*, Brasília, BCB, Disponível em <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2009.

O que se nota é a dificuldade e inadequação no apontamento de condutas específicas que possam se traduzir em riscos para si e demais *players* do mercado, de forma que a indicação dos postulados a serem observados já indica a necessidade de acolher parâmetros mais flexíveis para o julgamento dos casos sujeitos à análise pela entidade administrativa.

A indispensabilidade de relativização no julgamento das operações financeiras restou patente com o advento da Resolução no 3.258/2005, que alterou a Resolução n. 1.559/1988 para excluir as proibições de comportamentos específicos, exceto uma (que foi aperfeiçoada), mantendo-se a imposição de observância aos mencionados princípios.

3.3 Caracterização do ilícito

Conforme já brevemente exposto, a tendência do Banco Central ao disciplinar o funcionamento do SFN é deixar de indicar casuisticamente as condutas vedadas e passar a empregar um método mais abstrato, baseado majoritariamente em princípios, o que, se por um lado dificulta a subsunção do fato à norma, de outro vértice acrescenta uma maior plasticidade do regramento às circunstâncias do mercado.

Esta mudança de postura traduz um avanço no tratamento dos ilícitos administrativos, notadamente em uma área tão sensível à coletividade como o SFN, porquanto surge a possibilidade de aferição das condutas sob um prisma sistemático.

A Administração Pública vai paulatinamente abandonando o apego ao formalismo legal para trilhar um caminho mais moderno – monitorar preventivamente as atividades e punir aquelas que se mostrem contrárias não à determinada regra particular (que muitas vezes se revela anacrônica diante da dinâmica do mercado financeiro), mas aos próprios valores insculpidos nos princípios que regem toda a sistemática.

Esta assertiva é corroborada pelo seguinte trecho da nota técnica da Resolução n. 3.258, de 28 de janeiro de 2005:

2. Cabe destacar que a edição da mencionada Resolução 1.559, de 1988, deu-se em uma conjuntura em que a regulação do sistema fi-

nanceiro era efetuada de forma pontual, mediante o estabelecimento de vedações ou da obrigatoriedade de adoção de determinadas práticas como estratégia de prevenção ou mitigação de riscos. No entanto, no contexto do desenvolvimento, amadurecimento, sofisticação e profissionalização do Sistema Financeiro Nacional (SFN), as normas que norteiam seu funcionamento passaram a se basear em premissas que consideram a diversidade e complexidade das variáveis envolvidas nas operações do mercado financeiro, contemplando com maior abrangência as práticas subjacentes a cada uma das operações praticadas pelas instituições financeiras.

3. Nesse sentido, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil têm implementado diversas medidas de caráter prudencial de modo a reduzir o risco de crise sistêmica e das operações bancárias, instituindo com esse intuito uma regulamentação coerente com as melhores práticas e recomendações internacionais, mais adequadas ao alcance dos objetivos almejados quanto à solidez do SFN¹⁸.

A mudança na disciplina da matéria não significa que as proibições constantes da Resolução n. 1.559/1988 passaram a ser autorizadas no âmbito administrativo, mas apenas que o mandamento proibitivo emana de outra fonte.

Acrescente-se que, conforme anteriormente sublinhado, ainda persistem vedações específicas para vários casos particulares, de forma que uma mesma conduta pode caracterizar tanto violação a um dos princípios como a uma regra especial.

Assim, a autoridade administrativa, ao atuar repressivamente, deve examinar cuidadosamente a situação e confrontá-la com os princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos, sendo que a sua consumação se dá a partir da efetiva afronta aos postulados, podendo haver também violação a regras específicas constantes de outros instrumentos administrativos, o que exige a análise de um caso concreto.

3.4 Sanção administrativa

A fixação da penalidade é matéria das mais controvertidas do processo administrativo, característica que levou o Banco Central a

18 BANCO CENTRAL DO BRASIL, *Nota Técnica Instrução n. 3.258, de 28 de janeiro de 2005*, Brasília, BCB, Disponível em <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2009.

elaborar a Resolução n. 1.065, que traz em seu bojo detalhado regulamento de aplicação de penalidades às instituições financeiras, seus administradores e outras pessoas infratoras de disposições legais ou regulamentares aplicáveis.

A afronta da norma sujeita o envolvido, sem prejuízo de outras sanções, às penalidades de advertência; multa pecuniária; suspensão ou inabilitação, temporária ou permanente, para o exercício de cargos de direção ou administração de instituições financeiras; e cassação da autorização para funcionamento, de forma global ou parcial.

Na hipótese de o Banco Central se deparar com situação que configure ilícito cuja apuração administrativa seja incumbida a outra entidade, remeter-lhes-á as informações que detiver, o mesmo ocorrendo quanto ao ilícito penal, que terão por destinatário o Ministério Público Federal, inclusive, por força de expressa previsão do art. 28 da Lei n. 7.492/1986.

O regulamento elenca os casos de incidência das penalidades, exceto para suspensão ou inabilitação para o exercício de cargos de direção ou administração das instituições financeiras, adicionando um tratamento diferenciado às operações com câmbio.

Com a tentativa de tornar objetivo o critério de fixação da penalidade e seu *quantum*, reconhecendo a relevância da aplicação do princípio da proporcionalidade neste instante, o próprio regulamento faz menção às *circunstâncias agravantes ou atenuantes* e à *reincidência* como instrumento para determinar com maior acuidade a sanção.

Desta feita, da mesma forma como a caracterização do ilícito envolve, em *ultima ratio*, um estudo pormenorizado de caso concreto, também a sua esmerada fixação é tarefa que demandaria aprofundado ingresso nas circunstâncias fáticas.

4 Aspectos da ação penal e do processo administrativo

4.1 Esfera penal

A finalidade do Direito Penal é a tutela dos bens jurídicos mais importantes ao convívio social, de modo que se torna necessário fixar

um critério para a sua seleção, minorando ao máximo as oscilações bruscas e o subjetivismo que esta tarefa geralmente carrega.

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição, ápice do sistema jurídico, sintetiza os valores e bens jurídicos considerados imprescindíveis à comunidade.

O texto constitucional, no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, dedica capítulo específico ao Sistema Financeiro Nacional, consagrando-o como um daqueles bens essenciais à própria manutenção da sociedade brasileira, impondo-se assegurar, inclusive penalmente, o seu funcionamento.

A Lei n. 7.492/1986, embora editada antes do advento da vigente Carta Política, tipificou vários comportamentos cometidos contra o SFN, restando tutelada pelo diploma legislativo a própria higidez do sistema.

Em relação particularmente ao art. 4º da lei, o bem jurídico albergado pela norma é a gestão responsável e ética das instituições financeiras como forma de proteção das entidades integrantes do SFN, mantendo-se a credibilidade e a confiança de todos, acionistas, investidores, clientes e usuários em geral.

Todavia, a necessidade de assegurar a assepsia do sistema como um bem jurídico essencial ao desenvolvimento do país não constitui um valor absoluto, encontrando limite nos direitos fundamentais do cidadão.

É neste contexto que se destaca a tese do modelo penal de Luigi Ferrajoli ao sustentar que o garantismo constitui “aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos, representa o único remédio para os poderes selvagens”¹⁹.

Ao contrário do que sugere significativa parcela da sociedade e também dos juristas, não se defende a impunidade dos infratores e nem o *abolicionismo penal*, mas um sistema equilibrado que não autoriza a vingança pura e simples contra o réu, mas tolera a aplicação de sanção penal, nos termos seguintes:

Por intermédio do primeiro brocardo – *nulla poena sine crimine* -, entende-se que somente será possível a aplicação de pena quando houver,

¹⁹ *Apud* GRECO, 2007, p. 11.

efetivamente, a prática de determinada infração penal, que, a seu turno, também deverá estar expressamente prevista na lei penal – *nullum crimen sine lege*. A lei penal somente poderá proibir ou impor comportamentos, sob a ameaça de sanção, se houver absoluta necessidade de proteger determinados bens, tidos como fundamentais ao nosso convívio em sociedade, em atenção ao chamado direito penal mínimo – *nulla lex (poenalis) sine necessitate*. As condutas tipificadas pela lei penal devem, obrigatoriamente, ultrapassar a pessoa do agente, isto é, não poderão se restringir à sua esfera pessoal, à sua intimidade, ou ao seu particular modo de ser, somente havendo possibilidade de proibição de comportamentos quando estes vierem a atingir bens de terceiros – *nulla necessitas sine injuria* –, exteriorizados mediante uma ação – *nulla injuria sine actione* –, sendo que, ainda, somente as ações culpáveis poderão ser reprovadas – *nulla actio sine culpa*.

Os demais brocardos garantistas erigidos por Ferrajoli apontam para a necessidade de adoção de um sistema nitidamente acusatório, com a presença de um juiz imparcial e competente para o julgamento da causa – *nulla culpa sine iudicio* – que não se confunda com o órgão de acusação – *nullum iudicium sine accusatione*. Fica, ainda, a cargo deste último o ônus probatório, que não poderá ser transferido para o acusado da prática de determinada infração penal – *nulla accusatio sine probatione* –, devendo ser-lhe assegurada a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes – *nulla probatio sine defensione*²⁰.

Em síntese, assim devem ser interpretados os direitos fundamentais, jamais como salvo-conduto para a prática de ofensas relevantes a bens jurídicos essenciais, mas como a garantia dada ao réu de aplicação do *devido processo judicial*, com a devida apuração dos fatos e eventual condenação na exata proporção dos cânones legais.

4.2 Órbita administrativa

O Direito Administrativo, conquanto sua incidência não remeta automaticamente a direitos e garantias fundamentais como o faz a esfera penal, também se desenvolve sob a égide de preceitos constitucionais e legais comuns ao Direito Penal.

Em importante obra coletiva dedicada especialmente ao processo administrativo²¹, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari vislumbram

²⁰ GRECO, Ob. cit. p. 13.

²¹ FERRAZ, 2002, p. 28.

nove princípios consagrados pela Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: legalidade (art. 2º, parágrafo único, I); eficiência (art. 2º, parágrafo único, IX e XII); moralidade (art. 2º, parágrafo único, IV); igualdade (art. 3º, I); impessoalidade (art. 18); publicidade (art. 2º, parágrafo único, V); motivação (art. 50); contraditório e ampla defesa (art. 2º, parágrafo único, X).

Em outros trechos da mesma obra, acrescentam ainda outros postulados, como os princípios da finalidade, da razoabilidade/proporcionalidade, segurança jurídica, interesse público, informalidade, boa-fé, oficialidade, verdade material e duplo grau de jurisdição administrativa.

Uma ligeira análise permite identificar vários pontos de identidade do processo administrativo com a esfera penal, o que permite afirmar que também naquele persiste a necessidade de observância de direitos fundamentais do administrado durante a sua tramitação.

Alguns exemplos concretos desta assertiva constam expressamente da Lei n. 9.784/1999, como a regra da divulgação oficial dos atos administrativos; a garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos nos processos de que possam resultar sanções; ter vista dos autos e obter cópias de documentos neles contidos; fazer-se assistir, facultativamente, por advogado etc.

Assim, é a partir da garantia do *devido processo*, inclusive o administrativo, que o indivíduo resta protegido contra a ação arbitrária do Estado e é colocado sob a imediata segurança do ordenamento jurídico, inclusive para que, caso seja condenado, esta não exceda os limites da lei.

4.3 Independência das instâncias e devido processo legal

O exame da independência das instâncias penal e administrativa exige a retomada de algumas assertivas anteriormente lançadas, em especial a noção de *gestão fraudulenta* e *temerária* e a sua delimitação pela lei e pelo Banco Central, a diferença entre o ilícito administrativo

e o penal, as vantagens do novo tratamento do tema pelo BCB e a existência de pontos de identidade entre as duas esferas.

Conforme já ventilado, não há uma definição legal do que seja *gestão fraudulenta* nem *temerária*, o que não chega a macular o dispositivo legal, que se caracteriza por ser um tipo penal aberto.

Este é o motivo da relevância que assume o pronunciamento administrativo em face da órbita penal – diante da extrema complexidade que cerca o mercado financeiro contemporâneo e a presença constante de novos instrumentos que buscam maximizar ao limite os lucros auferidos pelos seus operadores, é imprescindível colher as manifestações de órgãos e entidades públicas especialmente dedicadas a esta tarefa, exatamente como se observa quanto ao Banco Central.

Reforça esta ideia a opinião de Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira ao examinar especificamente os crimes do art. 4º da Lei n. 7.492/1986:

Daí a pertinência e a justificação do tipo penal em tela. A Instituição Financeira, uma intermediária, necessita estar submetida a certos limites de atuação na gestão do patrimônio alheio. O risco, assim, é válido e plenamente aceitável enquanto subscrito à normalidade de um investimento ou de um produto mercadológico, devendo-se considerar a exigência do nível de cautela não sob a ótica do homem comum (*homo medium*), mas sim sob a ótica do próprio mercado financeiro.

Essa a razão das Resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) e das Circulares do Banco Central do Brasil que estabelecem princípios e limites ao empenho de pecúnia, como a seletividade de investimentos, a diversificação dos riscos, a multiplicidade de clientes e a obrigatoriedade de respeito a garantias e requisitos básicos nas operações de abertura de crédito pré-aprovado e nos financiamentos. Referidos postulados zelam por um fator de cautela imposto após estudos abstratos acerca do nível mínimo de segurança, necessário, em tese, à perenidade e à credibilidade das Instituições Financeiras nacionais, e conseqüentemente de todo o Sistema Financeiro Nacional²².

Outro ponto é a adoção pela maioria dos doutrinadores do critério da autoridade competente para impor a correspondente sanção

22 OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. *Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira*. Disponível em: <<http://www.cesarkallas.net/arquivos/livros/E-books%20de%20Direito/00716%20-%20Crimes%20de%20Gest%20E3o%20Fraudulenta%20e%20Gest%20E3o%20Temer%20E1ria%20em%20Institui%20E7%20E3o%20Financeira.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

para diferenciar o ilícito administrativo do penal, o que, como dado científico, não chega a causar grande impacto nos institutos.

Um dado relevante é a falta de definição, também pelo Banco Central, do que seja *gestão fraudulenta e temerária*, tendo ele inicialmente considerado algumas condutas específicas como tal e, posteriormente, praticamente considerado-as apenas à luz de alguns princípios.

Esta mudança de atuação – definir o ilícito a partir da vulneração dos princípios, e não de regras *stricto sensu* – permite o emprego de balizas mais flexíveis para a análise das ocorrências à luz da dinâmica do mercado financeiro, o que evidencia a necessidade de conhecimentos específicos para caracterizar a gestão fraudulenta e temerária.

Notável é a referência de que o processo administrativo também é profundamente marcado pela observância dos direitos fundamentais do cidadão em face da Administração Pública, muitos deles com fundamento constitucional, característica que o aproxima bastante do Direito Penal.

Diante do alto grau de sofisticação atingido pelo Banco Central, aliado à sua natureza estatal, o que lhe confere a isenção no julgamento dos processos administrativos e a observância dos postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conjugado à imprescindível efetividade do princípio da celeridade no trâmite processual, é que o magistrado, após operadas as devidas adaptações da esfera administrativa para a penal e atento aos preceitos que caracterizam esta seara, em regra, deve voltar-se para os fundamentos e as conclusões lançadas pela Administração Pública.

Em outros termos, a regra, neste caso específico, em que um órgão administrativo com notória especialização acerca do tema se debruça incansavelmente sobre um caso concreto, assegurando aos investigados os direitos fundamentais inerentes a um processo administrativo juridicamente justificado, é a de que o juiz deve se valer de suas conclusões, empregando-as de forma adequada à luz dos filtros do Direito Penal, se mais fortes razões não tem para rejeitá-las.

A jurisprudência tem trilhado idêntica orientação, mitigando o dogma da independência das instâncias penal e administrativa.

Esta assertiva é corroborada por recente voto, da lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia, cujas passagens merecem ser examinadas com maior apuro:

1. A lesão que se pretende evitar com o presente *mandamus* diz respeito ao conceito de probidade indispensável ao exercício da atividade profissional ligada ao Sistema Financeiro Nacional. Não se deve restringir o meio de defesa daquele que se vê injustamente processado por crime considerado grave, com implicações severas na vida profissional, postergando a análise de questão que pode conduzir ao completo esvaziamento da persecução criminal, sobre o singelo argumento de que a matéria será apreciada no recurso de Apelação ou de que não houve pena privativa de liberdade²³.

Primeiramente, cabe apontar a opção do relator pela tendência atualmente mais aceita de uma mitigação dos limites fixados para o *habeas corpus*, instrumento processual que, a rigor, exige uma prova pré-constituída das suas razões e não admite dilação probatória.

Prosseguindo no julgamento, o relator considerou que os autos permitiam atestar, de plano, a identidade dos fatos objeto do acórdão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, o qual determinou o arquivamento da representação do Banco Central), e aqueles descritos pela denúncia, de modo que não vislumbrou justa causa na persecução penal, nos termos seguintes:

2. Desnecessário o exame aprofundado de provas, no caso concreto, bastando cotejar os fatos que deram suporte à denúncia (fundada exclusivamente em representação do Banco Central) com aqueles mencionados no acórdão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que inocentou o paciente da acusação de gestão temerária, determinando o arquivamento da representação, restando evidente a correspondência entre eles²⁴.

O trancamento da ação penal por falta de justa causa é justificado pela atipicidade da conduta. É que, mesmo após a autarquia federal, portanto pessoa jurídica de direito público, haver se debruçado sobre o caso pela via regular do processo administrativo, não foi iden-

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* no 77.228, da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2008. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700347116&dt_publicacao=07/02/2008>. Acesso em: 12 set. 2009.

24 BRASIL. Ob. cit.

tificada a prática de conduta que possa caracterizar a *gestão temerária*, situação que conduz, necessariamente, à ausência de subsunção do fato à norma penal.

Prestigiaram-se as razões e conclusões do processo administrativo, mormente porquanto foi instaurado por entidade competente para fiscalizar as instituições financeiras e decidido em segundo grau por órgão colegiado com atribuição para julgar em última instância os recursos interpostos das decisões referentes às penalidades administrativas aplicadas pelo Banco Central, tendo sido reconhecida a inocência dos investigados, conforme a seguinte passagem:

3. Tendo o órgão estatal responsável pela fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, após regular e amplo procedimento administrativo, concluído que as práticas que motivaram a representação administrativa e, posteriormente, a investigação criminal, não caracterizaram gestão temerária, evidente a atipicidade da conduta, a conduzir ao trancamento da Ação Penal por falta de justa causa.

Precedentes do STF e do STF (RHC 12.192/RJ, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJU 10.03.03 e HC 83.674/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 16.4.2004)²⁵.

Cabe frisar que a orientação mencionada no voto encontra amparo também em precedentes do Superior Tribunal de Justiça²⁶ e do Supremo Tribunal Federal²⁷, nos quais se aponta a exigência de trancamento da ação penal por falta de justa causa quando a denúncia é baseada unicamente em representação do Banco Central e a conclusão na esfera administrativa é de licitude da conduta do agente.

Ademais, o acórdão ainda faz expressa referência a um *regular e amplo* procedimento administrativo, o que permite concluir pela ausência de vícios durante todo o seu desenrolar, o que reforça o argumento de que, procedendo de forma hígida a Administração Pública, todo o seu labor merece ser homenageado pelo Poder Judiciário no

²⁵ Id.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *habeas corpus* no 12.192, da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101849547&dt_publicacao=10/03/2003>. Acesso em: 18 out. 2009.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* no 83.674, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 16 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79437&idDocumento=&codigoClasse=3496&numero=83674&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em: 18 out. 2009.

exame do tipo aberto do art. 4º da Lei n. 7.492/1986. É o que se depreende da seguinte transcrição:

4. No Estado Democrático de Direito, o devido (justo) processo legal impõe a temperança do princípio da independência das esferas administrativa e penal, vedando-se ao julgador a faculdade discricionária de, abstraindo as conclusões dos órgãos fiscalizadores estatais sobre a inexistência de fato definido como ilícito, por ausência de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, alcançar penalmente o cidadão com a aplicação de sanção limitadora de sua liberdade de ir e vir²⁸.

Por fim, ressalta-se que o postulado da independência das esferas administrativa e penal merece ser temperado quando as razões e resultados alcançados pela Administração Pública em processo administrativo cujo trâmite deu-se de acordo com os direitos e garantias fundamentais.

O Poder Judiciário, embora detentor de independência no exame das causas que lhe são submetidas, não pode atuar discricionariamente, desconsiderando todo o trâmite de processo administrativo que se desenvolveu regularmente, consoante prevê o parágrafo adiante reproduzido:

5. É certo que esta independência também funciona como uma garantia de que as infrações às normas serão apuradas e julgadas pelo poder competente, com a indispensável liberdade; entretanto, tal autonomia não deve erigir-se em dogma, sob pena de engessar o intérprete e aplicador da lei, afastando-o da verdade real almejada, porquanto não são poucas as situações em que os fatos permeiam todos os ramos do direito²⁹.

Insta mencionar que, neste caso particular, acolhendo-se o parecer ministerial, a ordem foi concedida, à unanimidade de votos, para trancar a ação penal por infração ao disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986, anulando-se o decreto condenatório.

Abstraindo-se dos contornos do caso ora comentado, cabe registrar que, apesar de não se advogar a idéia de simples ratificação

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* no 77.228, da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2008. Ob. cit.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* no 77.228, da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2008. Ob. cit.

acrítica das conclusões emanadas do órgão administrativo em sede de processo administrativo, sob pena de verdadeiro efeito vinculante daquelas, também não deve o magistrado limitar-se a considerá-las somente para o efeito de elaboração do relatório da sentença.

Defende-se que, diante de decisão prolatada por entidade pública competente para o exercício do controle de atividades diretamente relacionadas ao Sistema Financeiro Nacional, deve militar presunção em favor da adoção dos fundamentos e ilações daquela, salvo na hipótese excepcional de vício naquele julgamento, incumbindo ao Ministério Público desincumbir-se deste ônus processual e membro do Poder Judiciário, a partir das particularidades do caso que lhe for submetido, afastá-lo ou acolhê-lo.

A presunção deve ser compreendida como a dedução, com razoável probabilidade, de uma situação ou de um estado a partir de um fato, de forma que a repercussão processual da presunção relativa cria para o interessado o encargo de provar fato contrário àquele presumido.

Não é crível que o julgador, discordando do *decisum* oriundo da instância administrativa, deixe de apontar a mácula que contaminou a conclusão da esfera administrativa, devendo efetivamente declinar de maneira pormenorizada os motivos pelos quais o entendimento acerca da conduta controvertida merece ser modificado, afastando, assim, a presunção relativa de que se deve valer a decisão administrativa.

Não se desprezam argumentos existentes em sentido oposto, no sentido de que persiste a independência entre as esferas administrativa e penal: o Poder Judiciário não se vincula às conclusões da Administração Pública; o art. 5º, XXXV, da CF/1988 veda que a lesão ou a ameaça a direito seja excluída da apreciação do Poder Judiciário; as provas acerca da materialidade do delito não devem ficar restritas àquelas produzidas na seara administrativa; as conclusões emanadas da órbita administrativa constituem apenas elementos hábeis à formação da convicção do juiz; ausência de efeito vinculante entre a decisão administrativa e a judicial.

Na proposta ora formulada, de presunção relativa da decisão do órgão administrativo, não se observa quanto aos delitos de gestão fraudulenta e temerária, *data venia*, vulneração a nenhum daqueles

preceitos. Não se pretende uma vinculação entre as diferentes instâncias e nem a instituição de um sistema de jurisdição dual, nos moldes do francês, em que cabe à Administração Pública e ao Poder Judiciário assentar definitivamente uma conclusão jurídica sobre um caso concreto, mas uma efetiva construção técnica de solução para uma controvérsia, onde a órbita administrativa, pelas próprias características de alto grau de sofisticação atingido por estas entidades, aliado ao seu caráter estatal, conferindo-lhes a imprescindível isenção no julgamento dos processos administrativos, contribui substancialmente para a absolvição ou condenação do réu.

Quanto à questão probatória e à convicção do juiz (sistema da persuasão racional), detém o magistrado a faculdade de determinar a produção de todas as provas que entenda necessárias ao julgamento do litígio, inclusive porque elas não servem apenas aos interesses das partes, mas à própria administração da justiça, não havendo qualquer restrição àquelas elaboradas na tramitação do processo administrativo e muito menos efeito vinculante quanto às conclusões alcançadas pela esfera administrativa.

Em síntese, considerando-se o tipo aberto do art. 4º da Lei n. 7.492/1986 e o tratamento administrativo conferido à matéria pelo Banco Central, pessoa jurídica de direito público, isenta, portanto, para o julgamento na seara administrativa, tem-se que as razões e conclusões de atipicidade da conduta oriundas de processos administrativos regulares merecem ser respaldadas pelo Poder Judiciário, determinando-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa, exceto quando esta presunção relativa houver sido desconstituída pelo órgão de acusação.

5 Conclusão

O trabalho iniciou com uma análise histórica do delito, prosseguindo com demais elementos concernentes à estrutura do tipo, seguido pelo exame do ilícito administrativo de gestão fraudulenta e temerária. Mereceu destacado exame o princípio da independência das instâncias administrativa e penal.

O primeiro ponto referiu-se à conceituação da *gestão fraudulenta e temerária*: a Lei n. 7.492/1986 não traz o conceito e nem critérios

para a sua caracterização. A doutrina classifica o delito como um tipo aberto e, apesar das críticas de inconstitucionalidade, a técnica é admitida por praticamente toda a comunidade jurídica. As demais seções do capítulo traçaram os limites do tipo penal, identificando os sujeitos ativo e passivo do delito, com a sua classificação como crime próprio e pluriofensivo, a sua consumação independentemente de prejuízo financeiro, a exigência, segundo a maioria, de habitualidade da conduta e o não cabimento de tentativa.

O tópico seguinte referiu-se ao ilícito administrativo da gestão fraudulenta e temerária. Preliminarmente, distinguiu-se o ilícito penal do administrativo, nos moldes do critério mais aceito doutrinariamente, para então examinar este à luz do regramento emanado do Banco Central. A conclusão é a de que não há definição peremptória do que constitua *gestão fraudulenta e temerária*, mas a Resolução n. 1.559/1988, com as alterações promovidas pela Resolução n. 3.258/2005, permite determinar se a conduta viola o bem jurídico tutelado. Outra matéria afim é a caracterização do ilícito administrativo, que se dá, principalmente, pela afronta a determinados princípios, e não mais por regras específicas, salvo casos especiais. Ademais, diante da discricionariedade da Administração na exata fixação da penalidade administrativa e o grande leque de operações que podem ser vedadas, só é possível tratar das sanções em caráter geral.

Por fim, foram analisados aspectos da ação penal e do processo administrativo conexos à questão principal. Primeiramente foi traçado um panorama do vigente Direito Penal no Brasil, concluindo-se que o bem jurídico tutelado pela norma penal guarda conformidade com a Constituição Federal de 1988. Também restou assentado que o *garantismo penal* é adotado como modelo pelo ordenamento pátrio, conferindo ao agente um complexo de direitos fundamentais.

A grande complexidade em definir o que seja *gestão fraudulenta e temerária*, o grau de sofisticação atingido pelo Banco Central e a sua isenção decorrente também de sua natureza pública, a incidência dos postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa constituem, todos eles, argumentos robustos no sentido da adoção pelo magistrado das conclusões constantes do processo administrati-

vo, observados os indispensáveis filtros penais, orientação que tem sido também perfilhada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Destacou-se a instituição de uma presunção relativa em relação às conclusões emanadas da seara administrativa, admitida prova em sentido contrário, prestigiando-se o *devido* processo administrativo, desenvolvido sob a égide dos direitos fundamentais assegurados ao agente, não se pretendendo que o Poder Judiciário simplesmente ratifique automaticamente o processo administrativo.

Referências

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BANCO CENTRAL DO BRASIL, *Instrução n. 1.559, de 22 de dezembro de 1988*, Brasília, BCB, Disponível em <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2009.

BANCO CENTRAL DO BRASIL, *Nota Técnica Instrução n. 3.258, de 28 de janeiro de 2005*, Brasília, BCB, Disponível em <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 77.228, da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700347116&dt_publicacao=07/02/2008>. Acesso em: 12 set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *habeas corpus* n. 12.192, da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101849547&dt_publicacao=10/03/2003>. Acesso em: 18 out. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 83.674, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 16 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79437&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=83674&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em: 18 out. 2009.

BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, *Instrução n. 08, de 8 de outubro de 1979*, Brasília, CVM, Disponível em <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 27 jul. 2009.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, M. Elizabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do colarinho branco*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 8. ed., Rio de Janeiro: Impetus, V. I, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. *Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira*. Disponível em: <<http://www.cesarkallas.net>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

PAULA, Áureo Natal de. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e o mercado de capitais*. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Encontros restaurativos: uma análise à luz da teoria foucaultiana

Nishlei Vieira de Mello

Sumário: 1 Introdução. 2 As relações de poder em Foucault: o processo de normalização do indivíduo. 3 A Justiça Restaurativa e suas variadas formas. 3.1 Alguns modelos de Justiça Restaurativa em construção: experiências vividas na Nova Zelândia e na África do Sul. 3.2 A experiência brasileira na constituição da Justiça Restaurativa. 4 As relações de poder nos encontros restaurativos. 5 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo tem por tema a Justiça Restaurativa. Trata, mais especificamente, das relações de poder que permeiam os encontros restaurativos.

As leituras de artigos relacionados ao tema suscitaram indagações a respeito do poder punitivo do Estado, uma vez que, pelo menos aparentemente, havia um distanciamento ou até mesmo uma ausência do Estado nas resoluções dos conflitos penais pela Justiça Restaurativa.

A pergunta inicialmente feita, portanto, consiste em saber se a Justiça Restaurativa pode significar um esvaziamento do poder de punir do Estado em virtude do seu procedimento diferenciado.

O procedimento adotado pela Justiça Restaurativa, apesar da diversidade de sua apresentação, é o da participação popular – mais especificamente da vítima e do infrator, juntamente com membros da comunidade a que pertencem, e de facilitadores ou mediadores leigos, que devem estabelecer um acordo que vise a resolver o conflito em todos os seus aspectos, incluindo o seu aspecto moral e psicológico.

A participação do Poder Judiciário e do Ministério Público dá-se de forma menos marcante, se comparada à atuação que desenvolvem perante a Justiça convencional, com a homologação do acordo firmado no encontro restaurativo.

No Brasil, a Justiça Restaurativa encontra-se em fase experimental. São três projetos pilotos em funcionamento, em Brasília, São Paulo e Porto Alegre. Mais recentemente, o anteprojeto de lei ao Código de Processo Penal, feito pela Comissão Externa do Senado para o Novo Código de Processo Penal, já enviado ao Senado Federal, previu alguns procedimentos de cunho restaurativo, justificando tal medida como uma forma de “apaziguar os ânimos em muitos setores da sociedade e também para desafogar a instância judiciária”.

A escolha do tema foi feita, também, em virtude de seu caráter inédito, bem como por sua grande relevância social, jurídica e acadêmica.

Social, porque a Justiça Restaurativa se apresenta como um novo modelo de resolução do crime, com a proposta de oferecer à sociedade respostas mais efetivas e eficazes para o controle e prevenção da criminalidade. Tais respostas não podem ser dadas pelo sistema vigente devido a sua própria limitação.

A criminologia já discutiu à exaustão a perversidade da pena privativa de liberdade e o quão distante se apresenta o cumprimento de sua função de prevenção de novos delitos e ressocialização do infrator, como defendido por algumas das teorias da pena, encerrando, assim, caráter meramente retributivo, o que fragiliza e acentua o sentimento de insegurança social.

Propõe-se, ainda, a Justiça Restaurativa a devolver ao infrator e à vítima e, na medida do possível, aos seus familiares e à sociedade a responsabilidade de encontrar soluções justas e pacíficas para os conflitos. Com tal proposta, busca-se retirar esses atores sociais da passividade e garantir-lhes uma participação ativa para restaurar o dano e as relações afetadas pelo crime.

O interesse jurídico pelo tema se justifica no fato de que, em havendo comprovações de que os resultados produzidos pela Justiça

Restaurativa sejam mais justos, possa-se buscar a sua implementação como um sistema complementar ao sistema penal vigente e, com isso, diminuir o número de processos que se encerram com a prisão do condenado.

É uma informação corriqueira que o sistema carcerário brasileiro cresce a cada dia, mesmo com a aplicação das penas alternativas. Embora o número de pessoas cumprindo medidas alternativas seja maior do que o daquelas que cumprem penas privativas de liberdade – segundo dados do Ministério da Justiça, são 446.764 pessoas cumprindo penas privativas de liberdade hoje em todo o país e 588.830, medidas alternativas¹ –, ainda assim o número de prisões é bastante expressivo e as penas alternativas não ajudaram a impedir o crescimento do número de presos.

Por fim, emerge a importância acadêmica na medida em que ainda carecem de aprofundamento teórico e filosófico os procedimentos de Justiça Restaurativa, cabendo à academia o papel de dar-lhe contornos teóricos e problematizá-la.

O presente estudo visa, portanto, cumprir essa função acadêmica da problematização do tema. Buscar-se-á – à luz da teoria foucaultiana – perceber como o poder se manifesta no procedimento adotado pela Justiça Restaurativa e qual o espaço ocupado pelo poder punitivo do Estado nesse novo agir.

O marco teórico deste trabalho é a teoria das relações de poder elaborada por Michel Foucault. Para esse pensador, o poder não existe como algo sólido, localizado em uma única instituição ou num conjunto delas, mas caracteriza-se como uma relação de forças que opera dentro de uma sociedade. O poder perpassa toda a sociedade, apresentando, portanto, uma natureza relacional, pondo-se como uma prática social. Desse modo, o Estado e seus aparelhos não são vistos pelo autor como o ponto central e único de poder.

Convém observar que, em nossa literatura especializada, não foi localizada nenhuma obra que enfocasse os encontros restaurativos com as lentes da teoria foucaultiana das relações de poder. Aliás, é

¹ *Penas e medidas alternativas superam ainda mais o número de presos*, mar. 2009. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2009.

ainda pequena a produção científica a respeito da Justiça Restaurativa no Brasil. Contudo, a coletânea de artigos organizada pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) serviu de bibliografia de base deste trabalho.

O estudo encontra-se estruturado em três tópicos principais. No primeiro deles, “As relações de poder em Foucault: o processo de normalização do indivíduo”, aborda-se a concepção de poder posta por Foucault, o poder disciplinar, que se apresenta de modo antagônico à concepção de poder elaborada pela teoria da soberania.

Optou-se por fazer um percurso histórico da formação da sociedade disciplinar por acreditar que desse modo seria mais perceptível o poder como uma relação, uma prática social, e seria possível, a partir dela, extrair os elementos necessários para fazer um contraponto com o procedimento da Justiça Restaurativa.

No segundo tópico, “A Justiça Restaurativa e suas variadas formas”, são apresentados alguns conceitos e modelos de Justiça Restaurativa em funcionamento em alguns países, incluindo dois exemplos do Brasil. Nenhuma análise será realizada a partir da experiência de Porto Alegre, já que não se teve acesso a nenhum material de trabalho relativo a ela.

Com essa abordagem, busca-se enfatizar o modo como se apresenta a participação popular e a do Estado e os objetivos dos acordos com o propósito de elucidar as suas principais características.

Em “As relações de poder nos encontros restaurativos”, no terceiro capítulo, faz-se a abordagem da Justiça Restaurativa à luz da teoria foucaultiana de poder, utilizando-se os dados apresentados nos capítulos anteriores para realizar uma leitura do procedimento adotado por essa nova prática de resolução de conflitos penais.

Espera-se que este trabalho possa contribuir com a incipiente elaboração teórica e com o aprimoramento prático da Justiça Restaurativa, na medida em que eventuais problemas possam vir a ser sanados a partir da elucidação dos papéis desempenhados pelos diversos atores que participam dos encontros restaurativos, bem como da percepção dos poderes ali exercidos.

Perceber o poder para além da teoria da soberania e o modo como é exercido no seio da Justiça Restaurativa pode ser fundamental para avançar na construção de uma nova proposta de resolução de conflitos penais.

2 As relações de poder em Foucault: o processo de normalização do indivíduo

A fragmentação epistemológica com que é conduzido o estudo da ciência jurídica dá a falsa noção de ser naturalístico o poder do Estado. Perde-se, pois, ao longo do tempo, a compreensão histórica da sua formação.

A formação do Estado Nacional dá-se, segundo Luiz Moreira (2007, p. 49), pela apropriação das formas e estruturas do poder eclesiástico de “dominação da consciência”, com a centralização paulatina do poder nas mãos do soberano até a completa substituição do poder eclesiástico, motivo pelo qual “o projeto político da modernidade terá como marcas indelévels a centralidade do poder político, o esfacelamento do poder religioso e a progressão da suserania à soberania”.

O Estado, ainda segundo Moreira, na busca pela sua legitimação e acatamento das prescrições de condutas, elaborou mecanismos para criar o sentimento de pertença de seus súditos e para ter reconhecida a sua força como meio de atuação do poder e de equiparação da vontade do soberano com a vontade do povo. Forjou, desse modo, a soberania popular, que se institucionalizou pela codificação do Direito.

Assim, para que o Estado se expresse como ente político soberano e se torne a ordenação da liberdade, o código tem em vista garantir que a vontade geral se converta em expressão política a partir da qual todo Direito será organizado, como também uma unidade conceitual que se expressa de modo claro e preciso. É com essa finalidade que surge o Code Civil de 1804 (MOREIRA, 2007, p. 53-54).

A noção de soberania surgida com o advento do Estado Moderno vem se impor à organização medieval do poder, ao conceito de soberano utilizado na Idade Média – no sentido de proeminência – atribuído ao rei.

Com a teoria da soberania, unificou-se e concentrou-se o poder em um único ente, o Estado, que passou a ter o monopólio da força a ser usada em um determinado território e sobre determinada população. Ao soberano passou a competir, portanto, com exclusividade, a garantia da paz entre os súditos de seu reino e da união deles para a defesa e o ataque contra o inimigo estrangeiro. Evidencia-se, assim, a construção de uma soberania interna e externa.

O conceito de soberania dá início a uma nova forma de pensar a coisa política. E politizar o homem “não consiste mais em educá-lo moralmente, mas em introduzi-lo num maquinário que o vergará a fins (a paz e a segurança) que, apenas por suas disposições naturais, ele não poderia alcançar. O modelo político é assim, mecânico” (LEBRUN, 2004, p. 55).

Adota-se, para a elaboração dessa nova teoria, a concepção contratualista da constituição do Estado, segundo a qual cada indivíduo, apesar de todos os antagonismos sociais, aceita renunciar ao seu poder de autogoverno e submeter-se ao governo de outrem em nome da formação de um ente, o Estado, e deseja leis gerais para a conservação do grupo social, para a constituição de uma vida pública em que, então, os antagonismos parecerão não existir.

Com o nascimento do Estado e a codificação do Direito, passou-se a repelir as formas tradicionais pelas quais as sociedades comunais solucionavam seus conflitos, verificando-se uma alteração de foco: a solução dos conflitos deixava de ter a preocupação de encontrar mecanismos que mantivessem a coesão do grupo e passou a ter por significado a consolidação do poder do Estado com a sujeição do indivíduo às regras gerais que regem toda a sociedade.

Para Locke (*apud* LEBRUN, 2004, p. 59), o homem, ao ingressar na sociedade civil, abandonou por completo os dois poderes de que dispunha no estado de natureza: “fazer tudo que julgar conveniente para garantir a sua conservação e punir as infrações cometidas contra a lei natural”. Contudo, observa-se que, apesar da imposição de um sistema de direito único e unificador, as práticas tradicionais de resolução de conflito não foram totalmente extintas e continuaram a ser praticadas, tanto pelos povos pré-estatais da Europa, como pelos

povos colonizados da África e Américas, mas de maneira clandestina e deslegitimada aos olhos estatais.

Desde a Idade Média, nas sociedades ocidentais, o pensamento jurídico se fez em torno do poder real, a seu pedido e em seu proveito, para servir-lhe de instrumento ou de justificação. E, a partir desse período, a teoria do Direito se organizou em torno da soberania e desempenhou essencialmente o papel de fixar a legitimidade do poder soberano, a obrigação legal de obediência dos seus súditos, segundo assinala Michel Foucault (2008, p. 180).

E diversas são as teorias que buscaram justificar o poder de punir do Estado como decorrência do poder soberano, delas se ocupando diversos filósofos, como Kant, Hegel, Feuerbach, entre outros.

Michel Foucault inverte, contudo, a análise do discurso do Direito vinda desde a Idade Média. Em vez de buscar onde e como o poder de punir se fundamenta na soberania, como veio sendo apresentada pela teoria do Direito, preocupa-se em saber

como a punição e o direito de punir materializam-se em instituições locais, regionais e materiais, quer se trate do suplício ou do encarceramento, no âmbito ao mesmo tempo institucional, físico, regulamentar e violento dos aparelhos de punição. Em outras palavras, captar o poder na extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício (FOUCAULT, 2008, p. 182-186).

Na aula proferida no Collège de France, em 14 de janeiro de 1976, Foucault (2008, p. 179) declarou:

O que tentei investigar, de 1970 até agora, grosso modo, foi o como do poder; tentei discernir os mecanismos existentes entre dois pontos de referência, dois limites: por um lado, as regras do direito que delimitam formalmente o poder e, por outro, os efeitos da verdade que este poder produz, transmite e que por sua vez reproduzem-no. Um triângulo, portanto: poder, direito e verdade.

Adverte, contudo, Márcio Alves da Fonseca (2007, p. 30-31) que não há, em todo o conjunto das obras de Foucault, a elaboração de uma teoria geral do poder, uma vez que isso seria uma contradição com a sua própria concepção de poder, que se diferencia, drasticamente, daquelas comumente aceitas pela filosofia política e pela ciência histórica:

Essa contradição já é manifestada a partir mesmo da denominação daquilo que poderia ser uma “teoria do poder”. O elemento gramatical “do” supõe automaticamente um nome ao qual se refira. Isso faria do poder um termo relacionado a um correlato definido, a um objeto ou uma idéia definidos, passíveis de ser, ao menos, nomeados por uma palavra: poder. [...]. É a essa concepção ontológica de poder que Foucault opõe a sua idéia de relações de forças. O poder em si não existiria, mas sim feixes de relações de poder, de relações de forças.

Assim, a concepção de poder em Foucault não é aquela do poder emanado do soberano, certamente localizado em uma instituição ou conjunto delas, mas o poder como uma relação de forças que perpassa todo o tecido social, micropoderes que operam dentro de uma sociedade e que estão na base de toda a constituição do sujeito moderno. O autor procura demonstrar a existência de um poder punitivo dentro de diversas instituições, cujas atividades não são, em princípio, jurídicas.

Segundo esse pensador, essa nova mecânica de poder, que denomina de poder disciplinar, foi inventada pela sociedade burguesa nos séculos XVII e XVIII e é absolutamente incompatível com as relações de soberania.

Esse novo poder apresenta aparelhos, procedimentos e instrumentos bastante específicos e totalmente novos – instrumentos de pressão e controle – que foram essenciais à construção do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que lhe é correspondente, o que deveria ter causado o desaparecimento do edifício jurídico da teoria da soberania. “Mas, na verdade, a teoria da soberania continuou não só existindo como uma ideologia do direito como também organizando os códigos jurídicos inspirados nos códigos napoleônicos de que a Europa se dotou no século XIX” (FOUCAULT, 2008, p. 188).

Foucault (2005, p. 79) analisa a constituição do que vem a chamar de “sociedade disciplinar”, nascida por volta do final do século XVIII e início do século XIX e que se tornou mais perceptível a partir da reforma e da reorganização do sistema judiciário e penal que ocorreram em diferentes países da Europa e do mundo”.

O autor observa que, nesse período, paralelamente ao sistema de justiça calcado numa teoria penal, elaborada por Beccaria, Bentham, Brissot, entre outros, havia uma prática real e social, completamente

desvinculada dessa teoria que foi capaz de acarretar mudanças profundas no sistema político da época. Assim, ressalta que, ao mesmo tempo em que avançavam na construção de uma teoria da pena, havia uma efervescência social com diversas práticas de mecanismos de controle e vigilância que eram manejadas pela sociedade.

A reforma judiciária empreendida na Inglaterra a partir dessa nova teoria, por exemplo, alterou o sistema penal inglês com a reelaboração de sua lei penal, embora tenham sido mantidas quase intactas as suas instituições. Na França, ocorreram profundas mudanças nas instituições ainda que o conteúdo das leis não tenha sido alterado significativamente.

A reelaboração teórica do Direito Penal propunha uma nova conceituação do crime, que se afastava da concepção de falta moral ou religiosa, fazendo distinção, pois, entre as infrações à lei moral e à lei civil, sendo que a última deveria ser estabelecida no seio da sociedade pelo Estado, por meio de seu poder legislativo.

Há nessa época o início, por assim dizer, da elaboração do princípio da anterioridade da lei. Somente pode sofrer uma repreensão penal aquele que praticar uma conduta anteriormente definida como crime na lei. E tais leis, as leis civis, não poderiam simplesmente reproduzir, em termos positivos, as leis naturais, morais ou religiosas, mas representar o que seria útil à sociedade. Desse modo, a partir da concepção do crime, definiu-se o que seria o criminoso: aquele que danifica, que perturba a sociedade, ou seja, o inimigo social, o inimigo interno. E, se o crime deixou de ser uma afronta à moral e à religião, passando a ser uma perturbação da sociedade, a lei penal somente poderia permitir uma sanção que viesse reparar a perturbação causada à sociedade e impedir que outros praticassem o mesmo delito.

Sendo o crime uma perturbação social e o criminoso um inimigo da sociedade, a punição estabelecida pela lei civil não poderia prescrever uma mera vingança estatal, uma redenção do pecado. A finalidade da punição prevista pela lei penal somente poderia ser a reparação da perturbação causada à sociedade.

Desse modo, esses teóricos apontavam a possibilidade de aplicação de quatro tipos de pena. Uma delas, a deportação, fundava-

se na concepção de rompimento do pacto social conforme posto por Rousseau, com a autocolocação do criminoso à margem da sociedade.

A segunda pena seria o isolamento dentro do próprio corpo social. Seria a punição relativa ao escândalo, à vergonha, à humilhação de quem cometeu a infração. Para a aplicação dessa pena, haviam sido inventados mecanismos próprios para provocar esses sentimentos.

A terceira possibilidade punitiva seria o trabalho forçado, que consistia em obrigar o infrator a prestar uma atividade útil ao Estado ou à sociedade, de tal modo que o dano causado fosse compensado.

A quarta pena seria o talião – considerada por Kant como a melhor medida para a imposição da pena ao agressor, uma vez que garantia que o crime não fosse mais cometido tanto pelo criminoso quanto por outro membro da sociedade, já que a pena lhe serviria de exemplo.

Apesar das teorias da pena e da elaboração de leis que a consideravam, assinala Foucault que as sociedades industriais em vias de formação no início do século XIX adotaram outro sistema de penalidade em substituição àqueles anteriormente formulados: o encarceramento, pena, aliás, mencionada apenas *en passant* por Beccaria e Brissot. Segundo o autor:

A prisão não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII. Surge no início do século XIX, como uma instituição de fato, quase sem justificação teórica.

Não só a prisão – pena que vai efetivamente se generalizar no século XIX – não estava prevista no programa do século XVIII, como também a legislação penal vai sofrer uma inflexão formidável com relação ao que estava estabelecido na teoria (FOUCAULT, 2005, p. 84).

A prisão não era, durante o século XVIII, uma forma de punição, mas uma prática para-judiciária, uma ideia policial. Não significava uma resposta a um delito, mas visava a corrigir o comportamento, as atitudes dos indivíduos. Era, antes de tudo, uma prática social dissociada do poder punitivo. A prisão não decorria, portanto, da elaboração teórica calcada no poder soberano.

Na França, embora o rei pudesse ordenar a prisão de alguém por meio de um mero ato chamado *lettre-de-cachet*, geralmente esse ato era

solicitado por alguém da comunidade para resolver alguma desavença familiar – como prender a mulher que enganara o marido ou a filha que se prostituía –, solucionar problemas entre patrões e empregados, ou seja, era um instrumento de controle que a comunidade exercia sobre si mesma. Esse instrumento “consistia em uma forma de regulamentar a moralidade cotidiana da vida social, uma maneira do grupo ou dos grupos – familiares, religiosos, paroquiais, regionais, locais etc. – assegurarem seu próprio policiamento e sua própria ordem” (FOUCAULT, 2005, p. 97). Com a prisão, portanto, sancionavam-se condutas consideradas imorais, como o adultério, a sodomia, o alcoolismo; condutas religiosas julgadas perigosas e dissidentes, com as quais se prendiam então os feiticeiros; conflitos de trabalho, de greve dos operários.

Houve, segundo Foucault, uma apropriação por parte da burguesia e da aristocracia das formas de controle praticadas por essas camadas mais baixas da população, pela pequena burguesia. Apropriaram-se, por exemplo, da forma como os *quakers* e os metodistas – as comunidades religiosas dissidentes do anglicanismo inglês – controlavam seus fiéis. Havia, nesses grupos, além do controle moral e religioso, uma vez que controlavam a bebedeira, o adultério, a recusa de trabalhar de seus membros, uma preocupação com a proteção de seus pares contra as investidas do próprio poder real, já que a legislação penal era extremamente dura e não era muito difícil ser condenado por um dos crimes cuja pena prevista era a morte. Organizavam-se, assim, em sociedades de reforma moral que proibiam a prostituição, a embriaguez, o adultério, o roubo, ou seja, tudo aquilo que poderia servir de pretexto para a ação punitiva do Estado. Tratava-se, portanto, de grupos de autodefesa.

Apropriaram-se, também, dos grupos paramilitares, surgidos durante as primeiras agitações sociais ainda não proletárias – nos fins do século XVIII –, que tinham por função fazer reinar a ordem política, penal ou simplesmente a ordem em um bairro, cidade ou região, bem como das sociedades de polícia privada, constituídas por sociedades propriamente econômicas, para defesa de seus patrimônios, estoques, mercadorias, barcos, armazéns, oficinas.

Foram cooptados, assim, no final do século XVIII – pela aristocracia, pela Igreja e pelas pessoas mais ricas da sociedade –, esses grupos de autodefesa moral, de supressão de vícios, de vigilância e defesa, para a defesa de seus interesses próprios:

Tem-se, assim, um deslocamento social que indica perfeitamente como esse empreendimento de reforma moral deixa de ser uma auto-defesa penal para se tornar, ao contrário, um reforço do poder da própria autoridade penal. Ao lado do terrível instrumento penal que possui, o poder vai se atribuir esses instrumentos de pressão, de controle. Trata-se, de certo modo, de um mecanismo de estatização dos grupos de controle (FOUCAULT, 2005, p. 93).

O motivo pelo qual aqueles que detinham o poder lançaram mão desses mecanismos de controle situados no nível mais baixo da população foi, segundo Foucault, devido à “nova forma assumida pela produção”. A fortuna deixou de ser expressa na posse das terras, por espécies monetárias e passou a ser, no capitalismo, materializada em mercadorias, máquinas, oficinas, matérias-primas etc., que deveriam ser protegidas dos pobres, dos desempregados, dos que passaram a ter contato direto com essa nova riqueza. Havia de se evitar os roubos, a pilhagem dos armazéns, as depredações das oficinas. Era necessário, portanto, inventar mecanismos de controle para proteger essa nova fortuna, logo, se apropriaram de algo já existente e eficaz (FOUCAULT, 2005, p. 100). Do mesmo modo, com o aumento de pequenas propriedades rurais decorrente da divisão das terras, principalmente na França, a propriedade agrícola também ficaria sujeita a pilhagem e depredação.

A teoria penal que se desenvolveu no século XIX afastou-se da proposta anteriormente apresentada e formulada por Beccaria, que apontava para uma individualização das penas em função do tipo de crime e para a qual deveria haver uma correspondência entre a pena e o crime, já que a punição seria mais eficaz à medida que conseguisse lidar com as particularidades de cada crime. Nesses termos, a prisão significava um retrocesso, visto que recuperava, de certo modo, a uniformidade da punição que se verificava antes das reformas, com o suplício. A prisão passou a ser a forma geral de castigo.

Estabeleceu-se, em seu lugar, uma teoria da periculosidade, na qual a sociedade passou a considerar o indivíduo pela sua virtualidade e não pelos seus atos. Assim, o comportamento do indivíduo deveria ser controlado ainda no seu nascedouro, no momento mesmo em que esse comportamento estivesse se esboçando. Por tais motivos, não poderia a instituição penal “estar inteiramente em mãos de um poder autônomo: o Poder Judiciário”, ou seja, esse controle penal punitivo dos indivíduos quanto ao seu comportamento não pode mais ser feito pela própria justiça, mas por uma diversidade de outros poderes à margem dela:

É assim que, no século XIX, desenvolve-se, em torno da instituição judiciária e para lhe permitir assumir a função de controle dos indivíduos ao nível de sua periculosidade, uma gigantesca série de instituições que vão enquadrar os indivíduos ao longo de sua existência; instituições pedagógicas como a escola, psicológicas ou psiquiátricas como o hospital, o asilo, a polícia etc. Toda essa rede de um poder que não é o judiciário deve desempenhar uma das funções que a justiça se atribui neste momento: função não mais de punir as infrações dos indivíduos, mas de corrigir as suas virtuosidades (FOUCAULT, 2005, p. 86).

Para cumprir, pois, com tais funções, surgiram, no decorrer do século XIX, diversas instituições, como as escolas, as fábricas, os hospitais etc., cuja novidade, segundo Foucault, consistia em não se saber ao certo se eram ou não estatais, se integravam ou não o aparelho de Estado, sendo que no fundo o que era ou não estatal se confundia, entrecruzava-se no interior dessas instituições. Entretanto, ressalta o autor que, “mais do que instituições estatais ou não estatais, é preciso dizer que existe uma rede institucional de seqüestro, que é intra-estatal” (FOUCAULT, 2005, p. 115).

Surge, assim, a sociedade disciplinar, cujas características básicas são o modo de organização do espaço, do controle do tempo, da vigilância e registro constante do indivíduo e de sua conduta. Tais mecanismos de controle oferecem possibilidades de estudo a respeito do homem, ensejando o nascimento de determinados saberes – o da chamada Ciências Humanas. Constroem, pois, “métodos de observação, técnicas de registro, procedimentos de inquéritos e de pesquisa, aparelhos de verificação” (FOUCAULT, 2008, p. 186), em que o

exame é o modelo prioritário de estabelecimento da verdade. Por meio do exame,

instaura-se igualmente um modo de poder em que a sujeição não se faz apenas na forma negativa da repressão, mas, sobretudo, ao modo mais sutil do adestramento, da produção positiva de comportamento que definem o “indivíduo” ou o que deve ele ser segundo o padrão da “normalidade” (MUCHAIL, 2004, p. 61-62).

A vigilância apresenta-se como o traço característico básico das instituições disciplinares, por meio da qual se faz possível efetivar a função disciplinar exercida pelas chamadas instituições disciplinares. Foucault as denomina “instituições panópticas”, uma analogia que faz com o projeto de arquitetura prisional elaborado no final do século XVIII pelo jurista inglês Jeremy Bentham, denominado *Panopticon*. Por meio da vigilância, é possível perceber que o “poder disciplinar, ao invés de ser algo que se possui, é um mecanismo, é algo que funciona como uma máquina” (FONSECA, 2002, p. 177).

A descrição que Foucault faz desse modelo arquitetônico merece ser transcrita, uma vez que tal concepção – o panóptico – ultrapassa o projeto meramente arquitetônico, sendo também a descrição de um modelo de sociedade, um projeto que deve servir para escolas, casas de correção, fábricas, hospitais psiquiátricos. É a partir desse modelo, pois, que se analisará a sociedade disciplinar, a sociedade do panoptismo, assim chamada em oposição às sociedades propriamente penais que antes se conheciam. Ele foi descrito da seguinte forma:

O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel, no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível (FOUCAULT, 2002, p. 165-166).

As mudanças sociais que vinham se impondo à época eram denunciadas por autores contemporâneos ao surgimento das instituições disciplinares e do projeto do panóptico, como N.H. Julius, em *Lições sobre as Prisões*, mencionado por Foucault (2005, p. 106), que assinalava que as transformações que então se imprimiam não se restringiam apenas à arquitetura, mas se estendiam também à sociedade. O tipo de arquitetura proposto por Bentham era capaz de evidenciar as mudanças sociais mais profundas então em curso.

A sociedade moderna, ao transformar as suas necessidades, alterava também a sua arquitetura. Ao findar os espetáculos dos suplícios, não faziam mais sentido os pelourinhos e os patíbulos. A invisibilidade das masmorras deveria ceder lugar à constante visibilidade da prisão, do panóptico.

Também as relações humanas deveriam ser reguladas de uma forma inversa à do espetáculo: a arquitetura assegura que o espetáculo não seja dado ao maior número de pessoas, como nos suplícios, mas que os indivíduos sejam dados em espetáculo a um olhar vigilante. A arquitetura deixa de ser a mera manifestação de poder, percebida na construção dos palácios, da força, na construção das fortalezas, das divindades, na construção das igrejas, e passa a preocupar-se com a organização do espaço, com a sua organização política (FOUCAULT, 2008, p. 211).

Desse modo, para além do projeto arquitetônico, o panoptismo é o traço característico da nova sociedade na qual o poder é exercido constantemente sobre os indivíduos, em forma de vigilância contínua e individual, em forma de punição e recompensa, de formação, correção e transformação do indivíduo em função de determinadas normas. “Este tríplice aspecto do panoptismo – vigilância, controle e correção – parece ser uma dimensão fundamental e característica das relações de poder que existem em nossa sociedade” (FOUCAULT, 2005, p. 103).

Do ponto de vista político, o panóptico possibilita uma crítica ao poder monárquico, cujas punições ocorrem de modo espetacular e explicitamente violento e se revelam pouco eficazes e muito dispendiosas. O panoptismo, do ponto de vista econômico, é pouco onero-

so e produz grandes resultados, efetivando-se por meio “apenas de um olhar. Um olhar que vigia e que cada um, sentindo-o pesar sobre si, acabará por interiorizar, a ponto de observar a si mesmo; sendo assim, cada um exercerá esta vigilância sobre e contra si mesmo” (FOUCAULT, 2008, p. 218).

É estabelecida, assim, a partir do século XIX, uma nova forma de reclusão praticada pelas instituições disciplinares, que Foucault chama de sequestro e que teria por finalidade não a exclusão do indivíduo, mas a sua fixação. A escola fixa, segundo o autor, o indivíduo a um aparelho de transmissão de saber, a fábrica liga-o à produção, o hospital psiquiátrico, a um aparelho de correção, de normalização do indivíduo. O mesmo ocorre com a prisão. “Mesmo se os efeitos dessas instituições são a exclusão do indivíduo, elas têm como finalidade primeira fixar os indivíduos em um aparelho de normalização dos homens” (FOUCAULT, 2005, p. 114).

Essa reclusão moderna tem por objetivo extrair o tempo dos homens e transformá-lo em tempo de trabalho, tornar seus corpos em força de trabalho, criar um poder “polimorfo e polivalente” e um poder epistemológico.

Observa o autor que, em diversas dessas instituições, pode-se notar um poder econômico: oferece-se um salário em troca do tempo de trabalho, como acontece nas fábricas; um poder político, que estabelece regulamentos e toma decisões. Há, em todas elas, um poder judiciário.

Nestas instituições não apenas se dão ordens, se tomam decisões, não somente se garantem funções como a produção, a aprendizagem, etc., mas também se tem o direito de punir e recompensar, se tem o poder de fazer comparecer diante de instâncias de julgamento. Este micro-poder que funciona no interior destas instituições é ao mesmo tempo um poder judiciário. O fato é surpreendente, por exemplo, no caso das prisões, para onde os indivíduos são enviados porque foram julgados por um tribunal, mas onde sua existência é colocada sob a observação de uma espécie de micro-tribunal, de pequeno tribunal permanente, constituído pelos guardiões e pelo diretor da prisão, que da manhã à noite vai puni-los segundo seu comportamento. O sistema escolar é também inteiramente baseado em uma espécie de poder judiciário.

A todo momento se pune e se recompensa, se avalia, se classifica, se diz quem é o melhor, quem é o pior. Poder judiciário que, por conseguinte, duplica, de maneira bastante arbitrária, se não se considera sua função geral, o modelo do poder judiciário. Por que, para ensinar alguma coisa a alguém, se deve punir ou recompensar? Este sistema parece evidente, mas se refletimos, vemos que a evidência se dissolve; se lemos Nietzsche, vemos que se pode conceber um sistema de transmissão do saber que não esteja no interior de um aparelho do sistema de poder judiciário, político, econômico etc. (FOUCAULT, 2005, p. 120).

Essa sanção normalizadora, recurso de adestramento juntamente com a vigilância, tem uma forma peculiar de sanção. Punem-se não os delitos assim definidos pela lei, mas pequenos deslizos, atrasos, desatenções, inobservância a algumas regras internas da instituição. A finalidade dessa sanção é, conforme Márcio Alves da Fonseca (2002, p. 178), “[...] a criação de hábitos por meio do exercício, por meio da prática reiterada de condutas esperadas, aquilo a que visa esse tipo peculiar de sanção não é propriamente a uma punição, mas uma correção com vistas à normalização”.

A reclusão do século XVIII tinha por finalidade a exclusão do indivíduo do círculo social, reforçando-lhe a marginalização. Já a reclusão do século XIX, até mesmo com a prisão – “forma concentrada, exemplar e simbólica de todas as instituições de sequestro” – tem por finalidade a inclusão e a normalização (2005, p. 114).

Contudo, em que consiste a normalização? Há em Foucault, segundo Márcio Alves Fonseca, uma diferenciação entre lei e norma, mas não nos termos apresentados por Kelsen. Há, para este pensador, a lei, que implica uma normatividade a ela inerente, e há a norma, que se refere a uma comparação, a um critério de medida que está relacionada aos procedimentos técnicos de normalização:

Quanto à norma disciplinar, pode-se dizer que seja fundamentalmente um critério de comparação e de constituição das individualidades. Ela diferencia os indivíduos, uns em relação aos outros, em função de uma regra interna ao conjunto de que estes fazem parte. Essa regra aparece como uma média, uma medida a ser respeitada. A disciplina permite, através da norma, medir-se o “lugar” e o “valor” de cada indivíduo em relação à média do grupo em que está inserido. Ele permite medir sua “natureza”, não no sentido de uma essência a ser descoberta, mas no

sentido de um “estado” a ser percebido pela comparação com os outros indivíduos de seu grupo (FONSECA, 2002, p. 179-180).

A normalização disciplinar do indivíduo é obtida, pois, por meio da disciplina, do controle de horários, bem como das atividades que são alcançadas, como já mencionado, por meio da vigilância, da sanção e do exame.

O exame propicia a articulação das estratégias de poder com a constituição de saberes e permite a “constituição de uma individualidade marcada pela docilidade e pela utilidade, a constituição de um tipo de indivíduo, um indivíduo normalizado e enquanto tal, impossibilitado de ser sujeito autônomo” (FONSECA, 2002, p. 179).

A prisão, como uma das formas de punição, é um exemplo de instituição disciplinar, “de lugar de efetivação da norma como medida, lugar de produção de uma individualidade normalizada” (FONSECA, 2002, p. 180).

Desse modo, seria possível afirmar, com base na concepção de poder de Foucault, que os acordos realizados no âmbito da Justiça Restaurativa possam significar a “efetivação da norma como medida”, como sendo produtores de uma “individualidade normalizada”? Em outras palavras, a Justiça Restaurativa estaria cumprindo a função normalizadora do poder disciplinar? Em que medida, pois, pode-se observar nesses acordos a ação punitiva do Estado?

Seria a Justiça Restaurativa, de fato, um novo modelo de resolução de conflitos ou um modelo no qual possa ser notada a reverberação de antigas formas de controle e vigilância, atuando no âmbito dos comportamentos dos indivíduos, que foram, conforme demonstrado por Foucault, precursoras de um novo modelo punitivo no século XVIII, a própria prisão?

Enfim, a Justiça Restaurativa pode significar um esvaziamento do poder punitivo do Estado ou apenas apresenta um modo de controle já conhecido, mas que surge com uma nova roupagem?

Para tanto, há que se apresentar as características básicas da Justiça Restaurativa, o que será feito no próximo tópico.

3 A Justiça Restaurativa e suas variadas formas

Não se pode dizer que haja uma teoria acerca da Justiça Restaurativa, mas sim diversas práticas alternativas de resolução de conflitos a cujo respeito se busca estruturar uma teoria.

Não se insere, segundo os teóricos, no conceito de Justiça Restaurativa, toda e qualquer prática alternativa, mas, pelo menos em princípio, somente aquelas que se baseiam num procedimento de consenso das partes envolvidas no conflito, sendo primordial, pois, a participação ativa dos envolvidos na busca de uma conciliação.

Por se tratar de uma teoria em construção, o conceito de Justiça Restaurativa ainda é bastante fluido. Na expectativa de estabelecer uma conceituação, o Conselho da União Europeia, na decisão de 4 de julho de 2002, que criou a Rede Europeia de Pontos de Contacto Nacionais para a Justiça Restaurativa², por proposta feita pelo Reino da Bélgica, adotou a seguinte definição:

Art. 2º. Definição e formas de justiça restaurativa: Para efeitos da presente decisão, o termo “justiça restaurativa” refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infractor é realçada de uma maneira positiva. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata em que a reparação material e imaterial da relação confundida entre a vítima, a comunidade e o refractor constitui um princípio orientador geral no processo de justiça penal. O conceito de justiça restaurativa abrange um conjunto de idéias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos nas várias fases do processo penal ou com ele relacionado. Embora até à data a justiça restaurativa tenha encontrado expressão principalmente em diversas formas de mediação entre as vítimas e os infractores (mediação vítima-infractor), estão cada vez mais a ser aplicados outros métodos, como, por exemplo, o debate em família. Os governos, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, os serviços de apoio e assistência à vítima, os serviços de apoio ao infractor, os investigadores e o público estão todos implicados neste processo.

A proposta geral para os encontros restaurativos apresenta-se de maneira bastante simples: os interessados se reúnem a fim de, juntos,

² Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2009.

encontrar uma solução para o conflito. Nessas reuniões, vítima e autor do fato se encontram, juntamente com outras pessoas da comunidade e familiares, num ambiente tranquilo e neutro e, com a ajuda de um mediador ou facilitador, encontram um modo de reparar o dano sofrido pela vítima e de (re)integrar o autor à comunidade, visando ao estabelecimento de um futuro de paz.

Embora a ideia central seja o encontro dos envolvidos para a solução do conflito, como dito acima, as práticas e políticas de Justiça Restaurativa apresentam contornos muito próprios e exigem, pois, esforços dos teóricos para a sua conceituação. Divergem esses encontros não só quanto às pessoas envolvidas na solução do caso, como também aos objetivos que buscam alcançar.

Experiência desenvolvida na África do Sul, que será abordada a seguir, deixa a cargo das comunidades afetadas ligadas à vítima e ao infrator e aos próprios envolvidos a resolução dos conflitos. As soluções são dadas de acordo com os costumes locais, sendo os mediadores pessoas comuns e pertencentes à comunidade, não ligadas ao Estado, que, até bem pouco tempo, não recebiam pagamento pelos serviços que prestavam. Prevalece, nessas comunidades, a preocupação pela manutenção da coesão do grupo.

Há experiências no Canadá e nos Estados Unidos, contudo, em que a preocupação dos encontros tem recaído, ultimamente, segundo Jan Froestad e Clifford Shearing (2005, p. 87), na compensação do dano pelo infrator e na prestação de serviços à comunidade. Estes autores criticam os atuais procedimentos norte-americanos e canadenses por entender que eles têm-se distanciado de um dos valores centrais da Justiça Restaurativa, qual seja, a reconciliação vítima-infrator, uma vez que estão mais preocupados com a compensação do dano, desvirtuando a proposta restaurativa. Chamam a atenção para o fato de que a alteração da nomenclatura de “Programas de Reconciliação Vítima-Infrator” para “Programas de Mediação Vítima-Infrator” e a prevalência da restituição como objetivo principal ameaçam a credibilidade da proposta: os programas começaram a ser chamados pela sociedade, jocosamente, de “agência de cobrança” para vítimas.

Tamanha diversidade de experiências traz desafios para a sua conceituação. E a diversidade não se verifica apenas entre diferentes

países, mas, dentro de um mesmo país, há práticas alternativas distintas de equacionamento de conflitos penais.

Leonardo Sicca (2007, p. 17) adverte que “o essencial é definir o que ‘não pode ser’ Justiça Restaurativa”, chamando a atenção para o fato de que não se trata de definir e investigar uma simples teoria, mas um novo paradigma.

Entre as práticas de resolução de conflito, quais, enfim, podem ser consideradas uma prática restaurativa?

Para Mylène Jaccoud (2005, p. 163), a Justiça Restaurativa não é mais um paradigma unificado, como foi na década de 1980, podendo ser considerada um “modelo eclodido”. Desse modo, a autora considera que, dentro da própria Justiça Restaurativa, podem ser percebidos três modelos bastante claros: um modelo centrado nas finalidades, outro nos processos e um terceiro centrado nos processos e nas finalidades.

No primeiro, centrado nas finalidades – que a autora chamará de “perspectiva máxima de justiça restaurativa” –, mostra-se irrelevante o procedimento a ser adotado para a solução do conflito. O essencial, para essa corrente, não são os meios, mas os fins a que se visa: a restauração das consequências psicológicas, simbólicas e materiais advindas do fato delituoso. Desse modo, entende ser possível a participação de membros do Estado nos encontros restaurativos e, até mesmo, a realização de uma arbitragem para alcançar os fins almejados. Não vê problema também no fato de o encontro ser realizado sem a presença de qualquer uma das partes, por recusa ou impossibilidade em participar do encontro. Para esse modelo, portanto, a finalidade restaurativa é central.

Para a segunda tendência, centrada nos processos, é o modo de desenvolvimento dos encontros que os caracteriza como restaurativos ou não, e não a sua finalidade. Desse modo, imprescindível que deles participem a vítima, o infrator e a comunidade envolvida, e que negociem uma solução para o caso, podendo ser imposta, até mesmo, uma sanção de caráter retributivo.

Jaccoud (2005) considera, por fim, mais purista e com uma visão mais restrita o terceiro modelo, centrado nos processos e nas fi-

nalidades, já que a solução do conflito deve ser alcançada por meios negociáveis e com finalidades restaurativas. Entende a autora que, por ser necessária a boa vontade das partes envolvidas nos encontros, esse modelo reduz o potencial de ação da Justiça Restaurativa. Ela denomina tal corrente de “perspectiva minimalista”.

Uma definição de Justiça Restaurativa a partir do último modelo, centrado nos processos e nas finalidades, pode ser vista em Chris Marshall, Jim Boyack e Helen Bowen (2005, p. 270):

Justiça Restaurativa se relaciona com um processo em que os afetados por uma ação anti-social se reúnem, num ambiente seguro e controlado, para partilhar seus sentimentos e opiniões de modo sincero e resolverem juntos como melhor lidar com suas conseqüências. O processo é chamado “restaurativo” porque busca, primariamente, restaurar, na medida do possível, a dignidade e o bem-estar dos prejudicados pelo incidente.

Para Jaccoud (2005), o segundo modelo – centrado no processo – corrompe os princípios fundadores da Justiça Restaurativa, sendo inconcebível que uma prática que se queira restaurativa estabeleça como solução do conflito uma sanção retributiva, com o encarceramento do infrator, por exemplo.

Ela reconhece apenas nos dois outros modelos o caráter restaurativo, tendo, principalmente o modelo centrado na finalidade (perspectiva maximalista da Justiça Restaurativa), segundo sua concepção, condições de ampliar o espectro de ação da Justiça Restaurativa e “transformar a racionalidade penal”. Esse modelo “tem também a vantagem de desfazer a idéia preconcebida de que a Justiça Restaurativa equivale a encontros entre os contraventores e as vítimas e que, fora de tais encontros, nenhuma forma de justiça restaurativa é previsível” (JACCOUD, 2005, p. 170-172).

Os tipos de acordos alcançados pelos encontros restaurativos são bastante variados. Contudo, a depender da concepção adotada de Justiça Restaurativa, o que inclui também a percepção que se tem dos atores envolvidos no conflito, podem-se verificar procedimentos que privilegiam a reparação dos danos materiais ou a resolução do conflito que desencadeou o ato agressivo, ou, ainda, a conciliação ou reconci-

liação dos envolvidos, ou seja, a recuperação da harmonia que havia antes do evento danoso.

Menciona Jaccoud (2005) que, quando se atribui ao infrator toda a responsabilidade pelo evento, geralmente o que se busca com o acordo é a reparação do dano material. Esta constitui uma concepção diametralmente oposta à das correntes que entendem que nos conflitos pode haver compartilhamento de responsabilidades. Nestes casos, os acordos buscam a conciliação, a reconciliação ou a recuperação dos laços anteriormente existentes. E o que menos importa é a reparação do dano material ocasionado, mas, sim, as atitudes e os comportamentos das pessoas envolvidas.

Partindo, pois, dos modelos acima descritos e adotando uma concepção maximalista, Jaccoud (2005, p. 168-169) define a Justiça Restaurativa como “uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as conseqüências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito”.

O modelo de Justiça Restaurativa defendido por Mylène Jaccoud certamente contrasta com o apresentado por Jan Froestad e Clifford Shearing. Os dois últimos entendem, segundo já posto acima, como desvirtuamento da Justiça Restaurativa os procedimentos que privilegiam as restituições materiais em detrimento da reconciliação vítima-infrator, bem como as prestações de serviços à comunidade como forma de punição. Recusam-se a aceitar procedimentos cuja solução encontra-se centralizada nas mãos dos profissionais envolvidos, e não nas das partes em conflito (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 86-87).

Acreditam Froestad e Shearing que o potencial restaurativo variará a depender do modelo adotado, enfraquecendo-se à medida que a seleção dos conflitos seja realizada pelo próprio sistema de justiça criminal e quando os profissionais envolvidos na solução do conflito passam a dominar as reuniões restaurativas. Sustentam que:

os programas que priorizam a tomada de decisão com base no conhecimento local e na capacidade têm maior potencial restaurativo que programas nos quais a resolução de problemas está circunscrita por defi-

nições e categorias formuladas em outros lugares, ou que se apóiem em maior grau nas habilidades de profissionais ou peritos para alcançar soluções (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 90-91).

Defendem a hipótese de que a Justiça Restaurativa carece de estratégias mais inovadoras numa perspectiva de fortalecimento da capacidade de gestão da segurança pelas comunidades envolvidas.

Acredita-se, portanto, que o conceito de Justiça Restaurativa será construído na medida em que forem se aprofundando e aperfeiçoando as práticas restaurativas e os estudos teóricos a seu respeito. As arestas serão aparadas no processo dialético entre teoria e prática, constituindo essa definição um grande desafio para os pioneiros estudiosos do tema.

E, embora se perceba uma rejeição entre os teóricos à produção de amarras, no sentido de uniformização das práticas e consequentemente do conceito, dada justamente a pluralidade social, verifica-se que há uma preocupação em estabelecer valores e pressupostos a serem observados nos encontros restaurativos, até para que não ocorram desgastes do termo nem haja descrença nas experiências que vêm sendo construídas.

3.1 Alguns modelos de Justiça Restaurativa em construção: experiências vividas na Nova Zelândia e na África do Sul

É importante apresentar as experiências vivenciadas na Nova Zelândia e na África do Sul, que, além de diferentes entre si, são também bastante diversas da experiência brasileira.

Ao mencionar o termo “Justiça Restaurativa”, rapidamente se remete às experiências realizadas na Nova Zelândia e no Canadá, embora tal prática possa ser encontrada em diversos países, como Austrália, Estados Unidos, Colômbia, Chile, Argentina, Peru, Brasil, África do Sul e diversos países da Europa, nestes últimos, porém, de forma menos expressiva. A disseminação desse novo modelo se deve, em boa parte, à atuação da Organização das Nações Unidas (ONU), que formulou recomendações aos seus integrantes para a adoção de práticas restaurativas para a solução de conflitos penais.

O modelo desenvolvido na Nova Zelândia surgiu de forma apartada do Estado e só mais recentemente, em 2002, recebeu sanção estatal com a aprovação de três leis: a Lei das Sentenças, a da Liberdade e a dos Direitos da Vítima, segundo Chris Marshall (MARSHALL; BOYACK; BOWEN, 2005, p. 267).

O movimento surgiu como uma reação da comunidade principalmente contra a seletividade do sistema criminal e contra o processo penal, uma vez que os jovens da comunidade Maori eram os mais atingidos pelo sistema, e suas famílias eram excluídas da busca de soluções para o conflito, o que contrariava a prática tradicional desse povo, realizada, principalmente, antes da instalação do modelo ocidental de sistemas judiciais.

A comunidade não via sentido nas sanções aplicadas aos jovens, principalmente nas penas de prisão, por isolar o infrator de todo contato social e familiar. “As famílias (*whanau*) são fundamentais para a identidade e auto-estima, e os Maori procuraram formas pelas quais os *whanau* poderiam desempenhar um papel mais significativo na reabilitação e reintegração dos menores infratores” (MARSHALL; BOYACK; BOWEN, 2005, p. 267).

O primeiro resultado surgiu com a criação da Lei das Crianças, Jovens e suas Famílias, em 1986, representando um rompimento com o modelo anterior. A responsabilidade para encontrar a solução para o conflito passou a ser também das famílias, que deveriam, de todo modo, ser assistidas, desenvolvendo-se todo o processo na chamada “reunião de grupo familiar” (*family group conferences*).

Os jovens infratores podem ser encaminhados, inclusive pela polícia, para participar das reuniões restaurativas. Essas reuniões familiares são organizadas, segundo Gabrielle Maxwell (2005, p. 281), “por coordenadores da justiça juvenil (*Youth Justice Coordinators – YJC*) empregados pelo Departamento de Bem-Estar Social – Serviços de Crianças, Jovens e Família (*Child Youth and Family Services – CYFS*)”. São os assistentes sociais, pois, os facilitadores dos encontros; além de prepará-los, deles participam, tendo por função zelar para que de fato o encontro seja restaurativo, ou seja, para que os valores que embasam a Justiça Restaurativa sejam respeitados.

Ainda segundo Maxwell, participam das reuniões familiares os jovens infratores e vítimas, suas respectivas famílias, até mesmo membros da família estendida e outros partidários, um representante da polícia e o facilitador, podendo, se for o caso, contar com a participação de um advogado de jovens. Descreve a autora o desenvolvimento do encontro:

Geralmente a reunião restaurativa terá início com as apresentações, seguidas por uma discussão sobre o que aconteceu. Então, serão investigadas as opções prováveis de resposta antes de o jovem e sua família se retirarem para que se desenvolva um plano. Na fase final da reunião restaurativa, todos se reúnem novamente para discutir o plano proposto, modificá-lo conforme apropriado e chegar a um acordo sobre sua forma final (MAXWELL, 2005, p. 281-282).

A partir dos dados de uma pesquisa realizada para a avaliação do sistema de Justiça Restaurativa na Nova Zelândia, chegou-se à conclusão de que as reuniões de grupos familiares são amplamente restaurativas, apesar de ser constatado um afastamento do que consideram ser a “melhor prática”:

[...] apenas cerca de metade das vítimas e dos jovens sentiu-se verdadeiramente envolvida na tomada de decisão, alguns resultados restritivos/punitivos foram vistos em cerca de metade das reuniões e a provisão de serviço de reabilitação e reintegração foi muito abaixo das necessidades informadas pelos jovens. Isso foi especialmente desvantajoso na área da educação e treinamento, onde a falta de qualificações educacionais e de habilidades vocacionais foi fortemente relacionada à reincidência e a resultados de vida negativos (MAXWELL, 2005, p. 282).

Posteriormente à experiência com os jovens infratores, o modelo foi adotado para a solução de conflitos entre adultos, iniciando-se com três projetos pilotos. O primeiro grupo comunitário de Justiça Restaurativa, *Te Oritenga*, foi fundado em 1995. “Era constituído por trabalhadores sociais, religiosos, professores, advogados e várias outras pessoas com interesse na comunidade e foi encorajado em seus trabalhos por juízes e advogados simpatizantes” (MARSHALL; BOYACK; BOWEN, 2005, p. 268).

Assim, até 2005, já havia dezenove programas restaurativos estabelecidos em toda a Nova Zelândia, administrados pela comunidade, sendo alguns deles geridos pelos Maoris, com foco em clientes

Maoris, mas não exclusivamente. Embora todos trabalhem com os casos indicados pela Circunscrição Judicial, cada projeto tem as suas especificidades funcionais. E de alguns participam policiais, a maioria não aceita indicação de casos que envolvam violência familiar, outros lidam com casos que envolvem roubo qualificado, ameaça de morte, morte em acidente de trânsito, direção em estado de embriaguez, danos, furtos, invasão de domicílios, entre outros.

Foi lançado, em 2001, segundo Maxwell (2005), outro projeto piloto, administrado pelo Departamento para Tribunais, cujos encaminhamentos são feitos por magistrados, estando excluídas das indicações as infrações de violência doméstica e as sexuais. Nesse novo modelo, a indicação é feita após a confissão de culpa pelo infrator e a aceitação da vítima em participar do procedimento restaurativo. A vítima, e não os facilitadores, assume papel de destaque na proposição do acordo. O relatório da reunião será entregue ao juiz e ao promotor, que o considerará na aplicação da pena, adotando-o total ou parcialmente. Pode ainda o juiz suspender o processo penal até o cumprimento do plano pelo infrator e, após o relatório final do grupo restaurativo, poderá dispensá-lo ou condená-lo. “Os objetivos explícitos destes pilotos são oferecer resultados melhores às vítimas, aumentar sua satisfação com o sistema de justiça criminal e reduzir a reincidência” (MAXWELL, 2005, p. 288).

Embora a prática restaurativa para adultos surja a partir da experiência dos grupos de famílias, foram estabelecidos para eles procedimentos diferentes. No caso dos jovens infratores, eles são, por lei, obrigados a comparecer aos encontros restaurativos independentemente do comparecimento da vítima, e o principal objetivo é sua reintegração às respectivas famílias e comunidades, enquanto os grupos destinados à resolução de conflitos que envolvem adultos estão mais focados nas vítimas, e a participação tanto do infrator quanto da vítima é voluntária.

Assim, com base nas experiências comunitárias e com a edição de leis, lançamento de projetos pilotos e treinamento de pessoal – formação de facilitadores –, o Estado entrou na seara dos encontros restaurativos; com o avançar do programa, passou-se a discutir a importância do estabelecimento de uma agência nacional de certificação que pudesse “prescrever padrões de práticas aceitáveis” e, após longos

debates, “o sistema de Justiça Restaurativa na Nova Zelândia optou por uma abordagem baseada em valores para definir os padrões da boa prática” (MAXWELL, 2005, p. 269).

Desse modo, em 2003 foi adotada na Nova Zelândia uma declaração que dispõe sobre o processo e os valores na Justiça Restaurativa. Interessante sublinhar que a Justiça Restaurativa é utilizada como termo genérico que serve para designar as diversas abordagens do delito que intencionam ir além da condenação e da punição: a Justiça Restaurativa se propõe a abordar as causas e as consequências do crime, sejam elas pessoais, relacionais ou sociais, podendo ser utilizada para a resolução de conflitos nas mais diversas esferas, tais como a familiar, a escolar, a profissional e até mesmo no sistema judicial.

Afasta-se, portanto, a ideia de que haja um único modelo de Justiça Restaurativa capaz de restaurar as consequências do delito e são reconhecidas como restaurativas as práticas que garantem a participação dos envolvidos (vítimas, infratores e comunidades interessadas), o respeito mútuo, a honestidade, a humildade, a interconexão – que consiste em reconhecer os laços comunais que unem vítima e infrator e a responsabilidade que tem a comunidade pelos seus membros, para ajudar a vítima a se restaurar e o infrator a se reintegrar à comunidade –, a responsabilidade do infrator para responder pelos danos causados, o “empoderamento” e a esperança.

Importante observar que, quando Maxwell trata do “empoderamento”, refere-se à devolução de poder às vítimas: poder de autonomia e autodeterminação que lhes fora retirado pelo crime. Já quanto aos infratores, refere-se ao poder que têm de “responsabilizar-se por suas ofensas, fazer o possível para remediar o dano que causaram, e iniciarem um processo de reabilitação e reintegração” (MAXWELL, 2005, p. 273).

A Rede de Justiça Restaurativa da Nova Zelândia estabeleceu, portanto, valores que devem reger os encontros restaurativos, sem os quais considera não se caracterizarem como tais. Nesses termos, um encontro só pode ser considerado restaurativo se (MAXWELL, 2005, p. 273-76): a) for guiado por facilitadores competentes e imparciais, responsáveis por assegurar o equilíbrio de poder, ou melhor, a eles compete tratar adequadamente o desequilíbrio de poderes existente

entre as partes envolvidas; b) esforçar-se para ser inclusivo e colaborativo. Espera-se que os facilitadores colaborem e não determinem os resultados, ainda que sejam funcionários da Justiça, advogados, policiais etc. A participação dessas pessoas não pode tornar inertes e passivos os atores diretamente envolvidos no conflito; c) requer a participação voluntária. Tanto o processo quanto os encontros devem ser voluntários. Ninguém pode ser coagido a participar ou continuar participando de um encontro restaurativo; d) fomentar um ambiente de confidencialidade, uma vez que a revelação das informações confidenciais nos encontros pode causar mais vergonha ou dano à pessoa que de boa-fé a expôs; e) reconhecer convenções culturais por não se poder exigir que alguém participe de um foro que atente contra suas convicções culturais, tradicionais e sociais; f) enfocar necessidades, ou seja, o encontro deve ser capaz de explicitar as consequências, as necessidades advindas com o resultado do crime, o quanto as pessoas foram afetadas pelo ato delituoso. Não é objetivo do encontro a imputação de culpa ou vergonha ou, simplesmente, a reparação material do dano, sem a reparação simbólica; g) demonstrar respeito autêntico por todas as partes, considerando a dignidade intrínseca de cada um dos participantes. Não é restaurativo o processo se, por acaso, houver desrespeito aos envolvidos, podendo ele ser de qualquer ordem: ético, religioso, cultural, de gênero ou sexual; h) validar a experiência da vítima, aceitando-se, sem censura ou crítica, suas ponderações, sentimentos e perdas; i) esclarecer e confirmar as obrigações do infrator. No transcorrer do encontro devem ser identificadas e afirmadas as obrigações do infrator com a vítima e com a comunidade. O infrator deve ser convidado, mas nunca compelido, a aceitar as obrigações, devendo o processo facilitar a identificação de opções para sua libertação; j) visar resultados transformativos, ou seja, a cura da vítima e a reintegração do infrator; k) observar as limitações dos processos restaurativos, por não ser a Justiça Restaurativa um substituto para o sistema de justiça criminal, mas apenas um complemento. Há, ainda, que reconhecer suas limitações, uma vez que não é possível por seu intermédio atender a todas as necessidades pessoais ou coletivas.

Para a apresentação do modelo sul-africano, trabalhou-se com as informações contidas no artigo de Jan Froestad (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 79-124). Este modelo, segundo os autores,

iniciado com a comunidade Zwelethemba – uma comunidade pobre e marginalizada, próxima à Cidade do Cabo –, tinha como objetivo inicial fortalecer a posição dessa comunidade na gestão da segurança em nível local e recebeu, desde o princípio, o patrocínio do Ministério da Justiça (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 91).

Havia um grande descontentamento da comunidade tanto com a atuação dos chamados “fóruns populares”, que surgiram durante o *apartheid*, quanto com a lentidão com que ocorriam as mudanças na transição para o regime democrático. Foi uma aposta do Estado nos mecanismos locais e populares para a gestão da segurança da comunidade e estabeleceu-se, assim, um processo chamado de “pacificação”. Os conflitos entre membros da comunidade passaram a ser resolvidos nas “reuniões de pacificação”, cujos “Comitês de Paz” são integrados por pessoas que, conforme acreditam os membros da comunidade, terão conhecimento e capacidade para encontrar uma solução que, pelo menos, reduza a probabilidade de que o conflito perdure.

Os envolvidos nos conflitos são considerados “participantes” e não “vítima” ou “infrator”, isso por entenderem que a distinção entre vítima e infrator serve para separar, excluir e pré-julgar e por acreditarem, também, que, dentro da história do conflito, pode haver uma mudança de papéis, ou seja, o infrator de agora pode ter sido a vítima de ontem.

Tais indivíduos empenham-se na busca dos motivos desencadeantes do ato conflituoso que se apresenta ao Comitê, esperando-se que, com os acordos, possam resolvê-los; pois, caso contrário, haverá grande chance de reincidência. Todo o discurso restaurativo tem o foco na garantia do bom relacionamento futuro, embora aleguem que o objetivo não seja uma transformação emocional dos indivíduos envolvidos, tampouco a reintegração, mas a garantia de um futuro melhor, um futuro de paz para os envolvidos e suas comunidades.

A reintegração não é uma meta porque pressuporia que outra teria havido uma integração, um sentimento de pertença, o que nem sempre é o caso. Desse modo, almeja-se o estabelecimento de um futuro de paz que pode ser alcançado por um acordo mediante o qual, simplesmente, os envolvidos se comprometam a não mais con-

viverem, a se evitarem no futuro e esforçar-se para que isso aconteça (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 94).

Em virtude do grande número de reuniões realizadas, os pacificadores vão se especializando na tarefa de antecipar as dificuldades do caso e facilitar o encontro de soluções, o que, segundo Froestad, cria uma dificuldade potencial, uma tensão com os princípios restaurativos devido à possibilidade de criação de uma hierarquia de formas de conhecimento, o que pode acarretar uma distorção nos valores e caminhar para a conclusão equivocada de que a função de intermediação só pode ser exercida por peritos. “Os pacificadores podem vir a pensar sobre si mesmos e em suas capacidades como mais importantes do que as vozes e experiências dos membros da comunidade local” (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 100).

Aliada à questão da especialização, surge a da sustentabilidade do programa. Inicialmente os integrantes dos Comitês não recebiam qualquer contraprestação por seus serviços. Relatam que havia reações de seus familiares, que preferiam que estivessem trabalhando em outro local e recebendo pelos serviços a que integrassem os Comitês de Pacificação. Passaram, então, os pacificadores a receber uma quantia pequena por reunião de que participassem. Não há um salário, mas o pagamento de uma taxa de serviço por reunião realizada, devendo ser dividida pelo número de participantes, que pode chegar a vinte ou mais pessoas, o que não é suficiente para o sustento da família, mas significa uma grande ajuda financeira.

O temor quanto à implementação de um trabalho assalariado é que venha a causar os mesmos fracassos de programas anteriores: o estabelecimento dos peritos e a dotação de poder.

3.2 A experiência brasileira na constituição da Justiça Restaurativa

No Brasil, a implantação da Justiça Restaurativa se deu por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, que, juntamente com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, em 2004, implantou três projetos pilotos no país: um em Bra-

sília, no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirante, outro em São Paulo, na Vara de Infância e da Juventude de São Caetano do Sul, e um terceiro em Porto Alegre, na Vara da Infância e da Juventude, com competência para executar as medidas socioeducativas.

São projetos com abrangências e abordagens distintas em razão de diversos fatores, entre eles, público-alvo, localidade e competências.

O projeto de Brasília é o único a trabalhar com adultos. Os demais trabalham com crianças e adolescentes, sendo que a experiência em São Paulo é desenvolvida também nas escolas, numa parceria com a Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, que se intitulou “Justiça e Educação: parceria para a cidadania” (BRASIL, 2007).

Inicialmente, participavam do projeto três escolas de nível médio, mas, em razão dos resultados satisfatórios obtidos com as práticas restaurativas, em 2006 o projeto foi ampliado, passando a contar com a Escola Paulista da Magistratura, estendendo-se para as cidades de Guarulhos e São Paulo – mais especificamente para a região de Heliópolis, considerada a maior favela da cidade de São Paulo (BRASIL, 2007, p. 16-17), contando, ainda, com a adesão de um número maior de escolas.

Em Guarulhos, o projeto de Justiça Restaurativa se valeu de experiências anteriores de movimentos sociais em defesa dos direitos das crianças e adolescentes que já apresentavam propostas de apoio às escolas com o objetivo de prevenir e combater a violência.

A Vara da Infância e da Juventude nesta cidade também já trabalhava em parceria com as Faculdades Integradas de Guarulhos, com um projeto de mediação. Os mediadores eram voluntários, professores, ex-alunos ou não, formados em diversas áreas do conhecimento – Direito, Psicologia, Assistência Social e Pedagogia – que foram capacitados pelo Tribunal de Justiça do Estado para atuar como mediadores na resolução de conflitos de atos infracionais de natureza leve e também em conflitos familiares e, “desde o início, já tinha o enfoque das práticas restaurativas” (BRASIL, 2007, p. 22-23).

Heliópolis já contava com uma organização de moradores bastante atuante que desenvolvia diversos projetos sociais – muitos em

parceria com a iniciativa privada, organizações não governamentais e igrejas – nas áreas de saúde, educação de crianças, jovens e adultos, atendimento jurídico, inclusão digital, biblioteca, criação e funcionamento de uma rádio e de TV comunitárias, posto de policiamento comunitário, instituto de música, que tiveram grande responsabilidade na redução do percentual de violência, incluindo no de homicídio. Contudo, apesar de todo esse esforço comunitário, o índice de pobreza e violência permanece alto, estando principalmente os jovens, que representam 50% da população local, em estado de grande vulnerabilidade, o que, sem dúvida, justificaria uma atuação da Justiça Restaurativa também no espaço escolar.

O projeto Justiça e Educação se inseriu, portanto, em espaços já previamente geridos (ocupados) pelas respectivas comunidades, minimamente organizadas, com um histórico de reivindicações políticas, culturais e sociais para a ocupação e reconhecimento de seu lugar na sociedade. A proposta de atuação do projeto de Justiça Restaurativa somou-se aos anseios da comunidade no combate à violência e ganhou espaço, certamente, por se apresentar como uma proposta de resolução pacífica dos conflitos em comunidades já desgastadas com ações violentas, quer de infratores, quer do Estado.

O grupo de facilitadores de “Práticas Restaurativas” que atuam nessas comunidades é formado por educadores das escolas envolvidas, estudantes, pais de alunos, representantes da comunidade e de ONGs, assistentes sociais ligadas ao Fórum e ao Conselho Tutelar que foram capacitados pelo Tribunal de Justiça para utilizar as técnicas restaurativas durante a realização dos círculos restaurativos.

Os círculos restaurativos podem ter início nas escolas, nas comunidades ou ainda no Fórum, a depender da situação. Nas escolas, são tratadas as situações de natureza meramente disciplinar ou atos infracionais de natureza leve. No primeiro caso, após a realização dos círculos, os respectivos relatórios são encaminhados ao Fórum e, após serem homologados pelo juiz, são arquivados. Na hipótese de atos infracionais, o Ministério Público pode conceder a remissão e, se homologada, o caso é arquivado. O mesmo tratamento é dado para as questões iniciadas pela comunidade.

Quando o caso tiver início pela lavratura de um boletim de ocorrência, que será encaminhado ao Ministério Público, o círculo restaurativo poderá ser feito no Fórum, na escola ou na comunidade, cujo relatório será homologado. Havendo qualquer motivo que impeça que todo o procedimento restaurativo se conclua, na hipótese, por exemplo, de os envolvidos não conseguirem chegar a um acordo, o problema passará a ser tratado pelo sistema tradicional de justiça, com o oferecimento de representação pelo Ministério Público (BRASIL, 2007, p. 50). Quando realizado pela comunidade, o círculo pode ocorrer na sede do Conselho Tutelar, da associação de moradores (União de Núcleos Associações e Sociedades de Moradores de Heliópolis – UNAS) e de organizações não governamentais, para onde podem se deslocar o juiz e o promotor para o encontro.

O encaminhamento de uma questão para o círculo restaurativo depende, primeiro, de que se trate de um ato infracional de menor potencial ofensivo e de que o Ministério Público, o juiz, a Defensoria Pública e um integrante da equipe técnica do Fórum concluam que o caso pode ser tratado pela Justiça Restaurativa. Segundo, depende de que o adolescente concorde com que o problema seja encaminhado para o círculo restaurativo, e assim consinta o seu responsável, e que assuma a autoria do ato. Há, ainda, de se ter o consentimento da vítima.

Antes da realização do círculo restaurativo, há o que chamam “pré-círculo”, quando o facilitador entra em contato com os envolvidos, marca um encontro separado com o autor do ato e outro com a vítima, explica detalhadamente o procedimento, escuta-os e define, juntamente com eles, o tema a ser abordado pelo círculo. Somente após essa etapa é que será realizado o círculo restaurativo, do qual participarão, como já mencionado, amigos, parentes, professores etc. O objetivo do encontro é a realização de um acordo, cujo cumprimento será acompanhado e posteriormente avaliado no chamado “pós-círculo”.

Praticamente o mesmo procedimento é adotado pelo projeto piloto em andamento em Brasília-DF, intitulado “Projeto Justiça Restaurativa – Comunidade e Justiça em Diálogo”, conduzido pelo Juizado Especial de Competência Geral do Núcleo Bandeirante.

As infrações a serem encaminhadas para os encontros restaurativos são previamente selecionadas entre as de menor potencial ofensivo e analisadas pela Promotoria, pelo juiz e por uma equipe técnica. E, somente após essa fase, as pessoas envolvidas no conflito serão consultadas pela equipe técnica a respeito de seu interesse em participar do procedimento restaurativo³.

É pressuposto para a realização dos encontros, portanto, tanto no modelo desenvolvido em São Paulo quanto em Brasília, que os envolvidos queiram dele participar e, para tanto, devem aceitar as “regras do jogo”.

A primeira delas é, por assim dizer, a confissão do infrator: o encontro restaurativo só ocorrerá se a autoria do delito for assumida pelo infrator. Em assim sendo, não há, nos encontros restaurativos, espaço para a discussão da autoria. Ela é certa. Dos encontros deverá sair a solução do caso, dada pela vítima e pelo infrator, com a participação dos mediadores e, em algumas oportunidades, por membros da comunidade.

O acordo feito pelos envolvidos é encaminhado ao Ministério Público e, posteriormente, ao juiz, que o homologará. Se não houver composição dos envolvidos, a qualquer tempo, o processo retornará ao juiz e será dado o processamento e julgamento nos termos dos Códigos Penal e de Processo Penal. Cumpre salientar, contudo, que o fato de ter assumido a autoria do crime e as demais tratativas ocorridas nos encontros na tentativa de restauração não serão considerados para o julgamento do processo.

Com o encontro restaurativo, portanto, o infrator se desvencilha de um processo gerido unicamente pelo Direito Penal e Processual Penal tradicional e, possivelmente, de penalidades mais severas. De todo modo, o infrator está submetido a um controle. E é esse tipo de controle e o seu significado que serão discutidos no próximo tópico.

Cabe relacionar, para melhor sistematização, as características básicas da Justiça Restaurativa, ainda que sejam bastante diversifica-

³ Informações extraídas de *folder* elaborado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios et. al. *Projeto justiça restaurativa: comunidade e justiça em diálogo*.

dos as práticas e os conceitos adotados pelas mais diversas correntes: não se apresenta como uma substituição ao chamado modelo retributivo, mas sim como um complemento, prevalecendo a informalidade; é um procedimento voluntário; o autor do ato e a vítima são as pessoas centrais do procedimento restaurativo e assumem uma participação ativa para o encontro de soluções para o caso; os mediadores geralmente não são juristas e, às vezes, são membros da própria comunidade afetada ou a que pertence uma das partes; dá-se ênfase a resultados mutuamente acordados, sem guardar estrita obediência às leis, embora devam ser respeitados os traços culturais das pessoas envolvidas e as regras de direitos humanos; buscam, algumas vertentes, a reconciliação da vítima e do infrator, outras preocupam-se com a reparação dos danos materiais; a inclusão da Justiça Restaurativa no sistema penal guarda também a preocupação em aumentar a credibilidade e satisfação com esse sistema, reduzir o encarceramento e a reincidência; o cumprimento dos acordos não conta apenas com a cooperação das partes envolvidas, há de certo modo uma coerção pelo seu não cumprimento; os relatórios são geralmente submetidos ao Poder Judiciário para homologação.

4 As relações de poder nos encontros restaurativos

A Justiça Restaurativa surgiu, como expresso no capítulo anterior, como uma reação ao modelo retributivo empregado pelo Direito Penal moderno, mas não chega ao ponto de sugerir a sua extinção. Ela se propõe a ser um complemento do modelo tradicional de justiça, uma nova maneira que se soma ao padrão geral de punição: o encarceramento – ainda que se conheça a existência de outras formas de punição, distinta da prisão, previstas tanto na legislação penal brasileira quanto na estrangeira.

Pode-se dizer, talvez, que a Justiça Restaurativa constitui uma crítica ao procedimento e ao padrão punitivo adotado pelo Direito Penal e Processual Penal, e não ao exercício do poder punitivo do Estado.

Seria a Justiça Restaurativa, portanto, uma proposta alternativa ao modelo centralizado de resolução de conflitos, que tem o seu gran-

de diferencial na participação social, principalmente da vítima e do infrator, e nas decisões obtidas por meio de um acordo, cujo objetivo é a restauração das relações rompidas com a prática do crime.

No entanto, que lugar ocupa, dentro do sistema de justiça penal, ou pode ocupar, uma proposta como essa? Poder-se-ia dizer que a Justiça Restaurativa significa uma manifestação social de resolução de conflitos penais aceita pelo Estado ou uma atuação estatal que insere novos atores em um novo procedimento penal? Como se exerce o poder punitivo, num modelo que se quer pautado pelo diálogo, pelo estabelecimento de um acordo realizado pelos próprios indivíduos envolvidos e que almeja não a punição de um culpado, mas o (re) estabelecimento das relações sociais rompidas?

A análise histórica da formação da sociedade capitalista empreendida por Foucault a partir de pesquisa sobre o surgimento da instituição carcerária foi capaz de revelar a criação de um novo padrão punitivo pela classe burguesa a partir do final do século XVIII que persiste até os dias atuais. São formas de exercício de poder diferentes da do Estado, mas que se articulam de diversas maneiras e lhe garante – ao Estado –, inclusive, sua sustentação e atuação mais eficaz. O autor apresenta, assim, o nascimento do poder disciplinar.

A punição deixou de ser, desde então, aplicada sobre os corpos, como ocorria no suplício, por exemplo, e passou a atuar no comportamento dos indivíduos. Mais do que castigar fisicamente, pretende-se, com esse novo modelo punitivo criado no século XVIII, constituir os indivíduos, torná-los politicamente dóceis e economicamente úteis. E, desde o seu surgimento, essas instituições cumprem tanto as suas atividades precípuas – as escolas, de ensinar; a fábrica, de produzir; o hospital, de tratar as doenças – quanto exercem o poder de vigiar e punir.

A prisão, como forma de punição, considerada a instituição disciplinar exemplar por Foucault contra a qual ora se insurge a Justiça Restaurativa, decorre, como já exposto neste trabalho, não de uma teoria jurídico-política – da teoria da soberania –, mas da apropriação das técnicas de controle e vigilância existentes nas sociedades do século XVIII e utilizadas pelos membros das suas camadas mais baixas ou pelo poder soberano a pedido da comunidade, como no caso das *lettres de caches*, na França.

A relação estabelecida entre o poder soberano e o poder disciplinar possibilitou, portanto, que o Estado se apropriasse dos procedimentos estratégicos dos mecanismos de poder disciplinar e os incorporasse em seus próprios procedimentos, conferindo, assim, ares institucionais a esses procedimentos disciplinares.

Embora Foucault atribua maior importância às relações de poder, se comparadas ao poder soberano, dada a sua maior abrangência, sua maior capilaridade e a sua presença em diversas instituições que fazem parte do cotidiano dos indivíduos (FOUCAULT, 2008, p. 149), não se travarão aqui discussões no sentido de serem esses poderes exclusivos ou complementares, bastando a percepção da existência de ambos e de suas diferenças, conforme já traçado. Aliás, pode-se considerá-los coexistentes e não conflitantes; por vezes, pode-se perceber a autonomia de um em relação ao outro, por vezes, uma inter-relação proveitosa a ambos. “Nas sociedades modernas, os poderes se exercem através e a partir do próprio jogo da heterogeneidade entre um direito público da soberania e o mecanismo polimorfo das disciplinas” (FOUCAULT, 2008, p. 189). Não se trata, de todo modo, de minimizar a atuação estatal nas relações de poder, mas de afastar a ideia de ser o Estado o órgão central, isolado e único de exercício de poder.

Interessante observar que, ao se afirmar que a Justiça Restaurativa não pretende punir o indivíduo, mas propiciar os meios adequados para que o infrator reconheça a sua responsabilidade pelos danos decorrentes do delito e busque formas de solucioná-los, pode-se dar a entender que o Estado esteja abrindo mão do seu poder punitivo a favor de uma justiça privada. Essa impressão ocorre, principalmente, porque tanto o senso comum quanto o conhecimento científico encontram-se fundados na teoria jurídico-política da soberania, segundo a qual o Estado, como detentor de todo poder, é o único competente para exercer o poder punitivo. E punição é relacionada, imediatamente, à prisão.

De todo modo, no caso da Justiça Restaurativa, não há necessidade de muito esforço para se perceber que ainda é o Estado quem exerce o poder punitivo, ainda que, no procedimento restaurativo, haja leigos na condução do acordo, conforme se verá mais adiante.

A Justiça Restaurativa reivindica a constituição de um sistema complementar de justiça com maior participação popular na solução dos conflitos penais. Não se observa, contudo, que ela possa trazer qualquer ameaça ou estremecimento do poder central e tampouco se traduza numa justiça contrária ou paralela à justiça estatal. Pretende, segundo Philip Oxhorn e Catherine Slakmon (2005, p. 188), que se estabeleça um procedimento

[...] onde o Estado cede alguma autoridade sobre a administração da justiça para atores da sociedade civil, que podem melhor responder às necessidades sócio-econômicas e culturais de grupos minoritários significativos que de outra forma se sentiriam excluídos das instituições normais pela administração da justiça.

Essa reivindicação da Justiça Restaurativa pode ser mais bem compreendida se considerada dentro do contexto de crise do Estado capitalista e, conseqüentemente, do Poder Judiciário, desde a década de 1980. A solução para os problemas enfrentados pelo Judiciário passa a ser vislumbrada, além de um melhor aparelhamento e gestão desse Poder, na constituição de instituições relativamente mais descentralizadas, informais e desprofissionalizadas – no sentido de não serem exercidas diretamente por magistrados e promotores –, que sejam capazes de tornar a resposta jurisdicional mais rápida, barata, acessível e inclusiva (SANTOS, 1982, p. 83-98). E são inúmeras as respostas a essa crise, podendo ser citada no Brasil uma outra proposta: a implementação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com a edição da Lei n. 9.099/1990.

Apesar de vir a se configurar como uma proposta alternativa ao modelo centralizado, é possível verificar, ainda, na constituição da Justiça Restaurativa, a conservação básica da estrutura do Poder Judiciário no que tange aos seus participantes, com a presença do juiz e do promotor, ainda que desfocados. Eles selecionarão os casos a serem apreciados nos encontros restaurativos, e, ao final do procedimento, homologará o juiz, após passar pelo crivo do Ministério Público, o acordo firmado, ou seja, o Estado legitimará, porque tem poder para tanto, a atuação popular na jurisdição penal.

A diferença marcante nesse novo agir é que foi inserida a participação de leigos como mediadores ou facilitadores e a da vítima

e do infrator para o estabelecimento de um acordo. A laicização do procedimento, aqui mencionada, diz respeito apenas ao fato de não terem os facilitadores formação em Direito, mas não de que, por esse motivo, não estejam eles fazendo as vezes do Estado, sendo ou não agentes públicos. Na Nova Zelândia e no Brasil, neste último na experiência piloto de Brasília, os encontros restaurativos são convocados e facilitados por agentes públicos, geralmente psicólogos ou assistentes sociais, e não necessariamente por facilitadores treinados para tanto.

Foucault, ao descrever o surgimento das instituições disciplinares, dizia que era muito difícil afirmar se elas eram ou não estatais, se faziam parte ou não do aparelho de Estado. Observa o pensador, contudo, que esse aspecto talvez não seja o mais importante, mas “o que é novo, o que é interessante é que, no fundo, o Estado e o que não é estatal vêm confundir-se, entrecruzar-se no interior destas instituições. Mais do que instituições estatais e não estatais, é preciso dizer que há uma rede de sequestro, que é intra-estatal” (FOUCAULT, 2005, p. 115). E, por sequestro, entende o autor ser essa nova forma de reclusão praticada pelas instituições disciplinares que não teria por finalidade a exclusão do indivíduo, mas a sua fixação em um aparelho de normalização (FOUCAULT, 2005, p. 114).

Crê-se que a dificuldade encontrada, quando do surgimento das instituições disciplinares, em classificá-las como estatais ou não também se verifica com relação à Justiça Restaurativa. Pelo menos aos olhos da população, ela seria ou não estatal? Os membros da comunidade, na qualidade de facilitadores, passam a participar do Estado ou o Estado passa a ocupar espaços de deliberação antes ocupados pela sociedade? Considerando esse aspecto, é possível concluir como Foucault e perceber que há, na atuação da Justiça Restaurativa, a implementação de uma rede de sequestro, uma articulação dos poderes soberanos e disciplinares. Os atores estatais – juízes e promotores –, parece, transitam livremente entre esses dois poderes, ora selecionando o caso nos termos estabelecidos pelos Códigos, ora legitimando a prática disciplinar, homologando o acordo.

Tanto a participação de leigos quanto o discurso por eles adotado parecem passar a impressão, falsa, acredita-se, de uma diminuição da atuação do Estado. Não se trata de ceder a jurisdição à sociedade,

mas antes exercê-la o próprio Estado por outros meios. Não se está a afirmar, contudo, que apenas na Justiça Restaurativa se percebe o exercício do poder disciplinar, pois, como já demonstrou Foucault, a prisão é o seu melhor exemplo.

As instituições disciplinares, no exercício do poder disciplinar, buscam a sujeição do indivíduo não apenas pela repressão, mas, sobretudo, pelo adestramento, pela correção de suas virtualidades, pela produção de um comportamento em que se pretende fazer com que todos se pareçam segundo um padrão de normalidade. Para tanto, essas instituições lançam mão da vigilância, da disciplina, do controle, da correção, da transformação do indivíduo em função de determinadas normas. São esses, conforme ressaltado por Foucault, os aspectos das instituições panópticas: a vigilância contínua e individual, o olhar sobre o comportamento daquele que está no foco da observação, o controle que visa à correção.

Funciona, como já mencionado, no interior das diversas instituições disciplinares, um micropoder exercido como uma espécie de poder judiciário, em que a todo momento se avalia, se classifica, se pune e se recompensa, ainda que suas funções primeiras sejam a de produção, a de aprendizagem ou a de tratamento de doenças.

No caso da Justiça Restaurativa, a sua função primeira é a resolução de um conflito, tarefa precípua do Poder Judiciário. E ainda que a proposta seja de diálogo, o propósito da reunião será resolver uma determinada situação que significa ou uma transgressão a um regulamento, quando a Justiça Restaurativa estiver em funcionamento, por exemplo, em uma escola, ou à lei penal.

O caso a ser encaminhado à Justiça Restaurativa será selecionado entre vários outros que chegam ao Poder Judiciário. Ao serem examinados, passarão pelo filtro, pelo olhar dos representantes estatais: o juiz, o promotor e a equipe técnica – analistas judiciários, psicólogos e assistentes sociais – que, entre os crimes de menor potencial ofensivo, tratarão daqueles cuja autoria lhes pareça evidente. Sim, embora não se pretenda a culpabilização do agente, ao ser indicado o caso para que a equipe técnica procure o autor, presume-se tenha ele cometido o crime, pois assumir a responsabilidade pelo evento é condição *sine qua non* para a realização do encontro restaurativo.

O diálogo a ser travado no círculo restaurativo se fará em cima de bases (verdades) previamente estabelecidas: a da existência de um comportamento criminoso – uma ação que se subsume a um tipo penal previamente definido – e de uma confissão, da assunção prévia de uma responsabilidade. Ou seja, a princípio, o Estado vê o autor como um criminoso e espera que assim se declare, mas posteriormente buscará entender, por meio do diálogo, os motivos que o levaram a praticar o ato. A partir da confissão, para a qual o infrator terá que fazer um exame de consciência, será possível o exercício do poder e o estabelecimento da norma – no sentido foucaultiano do termo – para o caso. A necessidade de assunção da autoria é a realização da utopia do panóptico, o olhar que vigia, que pesa sobre o indivíduo, a ponto de que “cada um exercerá esta vigilância sobre e contra si mesmo” (FOUCAULT, 2008, p. 114).

Há, ainda, a possibilidade de que o autor se sinta pressionado a assumir a responsabilidade pela infração, ou que essa ainda possa ser a melhor opção, uma vez que o livra de uma ação penal que tramitará nos moldes já conhecidos do Processo Penal e, conseqüentemente, do estigma de ter sido réu em uma ação e, quiçá, condenado, passando à categoria de delinquente. Desse modo, já no início do círculo restaurativo, é ao infrator que estará voltado o olhar vigilante. É ele quem estará no centro do panóptico social.

Embora não se possa aqui fazer uma análise dos discursos presentes nos encontros restaurativos – quer por não se ter participado de nenhum encontro, dado o grau de confidencialidade com que são realizados, quer por não serem descritos em nenhum material a que se teve acesso para a preparação deste trabalho – há de, pelo menos, se observar, de um modo geral, que não serão tais discursos isentos de uma postura política, social, econômica, cultural, de gênero etc. Eles certamente refletirão, por mais que não se queira e que se pretenda assegurar o equilíbrio de poder, tais diferenças tanto na postura do infrator quanto na da vítima e na do mediador. A depender da desigualdade existente entre infrator e vítima, a diferença de poder entre eles pode resultar em uma desvantagem para o autor do fato.

O papel dos facilitadores não possui, pela simples impossibilidade de assim ser, a neutralidade que anunciam. Ou, pelo menos, pode-

-se dizer que não necessariamente será ele assim percebido – como um terceiro neutro ao conflito – pelos participantes do encontro, o que influenciará a postura dos envolvidos. Segundo Rachael Field (2005, p. 394), o facilitador de um encontro está numa posição de poder e influência, conforme verificado num estudo realizado por uma instituição australiana, em entrevista com mulheres jovens infratoras: “quando lhes foi perguntado quem tinha o poder no encontro restaurativo, suas respostas foram esta: ‘o Coordenador’”.

O facilitador pode, portanto, direcionar as negociações e os resultados do acordo. Contudo, não se está dizendo que isso seja feito de forma deliberada, embora também seja possível, mas em virtude da própria concepção de mundo que se tem, dos valores que cada um carrega consigo. O que era “bom” ou “não bom” ser ou fazer é uma questão de valor, que, numa sociedade de classe, pode estar basicamente atrelado aos valores de uma classe dominante. Isso significa que os valores refletidos nos acordos não são, necessariamente, os das pessoas envolvidas no conflito, mas os valores dominantes na sociedade.

Do mesmo modo, o discurso da legalidade estatal poderá influenciar a elaboração do acordo, uma vez que o discurso da sociedade civil carrega também elementos de um discurso jurídico. Segundo Boaventura de Sousa Santos, a legalidade estatal constitui-se basicamente de três elementos que, no sistema capitalista, estão estruturalmente articulados: a retórica, a burocracia e a violência. A ocupação de espaço dos dois últimos elementos na estrutura e no discurso jurídicos são inversamente proporcionais ao espaço ocupado pela retórica, ou seja, quanto maior for o nível da burocracia e da violência, menor será o espaço retórico da estrutura e do discurso jurídicos, e vice-versa (SANTOS, 1983, p. 142-143).

A forte presença da retórica no procedimento restaurativo, ou seja, um procedimento pautado pela utilização de um discurso argumentativo e persuasivo e, conseqüentemente, com uma burocracia e violência estatais retraídas, é outro elemento que pode ensejar a falsa impressão de que esteja ocorrendo uma “deslegalização” da jurisdição penal. A “retórica é tão inerente à dominação jurídica quanto a burocracia ou a violência e [...] uma dada estrutura não se torna menos

jurídica pelo fato de passar a ser dominada pela retórica” (SANTOS, 1983, p. 146).

Convém salientar, contudo, que a coerção na Justiça Restaurativa aparece de um modo mais difuso, como se pairasse acima do discurso retórico: há uma ameaça constante de o caso retornar à apreciação da justiça convencional. Desse modo, embora seja a partir do diálogo e da persuasão que se solucionará o caso, há a possibilidade de a questão retornar ao Ministério Público, para que seja processada pela justiça convencional, o que funciona como uma coerção ao infrator e poderá levá-lo a aceitar acordos nem sempre mais brandos do que o que poderia resultar de um julgamento convencional.

Os acordos deverão cumprir um propósito primeiro da Justiça Restaurativa, qual seja, a satisfação das necessidades da vítima na perspectiva de uma “reparação e cura das feridas” deixadas pelo crime, mas não podem carregar o conteúdo de uma punição. Possuem, contudo, um forte caráter terapêutico sobre o infrator.

Certamente, cada caso terá um encaminhamento distinto. Contudo, haverá sempre a preocupação com o controle do infrator, das suas atividades, seus horários e suas posturas. A Justiça Restaurativa se propõe, portanto, a atuar no âmbito do comportamento do infrator. Segundo Mary P. Koss *et al.*, há a possibilidade de que o programa – refere-se ao programa Restore, desenvolvido nos Estados Unidos – estabeleça, no plano a ser cumprido, que o infrator passe por algum programa de tratamento recomendado pela equipe técnica com base numa avaliação psicossocial e que haja, ainda, um aconselhamento religioso. Estará o infrator, durante todo o cumprimento do acordo, sob supervisão, que poderá envolver contatos telefônicos e pessoais, cabendo ao supervisor a documentação de qualquer problema no cumprimento do plano estabelecido. “A visão do Restore é oferecer ‘Justiça que Cura’” (KOSS *et al.*, 2005, p. 362-365).

Durante o encontro, há a possibilidade de que o infrator fale a respeito de sua infância, da sua qualidade de vida, informe se foi vítima de algum abuso, se faz uso de drogas lícitas ou ilícitas, declare seu grau de escolaridade, sua situação econômica, social, enfim, que exponha a sua história de vida para que todos possam compreender, a partir dela, o desvio de sua conduta. E detectar, conseqüentemente, o

modo como poderão controlá-lo, para que não mais escape do poder, que não mais viole a lei.

A comunidade presente no encontro estará ali para repudiar o ato praticado e oferecer o acolhimento ao indivíduo infrator, mas acolhê-lo na medida em que manifeste remorso pelo que fez e enquanto se proponha a alterar o seu comportamento, a sua índole, a se pautar pelo padrão da normalidade. Cabe também a ela vigiar para que cumpra o acordado.

Em *Vigiar e Punir*, Foucault deixa claro ser a prisão a instituição disciplinar por excelência, por ser ela o local onde a norma, como medida, efetiva-se e produz, conseqüentemente, uma individualidade normalizada. Poder-se-ia dizer que a Justiça Restaurativa consegue a mesma homogeneização por meios diversos? E, se assim for, a quais aspectos da prisão se reage, já que ambas funcionam como uma instituição disciplinar? Essas são questões que poderão ser tratadas em outra oportunidade, em outro trabalho sobre o tema.

Interessante observar que, em diversos aspectos, a Justiça Restaurativa aparenta algo, mas, ao ser mais bem examinado, percebe-se justamente o seu oposto. Embora sua proposta tenha uma aparência de “popularização” da jurisdição penal com a participação de leigos na condução dos acordos, nota-se a presença do Estado de uma forma embaçada, mas presente em dois momentos cruciais do procedimento: o da seleção dos casos e da homologação dos acordos. Com a retração do elemento da violência e da coerção devido ao fortalecimento da retórica no procedimento, tem-se a impressão de uma “deslegalização” da justiça, o que é falso, uma vez que a retórica é um elemento suficiente para a caracterização da legalidade estatal em uma dada instituição. Embora se fale em acordo, e não punição, carregam os acordos os traços característicos das instituições disciplinares, ou seja, dos elementos de punição demonstrados por Foucault, inclusive a prisão. Enquanto se tem a impressão de que o Estado cede alguns aspectos da jurisdição penal para a sociedade civil, pode-se vê-lo, a ele próprio, no exercício dessa jurisdição, por meios outros que não os tradicionais. Enquanto se pensa que poderia o Estado estar-se retraindo, pode ser que se esteja presenciando a sua expansão ao atuar em locais antes ocupados somente pelos cidadãos.

5 Conclusão

Encerrada a fase investigativa proposta, tem-se confirmada a hipótese do presente trabalho, de que o procedimento adotado pela Justiça Restaurativa não significa um esvaziamento, enfraquecimento ou ausência do poder punitivo do Estado.

A presença do Estado pode ser verificada tanto na presença do juiz e do promotor como integrantes da estrutura restaurativa quanto na atuação dos próprios leigos, que podem assumir o discurso jurídico em sua atuação como facilitadores. E, ainda que a Justiça Restaurativa tenha por objetivo a realização de um acordo, o seu conteúdo revela o tratamento terapêutico destinado ao infrator, ou seja, mantém-se, com a Justiça Restaurativa, o padrão de sujeição adotado pelas instituições disciplinares criadas no início do século XVIII.

A abordagem do pensamento de Foucault neste trabalho, a respeito do poder, foi essencial, por ter sido possível demonstrar a existência de uma outra forma de poder ou, ainda, o modo como o poder é exercido concretamente, em detalhes, em suas especificidades, técnicas e táticas próprias. Pode-se verificar o modo como atua o chamado micropoder nas mais diversas instituições e cumpre a função de moldar o indivíduo, desfazendo, portanto, a ideia da existência única de um poder central, situado em instituições formais e hierarquicamente organizado, como é o caso do poder posto pela teoria da soberania.

Somente a partir da ideia de um poder disciplinar é que se torna possível a percepção de que a sujeição do indivíduo não se faz apenas pela forma da repressão, da exclusão ou da marginalização do indivíduo, mas, sobretudo, com o adestramento, a fixação em um aparelho de normalização que se obtém por meio da disciplina, do controle das atividades, da prática reiterada de condutas esperadas.

Mostrou-se que a Justiça Restaurativa é ainda uma proposta em construção, com um conceito ainda fluido e práticas bastante diversas. Entretanto, apesar dessa diversidade, já se mostra possível traçar características comuns. Uma delas é a de que, ainda que nascida no seio da sociedade, apartada do Estado, em certa altura de seu desen-

volvimento, o Estado se apodera da proposta e passa a regulamentá-la e geri-la. Contudo, mantém-se numa postura afastada, mas não menos importante, do que a que exerce na Justiça convencional, garantindo espaço para a participação de leigos.

Com o cotejo analítico feito entre a teoria foucaultiana das relações de poder e as experiências de Justiça Restaurativa, foi possível evidenciar as características disciplinares na atuação da Justiça Restaurativa, principalmente no conteúdo dos acordos firmados, que visam a atuar, essencialmente, no comportamento dos indivíduos.

Em segundo lugar, embora o termo “restaurar” signifique “recuperar aquilo que se deteriorou”, mas guardando-lhe a originalidade, no procedimento restaurativo isso não ocorre com o infrator, uma vez que a sua “devolução” à sociedade não será nos mesmos termos em que ele se encontrava no momento do crime, mas sim, numa versão melhorada, padronizada, normalizada.

Em terceiro lugar, embora na aparência haja uma retração do Estado cedendo parte de sua jurisdição penal, o procedimento de Justiça Restaurativa pode significar uma expansão do Estado. Contudo, não há como afirmar, com a análise até aqui feita, que tal participação popular não possa vir a acarretar mudanças na atuação política do Estado, com uma diminuição de seu caráter coercitivo, por exemplo. De todo modo, não cabe neste trabalho esta análise, mas que fique como uma questão a ser pensada.

Referências

BRASIL. *Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania*. São Paulo: 2007.

FIELD, Rachael. Encontro restaurativo vítima-infrator: questões referentes ao desequilíbrio de poder para participantes jovens do sexo feminino. In: SLAKMON, C.; DE VITTO; GOMES PINTO, R. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. São Paulo: Educ, 2007.

_____. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

_____. Soberania e disciplina; Poder – Corpo; O olho do poder. In: _____. *Microfísica do poder*. 26. ed. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

_____. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 2002.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça – o modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. In: SLAKMON, C.; DE VITTO; GOMES PINTO, R. (Org.). *Justiça restaurativa*, Brasília-DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; DE VITTO; GOMES PINTO, R. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

KOSS, Mary P. et al. Resposta da comunidade: ampliação da resposta da justiça de uma comunidade a crimes sexuais. Pela colaboração da advocacia, da promotoria, e da saúde pública: apresentação do programa RESTORE. In: SLAKMON, C.; DE VITTO; GOMES PINTO, R. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

LEBRUN, Gérard. *O que é poder*. 14. ed. 7. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2004.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a justiça restaurativa assegura a boa prática. Uma abordagem baseada em valores. In: SLAKMON, C.; DE VITTO; GOMES PINTO, R. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

MAXWELL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. In: SLAKMON, C.; DE VITTO; GOMES PINTO, R. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

MOREIRA, Luiz. *A Constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MUCHAIL, Salma Tannus. *Foucault, simplesmente*. São Paulo: Loyola, 2004.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, desigualdade e cidadania democrática – a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, C.; DE VITTO; GOMES PINTO, R. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A participação popular na administração da justiça no estado capitalista. In: PORTUGAL. *A participação popular na administração da justiça*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Livros Horizonte, 1982.

_____. O direito e a comunidade – As transformações recentes da natureza do poder do estado nos países capitalistas avançados. *Revista Direito e Avesso*, a. 2, n. 3. Brasília: Nair, 1983.

SICCA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Inimputabilidade penal cronológica: direito fundamental irredutível

Renata Gonçalves Pereira Guerra Pouso

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito da criança e do adolescente. 2.1 Origem do tratamento jurídico da criança. 2.2 Tratamento jurídico da infância no Brasil: aspectos históricos. 3 Direito “infracional” da criança e do adolescente. 3.1 Código de Menores de 1927. 3.2 Código de Menores de 1979. 3.3 Direito Constitucional da Criança e do Adolescente. 4 Conceito de inimputabilidade. 5 Conceito de responsabilidade penal. 6 Critério cronológico de inimputabilidade penal – Direito fundamental. 7 Natureza jurídica do ato infracional. 8 Sistema jurídico da criança e do adolescente. 9 Conclusão.

1 Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente alcançou a “maioridade” no ano de 2008, quando completou 18 anos de existência. Figurativamente, pode-se dizer que enfrenta os mesmos conflitos existenciais, próprios do desenvolvimento humano nesta etapa da vida.

O alto índice de envolvimento de crianças e adolescentes em condutas tipificadas penalmente tem levado a sociedade brasileira a colocar em xeque o tratamento jurídico desse problema. Um problema, como tantos outros, que tem origens sociais, econômicas, educacionais, familiares, mas que, igualmente aos demais, é trazido ao Direito na esperança de que esta Ciência, como sempre se espera, seja a panaceia das doenças do cotidiano.

E o Direito, diante das pressões exercidas por vários organismos sociais, estatais e, principalmente, internacionais, tenta sofregamente trazer a resposta esperada.

Dentro desta perspectiva, uma das “saídas” apresentadas para a solução do problema da “criminalidade” infantil foi apresentada pelo ex-senador José Roberto Arruda, que apresentou a Proposta de Emenda à Constituição n. 20/1999, a qual prevê a alteração do art. 228 da Constituição Federal, a fim de reduzir a maioria penal de 18 para 16 anos. Igual conteúdo foi defendido na apresentação da PEC n. 3/2001.

O principal argumento utilizado não só pelo ex-senador em sua PEC, como também por todos que defendem a redução da maioria penal, seria “o amadurecimento intelectual e emocional do menor de dezoito anos e maiores de dezesseis anos, não imputáveis penalmente¹”, ou seja, a bandeira hasteada a favor do tratamento criminal igualitário para adultos e pessoas entre 16 e 18 anos diz respeito à suposta capacidade intelectual e emocional do jovem desta nossa *Era da Informação*, em relação aos jovens da década de 1940, “reconhecidamente” mais ingênuos.

Esta Proposta de Emenda sofreu alteração por meio da apresentação de substitutivo no sentido de personificar a situação do adolescente que cometesse a infração. Assim, a regra continuaria sendo a imputabilidade penal a partir dos 18 anos, mas, eventualmente, seria possível a apuração da maturidade pessoal do agente menor; uma vez reconhecida sua capacidade para entender a ilicitude de seu ato, passaria ao tratamento jurídico-penal que se aplica ao adulto infrator. Bastante similar à ideia do substitutivo é o texto da PEC n. 9/2004, a qual prevê, sem fixação de idade mínima, a responsabilidade penal do menor de 18 anos, sempre que restar caracterizada “idade psicológica” igual ou superior a dezoito anos.

Outra Proposta de Emenda à Constituição, sobre a mesma matéria, prevê a responsabilização penal do indivíduo entre 16 e 18 anos somente para os casos de crimes contra a vida ou hediondos (PEC n. 26/2002). A PEC n. 90/2003, mais ambiciosa que as anteriores, prevê a redução da maioria penal para 13 (treze) anos nos casos de crimes hediondos.

¹ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=837>. Acesso em: 19.9.2009.

Tantas manifestações sobre o mesmo tema certamente chamam a atenção do pesquisador. Se há o clamor social, se há iniciativas para alteração do patamar etário, se há aumento da “criminalidade” infanto-juvenil, se há a exploração diuturna da mídia quanto ao envolvimento de menores em ações delituosas, por que a demora na tomada de decisão?

A resposta para essa questão, porém, não é simples. E isso porque diz respeito à multidisciplinidade científica. Envolve, além do Direito, a Psicologia, a Pedagogia, a Sociologia, a Antropologia, a Ciência Política, a Medicina, e tantas outras áreas que, necessariamente, farão parte desta discussão, caso se almeje uma solução razoável e consensual.

E este é o escopo deste trabalho. Após sete anos de magistério na disciplina Direito da Criança e do Adolescente, estudando, principalmente, o trecho didaticamente apelidado de “sangrento” do Estatuto da Criança e do Adolescente, a presente autora se viu tomada de angústia, a ponto de não mais poder guardar para si sua visão a respeito do tema. E passa, a seguir, às conclusões estritamente científicas e, portanto, o quanto possível não emocionais de sua percepção da questão da inimputabilidade cronológica no contexto jurídico atual.

A linha seguida na evolução do presente trabalho, isso deve ser ressaltado, buscará, como Ulisses, não ceder “ao canto das sereias” e será focada na argumentação jurídica, mas, aqui e acolá, buscará o socorro da Psicologia e da Sociologia, uma vez que o sistema jurídico não prescinde, nesta temática, do apoio destas disciplinas complementares.

Modestamente, já se deixa aberto o palco das discussões, e, como ensina Habermas (2004), que vença o melhor argumento.

2 Direito da criança e do adolescente

2.1 Origem do tratamento jurídico da criança

Prolegômenos: Antes de iniciarmos o relato dos dados históricos que levaram o mundo a descer seus olhos sobre a situação do infante, é importante deixar registrado que os textos internacionais tratam como “criança” o que nós, no Brasil de hoje, entendemos como “criança e adolescente”. Não se faz, internacionalmente, uma distinção etária

destes dois grupos, cabendo à legislação de cada país, dentro de seu espectro de soberania, estabelecer o critério cronológico para um próprio conceito de “criança”. Isso esclarecido, passemos à narrativa deste tópico sob o referencial de que toda afirmação de direitos em relação à criança num diploma transnacional, para nós será entendida como destinada a todos os indivíduos entre zero e dezoito anos de idade.

Após a Primeira Grande Guerra, o Ocidente se deparou com diversos problemas sociais decorrentes daquele conflito sangrento, o qual perdurou por quatro anos, assolando a Europa e o Médio Oriente. Os sobreviventes, em sua maioria, faziam parte da faixa de desassistidos que, como é comum nos ocorrer nos períodos de pós-guerra, perderam suas moradias, fonte de renda, trabalho etc. Entre os aflitos, uma parcela da população carente chamou a atenção da comunidade que se encontrava em melhor situação. Tal parcela diz respeito às crianças carentes, ou seja, aquelas que se perderam durante as fugas; ou foram literalmente deixadas para trás por suas famílias, no desespero de sobrevivência; ou, ainda, as que se tornaram órfãs pela morte prematura de seus pais, atingidos pelos ataques dos exércitos inimigos; como também, as que, apesar de permanecerem acolhidas no seio familiar, a miséria absoluta não as permitia usufruir de um mínimo necessário para sua subsistência.

Nesse período, a sociedade civil começou a se organizar, na Inglaterra, a fim de juntar esforços no combate às mazelas que assolavam as crianças vitimadas pela Primeira Guerra Mundial. Surgiu, assim, em 1919, a primeira organização, chamada *Save the Children*, com o fim de angariar recursos para o auxílio daquelas crianças.

Em 1923, os membros desta organização elaboraram um texto de preceitos protetivos para a criança, que, aprovado pela Liga das Nações, ficou conhecido como “A Declaração de Genebra²”. No entanto, seu conteúdo não estabelecia um rol de direitos. Não estabelecia, tam-

2 Não há tradução oficial desta Declaração para a língua portuguesa. Portanto, o texto a seguir é uma tradução livre, cujo escopo é ilustrar ao leitor a baixa coercitividade de seu conteúdo: “A criança deve ser dotada de meios necessários para o seu desenvolvimento normal, tanto a nível material como espiritual. As crianças que tem fome devem ser alimentadas; a criança que está doente deve ser medicada; a criança que está atrasada deve ser ajudada; as crianças infratoras devem ser valorizadas; e os órfãos e abandonados devem ser protegidos e socorridos. A criança deve ser a primeira a receber ajuda em momentos de angústia. A criança deve ser colocada em posição de ganhar um sustento, e deve ser protegida contra toda forma de exploração. A criança deve ser educada no sentido de que o seu talento deve ser dedicado ao serviço da humanidade”.

bém, obrigações para os Estados e Nações; apenas fazia um apelo para que as pessoas fossem caridosas para com as crianças, que prestassem auxílio às crianças necessitadas.

A reboque do período nazi-fascista, vem a Segunda Grande Guerra Mundial, muito mais violenta que a Primeira. Diante desse quadro, passa-se a falar dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, com a preocupação precípua de se evitar uma eventual Terceira Guerra Mundial. Isso porque, a depender do crescente grau de ofensividade observado entre as duas guerras mundiais, uma terceira tenderia ao desaparecimento da humanidade.

O papel da Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945 com o objetivo de se evitar uma terceira guerra, foi, então, a promoção da paz entre os povos. No entanto, chegou-se à conclusão de que a paz jamais seria possível num ambiente mundial de tanta discriminação, desigualdade, miséria e opressão. Foi a partir de então que se começou a propor a redação de um novo documento sobre direitos humanos, uma vez que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão³, nascida da Revolução Francesa, acabou dominada pela burguesia, gerando um sem-número de situações discriminatórias e, portanto, desiguais.

Em 1948, então, é entregue ao mundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesta Declaração surge uma referência expressa aos direitos da criança, que, apesar de tímida, é um avanço no reconhecimento da fragilidade em que se encontra a pessoa em desenvolvimento. Dispõe, assim, seu Artigo XXV, item 2: “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social”. A questão do tratamento igualitário entre crianças oriundas ou não do casamento refletia uma realidade triste, resquício da guerra, que era a das crianças denominadas “filhos de ninguém”, porque geradas a partir de violências sexuais praticadas contra as mu-

3 1789 – França – 1ª Declaração sobre Direitos Humanos – Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – um membro da Assembléia perguntou: “Mas e as mulheres, onde ficam?” – Afinal, o lema da revolução é liberdade, igualdade e fraternidade; todos são livres e iguais. Porém, esta Declaração terminou servindo de instrumento de opressão da burguesia contra mulheres e trabalhadores, principalmente ao conceder direitos políticos somente àquelas pessoas que tivessem independência econômica.

lheres durante as invasões bélicas e, em grande parte, abandonadas por suas mães traumatizadas.

Antes desta Declaração, porém, fora criado, em 1946, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), Agência da ONU responsável por prestar assistência a milhões de crianças, vítimas da Segunda Guerra Mundial. A UNICEF não teve o escopo inicial de estabelecer uma pauta de direitos a serem garantidos pelos países participantes da ONU, apenas tinha a função de prestar um socorro imediato às crianças necessitadas do Pós-Segunda Guerra, do mesmo modo como atuou a *Save The Children* após a Primeira Guerra. Em 1950 as atribuições protetivas da infância desenvolvidas pela UNICEF foram estendidas aos países em desenvolvimento e, somente em 1959, tornou-se um órgão permanente da ONU, com funcionamento por tempo indeterminado, ao mesmo tempo em que se estabelecia um novo compromisso internacional de proteção à infância, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que, em seus dez princípios, finalmente elencou diretrizes mínimas de ações para que os países participantes passassem a tratar da questão da criança com prioridade.

Por iniciativa do governo polonês, em 1978, nasce a semente de uma futura Convenção Internacional dos Direitos da Criança, porém tal documento somente vingou onze anos mais tarde, em 1989. O mais importante motivo para se substituir a antiga Declaração pela Convenção é que aquela estabeleceu tão somente diretrizes a guiar a condução dos assuntos da infância dentro de cada país, porém, sem qualquer força vinculante. Uma Convenção representa um documento normativo de deveres e obrigações a serem efetivamente obedecidos pelos países ratificadores, tanto que, com base nele, o Brasil publicou, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em respeito aos termos da dita Convenção.

E hoje, a despeito da maioria alcançada pelo próprio diploma legal de proteção dos direitos da infância e da juventude, o qual superou os 18 anos de existência, percebe-se que, infelizmente, a concretização de seus dispositivos ainda não deixou o “berçário”.

Essa desproporção pode ser explicada, em grande parte, do mesmo modo que se explica o descompasso de diversas leis nacionais e

sua aplicação na prática. É que o Brasil teve sua conformação social toda embasada no colonialismo, e este fenômeno é responsável por não permitir um desenvolvimento homogêneo e gradativo das relações sociais. Assim, em determinados pontos, como o legislativo, foi fácil para o governo brasileiro atender aos reclamos internacionais e incorporar ao seu ordenamento jurídico boa parte das orientações traçadas por países que, ao contrário, desenvolveram-se paulatinamente, tanto na área social, como política.

Aqui, em solo brasileiro, a adoção dos preceitos legais firmados além-mar encontrou uma realidade social bastante atrasada, do ponto de vista internacional, mas não ao ponto de não ser possível revelar a necessidade de alteração rápida dos paradigmas, a fim de “pular” algumas etapas para logo alcançar o atendimento daqueles compromissos.

Com isso se quer dizer, em suma, que o Brasil não tem maturidade social para implementar rapidamente os compromissos assumidos internacionalmente, mas deverá empreender esforços no sentido de estimular, o tanto quanto possível, o amadurecimento prematuro da sociedade, para que aproveitemos as lições de quem já experimentou todo o doloroso processo de revolução social, para que não precisemos experimentá-lo também.

2.2 Tratamento jurídico da infância no Brasil: aspectos históricos

Em fase anterior, conhecida historicamente como período do Brasil-Colônia, em que o ordenamento jurídico em vigor fundava-se basicamente nas Ordenações do Reino, a criança, no Brasil, era “propriedade” da família, sendo o pai a autoridade máxima deste núcleo social. Nesse sentido, incumbia precipuamente ao pai delinear as diretrizes da educação dos filhos e impor toda sorte de sanções a qualquer conduta desviante.

Nesse período, não há registros de qualquer intervenção estatal no âmbito familiar no sentido de coibir abusos do tratamento, muitas vezes, violento, que era dado aos filhos por seus pais sob o argumento de se tratar de medida disciplinar, educacional. Assim, também, não

havia qualquer forma de punição aos pais que não prestassem assistência a seus filhos.

O chefe da família possuía plenos direitos para castigar seus filhos. Há registros de crianças que vieram a falecer em decorrência dos excessos praticados pelo pai nessa atividade correcional, mas o pai não respondia penalmente por tais maus-tratos, pois se entendia que ele estaria acobertado pela autoridade parental e, como tal, poderia exercê-la como melhor lhe aprouvesse.

Os historiadores registram⁴, ainda, em relação à participação das crianças no contexto histórico da colonização do país, sua fundamental importância no processo de evangelização dos índios. Os jesuítas, responsáveis pela tarefa de introdução da cultura religiosa europeia nas tribos da Nova Terra, utilizavam-se das crianças indígenas para, por meio da catequização, chegar à comunidade indígena adulta (AMIN, 2008). Era, evidentemente, mais fácil chegar ao público infantil, o qual introduzia as ideias da Igreja Católica no âmbito tribal, permitindo a aproximação dos catequizadores.

Assim como a história da proteção à infância no ocidente europeu, também no Brasil, primeiramente, tal tarefa coube às ações de caridade e religiosidade, e não propriamente à atuação do Estado.

As Santas Casas de Misericórdia, sob os auspícios da Igreja Católica, foram os primeiros institutos de proteção às crianças, principalmente daquelas abandonadas, doentes ou órfãs.

No século XIX, as Santas Casas importaram da Europa um sistema de recrutamento de crianças, com fundamento na necessidade de preservar a honra de mulheres que engravidavam fora do matrimônio, conhecido como “Roda”. Esse sistema consistia num cilindro com abertura em uma das faces virada para a rua, onde a mãe colocava a criança e, depois, alguém pelo lado de dentro da instituição girava o cilindro e recolhia o bebê, preservando a identidade da mãe.

⁴ Conf. DEL PRIORE, Mary. *História das crianças no Brasil*. Editora Contexto, 1999; FREITAS, Marcos Cezar de (org.). *História social da infância no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001; ARIES, Philippe. *História social da criança e da família*. LTC, 2. ed., 1981.

Somente em 1927, com a entrada em vigor do Código de Menores, tal sistema foi definitivamente extinto, apesar de ter continuado a permitir a entrega de crianças com preservação da identidade dos pais.

A atuação estatal quanto aos interesses das crianças começou de forma pontual. Em 1854, foi editada a lei imperial que estabelecia o ensino obrigatório, excluindo, no entanto, os escravizados, os portadores de doenças contagiosas e os não vacinados.

Em 1891, foi editado o Decreto Imperial n. 1.313, que dispôs sobre a vedação do trabalho para os menores de 12 anos. Porém, na prática, tal decreto não vingou, pois se iniciava o processo de industrialização no Brasil, e era comum a contratação de crianças como mão de obra. Ainda como ocorre nos dias atuais, o Estado não estava aparelhado para exercer a rigorosa e necessária fiscalização para coibir tais práticas.

No contexto do Brasil-Império, o Estado começa a intervir no processo de correção da conduta menoril, antes atribuído exclusivamente à família.

Isso porque é neste momento que se inicia o tratamento jurídico-penal aos infratores, fossem eles adultos ou não. Em vista da inexistência de uma doutrina ou legislação penal de ordem laica, era comum o tratamento igualitário entre adultos e crianças infratores. Assim registra Tavares:

Durante a fase imperial tem início à preocupação com os infratores, menores ou maiores, e a política repressiva era fundada no temor ante a crueldade das penas. Vigentes as Ordenações Filipinas, a imputabilidade penal era alcançada aos sete anos de idade. Dos sete aos dezessete anos, o tratamento era similar ao do adulto com certa atenuação na aplicação da pena. Dos dezessete aos vinte e um anos de idade, eram considerados jovens adultos e, portanto, já poderiam sofrer a pena de morte natural (por enforcamento). A exceção era o crime de falsificação de moeda, para o qual se autorizava a pena de morte natural para maiores de quatorze anos⁵.

No início do século XX, surgem as primeiras manifestações dos trabalhadores contra a opressão sobre o proletariado. Na greve geral

⁵ TAVARES apud AMIN, 2008, p. 5.

ocorrida então, foi criado o Comitê de Defesa Proletária que, dentre as diversas reivindicações apresentadas, previa a vedação do trabalho para menores de 14 anos e a abolição do trabalho noturno para mulheres e menores de 18 anos.

Em 1923, o juiz José Cândido de Mello Matos funda o primeiro Juizado de Menores da América Latina, com o objetivo de prestar tratamento diferenciado ao menor infrator, que, até então, recebia na esfera criminal, o mesmo tratamento dispensado aos adultos.

Este juiz foi o responsável pelo projeto que deu origem ao Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 – Código de Menores, conhecido, também, como Lei Mello Matos, em homenagem a seu precursor.

A doutrina do Código de Menores era fundada, precipuamente, no que hoje se conhece como “Doutrina da Situação Irregular”.

Essa doutrina teve influência no contexto histórico da época, que, trazida da América do Norte, previa a segregação daqueles que, em razão de um contexto social em que não houve a disponibilização dos meios suficientes ao desenvolvimento digno do indivíduo, seja por causas involuntárias ou omissivas, seja por ações degradantes premeditadas, receberiam do Estado um tratamento diferenciado, baseado na ideologia da compaixão – repressão.

Tanto foi assim, que o artigo primeiro do Código de Menores esclarecia a quem se destinava:

O menor, de um ou outro sexo, *abandonado ou delinquente*, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Código. (grafia original e grifos nossos)

O vetusto Código de Menores de 1927 fora revogado com a entrada em vigor da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, também denominada Código de Menores. Este novel Código, apesar de representar um avanço, não abandonou a vertente da “situação irregular”, tanto no aspecto de não interferência do Estado quanto às crianças devidamente acolhidas por suas famílias naturais, quanto sob o ângulo do não reconhecimento da responsabilidade do Estado a respeito das mazelas sociais que envolviam a infância e a juventude.

O art. 2º do Código de Menores bem reflete esta concepção, na qual o Estado não tem responsabilidade pela condição social degradante do menor, senão, tão somente, à família imputa-se esta responsabilidade. Veja-se:

Para efeitos deste código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis para provê-las;

II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsáveis;

III – em perigo moral, devido a:

- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
- b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal;

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de ato infracional;

Parágrafo único: Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independente de ato judicial (BRASIL, 1979).

Nesse sentido, a ação estatal se dava de forma “caridosa”, pois seu papel seria o de corrigir uma situação que não ajudou a produzir, porque estava patente, à época, a responsabilização exclusiva da família quanto à realidade social do menor.

A despeito da manutenção da atuação repressiva estatal no tratamento dedicado à população infanto-juvenil, não se pode deixar de reconhecer que este marco legislativo representou uma evolução no que diz respeito ao envolvimento do Estado brasileiro na questão da criança e do adolescente.

Enquanto no cenário internacional o tema da proteção dos direitos das crianças evoluía de forma rápida, no Brasil a doutrina

da Situação Irregular permanecia estanque. Confrim-se, abaixo, registros a respeito:

Em 1942, período considerado especialmente autoritário do Estado Novo, foi criado o Serviço de Assistência ao Menor (SAM). Tratava-se de um órgão do Ministério da Justiça e que funcionava como um equivalente do sistema Penitenciário para a população menor de idade. Sua orientação era correcional-repressiva. O sistema previa atendimento diferente para o adolescente autor de ato infracional e para o menor carente e abandonado, de acordo com a tabela abaixo:

Situação irregular	Adolescente autor de ato infracional	Menor carente e abandonado
Tipo de atendimento	Internatos: reformatórios e casas de correção	Patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos

Além do SAM, algumas entidades federais de atenção à criança e ao adolescente ligadas à figura da primeira dama foram criadas. Alguns destes programas visavam o campo do trabalho, sendo todos eles atravessados pela prática assistencialista:

- LBA - Legião Brasileira de Assistência - agência nacional de assistência social criada por Dona Darcy Vargas. Intitulada originalmente de Legião de Caridade Darcy Vargas, a instituição era voltada primeiramente ao atendimento de crianças órfãs da guerra. Mais tarde expandiu seu atendimento.
- Casa do Pequeno Jornaleiro: programa de apoio a jovens de baixa renda baseado no trabalho informal e no apoio assistencial e socioeducativo.
- Casa do Pequeno Lavrador: programa de assistência e aprendizagem rural para crianças e adolescentes filhos de camponeses.
- Casa do Pequeno trabalhador: Programa de capacitação e encaminhamento ao trabalho de crianças e adolescentes urbanos de baixa renda. Casa das Meninas: programa de apoio assisten-

cial e socioeducativo a adolescentes do sexo feminino com problemas de conduta⁶.

Seguindo, ao menos no campo normativo, os avanços estrangeiros na defesa da infância e da juventude, é fundada no Brasil, em 1950, na cidade de João Pessoa-PB, a primeira unidade do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), órgão da ONU responsável pela atenção aos menores.

Em 1964, é editada a Lei n. 4.513, que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), a qual herdou o patrimônio e os servidores da antiga SAM (veja citação acima), com o objetivo de implementar as ações da Política Nacional do Bem-Estar do Menor de internação dos menores em “situação de risco”, seja por envolvimento com a delinquência, seja pela carência ou abandono material dos pais.

A década de 1970 foi marcada pelo acentuado envolvimento da sociedade civil nos estudos e observações dos menores em “situação irregular”, surgindo várias vertentes em defesa de seus direitos e começando a apontar para a necessidade de ações estatais no sentido de evitar o incremento dessa realidade. Nesse período, o governo passa a integrar o polo ativo desse cenário, sendo chamado a responder, também, pelo abandono e descaso para com a situação de carência e delinquência das crianças brasileiras.

Contudo, esse novo olhar para o problema da população infantil só veio a amadurecer na década de 1980⁷, quando surgiu uma clara distinção entre duas teses distintas para enfrentamento do tema “infância e juventude”.

6 Texto de Gisella Werneck Lorenzi, psicóloga e coordenadora do portal Pró-menino. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>>. Acesso em: 13.6.2009.

7 Já neste período, procurava-se não aplicar o termo “menor”, visto que sua simbologia refletia todo um passado de repressão e desvirtuamento, fato que findou por conferir demasiada carga negativa à palavra. Até os tempos atuais, é comum ler num ou noutro texto doutrinário, ou ouvir em palestras na academia jurídica, que se deve evitar referir-se à criança e ao adolescente como “menor”, por conta da repulsa histórica que o nome traz consigo. Mas esse enfoque negativo vem sofrendo, paulatinamente, alteração no meio do Direito da Criança e do Adolescente, pois são feridas que o tempo há de sanar.

De um lado, os conservadores, denominados “menoristas” (defensores do Código de Menores), e do outro, os vanguardistas, denominados “estatutistas” (defensores da criação de um estatuto para tratar da questão dos menores). O primeiro grupo defendia a manutenção do *status quo* vigente até então, com a participação estatal limitada à repressão do delinquente juvenil e/ou o resgate do menor carente. Já os estatutistas defendiam uma mudança radical com a revogação do obsoleto Código de Menores, e a confecção de um estatuto que incluísse diversos direitos fundamentais, alçando a figura do menor à categoria de sujeito de direitos, e não mais objeto de manipulação da família e do Estado.

A influência deste segundo grupo na confecção da Constituição de 1988 foi fundamental. Conseguiram articular com diversas lideranças políticas para fazer incluir no texto constitucional um tratamento diferenciado e específico à criança e ao adolescente.

Em 1989, ano seguinte ao da promulgação da Constituição, foi aprovada a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, durante reunião da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro; tendo sido ratificada pelos países membros da ONU, à exceção de Estados Unidos e Somália.

Este documento internacional representa, até hoje, o maior avanço em termos de reconhecimento da criança como sujeito de direitos, estabelecendo uma série de princípios de proteção aos menores, independentemente de sua condição econômico-social, e desde a fase da gestação.

Sob o clamor deste novo compromisso assumido pelo Estado brasileiro, entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), quando, finalmente, o Poder Legislativo entregou à nação um documento repleto de dispositivos que traduziam a adoção da nova doutrina de proteção aos interesses da infância e da juventude. Essa nova doutrina, copiada da Declaração dos Direitos da Criança, recebeu a denominação de “Doutrina da Proteção Integral”.

Integral por dois motivos: um em relação a quem deve patrocinar esta proteção – que passa a ser responsabilidade do Estado, da

sociedade e da família –, e outro por conta da nova forma de enfrentamento da questão – a partir dessa lei, a criança e o adolescente puderam contar com um documento amplo, que lhe previu a proteção em todos os aspectos, principalmente no que concerne ao respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Este princípio é mola propulsora que deve guiar toda a movimentação dos três agentes – Estado, família e sociedade – no tratamento dedicado à criança e ao adolescente.

Neste importante documento, o Estado brasileiro passa a reconhecer o menor como um ser frágil e, por isso, bem mais suscetível às influências negativas de seu meio. Disso exsurge a nova concepção do menor como vítima das circunstâncias que o cercam, e não mais crianças que voluntariamente se envolvem com a criminalidade a fim de desafiar a força estatal.

Outra grande mudança observada, ainda que, por enquanto, somente na ordem legal, é a preocupação do Estado, também, com as crianças e os adolescentes de condição social abastada. A partir do ECA, não mais se deve perquirir sobre a “situação irregular” do infante, ou seja, o Estado é chamado a atender, também, aos anseios da população infantil que, aparentemente, se encontra em boas condições sociais e econômicas. Há uma preocupação do legislador do ECA com o universo de convivência da criança, independentemente desta residir ou não com sua família, frequentar ou não a escola, ser ou não assistida pelo sistema de saúde. Importa, além de tudo isso, saber se a criança está feliz, se se sente valorizada, se tem um ambiente propício ao desenvolvimento de suas potencialidades, se recebe afeto e proteção na formação de seu caráter etc.

Essa visão holística do universo infantil é o que bem traduz a ideia trazida pela Doutrina da Proteção Integral.

3 Direito “infracional” da criança e do adolescente

3.1 Código de Menores de 1927

Como visto no capítulo anterior, as primeiras manifestações do Estado brasileiro em relação à criança e ao adolescente, centraram-se,

precipuamente, no tratamento do “menor delinquente”, ou seja, daquele que transgrediu as normas de conduta social ou penal.

Surgiram, então, os já comentados Códigos de Menores, de 1927 e 1979, que, entre outros aspectos sancionadores, previam um tratamento pouco mais brando ao jovem que ao aplicado à época aos adultos.

Destaca-se no Código de Menores de 1927 a seguinte classificação dos menores em “situação irregular”:

- a) Crianças de primeira idade – toda criança menor de dois anos abandonada deve ser objeto de vigilância da autoridade pública, para lhe proteger a vida e a saúde;
- b) Infantes expostos – crianças até os sete anos de idade abandonados por qualquer motivo. Nesse caso, era permitido às mães que entregavam seus filhos às instituições de caridade manterem-se incógnitas, prevendo a lei punição para quem desrespeitasse este sigilo;
- c) Menores abandonados – nesta classificação incluem-se todos os menores de 18 anos sujeitos às seguintes condições:
 - I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus pais falecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam;
 - II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistência, devido a indigência, enfermidade, ausência ou prisão dos pais, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;
 - III. que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido;
 - IV. que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes;
 - V. que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem;
 - VI. que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.
 - VII. que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos pais, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:
 - a) victimas de máos tratos phisicos habituaes ou castigos immoderados;
 - b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude;

c) empregados em occupações prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude;

d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem;

VIII. que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrivel;

a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime;

b) a qualquer pena como co-autor, cúmplice, encobridor ou receptor de crime commettido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes. (grafia original)

d) Menor vadio – aquele que, apesar de viver em casa com a família, mostravam-se “refratários” a receber instrução ou trabalhar em atividade séria e útil, vagando habitualmente pelas ruas e logradouros públicos; bem como os que fugiam de seus lares para envolver-se com atividades imorais ou proibidas;

e) Menor mendigo – o que pede esmolas para si ou para terceiros;

f) Menor libertino – aquele que assedia pessoas para a prática de atos obscenos, pratica a prostituição, ou vive da prostituição de outrem.

Quanto ao tratamento jurídico conferido ao menor infrator, destaca-se naquele diploma de 1927 seu art. 71:

Art. 71. Si fôr imputado crime, considerado grave pelas circunstancias do facto e condições pessoas do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral o juiz lhe applicar o art. 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal. (grafia original)

Percebe-se, na passagem acima, o nascedouro da preocupação estatal com o tratamento diferenciado ao menor, porém ainda tímida. Primeiramente, ressalta-se a possibilidade de “condenação” do menor, o que só pode ocorrer quando se imputa responsabilidade penal ao mesmo pelos atos praticados; em outras palavras, quando se considera que o adolescente é imputável – a ele se pode atribuir a

responsabilidade por seus atos. Mais adiante essa ideologia será mais bem desenvolvida.

Outro ponto a ser destacado é a possibilidade de aprisionamento do menor em local originalmente reservado para adultos, ou seja, em presídios, quando faltar estabelecimento apropriado para o menor.

O prazo de aprisionamento do menor infrator também se mostrava como mais uma característica do sistema da “situação irregular”. O magistrado não fixava prazo para sua conclusão, e o menor ficaria recluso até que apresentasse sinais de sua recuperação, não havendo qualquer dispositivo na lei que atribuisse essa tarefa reabilitadora ao Estado, como se a privação de liberdade por si só fosse suficiente para fazer nascer no interno a vontade de ressocializar-se.

3.2 Código de Menores de 1979

O Código de Menores de 1979 revogou expressamente todos os documentos legais, até então vigentes, que tratavam de modo esparso, ao lado do vetusto Código de 1927, sob a promessa de criação de um sistema completo de atenção à situação da infância e da juventude brasileiras.

No entanto, apesar de ter sido considerado de vanguarda para o momento político, econômico e cultural do Brasil da década de 1970, manteve em seu espírito a disciplina da “situação irregular”.

No art. 1º, o Código inovou, em relação ao anterior, ao prever a assistência, proteção e vigilância dos menores “independentemente de sua situação” (parágrafo único, *in fine*). Contraditoriamente, porém, passa a classificar o que se entenderia por “menor em situação irregular”, nos seguintes termos:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação.

Também, no Código de 1979, instaurou-se uma nova disciplina de prioridade quanto ao tratamento das pessoas menores de 18 anos. O art. 5º do Código previu o seguinte:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

No entanto, a principal mudança verificada nas novas disposições do Código de 1979 foi o início da assunção de responsabilidade ao Estado e à sociedade pelas condições econômico-sociais em que o menor carente se encontrava.

A família não mais responderia sozinha pelas mazelas da infância. Nesse momento, surge para o Estado o dever de proteger a criança em “situação irregular”, bom como a sociedade é chamada a cumprir, também, esse papel. Confira-se na transcrição abaixo:

Art. 9º As entidades de assistência e proteção ao menor serão criadas pelo Poder Público, segundo as diretrizes da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, e terão centros especializados destinados à recepção, triagem e observação, e à permanência de menores.

§ 1º O estudo do caso do menor no centro de recepção, triagem e observação considerará os aspectos social, médico e psicopedagógico, e será feito no prazo médio de três meses.

§ 2º A escolarização e a profissionalização do menor serão obrigatórias nos centros de permanência.

§ 3º Das anotações sobre os menores assistidos ou acolhidos constarão data e circunstâncias do atendimento, nome do menor e de seus pais ou responsável, sexo, idade, ficha de controle de sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização de seu tratamento.

Art. 10. As entidades particulares de assistência e proteção ao menor somente poderão funcionar depois de registradas no órgão estadual responsável pelos programas de bem-estar do menor, o qual comuni-

cará o registro à autoridade judiciária local e à Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

Parágrafo único. Será negado registro à entidade que não se adequar às diretrizes da Política Nacional do Bem-Estar do menor e ao disposto nesta Lei.

Art. 11. Toda entidade manterá arquivo das anotações a que se refere o § 3º do art. 9º desta Lei, e promoverá a escolarização e a profissionalização de seus assistidos, preferentemente em estabelecimentos abertos.

Art. 12. É vedado à entidade particular entregar menor sub-judice a qualquer pessoa, ou transferi-lo a outra entidade, sem autorização judicial.

Vê-se, portanto, que a percepção a respeito da situação sociocultural do menor começa a receber contornos de problema social a reclamar políticas públicas efetivas. O antigo “delinquente juvenil”, assim denominado como se pudesse ter escolhido seu destino, passa a ser enxergado como um produto de seu meio; passa a representar o substrato do abandono e do descaso das ações governamentais para com a parcela carente da população; inicia-se, assim, o reconhecimento de que o menor, dito “em situação irregular”, é vítima e não algoz.

Sob esse aspecto, o Código de Menores de 1979 representou um documento de transição. E, dessa forma, trazia disposições de vanguarda, como acima transcrito; mas, em outras passagens, retomava os rigores da antiga doutrina, esquecendo-se da vitimalização do menor infrator, para enxergá-lo novamente como escória social.

O ponto crucial dessas afirmações pode ser percebido na disciplina da internação. A internação representava a medida mais indicada ao “*menor com desvio de conduta ou autor de infração penal*” nos casos em que a aplicação de outra medida for inviável ou não surtir efeito.

Em que pese sua aplicação subsidiária, há inúmeros registros de internações de menores como sendo a primeira a ser adotada em casos nem sempre tão graves. Aliás, a própria lei permitia a internação ainda que não houvesse prática de ilícito penal, mas tão somente “desvio de conduta”.

Também, o Código de 1979 previa a internação em estabelecimento apropriado para “delinquentes juvenis”; no entanto, do mes-

mo modo que o Código de 1927, permitia a separação de celas em presídios de adultos para abrigar menores infratores, quando não houvesse estabelecimento especialmente preparado para recebê-los (art. 41, § 2º).

Ainda sobre a internação, pode-se destacar as seguintes peculiaridades daquele Código:

- a) não havia delimitação de prazo máximo para a internação;
- b) o interno era avaliado em até cada dois anos;
- c) a oitiva do Ministério Público era facultativa, a critério do juiz;
- d) completando 21 anos sem que o juiz concluísse por sua recuperação, o interno passaria ao sistema penal comum, sob os auspícios do Juiz de Execuções Penais.

Dessa forma, o tratamento do menor interno poderia ser pior, na prática, do que o dispensado ao adulto condenado. É que, se por um lado havia a previsão de internação somente enquanto não se observasse a recuperação do adolescente, por outro não havia qualquer obrigação para que o estabelecimento onde ele ficasse internado fornecesse os meios suficientes para esta recuperação. Então, o interno ficaria em total ociosidade, sem instrução, sem tratamento condigno, sem orientação psicológica, sem apoio emocional; mas teria que, por um milagre do acaso, conscientizar-se a respeito da ilicitude de sua conduta, dos prejuízos que causou ao corpo social, ou à vítima, e, espontaneamente, arrepende-se de seu passado e começa a buscar um futuro diferente.

Por óbvio que nada disso acontecia, como ainda não acontece. O menor interno passava o dia em contato com os demais, com diferentes graus de envolvimento com a criminalidade. Assim, aprendia outras formas de praticar ilicitudes, quando não era forçado a acompanhar o restante do grupo, a fim de garantir sua sobrevivência num meio totalmente hostil.

Sabe-se que, nos dias atuais, o tratamento continua bem semelhante a este retratado sob a vigência dos Códigos de 1927 e 1979. Muita coisa precisa ser feita para que o Brasil, realmente, possa ser considerado desenvolvido na área de proteção e defesa dos interesses da infância e da juventude, porque os paradigmas adotados nessa legislação retrógrada estão, a cada dia, recebendo mais adeptos. Quanto mais o País se

desenvolve economicamente e de forma desigual, gerando verdadeiros abismos sociais entre as classes, mais a população carente se insurge violentamente contra o descaso da elite e do Estado.

3.3 Direito constitucional da criança e do adolescente

A evolução da disciplina menorista, no Brasil, ocorreu em passos muito lentos. A massificação e estratificação da sociedade se tornaram ingredientes perversos da estagnação da antiga Doutrina da Situação Irregular, reservando apenas ao legislador o papel de responder aos compromissos assumidos pelo Brasil no campo internacional.

Dentro dessa ideologia, foi editado, em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069, o qual representa um dos mais modernos documentos legais a respeito da proteção e defesa dos direitos da população infanto-juvenil do País.

O ECA abandona integralmente a Doutrina da Situação Irregular e passa a encarar as questões atinentes ao menor sob o pálio da Doutrina da Proteção Integral.

A partir desse documento, o Brasil assumiu que, invariavelmente, a situação da criança e do adolescente é um tema que diz respeito ao Estado, à sociedade e à família, refletindo integralmente o posicionamento assumido pelo Poder Constituinte Originário, no art. 227 da Constituição Federal de 1988. Nesse artigo, a Constituição consolida como norma fundamental a priorização do atendimento do menor, deslocando para a família, para a sociedade e para o Estado o *dever* de zelar por suas necessidades, garantindo-lhes “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Em seguida, ainda no mesmo artigo, o constituinte expressa a adoção da Doutrina da Proteção Integral, ao dispor:

§ 3º – O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º – A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º – A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º – No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Percebe-se, portanto, que a ambiência da entrada em vigor do ECA, antecedida pelas normas constitucionais sobre o assunto, sufragou por completo a velha concepção de que o menor envolvido com a criminalidade seria, tão somente, uma ferida social causada em decorrência da desestrutura da instituição familiar, e que este poderia escolher seu destino, agindo com consciência e maturidade intelectual suficiente para que fosse responsabilizado por suas ações. A partir da Constituição de 1988 e do ECA, a caducidade dessa ideologia restou patente.

O desenvolvimento cultural, porém, permanece, até hoje, em total descompasso com a Doutrina da Proteção Integral. O texto do Estatuto tem sido constantemente rechaçado, e as investidas midiáticas clamam por sua reforma, suplicando pelo retorno do sistema antigo de imputação de responsabilidade ao menor. O que se vê, em

síntese, é a vontade majoritária em devolver ao menor a responsabilidade pelo descaso social e político para com a comunidade infantil. A família não faz seu papel educacional e de proteção. O Estado não investe em políticas públicas para estruturar essas famílias e dar-lhes condições psicossociais e econômicas para dedicarem-se à formação dos filhos. A sociedade, de um modo geral, apenas se posiciona em postura de “contra-ataque” às investidas dos adolescentes infratores, cobrando da segurança pública e do legislador uma resposta cada vez mais agressiva de combate à criminalidade, e não um tratamento integral para o menor, conforme dispõe a Constituição e o ECA.

Nesse cenário, toda a evolução positiva e madura assumida pelo legislador com a edição do ECA cai por terra e sucumbe ao fatídico.

A orientação lúcida retratada nos documentos internacionais ratificados pelo Brasil, de que o envolvimento da criança com a criminalidade só ocorre porque algum fator de proteção ao seu saudável desenvolvimento falhou, e de que, por isso, ela se torna vítima dessa circunstância, tem sido absolutamente mascarada diante da visão simplista e superficial do problema.

É mais cômodo e fácil atribuir ao próprio menor a responsabilidade por suas mazelas e mau comportamento, como se ele, realmente, fosse suficientemente maduro para, a despeito de toda sorte de abandono experimentado, optar pelo caminho das virtudes.

4 Conceito de inimputabilidade

O artigo 228 da Constituição proclama:

São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial.

O significado do disposto nesta norma constitucional, primeiramente, é o pressuposto de que todo ser humano com idade abaixo de 18 anos, e que se encontre sob a jurisdição do Estado brasileiro, é absolutamente imune à aplicação da disciplina penal. São pessoas que estão fora do âmbito de incidência das disposições da Teoria Geral do Direito Penal.

Trata-se de regra de presunção absoluta. Reflete a assunção, pelo Estado brasileiro, de um critério rígido e imutável de definição de irresponsabilidade a partir do referencial cronológico, segundo o qual a pessoa não atingiu maturidade suficiente para se orientar quanto à sua conduta social. Essa presunção absoluta, portanto, não aceita argumentação contrária; não admite mitigação, ou qualquer espécie de gradação onde se observe, ainda que sob o pálio da ciência médica, um nível avançado de desenvolvimento psicossocial do indivíduo.

Uma vez fixado esse entendimento, cabe, ainda, reforçar o argumento sob o prisma léxico. O significado da palavra “inimputabilidade” deve ser alcançado com o estudo de seus morfemas⁸. Inicialmente, deve-se considerar o significado do prefixo de origem latina “in”, como expressão de negação, ou sentido contrário.

Inimputabilidade, portanto, significa o contrário da imputabilidade.

A imputabilidade, por sua vez, possui o sufixo “dade”, que apresenta, em regra, a função de transformar um adjetivo (qualidade – imputável) ou um verbo (ação – imputar) em substantivo.

Assim, chega-se à palavra de origem que trará o real significado de sua derivada “inimputabilidade”. “Imputar”, finalmente, é um termo que necessita ser conceituado a fim de se conhecer o alcance da norma constitucional.

Nos dicionários da língua portuguesa, “imputar” recebe a seguinte definição: atribuir (a alguém) a *responsabilidade* de (ato, crime), assacar, incriminar⁹ (sem grifo no original).

Nesse sentido, o significado etimológico da palavra inimputabilidade, conjugado com o teor da vedação constitucional insculpido no artigo 228, deve ser entendido como: *impossibilidade de se atribuir responsabilidade ao menor de 18 anos por seus atos na esfera penal*.

A responsabilização penal, no Estado brasileiro, sob a ordem constitucional vigente, depende, impreterivelmente, da aquisição da idade cronológica de 18 anos, sem a qual será impossível imputar-se qualquer reprimenda pela prática do ilícito penal.

⁸ Morfemas são as unidades de significação responsáveis pela formação das palavras (MESQUITA, Roberto Melo. *Gramática da língua portuguesa*. 8. ed., 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112).

⁹ LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft*. 14. ed. São Paulo: Ática, 1998, p. 346.

5 Conceito de responsabilidade penal

Para a completa compreensão do dispositivo constitucional, resta, ainda, traçar os requisitos da responsabilização penal.

O objeto de estudo da ciência penal é toda conduta definida pela legislação como infração penal, assim entendida como crime ou contravenção.

Nesse sentido, só é possível a atribuição da responsabilidade penal a quem pratica uma conduta tipificada em lei como crime ou contravenção, além de se observar os demais requisitos da imputação, quais sejam¹⁰: conduta (ativa ou omissiva, por seu aspecto objetivo; dolosa ou culposa, por seu aspecto subjetivo), nexo de causalidade, resultado (material ou normativo), não ocorrência de uma das causas que excluem a ilicitude, bem como, a idade acima de 18 anos e a saúde mental suficiente para compreender o caráter ilícito da conduta.

Tais considerações, no entanto, não revelam o conceito de “responsabilidade”. Para que não se limite à análise tautológica do termo, recorre-se, novamente, à sua definição léxica: obrigação de responder pelos próprios atos ou pelos de outrem; condição ou estado do que está sujeito a responder por certos atos e sofrer-lhes as consequências¹¹. Também, a disciplina da Responsabilidade Civil pode servir de norte para encontrar sua essência. Cavalieri Filho (2004, p. 24) define a responsabilidade civil conforme transcrito abaixo:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um *dever jurídico sucessivo* que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (sem grifos no original)

¹⁰ Nucci define crime, sob o aspecto analítico, do seguinte modo: “Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, em ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade de agir conforme o direito” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 158).

¹¹ Idem, p. 538.

A responsabilidade na esfera civil nasce para aquele que descumpra um dever jurídico. Portanto, é a consequência de uma causa anterior. É um dever jurídico que tem origem em outro dever jurídico original. Não surge do nada, senão tão somente do descumprimento de um dever.

Pode-se dizer, assim, que não há responsabilidade sem causa anterior, sem o estabelecimento, no ordenamento jurídico, de algo suscetível ao descumprimento.

Transferindo-se esta compreensão para a esfera penal, é perfeitamente concebível o entendimento de que a responsabilidade penal corresponde ao descumprimento do dever jurídico de não praticar uma conduta tipificada como crime ou contravenção, e apenas isso, ou seja, as condutas que dão origem à responsabilização penal estão inseridas no conceito de infração penal: crime ou contravenção.

Nucci corrobora a assertiva acima, esclarecendo:

A antiga Parte Geral do Código Penal, antes da reforma de 1984, classificava o Título III como ‘Da Responsabilidade’, o que, de fato, merecia ser alterado. Enquanto imputabilidade é a capacidade de ser culpável e culpabilidade é juízo de reprovação social que pode ser realizado ao imputável, responsabilidade é decorrência da culpabilidade, ou seja, trata-se da relação entre o autor e o Estado, que merece ser punido por ter cometido um delito.

Os conceitos não se confundem, embora possam ser interligados.

Mais adiante, o mesmo autor traz o conceito de *maturidade* para fins de imputação penal: desenvolvimento físico-mental que permite ao ser humano estabelecer relações sociais bem adaptadas, ter capacidade para realizar-se distante da figura dos pais, conseguir estruturar as próprias idéias e possuir segurança emotiva, além de equilíbrio no campo sexual.

Assim, seja pelo critério da ausência de culpabilidade, diante da adoção do critério objetivo da menoridade; seja pelo aspecto psicológico da imaturidade comportamental; seja pela falta de previsão de uma obrigação jurídica imposta ao menor de 18 anos, não é possível cobrar dele qualquer resposta no que diz respeito à sua conduta. Não é permitido, pela ordem constitucional vigente, fazer com que o menor de 18 anos sofra as consequências do seu conduzir, quanto a

seus atos equiparados a crime ou contravenção; pelo menos, não na ordem penal.

Enfim, o conceito de ato infracional não está inserido no contexto penal. É uma modalidade outra de infração. É um instituto jurídico que vai buscar, nos termos do ECA, sua materialização no que o legislador já tipificou como crime e contravenção, mas com eles não se confunde. Apenas se deve aproveitar o preceito primário da conduta tipificada, pois o preceito secundário do tipo penal é exatamente a consequência imposta ao adulto que a praticar. Como o menor de idade é inimputável, a ele não se pode atribuir responsabilidade, ou seja, ele não pode sofrer qualquer consequência na esfera penal. A consequência possível para o menor tem natureza própria: medida protetiva e medida socioeducativa.

Tais medidas têm por escopo endereçar à família, à sociedade e ao Estado o dever de recuperar o menor, de reabilitá-lo, de ressocializá-lo, concedendo a ele os elementos fundamentais para o desenvolvimento de suas potencialidades positivas, devolvendo-lhe as condições que lhe foram subtraídas durante sua curta existência, insculpidas no art. 227 da Constituição e repetidas em diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, até mesmo a medida socioeducativa de internação tem a limitação temporal de três anos, não para que o adolescente “pague” pela prática do ato infracional, mas para o Estado recuperá-lo. Quando se fala em aumento do tempo de internação, deve-se lembrar que se trata de aumentar a privação de liberdade do menor por conta da incompetência do Estado. Em suma, passará o menor a ter um direito restringido por lapso temporal acima do necessário caso realmente o Estado primasse por cumprir sua função constitucional.

O menor se envolve com a criminalidade por conta, exclusivamente, da omissão de alguém em seu processo educacional e de formação do caráter. Em decorrência, pode vir a sofrer a restrição de sua liberdade, a fim de possibilitar um trabalho mais intensivo sobre seu comportamento, com o único objetivo de resgatar o tempo que fora perdido em sua formação e possibilitar um novo caminho para seu futuro como cidadão, útil ao corpo social e condizente com a dignidade humana.

No entanto, o que se pretende com os movimentos contrários ao disposto no ECA, é que o menor, já vitimado pelas circunstâncias de seu abandono moral, afetivo, econômico, ou de qualquer outra espécie, venha a “pagar” pelo erro dos outros, aumentando o tempo de internação como se fosse ele um condenado, e não uma pessoa sujeita a cuidados especiais de proteção e recuperação.

6 Critério cronológico de inimputabilidade penal – Direito fundamental

A Constituição Republicana de 1988 foi pródiga em estabelecer um extenso rol de direitos e garantias individuais, apostos precipuamente em seu art. 5º.

Essa listagem, porém, não abarca a totalidade dos direitos fundamentais. A doutrina constitucionalista tem, a cada estudo, reconhecido diversos dispositivos espalhados pelo texto constitucional em que se vislumbra o *status* de direito fundamental.

Entre estes dispositivos, o enunciado do art. 228 da Constituição já foi alçado à condição de direito individual fundamental. Observe-se a orientação de José Afonso da Silva (2009, p. 863 e 864) na seguinte passagem:

Concordamos com René Ariel Dotti quando concebe a inimputabilidade como “uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétrea. Conseqüentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade – 16 anos, por exemplo, como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do § 4º, IV, do art. 60 da CF”.

Portanto, o critério de inimputabilidade penal não pode ser alterado enquanto vigor a Constituição Federal promulgada em 1988. Não há espaço para a alteração desse direito fundamental, nem mesmo mediante emenda à Constituição, pois, conforme citado acima, esse direito está cristalizado pela vedação do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF/1988.

Nesse sentido, Otto Bachof (1994, p. 38-40), após distinguir os conceitos de Constituição em sentido material e formal na doutrina constitucional alemã, revela a similitude de tratamento da Constituição germânica sobre a imutabilidade de determinados preceitos constitucionais, nos seguintes termos;

Uma lei de alteração da Constituição (isto é, na medida em que se trate da Lei Fundamental, uma lei de alteração no texto da Constituição: art. 79, no I) pode infringir, formal ou materialmente, disposições da Constituição formal. Dá-se o primeiro caso, quando não são observadas as disposições processuais prescritas para a alteração da constituição; ocorre o último, quando uma lei se propõe alterar disposições da Constituição contrariamente à declaração da imodificabilidade destas inserta no documento constitucional: assim, por exemplo, uma lei de alteração da Lei Fundamental que, contra o disposto no art. 79, no 3, eliminasse a articulação da Federação em Estados Federados ou princípio da participação destes na legislação, ou lesasse os princípios assentes nos arts. I e 20. Não é necessário mostrar o mais pormenorizadamente que a lei de alteração, embora sendo ela própria uma norma constitucional formal, seria, num como no outro caso, «inconstitucional». (destaques no original)

Essa concepção das normas constitucionais em sentido material e formal, em que pesem severas críticas no sentido de não ser possível a classificação de normas constitucionais de maior ou menor importância, tem sido amplamente defendida pela doutrina constitucional pátria. A despeito da polêmica existente, certo é que os direitos individuais fundamentais são normas materialmente constitucionais, ou seja, integra “o sistema daquelas normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador”¹². Kildare Gonçalves, a título de complementação, conceitua os direitos individuais como

[...] aqueles que se caracterizam pela autonomia e oponibilidade ao Estado, tendo por base a liberdade – autonomia como atributo da pessoa, relativamente a suas faculdades pessoais e a seus bens. Impõem [...] uma abstenção, por parte do Estado, de modo a não interferir na esfera própria dessas liberdades. São direitos de status negativus, pois o seu núcleo está na proibição de interferência imediata imposta ao Estado. Os direitos individuais configuram uma pretensão de resistência

12 SMEND, apud BACHOF, p. 39.

à intervenção estatal, sendo, por isso mesmo, designados de direitos de defesa ou resistência (CARVALHO, 2009, p. 727).

Por isso, também, é possível defender a estatura fundamental da inimizabilidade cronológica. Ora, se é a liberdade a garantia basilar dos direitos individuais, e, sendo estes a mola-mestra da estrutura constitucional do Estado Democrático de Direito, qualquer tentativa de redução da liberdade, fora dos casos expressamente previstos na Constituição, não pode ser aceita.

Dentro dessa concepção, socorre-se, ainda, do princípio da proibição do retrocesso¹³ para dizer que a fixação da maioria penal nos 18 anos importa num mínimo possível para o exercício desse direito de imunização ao tratamento penal. Caso se queira reformar o texto constitucional neste ponto, tal somente seria possível para aumentar o parâmetro da maioria, jamais para diminuí-lo.

7 Natureza jurídica do ato infracional

Conforme já tratado, o ato infracional não tem natureza penal. Perquire-se, portanto, qual é a natureza jurídica do ato infracional?

Nos termos do art. 103 do Estatuto, considera-se ato infracional toda conduta descrita como crime ou contravenção.

Quando se estuda o tipo penal, observa-se que ele é formado por uma parte descritiva, conhecida como preceito primário, que traduz o comportamento proibido; e uma segunda parte, que seria a consequência jurídica para quem praticar o comportamento proibido, ambos já tratados anteriormente quando se estabeleceu o conceito de responsabilidade penal.

13 O princípio da proibição do retrocesso tem sido defendido pela doutrina constitucionalista internacional com o escopo de garantir maior eficácia às normas constitucionais ditas programáticas. Assim como Dworkin, outros doutrinadores tem revelado a necessidade de se preservar a força normativa da Constituição, e, com isso, pautam a seriedade do texto constitucional em princípios que retroalimentam sua efetividade. Dentre estes princípios, destaca-se, portanto, o da proibição do retrocesso, assim definido: “Concretamente, o princípio da ‘proibição do retrocesso social’ determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma ‘lei de proteção’, a acção do Estado, que se consubstanciava num ‘dever de legislar’, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei” (QUEIROZ, 2006, p. 116).

Uma vez que o ato infracional não pode gerar responsabilização para quem o pratica, já que se trata de um menor de 18 anos, conclui-se, então, que ele não tem natureza penal. O menor não sofre sanção alguma pela prática do ato infracional.

A equiparação do ato infracional às condutas descritas como crime e contravenção, seguindo o espírito do ECA, da Constituição e dos documentos internacionais ratificados pelo Brasil, levam à conclusão de que isso se deu por conta de dois motivos: a) estabelecer com objetividade as condutas graves praticadas pelo menor que evidenciasse a necessidade de atuação efetiva do Estado em sua reabilitação; e b) limitar o tratamento a essas condutas, para não permitir a abstração trazida pelos revogados Códigos de Menores de 1927 e 1979, que possibilitavam ao juiz aplicar medidas socioeducativas, também, para os menores que externassem “desvio de conduta”¹⁴.

O ato infracional é espécie do gênero “infração”, mas uma modalidade diferenciada, cuja prática não resvala em qualquer sanção para quem o pratica, senão para terceiros. Quem “responde” pela prática de um ato infracional é a família, a sociedade e o Estado, a quem a Constituição Federal atribuiu o dever de velar pelo bem-estar do menor e de seu desenvolvimento saudável. Daí que se defende a medida protetiva e a medida socioeducativa como medidas de garantia, para que a criança e o adolescente possam ser resgatados do abandono e passem a receber tratamento especial para sua integral recuperação.

A medida socioeducativa é, como o próprio termo define, uma forma de educar o adolescente infrator e devolvê-lo à sociedade como um ser digno e potencialmente reintegrado.

O que vai definitivamente diferenciar o ato infracional das demais infrações (penais, trabalhistas, de trânsito, administrativas etc.) é a impossibilidade de se exigir do menor uma resposta, um pagamento, o cumprimento de um dever jurídico correspondente.

Nesse sentido, o ato infracional tem natureza jurídica *sui generis*, que não encontra correlato no vasto estudo das modalidades infracio-

¹⁴ Código de Menores de 1979, art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

nais. Disso exsurge a necessidade de uma disciplina totalmente distinta para o seu tratamento. E é essa disciplina que trouxe o ECA, apesar da insistente recusa em sua aplicação concreta.

8 Sistema jurídico autônomo da criança e do adolescente

É comum, na prática, a aplicação de preceitos da Teoria Geral do Crime para o tratamento do menor infrator, porém, não há compatibilidade entre os dois sistemas, visto que o Direito Penal é regido, fundamentalmente, pela possibilidade de atribuição de responsabilidade.

Tanto é assim, que, mesmo o adulto, quando acobertado por excludente de ilicitude, não responde penalmente por seus atos. A aplicação da Teoria Geral do Crime depende, até mesmo para o imputável penalmente, da possibilidade de se encaixar sua conduta no conceito analítico de crime.

Com o entendimento de que a inimputabilidade cronológica é uma regra de imunidade penal, já que prevista na Constituição, pode-se dizer, também, que ela não integra a culpabilidade do conceito analítico de crime. Não se diz, com isso, que a culpabilidade integra ou não o conceito de crime, mas que a inimputabilidade cronológica antecede a compreensão do que seja crime. É um elemento externo ao estudo do crime. Não se inclui no campo de observação da matéria penal. Enfim, o que se quer dizer é que a análise da culpabilidade na esfera penal deve-se limitar aos casos de doença mental, porque a imunidade constitucional do menor de 18 anos não interfere em seu estudo.

Ao fim e ao cabo, o que deve ficar patente é que, no caso de se aplicar o tratamento geralmente dedicado ao adulto que pratica infração penal ao menor que pratica o ato infracional, quebra-se a regra de imunidade estabelecida na Constituição. Esse fator, de per si, é suficiente para gerar a responsabilização de todos os envolvidos nessa inconstitucionalidade concreta, e o menor, nesses casos, será merecedor de dupla proteção: imediatamente ser colocado a salvo do tratamento equivocado e, mediamente, receber as medidas adequadas à sua plena recuperação e ressocialização.

9 Conclusão

O Brasil assumiu, no campo dos tratados internacionais, o compromisso de aplicar tratamento diferenciado à criança e ao adolescente.

Para tanto, distanciou-se da antiga concepção de que a situação irregular do menor era responsabilidade exclusiva da família, incumbindo ao Estado, tão somente, a repressão do “delinquente juvenil” e a recuperação do “menor carente”.

Nesse sentido, o legislador adotou expressamente no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente a Doutrina da Proteção Integral, a qual busca preservar o bem-estar do menor de 18 anos desde a sua concepção, ainda na fase gestacional. Tal proteção independe das condições socioeconômicas do menor, pois se observou que o abandono moral, social, afetivo não respeita classe social ou econômica, podendo atingir, também, as crianças e adolescentes de famílias abastadas.

Falta, agora, a implementação definitiva do Estatuto ao tratamento jurídico do menor. E entre os diversos campos em que se observa o descompasso entre o que está na lei e a prática cotidiana, assusta a discrepância observada no que diz respeito ao menor envolvido com a prática do ato infracional; ou seja, ao menor inimputável penalmente.

A inimputabilidade cronológica é um direito fundamental previsto na Constituição que gera imunidade do indivíduo menor de 18 anos, no que diz respeito à aplicação da disciplina penal.

Inimputabilidade significa impossibilidade de aplicar à criança ou ao adolescente qualquer sanção em decorrência da prática de conduta descrita como crime ou contravenção penal.

A consequência possível após a prática do ato infracional corresponde à aplicação de medidas protetivas ou socioeducativas, que, por seu turno, terminam por revelar um encargo à família do menor infrator, à sociedade e ao Estado, que têm a obrigação de corrigir as falhas ocorridas durante o desenvolvimento daquele indivíduo, refletidas agora no seu envolvimento com a criminalidade.

Esse direito individual fundamental de imunização à tutela penal está guarnecido pela vedação contida no §4º, inciso IV, do art. 60

da Constituição Federal vigente, e, como tal, não pode sofrer sequer ameaça de alteração. Daí, também, sua inclusão no rol de garantias imutáveis traduzida na impossibilidade de redução da maioria penal abaixo dos 18 anos.

Referências

AMARAL, José de Campos. *Direitos e garantias fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

AMIN, Andréa Rodrigues e outros. *Curso da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARIES, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed.. São Paulo: LTC, 1981.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DEL PRIORE, Mary. *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Marcos Cezar de (org.). *História social da infância no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaio filosófico*. 1. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LORENZI, Gisella Werneck. *Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil*. Retirado do sítio eletrônico: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica/IDP, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

Proposta do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) para o menor infrator e perspectivas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Ricardo Manhães Seabra

Nosso cuidado não deve ser o de viver muito, e sim o de andar bastante, porque o primeiro depende do destino e o segundo de nós mesmos.
Sêneca (4 a. C – 65 d. C)

Sumário: 1 Introdução. 2 As medidas socioeducativas para menores infratores. 2.1 Histórico e relevância das medidas socioeducativas de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). 2.2 O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) constante do PL n. 1.627/2007. 2.3 Proposta do Sinase em concordância com o ECA. 3 Proposta do Sinase em suas fases de implantação. 3.1 Críticas à proposta do Sinase. 3.2 O Sinase em consonância com os princípios gerais contidos no ECA. 3.3 O Sinase e o ECA, abrangência em medidas socioeducativas. 4 O Sinase com abordagem à proteção integral. 4.1 Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (ABMP) e o Sistema de Justiça da Infância e da Juventude. 4.2 Fatos sociais e o que a doutrina comenta sobre legalidade, garantismo e adolescente em conflito com a lei. 4.3 Aspectos relevantes da proposta do Sinase para com a sociedade e para com o menor infrator. 5 Conclusão.

1 Introdução

Este trabalho visa a entender como funciona o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) com base no texto do Projeto de Lei n. 1.627/2007, que tramita na Câmara dos Deputados, em consonância e em confronto com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069/1990. O chamado Sinase tem as seguin-

tes características básicas: 1) trata-se de um projeto de lei e deve ser entendido como política pública social de inclusão do adolescente em conflito com a lei; 2) prevê normas de padronização de procedimentos jurídicos em âmbito nacional que envolve menores de idade; 3) possui conteúdo desde a apuração do ato infracional até a aplicação das medidas socioeducativas. Portanto, a finalidade do Sinase é funcionar em qualquer processo de apuração de ato infracional cometido por um adolescente até a execução de medida socioeducativa. Para isso, deve seguir um conjunto de princípios de regras e critérios de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo.

A questão maior encontra-se no adolescente, e o comparativo Sinase *versus* ECA consubstancia-se no atendimento socioeducativo pós-aferição de infração cometida pelo adolescente. Ora, o que se pode notar hoje diante das mazelas que vemos nos meios de comunicação é que o sistema educacional é completamente falho. Onde se deveria atacar pelo lado proativo na educação do adolescente, o ECA garantiu uma série de direitos para as crianças e os adolescentes, não direcionados em específico para educação escolar.

No entanto, esse Estatuto não teve como garantir aos menores uma inserção social maior. O ECA se utiliza de meios legais para vigiar e controlar o comportamento dos adolescentes, sem promover a verdadeira cidadania, como prega. O Estatuto promoveu uma estratégia de vigilância dos menores por meio de pedagogos e assistentes sociais. Vemos no Brasil um empobrecimento cada vez maior, a marginalização dos jovens aumentando, mas o ECA não dá conta de resolver isso porque tem uma demanda aumentada de vigilância (SALIBA, 2006).

Um aspecto a ser ressaltado é o fato de a discussão sobre o estatuto ser muito centralizada na questão da punição, quando deveria abordar a inserção social. Ao contrário do que se pensa, o ECA tem um caráter punitivo até mais severo do que o Código Penal, no que diz respeito ao réu primário, em determinados situações. Nesses casos, enquanto o adulto pode não ficar preso, o jovem é submetido à medida socioeducativa. Contudo, ainda está muito distante a teoria da prática.

Temos um mercado capitalista com tendência a marginalizar a evasão domiciliar dos menores, o aumento da miséria, e tudo isso é

encoberto. Caso não seja observada a discussão sobre a marginalização do menor, haverá enganação e repressão. Exemplos históricos mostram que a repressão sozinha nunca resolveu nada e ninguém quer ver essa realidade. No entanto, esse trabalho não fará abordagens jornalísticas, apesar de retratar algumas, mas mostrará os meios legais que colocam o Sinase em consonância com o ECA.

Criado pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o ECA declara que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente, conforme dispõe o art. 4º.

A incerteza vem cair sobre a forma como o ECA vem sendo aplicado no Brasil. Em 20 anos de história, fizeram-se de leves a duras críticas acerca da aplicabilidade do Estatuto. Contudo, com o ECA, foi possível aos conselhos tutelares opinarem em importantes processos, como orçamentos participativos e planos diretores. O Sinase é um projeto que vem trazer maior interesse em regulamentar as medidas socioeducativas, com transparência e comprometimento, na tentativa de acolher o menor adolescente e encaminhá-lo para que tenha o melhor aproveitamento na medida de resgatar sua integração na sociedade.

Nesse contexto, este trabalho visa a buscar indicativos no texto do projeto Sinase quanto às modificações que poderão ocorrer no ECA. Segundo dispõe o art. 228 da Constituição Federal de 1998: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Portanto, insere-se na legislação especial, entre outras, o ECA e possivelmente o Sinase, que está para ser aprovado.

O texto do Sinase foi aprovado em 8 de junho de 2006 pelo Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Desde 1999, a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República coordena a construção do sistema com a colaboração de governos municipais, estaduais e federal, repre-

sentantes da sociedade civil, do Ministério Público e de organismos das Nações Unidas.

O sistema redefine as atribuições dos governos nas instâncias municipal, estadual e federal no atendimento ao menor em conflito com a lei. Com a aprovação do texto do Sinase espera-se formalizar um padrão para a aplicação de medidas socioeducativas sem que isto dependa apenas da decisão subjetiva dos gestores. Responsabilizar criminalmente mais cedo os jovens só tende a contribuir para o aumento da criminalidade, porque os jovens não vão ter a oportunidade socioeducativa que o Estatuto oferece quando do ato infracional.

Desigualdades sociais em centros de excelência e outros Estados com uma dificuldade sem tamanho para as mínimas práticas de medidas de políticas sociais voltadas para o menor adolescente. A comisseração flutuando no ar onde as mazelas imperam sem uma proposta que possa vislumbrar em possível solução da questão socioeducativa o Sinase vem propor medidas que possam realmente solucionar o problema.

A crítica que se faz é que, se é possível criar presídios de segurança máxima, também seria possível criar centros de excelência em educação para menores infratores, com todas as condições de saúde, alimentação, lazer e educação. Esses grandes centros de excelência poderiam fazer a diferença para um Brasil melhor. Com profissionais gabaritados, sistemas de treinamento com a participação das forças armadas, no que concerne à sua educação disciplinar, e o engajamento dos centros tecnológicos e universitários, também. Isso faria uma grande diferença como medida socioeducativa no Brasil.

Haveria o comprometimento não somente com a competição, mas com a inclusão social, com a valorização do trabalho em equipe. Centros de criação com desenvolvimento de projetos, seja em áreas rurais, seja urbanas, fariam com que o país pudesse intensificar sua inteligência. O Brasil precisa diagnosticar que seu verdadeiro problema consiste da necessidade de excelência na educação e com isso possibilitar a geração de jovens com o compromisso de fazer o crescimento do País, com o apoio político e financeiro necessário para potencializar toda a criatividade do povo brasileiro, porque a partir do desenvolvimento educacional e sociocultural de crianças, adolescen-

tes e jovens é possível mensurar a verdadeira capacidade que o povo tem, não somente nos esportes, como se tem observado nos últimos anos, mas também em projetos educacionais, sociais, tecnológicos, científicos, políticos e econômicos, entre outros.

O Sinase nascerá para dar continuidade à educação do jovem que se encontra em dificuldades com a legislação infracional e ampará-lo para que seu futuro seja garantidor na medida em que a sociedade permita que esses esforços sejam válidos e aperfeiçoados com o tempo.

As finalidades do Sinase estão descritas abaixo, conforme a meta que se quer alcançar.

Objetivo geral: demonstrar se a alteração que ocorrerá no ECA após a aprovação do projeto do Sinase, prevista no PL n. 1.627/2007, é significativa.

Objetivo específico: avaliar o texto do Sinase e do ECA e verificar onde se completam, onde há características de modificações ou melhorias e verificar a importância do sistema de garantias no Direito Penal juvenil e sua aplicabilidade dentro das modalidades de medidas socioeducativas e o que isso influencia na legislação em tese, uma vez que não é possível falar de Sinase sem abordar o sistema de garantias, haja vista que, com base neste é que surgiu o projeto.

Ressalta-se que este trabalho não está certamente dirigido a fazer críticas descontextualizadas da realidade, mas está centrado na obtenção de buscar resultados que possam esclarecer quais as implicações do texto do Sinase diante do ECA. Busca-se produzir um novo conhecimento e não somente reproduzir ideias já preconcebidas, na perspectiva de verificar a importância do projeto Sinase em comparação ao ECA.

Para tanto, a metodologia está direcionada à análise bibliográfica da doutrina brasileira e também à avaliação do texto legal, com análise qualitativa e empírica de argumentação.

Assim, a aferição dar-se-á em como os autores pesquisados entendem o sistema socioeducativo como garantia de proteção integral, uma vez que, se compararmos o Sinase com o ECA e pudermos constatar que há possíveis mudanças que possam gerar uma evolução, ainda que no sentido de organização e método de trabalho com os adolescentes que estão na condição de infratores da lei, isso será a resposta para o trabalho em questão.

O que foi pesquisado, o que falta estudar, qual a sua importância, como proceder ao estudo. Essas são questões relativas aos procedimentos de revisão bibliográfica que serão abordadas. O projeto SINASE inserido no sistema integral de garantias é uma expectativa da sociedade e isso só poderá vislumbrar possibilidade de ocorrer após sua efetiva implantação e acompanhamento.

Alguns trabalhos realizados comentam o significado de Sinase, a exemplo do que se pode chamar de piloto, referente ao tema tese deste artigo, foi o elaborado pela SEDH, da Presidência da República, e pelo Conanda, em 2006, que se encontra na atualidade em tramitação na Câmara dos Deputados, PL n. 1.627/2007.

Assim, feitas essas considerações, foi possível verificar que textos relacionados ao assunto podem ser estudados no sentido de aprimoramento para o tema em questão, do conhecimento à forma como esse assunto foi abordado e analisado em estudos anteriores, na busca de saber quais são as variáveis do problema em questão.

Ressalta-se ainda a obra de Wilson Donizetti Liberati, "Processo Penal Juvenil", de 2006, cujo foco é a transparência sobre a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa.

Sua obra destaca a natureza jurídica das medidas socioeducativas, considerando as sanções de natureza penal, impostas como retribuição e a um tipo por censurável, mas observa que, na receptiva execução, é preciso ter como pano de fundo a finalidade de se resgatar a sua dignidade, com vistas ao retorno à convivência social.

Ele observa que o processo penal é, em sua essência, público. Assim deve ser também o processo que apura a infração penal praticada por adolescente. Um e outro se completam e se fundam no princípio publicístico.

Por ser público, o processo penal deve assegurar o respeito à liberdade do infrator e a garantia de que contra ele não serão aplicadas sanções de natureza privada, uma vez que a liberdade jurídica, segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, é uma prerrogativa do ser humano, porque racional e livre, não só poupada pela lei, se e enquanto esta não a restringe, mas também enquanto tutelada, espe-

cificamente, pelo processo judiciário (jurisdição em ação), isto é, pelo processo de verificação, declaração e fixação dos termos de incidência concreta da lei, e seus efeitos.

Lembra que é na jurisdição penal que as normas, sejam de cunho material, sejam de natureza formal, podem e devem ser aplicadas corretamente, com plena garantia dos direitos fundamentais do adolescente.

Conclui que a garantia do acesso à jurisdição traz consigo a obrigação do Estado em propiciar os meios materiais e jurídicos adequados para o exato cumprimento do provimento jurisdicional, com realce a um plano individualizado de atendimento, traçado por profissionais das mais diversas áreas, sempre tendo em conta a peculiar condição do adolescente. Portanto, dá importantes passos para a concretização dos direitos da criança e adolescente, remarcando com juridicidade a difícil questão da resposta à prática do ato infracional.

A obra *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral* (2005), de João Batista Costa Saraiva, juiz titular do Juizado Regional da Infância e Juventude de Santo Ângelo, traz algumas observações importantes concernentes ao ECA, ao dizer que esse estatuto assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo, definitivamente, com a ideia até então vigente de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para os pobres, na medida em que na doutrina da situação irregular se constatava que, para os bem-nascidos, a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente indiferente.

O autor também aborda a possibilidade de se dizer que o ECA é a versão brasileira da Convenção de Direitos da Criança das Nações Unidas. Sendo resultado de um grande acordo nacional, acaba trazendo em seu bojo algumas concessões à velha doutrina minorista que embaraçam sua eficácia, haja vista o caráter genérico de muitas de suas disposições, atentando-se o conteúdo de seu art. 98, abrindo espaço ao arbítrio e ao subjetivismo na identificação de situações de violação de direitos, máxime por sua operacionalidade ser fundamentalmente alçada no Conselho Tutelar, de regra composto por leigos.

O mínimo conteúdo garantista das condições objetivas de internação previstas no art. 122 (ECA), onde teria sido necessária uma maior explicitação, em especial em seu inciso II, que não define conceitos como “reiteração” ou “ato infracional grave”; a dispensa de defensor na audiência pré-processual de apresentação perante o Ministério Público, onde pode ser transacionada remissão com imposição de medida socioeducativa; a inexistência de regras explícitas para o processo de execução de medidas socioeducativas; tudo isso define com maior clareza o papel de seus operadores e os limites de sua atuação.

Explicita que, no que concerne ao ECA com relação ao ato infracional, as funções do Ministério Público se assemelham àquelas contidas na lei processual penal, de maneira mais ampliada, com a participação de todas as ocorrências e procedimentos, cabendo-lhe, principalmente, a representação do adolescente, desde que haja prova pré-constituída da autoria e da materialidade do ato infracional, podendo requerer diligências. Poderá também requerer o arquivamento da sindicância. O promotor de Justiça atua como órgão de acusação no interesse da defesa social, sendo ao titular da ação penal pública reservada a função de fiscal da lei na ação penal privada.

Em sua outra obra, “Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional” (2005), João Batista Costa Saraiva faz uma incursão sobre o procedimento de apuração de ato infracional e o sistema recursal incorporado ao ECA, com o objetivo de destacar a orientação de nossos Tribunais, a reclamar um tratamento de rigoroso cumprimento das garantias legais na medida em que tais providências se constituem em ações do Estado aptas a limitar ou mesmo suprimir a liberdade individual desses adolescentes.

Disserta sobre as medidas socioeducativas não privativas de liberdade, advertência, reparação do dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida e em meio aberto. Ao se referir sobre a reparação do dano, na incapacidade de cumprir a medida, será essa substituída por outra não privativa de liberdade (art. 116, parágrafo único). Sobre a proteção integral diz que o conceito resulta no reconhecimento e na promoção de direitos, sem violá-los nem restringi-

-los, e que o Juiz da Infância está limitado em sua intervenção pelo sistema de garantias.

Em relação aos direitos e garantias na execução de medidas de privação de liberdade, internação, com e sem atividades externas, explicita o adolescente privado de liberdade apenas no interior da unidade de internamento, sem atividades externas, isto é, além dos limites dos muros da instituição, supõe que na sentença judicial que determinou o internamento tenha o juiz prolator da decisão expressamente justificado e motivado a impossibilidade de o jovem privado de liberdade exercer atividades externas, observado o art. 381 do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente à espécie.

Wilson Donizeti Liberati, em sua obra *Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?* (2002), trabalho que resultou na titulação de mestre ao autor, aborda aspectos interessantes que se referem à abordagem comparativa e dedutiva; ao método comparativo procurou discutir a natureza jurídica das medidas, mediante a intervenção legislativa e contextualizada no plano da realidade cotidiana, fixando forte definição sancionatória, mas desenvolvida com métodos pedagógicos; pelo método dedutivo firmou uma conclusão direcionada para o caráter impositivo, sancionatório e retributivo das medidas.

Sua análise inicia-se pelos documentos internacionais de proteção dos direitos infanto-juvenis e conduz na legislação pátria, fazendo comparações com as medidas aplicadas desde 1927, quando surgiu o primeiro código de menores, até os dias de hoje na vigência do ECA. Observou que não se encontraram nos documentos internacionais indicações de definição jurídica das medidas que deveriam ser aplicadas aos infratores menores de 18 anos.

Conclui que tanto a ordem internacional quanto as leis nacionais tendem a considerar a criança e o adolescente como pessoas mais frágeis, dentro de sua incompletude ou imaturidade física, mental e emocional, considerados titulares de seus próprios direitos, merecendo diferenciada atenção, quando entram em conflito com a lei, porém responsáveis em suas ações ou omissões praticadas em afronta à lei, que por meio de medidas socioeducativas que lhe serão aplicadas seja

possível ajustar sua conduta atual e futura para regularidade de convivência comunitária, sem ferir direitos ou interesses alheios.

Nazir e Rodolfo Milano (1999) bem lembram, quanto ao ato infracional, que este é atribuído ao adolescente sendo definido pelo próprio ECA, em seu art. 103, considerado a conduta descrita como crime ou contravenção penal, estando sujeitos às medidas previstas no Estatuto, ou seja, as previstas no art. 112, somente aos menores de 12 a 18 anos de idade, passíveis de sofrerem o processo contraditório e a aplicação de medidas socioeducativas; aos menores de até 12 anos de idade, a aplicação de medidas constantes no art. 101 do Estatuto, estando, para estes últimos, os Conselhos Tutelares, quando instalados, legitimados também para apreciação e aplicação das respectivas medidas, de acordo com o art. 136, inciso I, do Estatuto, reservada, entretanto, a competência exclusiva da autoridade judiciária na hipótese do inciso VIII do mesmo art. 101, ou seja, a colocação da criança em família substituta.

Observam que o art. 173, parágrafo único do ECA, permite a substituição do auto de apreensão pelo boletim de ocorrências circunstanciado, na hipótese de ato infracional cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, agilizando-se, assim, o procedimento policial e evitando-se constrangimento ao adolescente, como se conclui pela conjugação dos arts. 18 e 232 do Estatuto, mas esta hipótese estará relacionada somente para os casos de liberação aos responsáveis e desde que os antecedentes do adolescente o permitam.

A responsabilidade civil, segundo a teoria clássica, baseia-se em três pressupostos básicos: o dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano. No caso da infração praticada pelo menor ou adolescente, se causado o dano à vítima, esta poderá pleitear o seu ressarcimento na esfera civil, desde que presentes os requisitos da responsabilidade civil.

Quanto à responsabilidade dos menores, poder-se-á dividi-la em duas espécies: menor de 16 anos e menor entre 16 e 21 anos de idade, ou seja, responsabilidade do menor púbere ou impúbere, respectivamente. Sendo o menor impúbere ou inimputável, aplicar-se-á o art. 932 do Código Civil, Lei n. 10.406/2002, que prevê, em seu inciso

I, que: “são responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia” (MILANO FILHO; MILANO, 1999).

Karyna Batista Sposato (2006) explica como as políticas públicas devem ser organizadas para cumprir esse objetivo:

Deve existir articulação entre os conselhos municipais e estaduais de direitos para a deliberação sobre as políticas e, a partir daí, envolver e comprometer as secretarias setoriais no oferecimento dos serviços públicos aos adolescentes em conflito com a lei, não deixando a cargo só do gestor socioeducativo.

O Sinase como fator para ressocialização delinea os parâmetros de ação e gestão das medidas socioeducativas, desde a maneira como o atendimento inicial do adolescente deve ser realizado (procedimentos e serviços jurídicos da apuração do ato infracional), até as características arquitetônicas que a construção das unidades de privação de liberdade deve observar.

Pedagogicamente, o sistema trabalha com o conceito de plano individual de atendimento que leve em consideração as potencialidades, capacidades e limitações dos adolescentes, ao mesmo tempo em que valoriza a prática da tolerância e a inclusão dos indivíduos, com o respeito à diversidade étnico-racial, de gênero e orientação sexual de cada jovem.

Outra característica em destaque no Sinase é a ênfase à participação familiar e comunitária no processo de socioeducação, por intermédio de atividades programáticas que dêem conta de aproximar a família e fortalecer os vínculos com a comunidade. Para Karyna Sposato (2006), que também participou do processo de construção do Sinase,

as experiências mais bem sucedidas de envolvimento da sociedade local mostram a capacidade de mobilização das comunidades envolvidas com a questão da infração praticada pelo adolescente, um compromisso que extrapola a esfera pública. Neste contexto, inexistente a idéia de que trazer um adolescente segregado para convivência social só traria problemas. Pelo contrário, essa mobilização ajuda o adolescente a recuperar sua auto-estima e socialização, onde tem condições de retribuir de maneira positiva para a sociedade.

Maurício Neves de Jesus, em *Adolescente em conflito com a lei, prevenção e proteção integral* (2006), aborda entre outros assuntos a proteção social e jurídica à infância e à juventude; a evolução da legislação; a correta aplicação do estatuto; a responsabilidade pelo adolescente em conflito com a lei; a prevenção do ato infracional e aplicação da lei por meio do paradigma da proteção integral.

Explica que a estratégia de enfrentamento ao desvio social infanto-juvenil deve ser mais ampla e diferenciada em relação às medidas aplicadas aos adultos imputáveis, baseada mais na prevenção e no fortalecimento do controle social informal e menos na punição – a intervenção por meio de medida socioeducativa deve ser máxima em seu caráter pedagógico e tolerantemente mínima em seu caráter punitivo.

Reinaldo Bulgarelli (2001) relembra o conceito da “Declaração sobre tolerância”, elaborado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), em 1995:

Tolerância não é concessão, condescendência, indulgência [...]. É o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fundamentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença [...]. É uma virtude que torna a paz possível.

Disserta ainda que as proposições de emenda constitucional que tramitam na Câmara dos Deputados visando à redução da idade penal, identificadas como expressão do Direito Penal Máximo voltado às crianças e adolescentes, contrapõe-se ao discurso dos defensores do ECA. Para a opinião pública, que se mostra favorável ao tratamento carcerário aos menores de dezoito anos, a dicotomia que confronta detratores e defensores do Estatuto foi reduzida a uma dimensão simbólica e enganosa: a severidade como defesa social contra a permissividade da lei.

Lembra, anteriormente, que o Direito Penal fracassado em sua descabida missão de combater a criminalidade geral não pode ampliar seus objetivos. Precisa, sim, ser visitado por uma nova política criminal que atente para as suas reais funções e para a sua aplicação

legítima, sem ignorar o resultado que produz. Não é possível conceber a dogmática penal distante da política criminal.

José Flávio Braga Nascimento (2007) trabalha com diversos temas sobre a imputabilidade do menor, drogas e alterações de conduta, capacidade de imputação dos toxicômanos, delinquência juvenil, transtorno mental e suas responsabilidades.

É defensor da imputabilidade penal em relação aos menores de 18 anos. Ressalta que não foi senão em época recente que o Estado reconheceu seu grande quinhão de culpa no abandono e corrupção dos meninos rapazes que vivem na penúria social. Não foi senão nestes últimos tempos que as leis sociais cuidaram de proteger as crianças desprotegidas da sorte, para incorporá-las como homens úteis no convívio social. Não foi senão modernamente que os legisladores se renderam à evidência de que o mais alto índice de civilização humana é a afirmação e garantia do direito dos socialmente fracos.

Explicita que o reconhecimento da delinquência juvenil é, principalmente, problema de educação. Erraram Lombroso e Maudsley quando disseram numa apressada generalização que os criminosos nascem como os poetas. Segue uma teoria sugestiva no sentido em que questiona se aquele que incidiu no fato criminoso teria condições de entendimento sobre tal conduta delituosa. Em afirmativo, propõe que passe por instituição que lhe dê orientação para a sua recondução ao meio social, que após sua permanência nessa instituição para menores reeducandos fosse encaminhado para um sistema prisional, a fim de pagar para com a sociedade o seu ato criminoso. Essas hipóteses são completamente destoantes da realidade atual, mas convém destacá-las por seu cunho moral repressor, mesmo que fora do caminho seguido pela sociedade brasileira.

Diante da tese do doutrinador José Flávio Braga Nascimento e a relação com o presente trabalho que traz o Sinase e o ECA como meios de proteção de caráter formal para com os adolescentes que se encontram em conflito com a lei, percebemos que, se existisse outra legislação impondo o rigor de sua tese, e o menor, ao cumprir sua fase de medida de segurança, passasse para estabelecimento prisional, conforme estabelecido no Código Penal para aplicação como se adulto

fosse, isso resultaria em retrocesso à importância do bem jurídico que é o ser humano, caracterizado aqui na criança e no adolescente infrator. Assim, a tese do autor pode ser justificável, mas a legislação penal não adotou esse rigor, em tese por não ser característica da cultura social e religiosa brasileira ou por motivo de não sermos países em conflito de guerra. Portanto, não há que se falar em imputabilidade para o menor de 18 anos fora dos limites do ECA e pós-aprovação do projeto Sinase.

Sérgio Salomão Shecaira (2008) traça um estudo comparado da legislação juvenil entre vários países; dissertando sobre bases dogmáticas do Direito Penal Juvenil.

Explicita a particularidade do art. 104 do ECA, que dispõe: “para os efeitos desta lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato”. Com isso, o legislador acompanha com fidelidade o que reza o art. 4º do CP ao adotar a teoria da atividade. O pensamento do legislador faz sentido porque, havendo um espaço pronunciado de tempo entre o ato delituoso e seu resultado, seria possível deixar de assegurar a garantia de uma distinta conformação penal ao adolescente infrator.

Os princípios da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse do adolescente são os princípios reitores do pensamento de responsabilização juvenil. Todas as dessemelhanças do subsistema juvenil em relação ao Direito Penal comum estão ancoradas nesses princípios.

Dos princípios penais, especialmente o da legalidade, e processuais deriva a ideia de que, não obstante a inimputabilidade do autor, definida pelos arts. 27 do CP da CF, o fato típico praticado por adolescente, chamado de ato infracional, não se aparta do campo do Direito Penal, com todos os contornos garantistas que estão previstos no ordenamento penal processual para adultos.

Ana Paula Motta Costa, em sua obra *As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil, como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação* (2005), disserta sobre sociedade contemporânea e criminalização da pobreza; Direito Penal Juvenil e princípio da legalidade; sobre esse último tema cita Ferrajoli (1990): “que divide o conceito usual de

princípio de mera legalidade e princípio de estrita legalidade, entendendo que esta diferenciação possibilita aprofundar os diferentes modelos de Estado e de Direito Penal vigentes na sociedade da modernidade”.

A lei especial para a infância e adolescência brasileira, o ECA, regulamenta, portanto, os princípios fundamentais contidos na CF de respeito à dignidade da pessoa humana, de garantia de direitos sociais, de cidadania e de democracia. E avança na medida em que relaciona pela primeira vez na história de nossas legislações, o princípio da legalidade penal com o tema da infância e da juventude.

Conclui que buscou construir o caminho teórico necessário à demonstração da importância das garantias processuais contidas no ECA, enquanto instrumento de limitação do poder punitivo do Estado ante os adolescentes que cometem atos infracionais. Destacando o problema do instituto da remissão, liberdade atribuída ao MP, que pode incluir a combinação com aplicação de medida socioeducativa, em meio-aberto, mesmo que para isso não seja exigido do adolescente o reconhecimento da autoria do ato infracional supostamente praticado. Tal procedimento pode ser aplicado em substituição ao devido processo legal por ter como consequência posterior a regressão por descumprimento da medida aplicada a título de transação. Sendo assim, existe a possibilidade legal de privar-se a liberdade do adolescente sem que ele tenha respondido ao processo de conhecimento.

Observa que a ausência de defesa material, algumas vezes, contribui para a condenação de adolescentes pelo cometimento de atos infracionais em que há forçoso enquadramento de seus comportamentos como fatos típicos. A forma de garantia da legalidade atual enquanto rol de garantias fundamentais parece ser a aplicação da própria legalidade, enquanto instrumento.

Rodrigo Augusto de Oliveira, em “O Adolescente infrator em face da doutrina da proteção integral” (2005), disserta sobre medidas socioeducativas, específicas de proteção e remissão.

A interpretação literal dos arts. 126 e 127 do ECA ao estabelecerem a possibilidade de o *parquet* conceder a remissão antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, como forma de exclusão do processo, e, posteriormente, o reconhecimento ou

comprovação de responsabilidade, podendo eventualmente incluir quaisquer das medidas previstas em lei exceto a privação de liberdade, sem especificar que esta possibilidade é exclusiva do magistrado, leva à conclusão de que o MP poderia cumular a remissão, como forma de exclusão do processo, com medida em meio aberto, sujeita à homologação judicial.

Esse entendimento não é o que tem prevalecido nos tribunais, acreditando-se que o órgão ministerial, ao cumular a remissão com qualquer outra medida socioeducativa, estaria invadindo a área de prestação jurisdicional. Nesse sentido, o STJ editou a Súmula n. 108, dispondo que: “a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz”.

Com base nessa breve revisão bibliográfica, convém destacar a ideia de que tanto o Estatuto quanto o projeto Sinase não representam um ideal, mas uma realidade cuja concreção dependerá dos esforços diários de cada membro desta sociedade brasileira.

A doutrina da proteção integral abrangida pelos autores, constantes do ECA e do Sinase, somente terá resultado prático consistente se houver significativa mobilização dos operadores do Direito e da sociedade no efetivo cumprimento dos preceitos normativos e plano regulamentar que venha a ser abrangido pelo Sinase.

2 As medidas socioeducativas para menores infratores

A história considerou crianças e adolescentes de diversas maneiras: como escravos, como objetos, como instrumentos assistenciais das políticas públicas, como portadores de patologia social passíveis de tratamento. Quem é o personagem, menor de idade, que conflita com a lei (penal)? Daí há juridicamente a necessidade de identificar a idade cronológica escolhida para o início de imposição de sanção de natureza penal ou o momento legal em que ele é chamado a responder criminalmente por seus atos.

O ato ilícito praticado por menores de 18 anos é aquele tipificado nas leis penais e, em especial, no Código Penal. Não se podem permitir eufemismos na ação delituosa de um adolescente que pratica, por

exemplo, um fato tipificado no art. 121 do CP. O fato típico é descrito como homicídio, seja ele praticado por maior ou menor de 18 anos. A essência do crime é a mesma. O tratamento jurídico, entretanto, deve ser adequado à especial condição de cada agente.

Necessário fazer uma breve distinção entre impunidade e inimputabilidade penal. Esta última, considerada causa legal de exclusão da culpabilidade, ou seja, de exclusão da responsabilidade penal, representa absoluta irresponsabilidade pessoal ou social diante da infração penal (ato infracional) praticada, tendo como base apenas a idade cronológica.

A impunidade, por sua vez, é a situação daquele que escapou à punição ou que não é punido ou castigado. Em outras palavras, o adolescente não ficará impune em virtude da menoridade, mas será responsabilizado, com sanções de natureza penal, pelas regras especiais previstas no Estatuto. Assim, inimputabilidade não implica impunidade, uma vez que o citado Estatuto estabelece medidas de responsabilização compatíveis com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do autor de ato infracional.

Assunto atual e provido de dificuldade deve responder à indagação: a inimputabilidade aos 18 anos é direito (ou garantia) individual do infrator e, por isso, não pode ser alterado, em face do disposto no art. 60, § 4º, IV, da CF? A inimputabilidade penal é ou não é considerada cláusula pétrea?

A rigidez do dispositivo constitucional funda-se, sobretudo, no direito-garantia da inimputabilidade penal, que reflete o bem-valor liberdade, mas se liga, também, ao próprio direito de formação da personalidade do adolescente, ou seja, a inimputabilidade penal de menores de 18 anos não é apenas uma medida da liberdade do ser humano, que limita o poder do Estado, mas tem contornos tão específicos que integra o cerne da proteção especial de todos os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

A redução da imputabilidade penal para os 16, 14 ou 12 anos seria ineficaz para a prevenção e repressão da criminalidade. Exemplo disso é o constante aumento dos índices de criminalidade, tornando insuportável a gerência do sistema penitenciário, que não consegue administrar o

cumprimento das penas. Ao contrário, o sistema produz e reproduz mais delinquência e mais violência.

A abordagem populista do “rebaixamento” da inimputabilidade penal reside na ausência de um processo de execução das medidas socioeducativas que respeite as garantias processuais penais previstas na Constituição Federal, na Convenção sobre os Direitos da Criança e aquelas específicas dos arts. 111 e ss. do ECA.

A efetividade do processo de execução de medida socioeducativa exige abordagem sobre o acesso à justiça penal. É por meio da jurisdição penal que as normas jurídicas penais materiais e formais serão aplicadas, garantindo a concretização e a proteção dos direitos fundamentais, por meio de uma ordem jurídica justa.

A regra da legalidade na execução objetiva, primordialmente, impedir que os excessos ou desvios de sua finalidade afetem a dignidade e a humanidade do infrator. Isso significa que ao adolescente devem ser assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, impedindo o executor de dilatar seu conteúdo e permitir procedimentos administrativos que não estejam, previamente, previstos na lei, como ocorre na execução da pena ou medida de segurança.

A medida socioeducativa deve ser realizada dentro de um sistema especial, que foi denominado tutela jurisdicional diferenciada, em face do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente autor do ato infracional.

A execução de medida socioeducativa deve ser orientada por um Plano Individual de Atendimento, elaborado pela equipe interprofissional de entidade de atendimento, permanentemente atualizado, constituído por estudo de caso, visando a construir, com o adolescente e sua família, as ações socioeducativas que o auxiliarão no seu desenvolvimento pessoal e social, enquanto cumpre medida imposta.

O cumprimento das medidas socioeducativas, em regime de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, dependerá de plano individual, instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente.

2.1 Histórico e relevância das medidas socioeducativas de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Com a expressão Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente, tem-se referência a um conjunto de instrumentos jurídicos de caráter nacional e internacional, que representa um salto qualitativo e fundamental na consideração social da infância.

Essa doutrina surgiu no cenário jurídico inspirada nos movimentos internacionais de proteção à infância, materializados em tratados e convenções, especialmente: a) Convenção sobre os Direitos da Criança; b) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing¹); c) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; e d) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).

A Declaração de Genebra, de 26 de março de 1924, que determinava “a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial”, sendo, também, acolhida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, chamava a atenção para que a criança tivesse “direitos a cuidados e assistências especiais”.

Ainda em nível internacional, contribuíram para o fortalecimento da doutrina da completude de direitos de crianças e adolescentes a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, as Regras de Beijing, em 1985, a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1989, que reuniu e consolidou toda a nor-

¹ Além das garantias processuais penais inscritas na Constituição Federal e no Estatuto, merece atenção a Regra n. 7 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça e da Infância e da Juventude – Regras de Beijing, que consagra os direitos dos jovens: “Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior”. Essa regra foi aprovada pela Resolução n. 40/33, durante o 7º Congresso das Nações Unidas, realizado em Milão, Itália, em 29.11.1985. Embora não traduza força normativa no Brasil, as Regras foram a base de orientação para o Estatuto, em matéria de política criminal juvenil, oferecendo regras modernas, que privilegiam o respeito aos direitos fundamentais e à proteção social de uma parcela da população, que está em um momento peculiar de desenvolvimento de sua existência.

mativa internacional anterior, constituindo um instrumento fundamental de transformação e de implantação de uma nova percepção da condição da infância.

Como consequência da implementação de regras de proteção de direitos, a doutrina da proteção integral tornou-se um novo símbolo, um novo paradigma, um novo parâmetro, que, como acentuam Emilio Garcia Méndez e Mary Beloff (2000), “cumprir uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio direito da infância e adolescência, ao mesmo tempo em que permite interpretar, sistematicamente, suas disposições, reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância”.

A doutrina da proteção integral preconiza que o direito da criança não deve e não pode ser exclusivo de uma categoria de menor, classificado como carente, abandonado ou infrator, mas deve dirigir-se a todas as crianças e a todos os adolescentes, sem distinção. As medidas de proteção devem abranger todos os direitos proclamados pelos tratados internacionais e pelas leis internas dos Estados.

A doutrina da proteção integral, entre nós, foi consagrada no art. 227 da CF, o que rompeu por definitivo com a doutrina da situação irregular, que se encontrava em vigor, por força da Lei n. 6.697/1979 – Código de Menores. Esse dispositivo constitucional estabelece que

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ao regulamentar o citado dispositivo constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990 reproduziu o conceito de proteção integral em seus arts. 1º ao 6º.

Pela primeira vez na história das constituições brasileiras, o problema da criança é tratado como uma questão pública e abordado de forma profunda, atingindo, radicalmente, o sistema jurídico. Essa mudança é significativa, pois considera, a partir de agora, que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos,

independentemente de sua condição social. E a lei deverá respeitar essa condição peculiar, característica singular desses sujeitos, que, até então, tinham direitos, mas que não podiam exercê-los, em face de sua pouca inserção social e pela submissão incondicional ao poder familiar. Nesta perspectiva, criança e adolescente são os protagonistas de seus próprios direitos.

A Doutrina da Proteção Integral, como lembra Antonio Carlos Gomes da Costa (2005),

afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento de sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos.

O novo Direito da Criança e do Adolescente, materializado na Lei n. 8.069/1990 (ECA), não é apenas uma carta de intenções, mas de normas objetivamente definidas, capazes de possibilitar a invocação subjetiva para cumprimento coercitivo. Por conseguinte, assegura às crianças e aos adolescentes medidas de proteção e ações de responsabilidade por ofensa aos seus direitos e aos de outros.

Assim, a doutrina da proteção integral reconhece que todas as crianças e adolescentes são detentores de todos os direitos que têm os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade, além dos direitos especiais que decorrem, precisamente, da especial condição de pessoas em desenvolvimento.

O dever de aplicar a lei – função do Estado – exige a realização de atos cuja ordem encontra amparo na lei processual, que exerce sua função de punir ou absolver o adolescente a quem se atribua a autoria de ato infracional.

Com essa intenção, o Estatuto firmou, no art. 152, o uso subsidiário das leis processuais previstas na legislação pertinente. Vale dizer que a lei estatutária designou a lei processual penal como norteadora supletiva da legalidade na apuração de ato infracional. E, como tal

– com o conjunto de garantias processuais penais a ela inerentes –, o Estatuto instaurou um procedimento apuratório de infração penal com caráter eminentemente público, técnico, formal, político e social, que objetiva, em primeiro, garantir a paz como ideal do Estado e, por fim, impedir qualquer restrição arbitrária à liberdade do adolescente e proteger a sociedade contra as infrações penais despidas de legalidade.

O princípio da prioridade absoluta, erigido como preceito da ordem jurídica, estabelece a primazia contida no art. 227 da CF/1988. Tal princípio está reafirmado no art. 4º do ECA. Neste dispositivo estão lançados os fundamentos do chamado Sistema Primário de Garantias, estabelecendo as diretrizes para uma política pública que priorize crianças e adolescentes, reconhecidos em sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

A legislação brasileira, por meio do art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, declarou o compromisso pela promoção do bem-estar infanto-juvenil. “A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. E pela prioridade absoluta determinada pela Constituição Federal de 1988, art. 227, o governo brasileiro assumiu o compromisso nacional da construção de um país mais adequado às necessidades e às possibilidades de suas crianças.

No que diz respeito ao ECA, este estabelece a competência do Ministério Público e sua integral participação nos procedimentos. A intimação do MP será feita pessoalmente. Praticada a infração pelo adolescente a autoridade policial instaurará a sindicância para apurar a prática do ato infracional; recebidos os autos da sindicância pelo MP, o promotor poderá tomar uma das seguintes providências: oferecer representação, que se equipara à denúncia no processo penal; requerer a devolução dos autos da sindicância para a realização de diligências; requerer o arquivamento ou conceder a remissão.

O ECA estará, na medida do possível, a partir de fatos históricos e da relevância social, dedicado à preservação de suas normas e possíveis alterações se necessárias enquanto a sociedade evolui em suas estratégias de medidas proativas para a educação de jovens e

adolescentes e na progressão dos meios de políticas públicas que possam minimizar as mazelas que envolvem menores infratores para sua correção e bom retorno à família e ao convívio social.

2.2 O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo constante do PL n. 1.627/2007

O PL n. 1.627/2007, Sinase, divide-se em sete capítulos, 1 – das disposições gerais; 2 – dos direitos individuais; 3 – dos procedimentos; 4 – do plano individual; 5 – dos programas de atendimento; 6 – do atendimento ao portador de transtorno mental; 7 – das disposições finais e transitórias. Portanto, com uma estrutura bem distribuída, o projeto regulamenta procedimentos, instrumentaliza ações; define a proveniência dos recursos e traz nele embutido o mais importante, isto é, a relevância do papel que um plano com essa finalidade pode atingir.

Dotado de consistência lógico-jurídica, o projeto Sinase reafirma a diretriz do Estatuto sobre a natureza pedagógica da medida socioeducativa. Para tanto, tem como plataforma inspiradora os acordos internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, em especial na área dos direitos da criança e do adolescente.

Em seu art. 1º, o Sinase dispõe sobre sistemas de atendimento que se destinam a medidas socioeducativas e regulamenta a execução de medidas destinadas a adolescentes, em razão de cometimento de ato infracional. Em critérios objetivos, deixou de fora a criança que é considerada infratora quando do cometimento de transgressões penais. Oportuno registrar que o adolescente é o menor a partir de 12 anos completos até 18 anos incompletos, conforme registra o ECA em seu art. 2º, e criança é a pessoa até 12 anos de idade.

Portanto, o Sinase, texto ainda não aprovado, foi elaborado com 44 artigos, tem essa função regulamentadora e altera o ECA em alguns dispositivos. Em seu art. 2º instituiu o sistema que será coordenado pela União, integrados pelos sistemas estaduais e municipais, responsáveis, também, pelo cumprimento das medidas.

A integralidade do projeto está subdividida em níveis de implantação de sistemas, ou seja, planos: central, regional e local, no âmbito da competência dos níveis de poder político, que a federação brasileira apresenta, ou seja, o plano central, representado pela União; o regional pelo Estado-Membro; e o local pelo município, respeitadas as normas de hierarquia de coordenação administrativa e financeira desses níveis de poder, contida no projeto.

O Sinase é ordenado por princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolvem o processo de apuração de ato infracional e de execução de medida socioeducativa, incluindo-se nele, por adesão, o sistema nos níveis estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atenção ao adolescente em conflito com a lei. Inclui-se o nível distrital, dispondo o projeto, em seu § 3º do art. 2º: “aplicam-se ao DF, cumulativamente, as competências dos Estados e Municípios”.

As funções normativas, deliberativas e de controle, bem como plano nacional de atendimento socioeducativo, Sinase, serão exercidas pelo Conanda. No âmbito da competência estadual o projeto prevê a possibilidade de criar, manter, desenvolver programas de atendimento para execução das medidas de semiliberdade e internação, inclusive de internação provisória e de estabelecer com os municípios, as formas de colaboração para atendimento socioeducativo em meio aberto. Os planos estadual e municipal serão submetidos aos seus respectivos conselhos de direitos da criança e do adolescente.

O projeto prevê normas de caráter individual para o adolescente submetido à execução de medida socioeducativa, entre eles se encontram o direito de ser acompanhado por seus pais ou responsável e seu defensor.

A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar do adolescente, como pessoa em desenvolvimento, e sua manutenção somente se justifica enquanto vinculada à realização de sua finalidade, impondo-se a substituição sempre que se alterarem as necessidades do adolescente, obedecidos os limites máximos ou cumpridas as

condições estabelecidas em lei. Esses princípios também se encontram abordados no art. 121, § 3º, do ECA.

Levando-se em conta os princípios da brevidade e excepcionalidade da internação, tem-se que o limite da medida é a sua necessidade, diante do que dispõe o art. 2º do ECA (TJSP-HC n. 26.301.0, relator Yussef Cahali). O projeto normatiza também procedimentos processuais como apresentação de peças no momento da autuação, quando o motivo for a aplicação de medidas de proteção de meio aberto ou de privação de liberdade, sendo constituído processo de execução.

O projeto preceitua, em seu art. 12, que as medidas de proteção, de advertência e de reparação do dano, quando aplicadas ao adolescente autor de ato infracional, de forma isolada, serão executadas nos próprios autos do processo de conhecimento, ou seja, para garantir a série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir tutela jurisdicional mediante julgamento da pretensão exposta pelo juiz.

O Sinase tem como proposta constante do PL n. 1.627/2007 alterar os arts. 90, 121, 198 e 208 do ECA. No art. 90, foi inserida a prestação de serviços à comunidade, no rol de regime para as entidades responsáveis na manutenção das próprias unidades. No art. 121, foi acrescida ao § 1º a expressão “assim consideradas as desenvolvidas fora dos limites físicos da unidade” para as situações em que é permitida a realização de atividades externas quando da internação do menor infrator.

Também foi acrescido no art. 121 o § 2º “A determinação judicial em contrário, mencionada no § 1º, poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária”. No art. 198, que se refere aos recursos, foi acrescida a expressão “inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas”, nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude na aplicação do Código de Processo Civil. No mesmo artigo, inciso II, foi retirado o recurso de agravo de instrumento quando cita o prazo para interpor e responder, no caso sempre dez dias; no inciso III, dispensa ao final a expressão “e dispensarão revisor”, na situação dos recursos que terão preferência de julgamento.

Quanto ao art. 208, o inciso IX foi acrescentado com a expressão: “de programas de atendimento para a execução das medidas de proteção e socioeducativas”, ao tratar do capítulo da proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos, quando do *caput* menciona: “Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:”.

Diante dessas alterações, que parecem ser meramente para classificar as medidas socioeducativas dentro do contexto do ECA, as mudanças não foram essencialmente relevantes, mas, no contexto da importância do Sinase como projeto sistêmico, essas alterações permitirão coexistir combinações legais que facilitarão a aplicação do direito por parte dos aplicadores e por parte da sociedade.

2.3 Proposta do Sinase em concordância com o ECA

O Sinase tem concordância com o ECA entre vários pontos. Ressalta-se o § 1º do art. 6º do PL n. 1.627/2007, que trata do assunto das garantias individuais e que assim dispõe: “§ 1º As garantias processuais destinadas ao adolescente autor de ato infracional e previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente aplicam-se, integralmente, na execução das medidas, inclusive no âmbito administrativo”. Portanto, o Projeto Sinase e a Lei do ECA têm relação direta que se destaca na ementa do projeto, que altera dispositivos do ECA, em princípio, fator esse que responde positivamente com o objetivo geral do trabalho.

Em seu art. 1º o ECA menciona que disporá sobre proteção integral à criança e ao adolescente, logo, isso vem em princípio contribuir com a positivação do presente trabalho. Destaco também, conforme prescreve o Código Penal em seu art. 27: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. No parágrafo único do art. 2º do ECA, aplica-se o Estatuto excepcionalmente às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

O Sinase nascerá após aprovação do PL n. 1.627/2007 para sua melhor aplicabilidade juntamente com um programa chamado Pró-

-Sinase² – Programa de implementação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. O Estatuto da Criança e do Adolescente institui a Doutrina da Proteção Integral e, contrapondo-se a um passado assistencial-repressivo de controle e exclusão social, expressa direitos infanto-juvenis com respeito a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, sendo assegurada proteção por parte da família, da sociedade e do Estado.

O ECA em concordância com o Sinase expressa direitos da população infanto-juvenil brasileira, afirma o valor intrínseco da criança e do adolescente como ser humano; demonstra a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; expressa indiretamente o valor prospectivo da infância e adolescência como portadoras de continuidade do seu povo e o reconhecimento da sua situação de vulnerabilidade, o que tornam as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado; devendo este atuar mediante políticas públicas e sociais na promoção e na defesa de seus direitos.

O compromisso político na promoção dos Direitos Humanos no Brasil, no plano legal, representa para o sistema socioeducativo uma adesão ao processo de inclusão social do adolescente autor de ato infracional.

Tendo por finalidade promover uma transformação efetiva da realidade, fez-se necessária a elaboração de parâmetros e diretrizes para a execução das medidas socioeducativas, que foram discutidas pelos diversos setores da sociedade, sistematizados em um documento e aprovado pelo Conanda em 2006, conhecido como Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). O Pró-Sinase como sistema traz em seu bojo que o projeto se dará na medida de implantação dos sistemas estaduais, municipais e do Distrito Federal, além de estabelecer, definitivamente, tratar-se de uma política de direitos humanos e intersetorial.

Dessa maneira, a coordenação nacional da implementação do Sinase é atribuição da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da

² Ver sítio da Presidência da República: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/spdca/prosinase/>.

Criança e Adolescente (SPDCA/SEDH/PR), no Programa Pró-Sinase. Visando a sua efetivação, foi elaborado, para o Plano de Direitos de Cidadania Criança e Adolescente, o projeto “Na Medida Certa”, voltado aos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado e aberto, com abrangência nas unidades de internação e semiliberdade dos 26 estados e Distrito Federal e para o meio aberto nos municípios com mais de 50 mil habitantes.

A aprovação da Lei de Execução Socioeducativa que institui o Sinase é uma das principais ações do Plano, constituído de garantias e detalhamento que serão assegurados pela aprovação da referida lei. Outras ações, garantidas no Plano Plurianual (PPA) e articuladas com vários ministérios, são: a municipalização das medidas socioeducativas em meio aberto (liberdade assistida e prestação de serviço a comunidade), a construção, reforma, a equipagem das unidades de internação e semiliberdade, apoio a programas de atendimento em unidades de internação (atenção à saúde integral, articulada ao SUS, adequação e implantação do Programa Nacional de Integração da Educação Profissional com a Educação Básica na modalidade de aplicação Jovens e Adultos (Proeja).

O programa está articulado aos Centros Federais de Educação Tecnológica (Cefets), agora transformados em institutos pela Lei n. 11.892/2008, com criação de salas multimídia e biblioteca nas escolas, desenvolvimento de projetos de economia solidária em incubadoras sociais, implantação de programas culturais e esportivos e apoio a projetos com recorte de gênero e étnico-racial, implantação de núcleos nas defensorias públicas/apoio a centros de defesa, inclusão prioritária dos adolescentes de 15 a 17 anos no Bolsa Família e dos egressos no “Programa da Juventude” e implantação de centros de formação/cursos de especialização.

Todas essas ações mobilizarão um montante de recursos financeiros da ordem de R\$ 534 milhões (de 2007 a 2011) e estão sendo acompanhadas pela Comissão Intersetorial instituída pelo Decreto Presidencial de 13 de julho de 2006, composta por 8 Ministérios, 4 Secretarias vinculadas à Presidência da República, Conanda e Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), e como convidados

o Fórum Nacional de Secretários de Estados de Assistência Social (Fonseas) e o Colegiado Nacional de Gestores Municipais de Assistência Social (Congemas).

Na comemoração dos 16 anos de implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e o Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente apresentam o Sinase, fruto de uma construção coletiva que envolveu diversas áreas de governo, representantes de entidades e especialistas na área nos últimos anos. Além disso, um longo debate foi desencadeado no país em encontros regionais com os operadores do Sistema de Garantia de Direitos.

Tal processo foi considerado estratégico, em especial, por problematizar um tema que tem mobilizado a opinião pública, a mídia e diversos setores da sociedade: o que deve ser feito no enfrentamento das situações de violência que envolve os adolescentes, seja como autor do ato infracional, seja como vítima da violação de direitos a que estão expostos no cumprimento de medidas socioeducativas.

Por outro lado, a exigência da articulação dos distintos níveis de governo e da corresponsabilidade da família, da sociedade e do Estado indica a necessidade de um amplo pacto social em torno dessa coisa pública Sinase.

A Constituição Federal de 1988, certamente, é a que mais se aproxima da definição clássica de República – *res publica*, coisa pública, o que é pertencente à comunidade. Esta compreensão encontra respaldo em diversas passagens da nossa Carta Magna, que afirmam a soberania popular pelo voto e a participação da população na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

O ECA foi impregnado por esta opção constitucional, assim como a eleição para representação da sociedade nestes espaços – de natureza deliberativa, e também para quem tem a missão de fiscalizar a aplicação da doutrina da Proteção Integral, os Conselhos Tutelares.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, responsável por deliberar sobre a política de atenção à infância e adolescência – pautado neste princípio da democracia participativa – tem

buscado cumprir seu papel normatizador e articulador ampliando os debates e sua agenda com os demais atores do Sistema de Garantia dos Direitos.

Partindo da necessidade de constituir parâmetros mais objetivos e procedimentos mais justos a fim de evitar a discricionariedade, o Sinase reafirma a diretriz do Estatuto sobre a natureza pedagógica da medida socioeducativa. Para isto, o Sinase tem como plataforma inspiradora os acordos internacionais em direitos humanos e, em especial, na área de direitos de crianças e adolescentes, que o Brasil é signatário³.

São priorizadas as medidas em meio aberto (prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida) em detrimento das restritivas da liberdade (semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, a serem usadas em caráter de excepcionalidade e brevidade). Trata-se de uma estratégia que busca reverter a tendência crescente de internação dos adolescentes, bem como confrontar a sua eficácia invertida, uma vez que se observa que a elevação do rigor das medidas não tem melhorado substancialmente a inclusão social dos egressos do sistema socioeducativo.

De um lado, prioriza a municipalização dos programas de meio aberto, mediante a articulação de políticas intersetoriais em nível local e a constituição de redes de apoio nas comunidades e, por outro lado, a regionalização dos programas de privação de liberdade, a fim de garantir o direito à convivência familiar e comunitária dos adolescentes internos, bem como as especificidades culturais.

Enquanto sistema integrado, para o desenvolvimento desses programas de atendimento, o Sinase articula os três níveis de governo, levando em conta a intersetorialidade e a corresponsabilidade da família, comunidade e Estado. Ainda estabelece as competências e responsabilidades dos conselhos de direitos da criança e do adolescente, que devem fundamentar suas decisões em diagnósticos e em diálogo direto com os demais integrantes do Sistema de Garantia de Direitos, tais como o Poder Judiciário e o Ministério Público.

³ Contextualização de José Fernando da Silva, presidente do Conanda (2006), e Paulo Vannuchi, ministro da Secretaria Especial de Direitos Humanos (2006).

Com a formulação de tais diretrizes e com o compromisso partilhado, a *res publica* certamente poderá avançar na garantia da *absoluta prioridade* da nação brasileira: a criança e o adolescente. Em especial, criam-se as condições possíveis para que o adolescente em conflito com a lei deixe de ser considerado um problema e passe a ser compreendido como uma prioridade social em nosso País.

3 Proposta do Sinase em suas fases de implantação

Principais enfoques do Sinase: marco legal em normativas internacionais de direitos humanos; o adolescente como sujeito de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento; respeito à diversidade étnico-racial, gênero e orientação sexual; garantia de atendimento especializado para adolescentes com deficiência e em sofrimento psíquico; afirmação da natureza pedagógica e sancionatória da medida socioeducativa; primazia das medidas socioeducativas em meio aberto; reordenamento das unidades mediante parâmetros pedagógicos e arquitetônicos; iniciativas do projeto; criação de uma Comissão Intersetorial de Acompanhamento da Implementação do Sinase; estudo de financiamento do atendimento socioeducativo; municipalização das medidas de meio aberto em todas as capitais (aumento dos recursos orçamentários para o meio aberto); pactuação no FONSEAS e no Fórum Nacional de Dirigentes Governamentais de Entidades Executoras da Política de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (FONACRIAD); seminários estaduais, com apoio dos conselhos, levantamento do nível de implementação do Sinase em cada Estado; Fórum Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio da Infância e Juventude e de Educação dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal (FONCAIJE).

O Sinase abrangerá também estratégias em médio prazo; reordenamento institucional, uma vez que cerca de 41% das instituições estaduais de execução das medidas socioeducativas ainda executam medidas protetivas e 60% das capitais não têm municipalização das medidas de meio aberto, o fortalecimento da defesa técnica dos adolescentes; a ampliação das varas especializadas e o plantão interinsti-

tucional; a definição de limites e competências na gestão compartilhada; a formulação de políticas especiais de atendimento, adolescentes com deficiência e/ou sofrimento psíquico, adolescentes com 18 a 21 anos de idade, bem como projetos que levem em conta questões de gênero, etnia, raça e orientação sexual.

Há previsão de: implantação de um Plano Nacional de Formação de Recursos Humanos para o sistema socioeducativo e de atendimento integrado e qualificado aos egressos. Corroborarão também pesquisas que se efetivarão como avaliação de convênios pela UFRJ; gestão municipal (IBAM)⁴; custos e qualidade das unidades de internação (Unicef); mapeamento de meio aberto; implementação das portarias interministeriais com Ministério da Saúde, que já tem adesão de 10 estados, além de um projeto piloto em saúde mental no Paraná.

Entre outros planos de implantação estão oficinas de atualização com operadores do Direito (ABMP/ilanud) em todo o País, incentivo a novas práticas como a Justiça Restaurativa e o I Encontro Nacional de Semiliberdade.

As fases de implantação são bem definidoras para o sistema de garantia e amplas à medida que seja possível que os resultados sejam atingidos e em tese satisfatórios para a sociedade brasileira, que busca ver o resgate efetivo do adolescente inserido no sistema penal juvenil brasileiro.

3.1 Críticas à proposta do Sinase

As críticas podem ser subdivididas em construtivas ou de melhoria e protetivas ou assecuratórias. O projeto Sinase é um plano de metas caracterizador para resultados de ressocialização do menor infrator, quando impõe disciplinarmente de forma detalhada as normas processuais que irão regulamentar todo o sistema. Portanto, não está o Sinase integrado na educação básica do adolescente, não está preocupado com o nível escolar que chega o adolescente ao cumprir a medida socioeducativa.

No contexto de competição que é o mercado de trabalho, o menor teria de ser inserido em um sistema injetor; o plano que se propõe

⁴ Conforme *slide* apresentado pelo Ministério da Justiça – Portal Cidadão.

aqui é ver esse sistema como se supostamente fosse o plano “perfeito”, ou seja, em alguns pontos sugestivos: se perfeito o plano fosse, todos os menores iriam ficar tentados em cometer ato infracional à medida que pudesse participar da melhor educação que o país pudesse lhe oferecer, com infraestrutura pedagógica, sistema de saúde, alimentação sadia, lazer etc.

Acredita-se que, se é possível alimentar um presídio de segurança máxima construído tão somente para manter indivíduos de alta periculosidade para a sociedade, por que não construir um projeto arquitetônico de educação máxima, com toda a infraestrutura e toda disciplina necessária para o melhor aproveitamento do menor para sua inserção social efetiva?

O problema maior na avaliação do cometimento do ato infracional está em considerar as características do ser humano inserido em uma sociedade que lhe impõe regras competitivas que seguramente não são isonômicas, ou seja, não é facultada a cada cidadão a mesma oportunidade, haja vista o meio social em que convive, a educação que lhe é oferecida, o alimento que é caracterizador da saúde psíquica e intelectual. Portanto, criar bases militares de salvamento desses delinquentes juvenis, na proporção que a lei hoje lhe assegura, é uma crítica ao Sinase.

Ao tratar o problema com bala de canhão, será possível atingir metas mais rapidamente, ainda que sem frutos garantidos, uma vez que depende de toda a sociedade o querer proporcionar isso. Mas a dicotomia diante dessa tese pode ser absurda, haja vista que poderia se tratar do melhor sistema de ensino em forma de internato já visto no país, onde o adolescente poderia sair formado com conhecimentos profissionais de acordo com os cursos oferecidos dentro do projeto de recuperação social proativa. Essa é a ideia que suponho seja o ideal. Assim, como o ideal, é ter um sistema educacional de controle de natalidade nas classes menos favorecidas até que venham a entrar na regularidade de procriação para o bem-estar da criança e do adolescente.

A inserção da disciplina Direito Penal como medida socioeducativa, dentro das práticas pedagógicas a serem determinadas quando da implantação do Sinase, seria outra crítica ao projeto que não consta

desse importante meio de informação aos direitos daqueles que precisam ver os próprios direitos serem atingidos.

3.2 O Sinase em consonância com os princípios gerais contidos no ECA

O ECA, em concordância com o Sinase, expressa direitos da população infanto-juvenil brasileira; afirma o valor intrínseco da criança e do adolescente como ser humano; demonstra a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; expressa indiretamente o valor prospectivo da infância e adolescência como portadoras de continuidade do seu povo e o reconhecimento da sua situação de vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, devendo este atuar mediante políticas públicas e sociais na promoção e na defesa de seus direitos.

Ferrajoli (1990, p. 75), entre vários princípios, cita: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Diante dos princípios supraelencados, que impõem limitações à atividade jurisdicional, impende sobrelevar quão paralelos são ao “Direito Penal mínimo”, o qual, “condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza” (FERRAJOLI, 1990, p. 83).

A figura central na garantia do direito à segurança e à integridade física e mental do adolescente privado de liberdade é o Poder Público, que tem a responsabilidade de adotar todas as medidas para que de fato tais garantias sejam respeitadas. Esse dever do Poder Públi-

co decorre, também, da própria responsabilidade objetiva do Estado, isto é, o dever de reparar qualquer dano causado ao adolescente sob sua custódia.

Incolumidade, integridade física e segurança abrangem aspectos variados e alguns exemplos podem ser extraídos dos arts. 94 e 124 do ECA, que impõem às entidades garantir aos adolescentes o direito a instalações físicas em condições adequadas de acessibilidade (Lei n. 10.098, de 19.12.2000), habitabilidade, higiene, salubridade e segurança, vestuário e alimentação suficientes e adequadas à faixa etária dos adolescentes e cuidados médicos, odontológicos, farmacêuticos e saúde mental. Portanto, abrangidos aqui vários princípios legais que se coadunam entre ECA e Sinase.

3.3 O Sinase e o ECA, abrangência em medidas socioeducativas

A medida aplicada ao adolescente sempre levará em conta sua capacidade em cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração, considerada a integração do menor à família, como expressamente destaca o § 1º do art. 112 do Estatuto.

A medida socioeducativa relativa à advertência está prevista no art. 115 do ECA e sua aplicação deve pressupor estar comprovada a materialidade do ato infracional, com indícios suficientes de autoria, dispensando-se a instauração de procedimento contraditório e a acusação formal, como se pode concluir da conjugação dos arts. 113 e 113 e parágrafo único, constantes do ECA. Aplica-se em casos de ato infracional de pouca gravidade.

A medida socioeducativa de reparar o dano já encontra previsão no Direito Civil, no parágrafo único do art. 927 do CC: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, combinado com os incisos I e II do art. 932: “São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições...”. Consiste em colocar à disposição da autorida-

de judiciária, quando os antecedentes do adolescente, sua intenção de recuperação e disponibilidade física ou financeira lhe favoreçam a possibilidade de determinar ao autor do ato infracional a restituição da coisa eventualmente subtraída, o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o adolescente os prejuízos da vítima.

Como lembra Paulo Lúcio Nogueira, na obra “Estatuto da Criança e do Adolescente comentado” (1991), a composição do dano sempre foi objetivada pela legislação, com destaque do art. 68, § 4º, do Código de Menores de 1927, que dispunha expressamente: são responsáveis pela reparação do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilância, salvo se provar que não houve de sua parte culpa ou negligência.

Não obstante aos olhos do ECA, a responsabilização com conscientização do infrator adolescente, reflexos de natureza civil, com possibilidade de reparação, em primeiro plano, do dano material e até mesmo moral de ressocialização, e, em segundo plano, para a satisfação de eventuais prejuízos havidos pela vítima do ato, que no mesmo processo contraditório para apuração de ato infracional praticado por adolescente, poderá ver seus danos, de qualquer ordem, recompostos ou indenizados.

Não sendo, no entanto, possível a apuração do dano no procedimento, ou sentindo-se a vítima ainda lesada, deverá valer-se de ação própria, como ocorre quando o ato infracional for praticado por criança, posto que não pode o procedimento contraditório, para a apuração de ato infracional, ser desvirtuado, fugindo à finalidade que seria a aplicação de medida socioeducativa para a recuperação do infrator.

4 0 Sinase com abordagem à proteção integral

A igualdade na relação processual e tratamento igualitário dos sujeitos do processo penal: além de garantir o pleno e formal conhecimento de atribuição de ato infracional, ao adolescente é garantida a igualdade na relação processual, como dispõe o art. 227, § 3º, IV, da CF e inciso II do art. 11 do ECA. Por igualdade na relação proces-

sual, desvendou o Estatuto a possibilidade de o adolescente produzir provas necessárias à sua defesa, confrontar-se com vítimas e testemunhas, indicar peritos etc. A igualdade, como garantia constitucional, é um dos fundamentos do Estado de Direito e do Estado Social⁵.

O equilíbrio pretendido pelo processo penal de apuração de ato infracional é colocado em cheque em virtude da desigualdade imamente entre as partes. O acusado, quando é chamado ao processo, está em desvantagem em virtude das atividades estatais de persecução penal, que reúne maiores condições de produzir provas. Além disso, o acusado tem como tarefa a produção de sua defesa, para proteger sua liberdade.

Todavia, esta aparente desvantagem é sanada pelo processo, que encontra na jurisdição penal – por meio do devido processo legal – a igualdade processual. O bem jurídico tutelado, a liberdade, somente pode ser restringida por meio da jurisdição penal, que garante a igualdade de condições probatórias a todos os indivíduos, indistintamente.

A falta de recursos financeiros não será motivo para que o infrator fique sem a defesa por advogado. Ao notar que o autor do ato infracional ou seus responsáveis não têm os recursos necessários para suportar o andamento do processo, o juiz nomear-lhe-á defensor e dar-lhe-á os benefícios da assistência judiciária.

A garantia da assistência judiciária gratuita está gravada no art. 5º, LXXIV, da CF, segundo a qual “o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Esta postura constitucional é instrumento para realizar o princípio de igualização das condições dos desiguais perante a justiça, na expressão de José Afonso da Silva (p. 607).

Péricles Prade (p. 372) salienta que

o fundamento é a necessidade de justiça. Se, por ser pobre, ficasse o adolescente sem assistência técnica, o julgamento não seria justo nem imparcial, havendo um estridente desequilíbrio entre as partes. Melhor dizendo: emergiria ofensa ao princípio da igualdade de todos perante a lei. Cabe ao Estado suplementar a carência, retomando o fio do equilíbrio, que, sem sua intervenção, seria rompido.

⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 344-345).

O Estado de Mato Grosso foi condenado a iniciar imediatamente as necessárias medidas de implementação e instalação de um novo centro de internação provisória para os adolescentes em conflito com a lei em Rondonópolis, disponibilizando alimentação e vestuários adequados; número de celas compatível com a quantidade de internos; divisão de espaço feminino e masculino; e instalações dignas e salubres, com o mobiliário necessário. Além disso, deve providenciar agentes prisionais em número suficiente; equipe técnica com psicólogos e assistentes sociais; acesso à escolaridade; atividades profissionalizantes e sociopedagógicas, tudo em conformidade com as normas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A sentença foi proferida pela juíza Joseane Carla Ribeiro Viana Quinto, responsável pela Vara da Infância e Juventude da Comarca de Rondonópolis.

A magistrada também concedeu tutela antecipada na Ação Civil Pública n. 62/2007, determinando prazo de 90 dias, improrrogável, para que seja dispensado tratamento digno a todos os adolescentes com acesso à Delegacia Especializada da Criança e do Adolescente, para que o Estado disponibilize, entre diversas medidas, a conclusão da reforma do prédio do Centro de Internação de Rondonópolis, com edificação do banho de sol anexo ao prédio. O número de agentes suficientes para o trabalho deve ser de, no mínimo, um para cada dois internos. A delegacia deve ter também espaço para a prática de esportes e atividades de lazer e cultura devidamente equipados e em quantidade para o atendimento de todos os internados; entre outros. Em caso de descumprimento, foi fixada multa de R\$ 20 mil, a ser revertida ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Rondonópolis.

O Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM) foi implantado em 2003 como estratégia do governo federal de enfrentamento ao alarmante crescimento de homicídios entre adolescentes e crianças no Brasil. Os dados de homicídio na população entre 15 e 24 anos revelam: 72% das mortes de jovens ocorrem por causas externas, sendo que 40% delas são homicídios (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2006) – na população não jovem esta taxa é de 9% para causas externas e 3% para homicídio; 57.601 adolescentes entre

10 e 19 anos assassinados entre 1998-2004 (DATASUS/MS, 2006); de janeiro de 2003 a novembro de 2005, morreram 178 adolescentes, entre 17 e 19 anos, enquanto cumpriam medida socioeducativa de internação, semiliberdade e liberdade assistida só no DF (UnB, VIOLES, 2007); ainda segundo o Mapa da Violência, na década 1996-2006, houve um incremento de 20% nos homicídios entre a população em geral, já na faixa de 15 a 24 anos houve um aumento de 31%; na listagem dos 200 municípios com maiores taxas de homicídios juvenis em 2006, encontram-se os Estados de SP (40 municípios), RJ (24) e PE (16); em números absolutos de homicídios juvenis em 2006, as cinco capitais que lideram o *ranking* de mortes são Rio de Janeiro (879 assassinatos), São Paulo (797), Recife (636), Belo Horizonte (543) e Salvador (518).

Em 2008, o Programa é executado em sete Unidades da Federação (São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, Pernambuco, Pará e Distrito Federal) e está em fase de implantação no PR, BA e AL.

A consolidação desta política pública foi reforçada com a assinatura do Decreto n. 6.231, de 11 de outubro de 2007, e com o lançamento da Agenda Social Criança e Adolescente, a qual é dividida em quatro projetos, sendo o PPCAAM uma ação integrante do Projeto Bem Me Quer, que objetiva induzir a articulação de políticas públicas em territórios de grave vulnerabilidade à violência contra crianças, adolescentes e suas famílias.

Outro marco para a proteção de crianças e adolescentes ameaçadas de morte foi a criação do Sistema de Proteção no PPA 2008-2011 e a vinculação do PPCAAM a este Sistema. A proteção é efetuada retirando a criança e o adolescente ameaçado de morte do local de risco, preferencialmente com seus familiares, e inserindo-os em comunidade segura. Prima-se pela garantia de sua proteção integral através de inclusão de todos os protegidos em serviços de saúde, educação, esporte, cultura e se necessário, em cursos profissionalizantes, políticas de assistência social e mercado de trabalho.

4.1 Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (ABMP) e o Sistema de Justiça da Infância e da Juventude

A ABMP é sucessora da primeira Associação de Juízes de Menores do Brasil, criada em 1968. Tem a missão de promover o aprimoramento do Sistema de Justiça para a garantia de direitos de crianças e adolescentes.

Apoiada sobre os pilares básicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, a ABMP tem representatividade em todos os Estados da Federação e desenvolve ações nacionais, regionais e estaduais que abrangem os cerca de 6.000 magistrados, promotores de justiça e defensores públicos que atuam nas aproximadamente 2.700 comarcas da Justiça Comum, cobrindo todos os municípios brasileiros. Em seus projetos, a ABMP procura aprimorar a garantia de direitos de crianças e adolescentes e o Sistema de Justiça da Infância e da Juventude e de todo o Sistema de Garantia de Direitos brasileiro.

A ABMP realiza, desde 2007, o projeto *Justiça Juvenil no Marco da Doutrina da Proteção Integral: papel do Sistema de Justiça frente aos Desafios Político-Institucionais para a Conquista e a Garantia do Pleno Desenvolvimento de Adolescentes em Conflito com a Lei*.

O projeto consiste na realização de seminários estaduais visando a mobilizar os atores do Sistema de Justiça da Infância e Juventude, em particular, e do Sistema de Garantia de Direitos, em geral, em torno de uma agenda interinstitucional para aprimoramento dos procedimentos relativos à apuração de atos infracionais e à aplicação e execução de medidas socioeducativas, sob a ótica da doutrina da proteção integral.

O objetivo é consolidar uma estrutura coletiva de trabalho que reúna e organize instituições e profissionais para um melhor conhecimento das questões da adolescência e dos adolescentes em conflito com a lei, bem como das políticas e dos programas direcionados a eles.

O Justiça Juvenil é uma iniciativa da ABMP com a parceira do Conanda, da SEDH, da Presidência da República, entre outros parceiros⁶.

Em alguns assuntos destacados por integrantes da ABMP, ressalta-se que, conforme preceitua a promotora de Justiça Sandra Soares de Pontes, em temas publicados no sítio da Associação Brasileira de Magistrados, é fundamental explicitar, para compreensão da ordem resultante do ECA, que este se estrutura a partir de três sistemas de garantias, harmônicos entre si:

- a) sistema primário, que dá conta das políticas públicas de atendimento a crianças e adolescentes, especialmente os arts. 4º, 85 a 87, de caráter universal, visando a toda população infanto-juvenil brasileira, sem quaisquer distinções;
- b) sistema secundário, que trata das medidas de proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de atos infracionais de natureza preventiva, ou seja, crianças e adolescentes enquanto vítimas, enquanto violados em seus direitos fundamentais. As medidas protetivas visam alcançar crianças e adolescentes enquanto vitimizados;
- c) o sistema terciário, que trata das medidas socioeducativas aplicáveis a adolescentes em conflito com a lei, autores de atos infracionais, incidindo nos arts. 103: “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” e 112: “verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – pressão de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – regime de semiliberdade; VI – medida de internação”.

Esse tríplice sistema, de prevenção primária (políticas públicas), prevenção secundária (medidas protetivas) e prevenção terciária (medidas socioeducativas), opera de forma harmônica, com acionamento gradual de cada um deles. Quando a criança ou o adolescente escapar ao sistema primário de prevenção, aciona-se o sistema secundário, cujo

⁶ Informações disponíveis em: <<http://www.abmp.org.br/justicajuvenil/>>.

grande agente operador deve ser o Conselho Tutelar. Estando o adolescente em conflito com a lei, atribuindo-se a ele a prática de algum ato infracional, o terceiro sistema de prevenção, operador das medidas socioeducativas será acionado, intervindo aqui o que pode ser chamado genericamente de sistema de Justiça (Polícia, Ministério Público, Defensoria, Judiciário, órgãos executores das medidas socioeducativas).

Amaral, também da ABMP, destaca que, embora se defenda que aos sujeitos titulares dos direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente devam ser estendidas as garantias constitucionais e a proteção da criança e do adolescente, algumas correntes doutrinárias hesitam na aplicação de certos institutos do Direito Penal, muitos deles de prisma garantista, ao Estatuto Juvenil, pelo fato de não considerarem a medida socioeducativa, utilizada com adolescentes que infringirem a lei, como de caráter retributivo, restringindo-a somente ao fito pedagógico.

4.2 Fatos sociais e o que a doutrina comenta sobre legalidade, garantismo, Direito Penal juvenil e adolescente em conflito com a lei

Nesta perspectiva de transição de um caráter meramente punitivo para uma doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente, pautada pelo respeito à peculiar condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento, o Sinase enfatiza pontos-chave a serem respeitados no cumprimento das medidas socioeducativas.

Os juízes de Direito estão voltando às salas de aula para aprender a aplicar o Estatuto da Criança e do Adolescente. Depois de promover o primeiro curso para magistrados de todo o estado, a Vara de Atos Infracionais da Infância e Juventude de Belo Horizonte, com o apoio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), agenda programas regionais de capacitação, num contexto em que mudou o perfil dos atos infracionais cometidos por adolescentes. Se há cinco anos a maior parte das transgressões relacionava-se a furtos e roubos – hoje, 45% têm relação direta com as drogas, e até 60% referem-se a atos também indistintamente relacionados, como homicídios e roubos a mando do tráfico.

Entre as diversas dificuldades de juízes pouco familiarizados com a matéria – que não é contemplada pelas grades curriculares da maior parte dos cursos de Direito e tampouco considerada nos concursos para ingresso na carreira da magistratura – está a ausência de uma Lei de Execução de Medidas Socioeducativas. Até hoje sem aprovação do Congresso Nacional, abre-se aos juízes o poder de definirem as intervenções, o que torna o sistema socioeducativo complexo e exige muito preparo. Abridados em comarcas onde há somente uma vara criminal e da infância e adolescência. A maior parte dos magistrados tem um desafio diante de si: não reproduzir o viés do modelo penal para crimes cometidos por adultos com as medidas socioeducativas, de reinserção na sociedade, aplicadas a menores em conflito com a lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é explícito: esses jovens estão em situação de risco e têm direito a medidas de proteção. Cabe intervenção do Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente, encaminhamento aos pais ou à família estendida para medidas capazes de evitar o pior: que o aprendiz se torne feiticeiro. O mesmo peso e a mesma medida são adotados em situações semelhantes em todas as cidades do País? Não. Sobretudo nas comarcas longe das regiões metropolitanas e das cidades-polo, há juízes que mandam apreender os meninos e, na falta de unidades de internação próprias, os colocam em cadeias públicas com criminosos de todo o naipe, ferindo duplamente a legislação brasileira para a criança e o adolescente.

Aos 19 anos, o ECA ainda não é integralmente aplicado pelos juízes por falta de estrutura das comarcas e por falta de intimidade com a legislação. O tema não está incluído no conteúdo para os concursos públicos de magistrados e nem integra a grade curricular da maioria das escolas de Direito no País. Os juízes acumulam varas criminais com varas da infância e não raro veem o adolescente com o viés do Direito Penal, próprio para crimes cometidos por adultos. Não há contraponto a essa perspectiva penal, uma vez que faltam defensores públicos nas comarcas do interior. Assim, aos jovens apreendidos em conflito com a lei não são dadas as garantias processuais reservadas aos adultos.

O princípio da legalidade é o estudo da lei penal em sua natureza essencial. Como já visto, trata-se, de um lado, do pressuposto do po-

der punitivo do Estado e, de outro, do limite ao arbítrio deste poder punitivo. O princípio da legalidade é o equilíbrio dessas duas forças.

Segundo o posicionamento de Luisi (p. 13-22), o princípio da legalidade desdobra-se em três postulados. O primeiro trata das fontes da norma penal, ou seja, da necessidade da reserva legal. O segundo diz respeito ao enunciado das normas penais ou à exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras, taxativas e, o quanto possível, certas e precisas. E o terceiro diz respeito à validade das leis penais no tempo, ou seja, trata da exigência de retroatividade das normas penais.

Os adolescentes de 12 a 18 anos de idade estão sujeitos ao Código Penal no que se refere à tipicidade e antijuridicidade de suas condutas. Neste aspecto a norma estatutária não se diferencia do Direito Penal adulto vigente em nosso país, atendendo aos requisitos do princípio da legalidade quanto aos preceitos que, de modo geral, têm clareza na redação e devem obedecer ao princípio da anterioridade.

Adeptos do chamado Direito Penal Juvenil têm preponderado nos tribunais superiores, fato que, inclusive, se reflete na publicação da recente Súmula 338 pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual pacificou a discussão sobre o caráter da medida socioeducativa, uma vez que consolidou a possibilidade de sua prescrição, sinalizando, dessa forma, a conformação à Teoria Geral Garantista no Estatuto Juvenil e ao Direito Penal Mínimo.

Ressalte-se que, mesmo com alguns anos de antecedência à recente posição do STJ, Antônio Fernando do Amaral e Silva (1999, p. 63-64) já apontava para esse rumo:

Não defendo a carcerização do sistema socioeducativo. Muito menos medidas meramente retributivas. Ao contrário, ao invocar o Direito Penal, preconizo a humanização das respostas, as alternativas à privação de liberdade, a descriminalização e a penalização – o Direito Penal Mínimo.

A minimização da repressividade do ente estatal, o alcance do limite da atuação arbitrária do Estado, não apenas no Direito Repressivo, mas também e principalmente no Direito Penal Juvenil, é fruto tardio a ser colhido. Embora, como dito, a Lei n. 8.069/1990

tenha propiciado um considerável avanço no histórico das legislações infante-juvenis, principalmente no plano teórico (tendo em vista os preceitos internos e a alusão à Carta Magna), na prática, a aplicação das medidas socioeducativas ocorre sem observância das delimitações legais, isso porque equivocadamente interpreta-se o Estatuto ainda como velho modelo e, portanto, refutam-se garantias e ritos processuais há muito conquistados (COSTA, A. P., 2005, p. 93).

Possível conformar o Direito Penal Juvenil com os enunciados garantistas, combinação que, matizada pela Constituição Federal de 1988, desde que efetivada na sua essência, instrumentalizaria os direitos fundamentais nestes previstos. Além disso, tanto é possível tal extensão, que o próprio Luigi Ferrajoli (1990, p. 306), ao falar sobre as duas modalidades do princípio da legalidade, asseverou que a primeira, como condicionante, e a segunda, como condicionada, não se referem só ao Direito Penal, mas definem também a complexa estrutura da legalidade no Estado de Direito. Aquela relacionada com a legitimação jurídica formal subsequente à vigência das normas produzidas e esta com a legitimação jurídica material que deriva dos vínculos que condicionam a validade das normas vigentes à tutela dos demais direitos fundamentais incorporados também às constituições.

4.3 Aspectos relevantes da proposta do Sinase para com a sociedade e com o menor infrator

Não são poucas as situações em que o Estatuto da Criança e do Adolescente não é respeitado. Jovens apreendidos em flagrante são mantidos em internação provisória por mais de 45 dias, período máximo em que, pela legislação, o juiz deve dar a sentença. “Temos 311 adolescentes ainda em cadeias públicas em Minas Gerais”, declara a juíza Valéria da Silva Rodrigues. “A legislação sustenta que, se não há vagas em um centro de internação, o juiz deve colocá-lo em regime domiciliar. O adolescente infrator não pode cumprir medida socioeducativa na cadeia”, afirma Valéria. Mediante a infração, que praticada por um adulto seria crime, a Justiça aplica a medida socioeducativa – uma pena em caráter punitivo – mas com a finalidade da reeducação. “É preciso reinserir o adolescente infrator. Como, numa cadeia

pública, esse trabalho será realizado?”, indaga a juíza. Nos centros de internação há equipes interdisciplinares que acompanham o menor e a sua resposta às medidas socioeducativas.

O sistema nacional valoriza a importância de fortalecer as medidas em meio aberto, como a prestação de serviços à comunidade (PSC) e a liberdade assistida (LA), em detrimento das medidas privativas de liberdade (semiliberdade, internação provisória e internação), que devem ser usadas em caráter de brevidade e excepcionalidade. Enfatiza, ainda, os aspectos pedagógicos, como no caso dos parâmetros arquitetônicos que devem ser seguidos para a construção de unidades de privação de liberdade com características de estabelecimentos educacionais (previstas no ECA) e não de unidades prisionais.

Na visão de Fábio Silvestre, atual gerente de projetos de Atendimento Socioeducativo a Adolescentes em Conflito com a Lei da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, as medidas em meio aberto proporcionam reflexão ao adolescente, ao mesmo tempo em que colaboram com a diminuição do índice de reincidência infracional.

Acho que os adolescentes compreendem que estão sendo responsabilizados e não penalizados, têm a possibilidade de transitar na sociedade e fazer uma reflexão do que fizeram de errado. Sem dúvida o índice de reincidência é maior quando se isola o adolescente e o coloca em um ambiente de maior risco social. O fato de estar próximo da família e de ter compromissos assumidos no plano individual de atendimento no meio aberto favorece sua inserção no contexto de convivência comunitária.

Para tanto, Silvestre sugere incentivo a uma outra estrutura de atendimento na liberdade assistida.

A minha conclusão é que deveríamos investir mais na medida de L.A comunitária que praticamente não existe no Brasil. Não haveria um posto de atendimento Liberdade Assistida institucional, mas sim uma família ou educador responsável, diretamente, por até dois adolescentes em sua comunidade.

Os Conselhos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente bem como os órgãos gestores do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, nos seus respectivos níveis, devem articular-se com os Conselhos e órgãos responsá-

veis pelo controle, gestão, supervisão e avaliação dos demais sistemas e políticas sociais para o desenvolvimento de ações integradas e que levem em consideração as peculiaridades que cercam o atendimento aos adolescentes inseridos no Sinase.

Entre outras ações que podem favorecer o desenvolvimento da articulação destacam-se as seguintes: 1) estímulo à prática da intersectorialidade; 2) campanhas conjuntas destinadas à sociedade em geral e aos profissionais da área, com vistas à concretização da Doutrina de Proteção Integral adotada pelo ECA; 3) promoção de discussões, encontros, seminários (gerais e temáticos) conjuntos; 4) respeito às competências e atribuições de cada ente federativo e de seus órgãos, evitando-se a sobreposição de ações; 5) discussão e elaboração, com os demais setores do Poder Público, para expedição de atos normativos que visem ao aprimoramento do sistema de atendimento; 6) expedição de resoluções conjuntas, disciplinando matérias relacionadas à atenção a adolescentes inseridos no Sinase (SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006, p. 22-23).

5 Conclusão

O Sinase é um marco para mudanças positivas no atendimento dos adolescentes em conflito com a lei. Neste ano de 2009, são celebrados os dezoito anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, e o Projeto de Lei n. 1.627/2007, que trata da implantação do Sinase (2006), está em tramitação no Congresso Nacional. Os parlamentares terão a importante tarefa de aprovar um documento que pode mudar a percepção e os valores que a sociedade brasileira possui em relação à responsabilização e ao atendimento do adolescente em conflito com a lei.

O Sinase fortalece o ECA ao determinar diretrizes claras e específicas para a execução das medidas socioeducativas por parte das instituições e profissionais que atuam nesta área. Evita, assim, interpretações equivocadas de artigos do Estatuto que trazem informações, às vezes, pouco aprofundadas sobre a operacionalização dessas medidas.

Diversos especialistas que atuam na área da defesa da infância e juventude e dos direitos humanos – como juízes, promotores, defensores públicos, conselheiros tutelares e técnicos – foram protagonistas

da construção do documento. Durante dez anos, foram realizados debates coordenados pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR), por intermédio da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente; o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente; a Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e o Fórum Nacional de Organizações Governamentais de Atendimento à Criança e ao Adolescente. O Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Ilanud/Brasil) também contribuíram para os trabalhos.

Para Fábio Silvestre,

a formulação do Sinase veio da constatação de que nada havia mudado no sistema socioeducativo, que continuava prisional, sob a égide do Código de Menores [lei de 1979, revogada pelo ECA, em 1990]. A partir disso, ocorreu uma maior pressão de vários setores da sociedade para a mudança de visão em direção ao acompanhamento do adolescente, não só das unidades de internação.

O Sinase especifica as competências das três instâncias federativas para o atendimento socioeducativo no país. Entre as principais funções estabelecidas à União estão formular e coordenar a execução da Política Nacional de Atendimento Socioeducativo e elaborar, em colaboração com estados e municípios, o Plano Nacional. Os estados e municípios devem também traçar seus planos de atendimento socioeducativo nas distintas esferas de governo e instituir e gerenciar os respectivos sistemas de atendimento.

O processo de municipalização das medidas socioeducativas é reforçado no texto do Sinase, pois já estava determinado, desde 1990, ano da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente. O sistema nacional ainda explicita como atribuição dos Estados a execução de medidas cumpridas em meio fechado: semiliberdade, internação e internação provisória. Em nível municipal devem ser operacionalizadas as medidas em meio aberto: prestação de serviços à comunidade e o programa de liberdade assistida.

O Sinase delinea os parâmetros de ação e gestão das medidas socioeducativas, desde o atendimento inicial até as características arquitetônicas das unidades de privação de liberdade. É possível observar uma série de avanços em direção ao que estabelece o ECA. O caráter de integração entre os três níveis de governo foi apontado nos dados obtidos pelo mapeamento. A implementação conta, em muitas capitais, com convênios entre os municípios e o governo federal, além de haver envolvimento com poder público estadual, conselhos municipais e estaduais de defesa dos direitos da criança e do adolescente, Poder Judiciário, Ministério Público e sociedade civil organizada (ONGs e conselhos de cidadania).

O sistema nacional enfatiza a intersectorialidade entre políticas de educação, saúde, assistência social, segurança pública e do sistema de Justiça para assegurar os direitos constitucionais dos adolescentes em conflito com a lei. Determina também que o acesso aos serviços públicos, no caso de adolescentes em privação de liberdade, deve ser feito em núcleos externos às unidades, em integração com a comunidade, a fim de se trabalhar o preconceito contra os adolescentes em conflito com a lei.

Conjugando novas práticas no campo das políticas públicas com um maior envolvimento da sociedade como um todo no processo de ressocialização dos adolescentes em conflito com a lei, o Sinase é, portanto, um instrumento essencial para a implementação integral do ECA e a transformação da realidade no atendimento socioeducativo no Brasil.

Para garantia dos direitos fundamentais do ECA e efetivação do Sinase, é indispensável o aporte de recursos públicos e o desenvolvimento de programas e ações das políticas públicas de: segurança; saúde; educação, trabalho; assistência social; cultura; esporte, lazer; justiça, direitos humanos entre outras, respeitando suas competências institucionais e levando em conta o princípio da incompletude institucional.

O financiamento da política de atendimento da criança e do adolescente se dá pela composição orçamentária dos órgãos públicos das

três esferas de governo e do Fundo da Infância e da Adolescência – FIAs, com receitas providas de recursos do Tesouro e doações deliberadas pelos respectivos Conselhos que dão suporte e sustentação à execução das ações das Políticas de Atendimento a Criança e ao Adolescente.

O Sinase define coordenações e suas competências nos âmbitos federal, estadual e municipal para implantação e execução da política de atendimento socioeducativo, portanto, conclui-se que o Sinase está em consonância com o ECA, confirmando assim, positivamente, a tese do presente trabalho e reafirmando a importância do processo por meio de ação continuada no âmbito do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente.

Referências

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BULGARELLI, Reinaldo. *Paz, tolerância e diversidade*. In: IV CONFERÊNCIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DO CEARÁ. 2001, Fortaleza, AMCE, out. 2011. Conteúdo constante do livro “Adolescente em conflito com a lei, prevenção e proteção integral”, de Maurício Neves de Jesus, p. 157.

BURGOS, Marcelo Baumann. *Menoridade penal: um debate estérico*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Direito e Sociedade – CEDES, abr. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. Lisboa: Almedina 2003.

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1990.

JESUS, Maurício Neves de. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas-SP: Servanda, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LUIZI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. São Paulo: Fabris, 2003

MENDÉZ, Emilio Garcia. *Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino-americano*. Porto Alegre, AJURIS, ESMP/RS, 2000.

MILANO FILHO, Nazir David; MILANO, Rodolfo César. *Da apuração de ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas*. São Paulo: Liv e Universitária de Direito, 1999.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. *Imputabilidade do menor: sob a ótica criminológica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de. *O adolescente infrator em face da doutrina da proteção integral*. São Paulo: Fiuza, 2005.

PAULA, Paulo Afonso Ganido de. *Menores, direito e justiça: apontamentos para um novo direito das crianças e adolescentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PRADE, Péricles. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*.

SALIBA, Maurício Gonçalves. *Disfarce e vigilância como estratégia judicial*. 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arqui->

vos/anais/campos/mauricio_goncalves_saliba.pdf>. Acesso em: 25 out. 2009.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, ano 5, v. 6, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros.

SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO/Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília-DF: Conanda, 2006.

SPOSATO, Karina Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WASELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência III: juventude, violência e cidadania*. Brasília: Unesco; Instituto Airton Senna; Ministério da Justiça; SEDH, 2002.

O crime de sonegação do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores mediante a declaração falsa de residência em unidade da federação distinta do verdadeiro domicílio do sujeito passivo

Roberto Buch

Sumário: 1 Introdução. 2 O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores. 2.1 Considerações gerais. 2.2 Hipótese de incidência. 2.3 A ocorrência do fato gerador. 2.4 Local da ocorrência do fato gerador. 2.5 O estabelecimento da alíquota do IPVA. 3 O problema do licenciamento do veículo realizado em unidade da federação diversa do domicílio do proprietário. 3.1 A guerra fiscal. 3.2 Os conceitos de residência e domicílio para o Direito Civil. 3.3 Análise da conduta de acordo com o Direito Penal. 3.4 A fixação da competência. 3.5 Elisão e evasão fiscal. 3.6 O crime de sonegação fiscal. 4 Conclusão.

1 Introdução

Anualmente, todas as pessoas que são proprietárias de veículos automotores são chamadas a prestar contas com os governos estaduais, os quais detêm a competência para instituir e cobrar o chamado Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, conhecido como IPVA.

É comum que na maioria dos estados da federação a cobrança seja feita logo nos primeiros meses do ano, época na qual o orçamento do brasileiro já está comprometido com gastos extraordinários.

Talvez por esta razão, o cidadão que se vê obrigado ao pagamento de mais um imposto, que lhe é cobrado em razão de ter adquirido um veículo para a sua locomoção e de sua família, passa a procurar meios de pagá-lo de uma forma menos onerosa.

É prática corriqueira no Brasil realizar o emplacamento do veículo em unidade da federação distinta do verdadeiro domicílio do proprietário, geralmente em estados que cobram alíquotas menores, ou sequer as cobram, como no caso do Estado de Tocantins, que isenta do referido imposto os veículos novos no seu primeiro ano de emplacamento¹.

Neste trabalho será feita uma análise da citada conduta praticada pelos contribuintes sob o enfoque da legislação penal aplicável, que compreenderá um estudo dos elementos do tributo em questão, principalmente acerca da competência tributária, do sujeito passivo e da sua hipótese de incidência, definindo-se quais as consequências desta prática no âmbito do Direito Penal.

2 O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores

2.1 Considerações gerais

Ao disciplinar o sistema tributário brasileiro, a Constituição Federal adota uma técnica de repartição de competências tributárias, atribuindo à União, aos estados e ao Distrito Federal, e aos municípios competência para instituir e arrecadar determinados tipos de tributos, de acordo com a sua hipótese de incidência.

Esta repartição de competências tem por finalidade proporcionar efetividade ao princípio federativo, pelo qual os entes federados detêm autonomia administrativa, política e financeira. Embora existam críticas sobre a existência prática desta autonomia financeira dos estados, Distrito Federal e municípios na República Federativa do Brasil (MACHADO, 2006, p. 51), o certo é que a Constituição Federal de 1988 tratou de repartir as competências para instituir e cobrar tributos entre a União, os estados e os municípios, ficando a cargo do Distrito Federal a competência para instituir e cobrar os tributos dos estados e dos municípios (arts. 147 e 155 da Constituição Federal e art. 18, II, do Código Tributário Nacional).

¹ Informação retirada do Portal do Governo do Estado de São Paulo, disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/sis/lenoticia.php?id=892986c=5>>. Acesso em: 13 out. 2009.

Assim, para que seja exigível a cobrança de determinado tributo, os elementos constitutivos deste devem estar previamente previstos em lei, aqui entendida no seu sentido estrito, quais sejam, a hipótese de incidência, a alíquota, a base de cálculo, bem como eventuais obrigações tributárias acessórias.

Feitas essas considerações, verifica-se que o legislador constituinte atribuiu aos estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, conforme se infere do disposto no art. 155, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

2.2 Hipótese de incidência

A hipótese de incidência é a descrição legal de uma conduta que, verificada no plano dos fatos, legitima o Estado, no exercício da sua competência administrativa, a efetuar o lançamento do tributo, dando origem à obrigação tributária que deve ser adimplida pelo sujeito passivo.

Deve-se ressaltar que o conceito de hipótese de incidência não se confunde com o de fato gerador, conforme leciona Hugo de Brito Machado (2006, p. 147):

A expressão *hipótese de incidência* designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão *fato gerador* diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A *hipótese* é simples descrição, é simples previsão, enquanto o *fato* é a concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto.

No caso do tributo em análise, é a propriedade de veículo automotor que determina a incidência da lei estadual ou distrital respectiva, legitimando estes entes federados ao lançamento e à cobrança da exação.

Verifica-se, portanto, que a hipótese de incidência do IPVA é constituída pelos conceitos de *propriedade* e de *veículo automotor*.

Por propriedade, em síntese, deve-se entender a propriedade plena ou restrita do bem, abarcando esta última hipótese os casos de alienação fiduciária em garantia, ou os casos de arrendamento mercantil.

Por sua vez, veículo automotor deve ser entendido como todo aquele capaz de se automovimentar, capacidade proporcionada por um elemento integrado ao próprio veículo, denominado de *motor*. Por esta razão, excluem-se da hipótese de incidência do tributo em estudo os veículos movidos por energias naturais, como o vento, a tração animal e a força humana.

Neste momento, mister salientar que, embora as embarcações e aeronaves providas de motores detenham a capacidade de se automovimentarem, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de excluí-los da hipótese de incidência do IPVA, conforme se infere dos seguintes precedentes:

Ementa: Recurso Extraordinário. Tributário. 2. Não incide Imposto de Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações (art. 155, III, CF/1988 e art. 23, III e § 13, CF/1967 conforme EC n. 01/1969 e EC n. 27/1985). Precedentes. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido².

Ementa: IPVA – Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (CF, art. 155, III; CF 69, art. 23, III e § 13, cf. EC n. 27/1985): campo de incidência que não inclui embarcações e aeronaves³.

2.3 A ocorrência do fato gerador

Já esclarecida a distinção entre hipótese de incidência e fato gerador, deve-se atentar, na relação estabelecida entre fabricante, revendedor e o sujeito de direito que pretende adquirir a propriedade de um veículo automotor, para o momento em que esta é consolidada para fins de incidência do tributo em questão.

Com efeito, não é com a mera fabricação do veículo que surge para o Estado o direito de fazer incidir o IPVA, tampouco com a sua distribuição para revendedoras, que os detêm na qualidade de meras mercadorias. Estes fatos podem até configurar hipóteses de incidência de outros tributos, tais como o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), ou o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços

² RE n. 379.572, rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 11.4.2007, *DJe*-018 Divulg. 31.1.2008, Public. em 1^a fev. 2008, EMENT VOL-02305-04 PP-00870.

³ RE n. 134.509, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 29.5.2002, *DJ* de 13 set. 2002, PP-00064 EMENT VOL-02082-02 PP-00364.

(ICMS). Mas o IPVA somente incidirá no momento em que o veículo for registrado no órgão executivo de trânsito em nome do seu adquirente, quando se define o sujeito passivo da obrigação tributária, dando exigibilidade à exação.

Nesse sentido, confirmam-se as lições de Gladston Mamede (2002, p. 61):

[...] Em fato, o veículo fabricado (ou importado) que se encontra em uma loja, à disposição para venda, é um bem fungível e, além disso, consumível. Com a aquisição há uma completa alteração na situação jurídica: o bem se torna não-consumível (sem uso não importa destruição imediata da própria substância) e infungível, na medida em que, na maioria dos casos, possui um número (como ocorre com o chassis de automóveis). Assim, a aquisição pelo comprador, ou incorporação pelo fabricante ou revendedor, implica surgimento da relação de propriedade de veículo automotor, isto é, na transformação jurídica de um bem oferecido ao consumo (o veículo ainda no patrimônio do fornecedor, para quem ao tem a finalidade de locomoção) em um bem apto à circulação (o veículo no patrimônio do consumidor, registrado, se necessário).

Tomando-se como exemplo o Distrito Federal, o Decreto Distrital n. 16.099/1994 dispõe no seu art. 2^o quando se considera ocorrido o fato gerador, estabelecendo, para os veículos novos, a data da emissão do documento translativo da propriedade, ou da posse legítima do veículo; e para os veículos usados, já licenciados no Distrito Federal, o 1^o dia do mês de janeiro de cada ano.

2.4 Local da ocorrência do fato gerador

Tema delicado que envolve o estudo do tributo em apreço é o local da ocorrência do seu fato gerador, tendo em vista que, por se tratar de bem móvel, o veículo pode ser facilmente transportado de uma unidade da federação para outra, ali permanecendo de forma temporária ou permanente.

A Constituição Federal não prevê nenhuma regra sobre o local onde ocorre o fato gerador do IPVA, apenas estabelecendo, no seu art. 158, inciso III, que pertencem aos municípios cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do estado sobre a propriedade de

veículos automotores licenciados em seus territórios, ou seja, apenas garante aos municípios metade do produto da arrecadação do IPVA dos veículos que ali forem licenciados. E dispõe ainda e apenas que o IPVA é devido para o estado no qual ocorreu o licenciamento do veículo.

O legislador ordinário, por sua vez, estabeleceu os critérios para o local onde deve ser realizado o licenciamento de veículos, conforme se depreende da norma contida no *caput* do art. 120 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), instituído pela Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, *verbis*:

Art. 120. Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, no Município de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei.

Depreende-se, portanto, que o adquirente de veículo automotor tem a obrigação de efetuar o seu licenciamento perante o órgão executivo de trânsito do estado ou do Distrito Federal, conhecido como Departamentos de Trânsito (Detran), no município em que possui domicílio ou residência.

Embora o aludido diploma legal não preveja nenhuma sanção para o descumprimento da determinação acerca do local onde devem ser licenciados os veículos automotores, tal providência é essencial não só para a otimização do poder administrativo de polícia, mas também em razão da repartição da receita tributária proveniente da arrecadação do aludido imposto entre a unidade da federação e o respectivo município, conforme já mencionado.

2.5 O estabelecimento da alíquota do IPVA

Pertencendo aos estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o IPVA, cuja hipótese de incidência é prevista na Constituição Federal, cabe-lhes, ainda, definir os demais elementos do tributo, quais sejam, a sua base de cálculo e alíquota, sem os quais não há a exigibilidade da exação.

Assim, podem os estados e o Distrito Federal estabelecer as alíquotas do imposto em estudo com a mesma autonomia administra-

tiva que possuem em razão do princípio federativo. Prática comum entre as unidades da federação é estabelecer alíquotas diferenciadas em razão do tipo de veículo automotor, tendo em vista características de potência do motor, combustível utilizado etc.

Por este motivo, no Brasil, atualmente, o contribuinte se depara com um quadro heterogêneo de alíquotas nas diversas unidades da federação, nas quais pode encontrar alíquotas que variam da isenção até 4% sobre o valor do veículo⁴.

3 O problema do licenciamento do veículo realizado em unidade da federação diversa do domicílio do proprietário

3.1 A guerra fiscal

Após essas breves considerações acerca do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, imperioso pontuar os aspectos da legislação pátria que dão ensejo à hipótese em análise neste trabalho.

À míngua de regulamentação uniforme no ordenamento jurídico brasileiro, as unidades da federação, no exercício da sua competência delimitada pela Constituição Federal, possuem autonomia para fixar as alíquotas do IPVA, razão pela qual é fácil encontrar grandes disparidades na exação cobrada em diferentes estados.

Tal cenário desperta a atenção do contribuinte que, na tentativa de reduzir os custos no orçamento com o pagamento de impostos, realiza o licenciamento do seu veículo em unidade da federação diversa daquela onde reside habitualmente.

Para tanto, em algumas situações, vale-se a pessoa física de uma declaração de residência ideologicamente falsa, apresentada perante o órgão executivo de trânsito (Detran) no estado de menor alíquota, e, posteriormente, transporta o veículo ilegalmente licenciado até a outra unidade da federação, onde mantém sua residência e exerce habitualmente a sua profissão. É dizer: tem a pretensão prévia (dolo)

⁴ Disponível em: <<http://www.guiadotrc.com.br/Custeio/IPVA/ipvanosestados.asp>>. Acesso em: 10 out. 2009.

em licenciar o veículo em local diverso da sua verdadeira residência, visando ao pagamento da exação com incidência da menor alíquota.

A conduta também é frequentemente praticada por pessoas jurídicas, o que traz certa peculiaridade ao estudo, já que, para estas, não se pode falar em residência, mas apenas em domicílio, conforme se verá adiante.

Nessa situação, verifica-se que existe uma unidade da federação que arrecada o IPVA sobre um veículo que não está circulando no âmbito do seu território e outra que deixa de arrecadar o referido tributo, sendo certo que neste o veículo é habitualmente utilizado.

3.2 Os conceitos de residência e domicílio para o Direito Civil

Conforme já esclarecido, o legislador ordinário estabeleceu a obrigatoriedade de licenciamento do veículo no órgão de trânsito da unidade da federação localizado no município onde o seu proprietário possui domicílio ou residência, razão pela qual se faz necessária uma breve abordagem sobre estas duas categorias jurídicas, para uma melhor compreensão do tema em análise.

Em razão da complexidade das relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos de direito, a partir da evolução do ser humano que deixa de ser nômade para se fixar em determinado local para viver em sociedade surge a necessidade de se criar uma correspondência entre o homem e o espaço geográfico onde desenvolve as atividades necessárias para a sua subsistência. Atualmente, esta relação é estabelecida pelo conceito de domicílio apresentado pelo legislador ordinário, conforme se depreende da leitura do art. 70 do Código Civil: “O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”.

Depreende-se, portanto, que o conceito de domicílio envolve um elemento objetivo, caracterizado pela expressão “residência”, e um elemento subjetivo, indicado pelo ânimo definitivo, sem o qual esta não é considerada domicílio da pessoa natural. A residência seria o próprio local físico onde a pessoa natural possui habitação. Para ser conceituada como domicílio, este local deve ser aquele no qual o

sujeito de direitos centraliza as suas obrigações e pratica os atos necessários à sua subsistência.

Estabelecendo uma diferenciação entre os conceitos em estudo, confira-se a lição de Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 318):

Que é, então, residência: é o lugar de morada normal, o local em que a pessoa estabelece uma habitação. Fazendo distinção que auxilia a compreender, Ruggiero instituiu uma gradação, morada, residência, domicílio. Aproveitando em parte seu raciocínio, vemos na residência a morada de quem chega e fica; não é pousada eventual de quem se abriga em um lugar para partir de novo. O que aluga uma casa em uma zona de praia, para passar o verão, tem ali a morada, mas não tem residência. Esta pressupõe estabilidade, que pode ser maior ou menor. Estabilidade relativa. [...] A gradação é efetivamente de notar-se, não, porém, na conclusão final, de vez que, para o Direito brasileiro, não é o fato material de ser permanente que faz da residência um domicílio, mas o fator psicológico, o ânimo definitivo. [...]

Assentado, então, o fato externo, residência, como a morada habitual, a morada estável e certa, para convertê-la em domicílio será necessário introduzir-lhe o psíquico: intenção. É o propósito de permanecer. Não é qualquer residência que faz o domicílio, porém a residência definitiva.

O aludido doutrinador, tomando como base os ensinamentos de Pothier, fixa como bases para estabelecer o conceito de domicílio a sede principal onde a pessoa natural habita e realiza os seus negócios. Assim, além do elemento físico, constituído pela morada, para que determinado local seja considerado domicílio, é necessário que ali a pessoa natural também desenvolva seus negócios, suas relações sociais, ou seja, os atos necessários para a obtenção dos recursos essenciais à manutenção da sua vida e de sua família.

E, tratando-se de domicílio, o ordenamento jurídico pátrio admite a sua pluralidade, estabelecendo, como regra, o local onde a pessoa natural estabelece sua residência com ânimo definitivo. O art. 71 do Código Civil disciplina: “Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas”.

Sobre o assunto, seguem as lições de Sílvio Rodrigues (2002, p. 105-106):

Poder-se-ia pensar, tendo em vista a locução *ânimo definitivo*, que o legislador lançou mão de um elemento subjetivo ao definir domicílio, porquanto de difícil prova e custosa demonstração. De fato, como descobrir a intenção do agente? Como inquirir seu ânimo íntimo? Entretanto, do exame dos artigos subseqüentes vê-se que a idéia de *ânimo definitivo* vai decorrer daquelas circunstâncias externas reveladoras da intenção do indivíduo, isto é, do seu propósito de fazer daquele local o centro de suas atividades. O art. 32 do Código anterior usava de uma expressão adequada para caracterizar esse elemento subjetivo, ao referir-se a *centro de ocupações habituais*; e a lei, mais de uma vez, descreve domicílio como o local que as circunstâncias revelarem ter sido escolhido pelo indivíduo para *ponto central de seus negócios*, isto é, o lugar de onde ele se irradia para a vida jurídica.

[...]

O Código Civil brasileiro admitiu a idéia da pluralidade de domicílios, adotando, assim, o critério da legislação alemã e fugindo à orientação do direito francês. Neste último sistema o domicílio é necessariamente um só, enquanto no Código alemão se admite a pluralidade de domicílios.

Entre nós, o art. 71 do Código Civil apresenta a hipótese de a pessoa natural ter várias residências onde alternadamente viva ou vários centros de negócios; e preceitua, então, que se considerará seu domicílio qualquer destes ou daquelas.

No que diz respeito às pessoas jurídicas, por se tratar de sujeitos de direitos por criação do legislador, não há o que se falar no elemento residência, já que o Código Civil disciplinou de forma taxativa o domicílio destas, conforme se infere da redação do seu art. 75:

Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:

I – da União, o Distrito Federal;

II – dos Estados e Territórios, as respectivas capitais;

III – do Município, o lugar onde funcione a administração municipal;

IV – das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

Ao tema em análise interessa apenas a definição do domicílio das pessoas jurídicas de direito privado, já que são as únicas que podem ser sujeito passivo do tributo em questão, tendo em vista a imunidade

tributária recíproca que detêm os entes federados, de acordo com o previsto no art. 150, inciso VI, alínea *a*, da Constituição Federal.

A questão referente à pluralidade de domicílios da pessoa jurídica de direito privado foi disciplinada pelo legislador ordinário no § 1º do art. 75 do Código Civil, *verbis*: “§ 1º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados”.

Verifica-se, portanto, que os locais onde estiverem estabelecidas as diversas sedes de uma mesma pessoa jurídica podem ser considerados, para os atos praticados em cada uma delas, como o seu domicílio para os respectivos efeitos jurídicos. Sobre o assunto, destaca-se a lição de Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 331-332):

A fixação do domicílio das pessoas jurídicas obedece a critério diverso do que preside à determinação do da pessoa natural. Esta, segundo o Código, art. 70, tem o seu domicílio decorrente do estabelecimento da residência com ânimo definitivo. A pessoa jurídica, como ente abstrato que é, não pode ter residência. Mas tem sede, que é o centro de sua atividade dirigente. A pessoa jurídica tem um estabelecimento, e é necessário que este se prenda a determinado lugar, onde os interessados a procurem, onde os credores possam demandar o cumprimento das obrigações. [...] A sede social da pessoa jurídica de direito privado, que é o seu domicílio, pode ser livremente escolhida no ato constitutivo e deve constar do Registro Público (Código Civil, art. 46). Normalmente coincide a sede da administração com o domicílio, razão por que se diz que este é o lugar onde a pessoa jurídica tem a sua direção. Se o estatuto dispuser diferentemente, assim será, porque é respeitada a disposição da carta normativa da entidade, tal como constante do Registro. Mas é possível que a entidade tenha vários estabelecimentos, dotados de relativa autonomia, cada um deles praticando atos jurídicos, agindo pela entidade e assumindo compromissos. Regra é, então, que, para os atos neles realizados, cada um dos estabelecimentos é atributivo de domicílio, facultando, então, às pessoas com quem a entidade contrate, a faculdade de considerar sede social para o negócio realizado o estabelecimento (departamento, filial, agência) que nele tiver tomado parte (Código Civil, art. 75, § 1º).

As distinções apresentadas são de grande importância para o desenvolvimento do tema proposto, tendo em vista que o legislador ordinário impôs ao proprietário de veículo automotor, seja ele pessoa

natural, seja ele pessoa jurídica, o registro deste perante o órgão de trânsito estadual no município onde mantenha domicílio ou residência, categorias que, como visto, são distintas, e permitem a abertura de uma gama de situações que serão enfrentadas adiante.

3.3 Análise da conduta de acordo com o Direito Penal

Retomando a análise da conduta que deu ensejo à elaboração deste trabalho, tem-se que o contribuinte, com o intuito de ter as suas finanças oneradas de forma menos gravosa pelo Fisco com relação ao pagamento do IPVA, cuja exigência é absolutamente legal, pratica um ilícito consistente na apresentação, perante o órgão executivo de trânsito responsável pelo licenciamento do veículo de uma determinada unidade da federação, de um documento que contém informação falsa sobre o seu domicílio, e, posteriormente, transporta o seu veículo até a unidade da federação na qual realmente reside ou tem seu domicílio e dele se utiliza para se transportar. Trata-se da conduta delituosa prevista no art. 299 do Código Penal, que preceitua:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que dela devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Todavia, na unidade da federação onde o contribuinte reside ou tem seu domicílio, e efetivamente utiliza o seu veículo, pratica-se outra conduta delituosa, consistente na supressão ou redução do IPVA, já que, não fosse a diferença de alíquotas existentes entre os estados, certamente o contribuinte não praticaria a primeira conduta, licenciando o seu veículo regularmente no seu domicílio. A doutrina e a jurisprudência tratam esta prática como crime contra a ordem tributária, previsto na Lei n. 8.137/1990.

Esta situação tem gerado no âmbito do Poder Judiciário conflitos de competência, os quais, uma vez estabelecidos entre juízos vinculados a tribunais de diferentes unidades da federação, são dirimidos pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, inciso I, alínea *d*, da Constituição Federal.

3.4 A fixação da competência

O acesso à justiça, ou o chamado direito à jurisdição, é garantido pela Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A jurisdição, embora seja atribuída de forma abstrata a todos os órgãos do Poder Judiciário, foi dividida entre estes para torná-la efetiva, tendo em vista a enormidade das relações estabelecidas entre os sujeitos de direitos, já que a sua concentração representaria a própria inoperatividade da prestação jurisdicional.

Por esta razão, a Constituição Federal, ao instituir os órgãos do Poder Judiciário, cuidou em distribuir entre estes a competência para o processo e julgamento de determinadas matérias, bem como de determinadas pessoas que ocupam funções públicas. E ainda, no que diz respeito ao processo e julgamento de atos definidos em lei como crimes, deixou a cargo do legislador infraconstitucional o estabelecimento de regras relacionadas com o próprio fato delituoso praticado, disciplinando o que a doutrina costuma definir como competência relativa.

Nesse sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarrance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 48-50):

A distribuição do exercício da função jurisdicional entre órgãos diversos atende, às vezes, ao interesse público e, outras, ao interesse das partes.

É o interesse público pela perfeita atuação da jurisdição que prevalece na distribuição da competência entre Justiças diferentes (competência de jurisdição); entre juízes superiores e inferiores (competência hierárquica: originária ou recursal); e entre juízes do mesmo órgão judiciário (competência interna). Em princípio prevalece o interesse das partes quando se trata da distribuição territorial da competência (competência de foro).

Nos casos de competência determinada segundo o interesse público, o sistema jurídico-processual não tolera modificações nos critérios estabelecidos, muito menos em virtude da vontade das partes. Trata-se ao de competência absoluta, isto é, que não pode ser modificada. [...]

Nos casos de incompetência de foro, o legislador pensa preponderantemente no interesse de uma das partes em defender-se melhor, de modo que a intercorrência de certos fatores pode modificar as regras

ordinárias de competência territorial. Costuma-se falar, nesses casos, de competência relativa, prorrogável.

Como regra ordinária de fixação de competência para o processo e julgamento das infrações penais, o legislador ordinário fixou, no art. 70 do Código de Processo Penal, “o lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”.

Assim, verificada a prática de uma conduta anteriormente definida como crime pelo ordenamento jurídico pátrio, a competência para a apuração, processo e julgamento de tal fato é ordinariamente fixada no lugar onde ocorreu a sua consumação.

Na hipótese em estudo, depara-se com a prévia prática de um crime contra a fé pública, consistente na utilização de documento ideologicamente falsificado perante o órgão executivo de trânsito, com o fim de licenciar o veículo adquirido em unidade da federação que cobra a menor alíquota, momento no qual se constata a prática do crime contra a ordem tributária.

Sobre o momento da consumação do crime de sonegação fiscal, confira a lição de Andreas Eisele (2002, p. 146):

A consumação do crime tipificado no art. 1º, *caput*, ocorre com a realização do resultado, consistente na redução ou supressão do tributo ou da contribuição social (evasão proporcionada pela prática da conduta fraudulenta anterior).

Portanto, o crime é classificado na modalidade material (apenas se consumando com a ocorrência do resultado danoso consistente na evasão tributária), e o momento consumativo não é o da realização da conduta antecedente e preparatória (descrita nos incisos do *caput*), mas o da expiração do prazo para o recolhimento do tributo (ou o de seu pagamento parcial, caso ocorra antes desse momento).

[...]

Ocorrido o resultado (com a expiração do prazo para o recolhimento do tributo) o crime estará consumado e, eventuais aspectos de verificação posterior (como a destinação do valor evadido), referem-se à fase do exaurimento do crime, motivo pelo qual são irrelevantes na esfera da tipicidade.

Na mesma linha é o entendimento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o crime de falsidade ideológica seria apenas um meio para se alcançar o desiderato de suprimir ou reduzir o IPVA devido. Por esta razão, considera o crime-meio – falsidade ideológica – absorvido pelo crime-fim – sonegação fiscal – devendo o agente responder apenas pela prática deste último.

A título de ilustração, segue o precedente mais recente:

Agravo regimental em conflito negativo de competência. Processo penal. Inquérito policial. Declaração falsa de endereço domiciliar para pagamento, a menor, de IPVA em outro estado da federação. Falsidade ideológica. Crime meio necessário para a frustração do recolhimento do tributo no estado de origem. Delito tributário (art. 1º da Lei n. 8.137/1990). Crime material. Competência do local onde verificado o prejuízo fiscal, o que não implica conclusão pela tipicidade da conduta apurada. Agravo desprovido.

1. O propósito do fato investigado é a frustração do recolhimento do tributo (IPVA). Para a consecução do fim almejado, imprescindível o crime de falso, uma vez que só por ele é possível o registro do veículo no órgão de policiamento de trânsito de Unidade da Federação diferente daquela em que o investigado tem domicílio.
2. Diante desse quadro, fica absorvido a falso pelo fato praticado em detrimento da ordem tributária.
3. Para a apuração de eventual delito fiscal (art. 1º da Lei n. 8.137/1990), a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior é quanto a competir ao Juízo do local onde verificado o prejuízo fiscal, haja vista ser crime material a exigir resultado previsto na norma para a consumação, de acordo, ainda, com o lançamento administrativo concluído nessa mesma localidade.
4. A enunciação do Juízo competente não implica qualquer conclusão a respeito da tipicidade do fato enunciado nos autos, o que cumprirá ao *dominus litis*, o Ministério Público, quando da formulação de eventual denúncia.
5. Agravo desprovido para manter decisão unipessoal em que se conheceu do conflito e declarou competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Jundiaí/SP, o suscitado (AgRg no CC n. 96.974/PR, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, j. em 26.8.2009, DJe de 10 set. 2009).

No precedente colacionado, o eminente relator consignou, em seu voto, acompanhando a solução dada pela aludida Corte Superior de Justiça em casos análogos, que a competência deveria ser firmada para a Justiça da unidade da federação que supostamente teve prejuízo em razão da ausência de arrecadação do IPVA que seria devido, caso o agente houvesse procedido ao regular licenciamento do seu veículo, conforme se infere do seguinte excerto:

No caso em análise, a declaração falsa de endereço domiciliar ocorreu no Estado do Paraná, pois aí estaria a menor cota para o pagamento do IPVA. O prejuízo fiscal, entretanto, seria verificado no Estado de São Paulo, de sorte que o Juízo de Direito da comarca de Jundiá/SP é o competente para presidir o Inquérito Policial e conhecer da futura Ação Penal⁵.

No mesmo sentido é este outro julgado do aludido Sodalício:

Conflito de competência. Falsidade praticada com o fim exclusivo de lesar o fisco, viabilizando a sonegação do tributo. Absorção.

1. Cometida a conduta descrita no art. 299 do Código Penal com a finalidade de suprimir ou reduzir tributo, fica absorvido o delito de falsidade eventualmente perpetrado, pois praticado como meio para a consecução do crime-fim (sonegação fiscal).

Crime contra a ordem tributária. Art. 1º da Lei n. 8.137/1990. Delito material. Consumação. Local do efetivo prejuízo sofrido pelo Fisco.

1. Tratando-se a infração penal prevista no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 de delito material, sua consumação ocorrerá no local em que se verificou o prejuízo provocado pelo crime.

2. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Campinas/SP, o suscitado. (CC n. 97.342/PR, rel. min. Jorge Mussi, Terceira Seção, j. em 15 dez. 2008, DJe de 2 fev. 2009).

Portanto, da leitura dos precedentes citados, conclui-se que, uma vez considerado absorvido o crime de falsidade ideológica pela sonegação fiscal, a competência para a instrução e julgamento do ilícito remanescente é atribuída ao juízo localizado no estado no qual

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 96.974/PR. Agravante: Ministério Público Federal. Relator: ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 26 de agosto de 2009. DJ e de 10 set. 2009.

houve a suposta “supressão” do IPVA, em razão do caráter material do ilícito, conceito que será abordado adiante.

3.5 Evasão e elisão fiscal

Quando se trata da atividade arrecadatória do Estado, a doutrina faz a distinção da conduta do sujeito passivo que, utilizando-se de meios lícitos, procura onerar-se da menor forma possível com relação ao Fisco, e daquele que, após a ocorrência do fato gerador, procura eximir-se ou diminuir o pagamento do tributo devido mediante o emprego de meio fraudulento.

A primeira conduta é denominada pelos doutrinadores de elisão fiscal, assim conceituada por Pedro Roberto Decomain (2008, p. 38):

Noutros termos, a elisão fiscal, também conhecida como planejamento tributário, além de outras expressões havidas por sinônimas, caracteriza-se como conjunto de práticas envidadas por pessoas físicas ou jurídicas, destinadas ao planejamento e realização de suas atividades de tal forma a incidirem na menor tributação possível.

Se a pessoa física ou jurídica pode desenvolver suas atividades por diversas formas, cabendo-lhe, dentro da lei, a escolha entre caminhos tributários mais ou menos onerosos para chegar a um mesmo resultado, realmente não haveria como negar-se-lhe a escolha destes últimos, de modo a diminuir os custos de suas atividades, inclusive no tocante ao recolhimento de tributos sobre ela incidentes.

Ao se referir ao fenômeno da evasão fiscal, o aludido doutrinador disciplina:

A evasão fiscal, contudo, tem a conotação da fraude, sendo prática engendrada com o fito de, uma vez já ocorrido o fato gerador, subtrair o seu conhecimento aos agentes fazendários, ou levar a eles um conhecimento quantitativa ou qualitativamente distorcido desse fato, de molde a eximir-se indevidamente o sujeito passivo da obrigação tributária – agora já nascida – do pagamento do tributo devido mediante esse artifício fraudulento (DECOMAIN, 2008, p. 40).

Embora alguns doutrinadores utilizem terminologia diferenciada para designar os fenômenos em análise, é certo que ambos os conceitos são devidamente delimitados, sendo a elisão tributária ca-

racterizada por ações legais que buscam minimizar o *quantum* devido ao Fisco e evitar ou adiar a ocorrência do próprio fato gerador. A evasão tributária, por sua vez, se constitui em atos ilícitos tendentes a eliminar, reduzir ou retardar o pagamento de tributo devido, ou seja, depois de ocorrido o fato gerador.

Extraem-se da lição do citado doutrinador alguns critérios utilizados para a diferenciação dos institutos em estudo:

Segundo o critério temporal de distinção entre elisão e evasão fiscal, tratar-se-á de verificar em que instante aconteceu a prática destinada a reduzir o pagamento do tributo, ou a eliminá-lo por inteiro.

Se a conduta realizada com esse propósito houver acontecido antes mesmo da ocorrência do fato gerador do tributo, e antes, portanto, do nascimento da obrigação tributária, a hipótese será de elisão fiscal. Prática lícita, portanto.

Ao inverso, contudo, se a ação ou omissão do sujeito passivo da obrigação tributária acontecer após o nascimento desta, isto é, depois de acontecido o fato gerador do tributo, ter-se-á situação de evasão fiscal, passível de punição no âmbito administrativo e eventualmente até mesmo no penal (DECOMAIN, 2008, p. 40-41).

De acordo com os conceitos apresentados, é possível concluir que apenas haverá crime contra a ordem tributária em hipóteses nas quais se verifique a ocorrência de evasão tributária, ou seja, quando o sujeito passivo do tributo, após a verificação do fato gerador, pratica ações fraudulentas tendentes a diminuir, evitar ou retardar o pagamento de exação devida.

3.6 O crime de sonegação fiscal

Como visto, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a razão para se fixar a competência do juízo do estado onde ocorreu a “supressão ou redução” do tributo reside apenas no fato de o crime de sonegação fiscal ser material.

Recorre-se a lições de doutrina para buscar o conceito de delitos materiais:

No *crime material* há necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta. Esse resultado deve ser considerado de acordo com o sentido naturalístico da

palavra, e não com relação a seu conteúdo jurídico, pois todos os crimes provocam lesão ou perigo para o bem jurídico [...] (MIRABETE, 2001, p. 134).

a) *delito de resultado*: o tipo legal prevê um resultado típico, natural ou material vinculado à conduta pelo nexo causal [...]. Há duas teorias versando sobre o conceito de resultado: 1) teoria *naturalística*: resultado vem a ser o efeito natural da conduta previsto no tipo, ligado pelo nexo de causalidade. Admite a distinção entre delitos de resultado e de mera atividade; 2) teoria *jurídica*: resultado é o efeito da conduta que lesa ou põe em perigo o objeto protegido pela norma penal. O resultado (jurídico) está presente em todos os delitos. Esta última não é a melhor concepção, visto que confunde resultado com desvalor do resultado (PRADO, 2007, p. 246).

Da leitura das definições colacionadas, infere-se que, para que se caracterize como material, o crime praticado pelo agente requer, necessariamente, a produção de um resultado naturalístico, que cause alguma modificação no mundo dos fatos, ao contrário dos crimes formais, ou de mera conduta, cuja consumação ocorre com a própria prática da conduta, como, por exemplo, no crime de injúria (art. 140 do Código Penal).

No caso do crime de sonegação fiscal, previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, o resultado naturalístico previsto pelo legislador ordinário diz respeito ao prejuízo causado ao erário com a conduta do agente sonegador, seja pela ação de suprimir ou de reduzir tributo mediante qualquer das condutas enumeradas nos incisos do aludido dispositivo.

Sobre o assunto, confira a lição de Andreas Eisele (2002, p. 144-145):

O texto do *caput* do art. 1º indica a conduta mediante a descrição de seus efeitos, motivo pelo qual a referência àquela é elaborada de forma indireta, assim como ocorre no tipo do art. 121, *caput*, do CP (matar alguém).

Portanto, a conduta típica é aquela que implementa o resultado, ou seja, a suficiente a proporcionar a supressão ou a redução do tributo devido.

Em conseqüência dessa estrutura típica, é indicada (implicitamente) a modalidade material do crime (conforme classificação que considera os efeitos da conduta).

Porém, a conduta é realizada de forma plurissubsistente, pois para sua configuração deve ser realizado um comportamento fraudulento instrumental, e o posterior não recolhimento (ou recolhimento irregular) do tributo (cujo resultado é viabilizado em decorrência das circunstâncias de fato implementada pelo comportamento anterior).

Portanto, não basta a mera supressão ou redução (inadimplência total ou parcial) do tributo, sendo necessário que esse resultado tenha decorrido de um comportamento de cunho fraudulento, descrito em um dos incisos do *caput* (o que pode ocorrer de forma comissiva ou omissiva).

Dessa forma, pode haver combinação de modalidades de condutas na realização do comportamento (conduta mista), mediante a realização de uma ação na fase instrumental (falsificação de documento) e uma omissão na fase consumatória (supressão, decorrente do não pagamento integral do tributo), ou, de forma inversa, a realização de uma conduta omissiva na fase instrumental (deixar de emitir nota fiscal), e a prática de uma conduta comissiva na fase de consumação (mediante o pagamento parcial do tributo, configurador da redução).

Não destoam as lições de Hugo de Brito Machado (2009, p. 358):

Realmente, a supressão ou a redução do tributo constitui o resultado, que configura o tipo penal em tela desde que decorrente de uma ou de várias das ações ou omissões descritas nos diversos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/1990.

As ações ou omissões descritas nos incisos I a V desse art. 1º são simplesmente meios necessários à realização do fim, com os quais se integra o tipo penal. Qualquer dessas ações ou omissões que não seja hábil para a realização do fim, vale dizer, que não seja hábil para produzir a supressão ou a redução do tributo, poderá configurar um ilícito tributário, mas nenhuma delas configura por si só o tipo penal de que se cuida.

Indispensável é que sejam adequadas e tenham sido adotadas para esse fim de produzir a supressão ou a redução do tributo.

[...]

Diríamos nós, *vontade voltada para a eliminação completa do dever jurídico de efetuar o pagamento devido*. Esse há de ser o objetivo visado pela conduta típica, para que o crime se aperfeiçoe. [grifos do original]

A jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios, por sua vez, é remansosa em reconhecer o caráter material do crime pre-

visto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990, conforme se infere dos seguintes precedentes:

Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Crime contra a ordem tributária. Delito material. Procedimento iniciado sem a constituição definitiva de crédito decorrente de tributo.

Procedimento que se cinge ao ilícito disposto no art. 1º da lei 8.137/90. Interrupção do processo pertinente à infração de sonegação fiscal que se impõe.

1. O trancamento de ação penal, em sede de habeas corpus, somente deve ser acolhido se restar, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, de ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito e ainda da atipicidade da conduta.

2. Constatada a falta de constituição definitiva de crédito tributário perante a esfera administrativa, condição objetiva de punibilidade com relação ao delito material inserto no art. 1º da Legislação Especial, no caso, por ausência de justa causa, impõe a interrupção do processo pertinente ao crime contra a ordem tributária. Precedentes (STF e STJ).

3. Ordem concedida para trancar ação penal.

(HC n. 82.423/SP, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 24.3.2009, DJe de 4 maio 2009)

Ementa: Ação penal. Crime tributário, ou crime contra a ordem tributária. Art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990. Delito material. Tributo. Processo administrativo. Cancelamento do suposto crédito por decisão definitiva do Conselho de Contribuintes. Crédito tributário juridicamente inexistente. Falta irremediável de elemento normativo do tipo. Crime que se não tipificou. Trancamento do processo quanto ao delito de sonegação fiscal. HC concedido para esse fim. Precedentes. Não se tipificando crime tributário sem o lançamento fiscal definitivo, não se justifica pendência de ação penal, quando foi cancelada, por decisão definitiva do Conselho de Contribuintes, a inscrição do suposto crédito exigido. (HC n. 86.281, rel. min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 9 set. 2008, DJe-211 Divulg 6.11.2008 Publ. 7 nov. 2008 EMENT VOL-02340-02 PP-00337).

Esclarecido, portanto, tratar-se o crime de sonegação fiscal, previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990, de delito material, faz-se imperioso retomar a hipótese estudada neste trabalho, para que se

façam os seguintes questionamentos: a) se há ilicitude na conduta do contribuinte que licencia o seu veículo em unidade da federação distinta do seu domicílio ou residência; b) se, licenciando o seu veículo em unidade da federação distinta do seu domicílio ou residência, e ali recolhendo o IPVA, o contribuinte estaria causando prejuízo ao erário; c) se a sua conduta se enquadraria em quaisquer daquelas previstas no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, tendo como sujeito passivo o estado no qual mantém o seu verdadeiro domicílio tributário; d) e, caso se responda afirmativamente este último questionamento, qual seria a destinação da exação recolhida na outra unidade da federação.

Para que a matéria possa ser devidamente enfrentada, a hipótese aqui trabalhada deve ser analisada paralelamente com outra, cujos efeitos práticos são distintos: no caso de o contribuinte pessoa física também possuir uma residência – como uma casa de praia ou uma casa de campo – em outra unidade da federação que aplique alíquota menor sobre o IPVA, embora a utilização habitual do veículo ali não ocorra.

Inicialmente, importante frisar que, praticando o contribuinte qualquer das condutas aqui analisadas, estará recolhendo aos cofres públicos o montante calculado segundo a legislação aplicável referente ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores. Esta pontuação é de grande relevância, pois deverá ser retomada após as conclusões sobre a ocorrência ou não do crime tributário.

O Código Tributário Nacional disciplina, nos incisos do art. 127, o domicílio do contribuinte para fins tributários, estabelecendo:

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I – quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

II – quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

III – quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.

O sentido da norma colacionada é explicado em lição de Hugo de Brito Machado (2006, p. 169), que realiza a seguinte síntese:

a) existem tributos cuja legislação específica exclui ou restringe a faculdade de escolha, pelo sujeito passivo, de seu domicílio tributário;

b) nos demais tributos, vigora a liberdade de escolha;

c) a liberdade de escolha não pode ser usada para impedir ou dificultar a arrecadação ou a fiscalização do tributo, pois neste caso poderá ser recusado o domicílio escolhido;

d) ocorrendo a recusa, o domicílio tributário será o do lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

Como visto anteriormente, o art. 120 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece que o licenciamento do veículo deve ser feito no órgão executivo de trânsito do estado ou do Distrito Federal, no município de domicílio ou residência de seu proprietário.

É claro que, possuindo o contribuinte apenas um domicílio, no município onde este esteja localizado é que deve ocorrer o licenciamento do veículo, devendo o IPVA ser recolhido aos cofres da unidade da federação respectiva. Porém, possuindo o contribuinte pessoa física mais de uma residência, como na hipótese de ser proprietário de casa de praia localizada em outra unidade da federação que não aquela na qual mantém residência habitual, ou a pessoa jurídica que possua filiais em mais de um estado, não nos afigura ilegal a escolha pelo licenciamento do veículo no local onde é aplicada a menor alíquota.

Esta afirmação tem embasamento no conceito de imposto dado pelo legislador ordinário, previsto no art. 16 do Código Tributário Nacional, que preceitua: “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

Depreende-se, portanto, que a receita oriunda da arrecadação do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, assim como a de todos os tributos da espécie denominada imposto, não possui qual-

quer vinculação a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, diferente do que acontece, por exemplo, com as taxas e com as contribuições de melhoria.

Sobre o tema, confira a lição de Hugo de Brito Machado (2006, p. 84):

[...] Diz-se, por isto, que o imposto é uma exação não vinculada, isto é, independente de atividade estatal específica.

A expressão *não vinculada*, com que se qualifica o imposto, nada tem a ver com a qualificação da atividade administrativa *vinculada*, na definição legal de tributo. Quando se diz que o imposto é uma exação não vinculada, o que se está afirmando é que o fato gerador do imposto não se liga a atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Quando se fala de atividade administrativa vinculada, no art. 3º do CTN, o que se quer dizer é que a atividade administrativa tributária é sempre vinculada à lei, não se admitindo discricionarismo da autoridade administrativa na cobrança de tributos.

Não se pode olvidar que, em regra, o produto da arrecadação do IPVA deveria ser destinado à manutenção e conservação das estradas e dos serviços utilizados pelos proprietários de veículos automotores. Assim, poderia parecer injusto que certo usuário se utilize habitualmente de estradas mantidas pelo governo do estado X, mas recolha o IPVA para o estado Y, em razão da alíquota mais benéfica praticada por este. Mas, como o próprio conceito de imposto admite, não existe qualquer vinculação da receita proveniente da arrecadação do IPVA com o fim proposto.

Dessa forma, entendemos que somente há ilicitude na conduta do contribuinte que licencia seu veículo em unidade da federação distinta do seu domicílio habitual caso o faça mediante declaração falsa de residência. Somente nesta hipótese é que se poderia afirmar que o contribuinte prestou declaração falsa às autoridades fazendárias com a finalidade de suprimir ou reduzir tributo, conduta prevista no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990.

Isso porque, caso o sujeito passivo do tributo tenha mais de uma residência (pessoa física) ou domicílio (pessoa jurídica) localizados em mais de uma unidade da federação, não se afigura ilegal a opção pelo licenciamento do veículo naquela que pratica a menor alíquota do imposto em análise, tendo em vista o disposto no art. 120 do Código de Trânsito Brasileiro que, embora inexistente sanção em caso de sua

inobservância, permite o registro tanto na residência como no domicílio do proprietário, conforme já esclarecido.

Assim, por se tratar de um tributo de competência dos estados e do Distrito Federal, será irrelevante se com o licenciamento fraudulento o agente alcançou a isenção ou apenas a redução do tributo, tendo em vista que o sujeito passivo do crime, ou seja, a unidade da federação que deixou de arrecadar a exação, será sempre lesada na sua integralidade, e não apenas de forma parcial, razão pela qual estará caracterizada, em todos os casos, a supressão do imposto devido.

Diante de tais constatações, depreende-se a seguinte consequência: o agente recolhe o tributo em favor da unidade da federação X, e, posteriormente, descobre-se que, na verdade, a declaração prestada perante o órgão competente era ideologicamente falsa, concluindo-se que o tributo era devido para a unidade da federação Y, onde possui o seu domicílio tributário.

A questão é saber como deveriam proceder as autoridades fazendárias das unidades da federação envolvidas.

Entendemos que, inicialmente, mediante procedimento administrativo, o registro do veículo deveria ser cancelado pelo órgão competente da unidade da federação perante a qual se apresentou a declaração ideologicamente falsa. Com isso, o proprietário do veículo seria compelido a buscar o regular licenciamento perante o órgão executivo de trânsito localizado no município no qual possui residência ou domicílio, sob pena de estar transitando com veículo irregular, podendo ser alvo de fiscalização e das penalidades administrativas cabíveis.

Todavia, com relação ao tributo em questão, nada impede que o estado lesado desconsidere o licenciamento realizado na outra unidade da federação, procedendo ao lançamento de ofício do imposto, conforme autoriza o art. 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional⁶.

O valor pago ao estado para o qual se apresentou a declaração falsa, porém, por se tratar de quantia, em regra, proveniente do pa-

⁶ Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]

VII – quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

trimônio do sujeito passivo, que se deve presumir lícito, não pode receber o tratamento dado pelo art. 91, inciso II, alínea *b*, do Código Penal⁷, já que o proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso foi justamente um pagamento menor do tributo, quantia que nem sequer saiu da sua esfera patrimonial.

4 Conclusão

Após os estudos realizados para a concretização deste trabalho, conclui-se que a conduta do agente que se utiliza de declaração falsa de residência visando ao pagamento a menor do Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores, por envolver, em regra, mais de uma unidade da federação, constitui apenas o crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, já que falso é somente o meio utilizado pelo agente para o alcance do desiderato principal, que é justamente a redução ou supressão do tributo devido.

Constatou-se, também, de acordo com os conceitos de residência e domicílio apresentados, que o fato gerador do tributo em análise ocorre na unidade da federação onde o sujeito passivo possui o seu domicílio (pessoa física ou jurídica), ressaltando-se que, em se tratando de pessoa física, esta ainda pode optar pelo licenciamento do seu veículo em outra unidade da federação onde possua residência, sem que, com tal prática, incida no mencionado delito de sonegação fiscal, em razão da previsão contida no art. 120 do Código de Trânsito Brasileiro.

Infere-se, ainda, que, embora para o agente a conduta seja volta da tanto para um pagamento menor do imposto como para a isenção do pagamento, para o sujeito passivo do crime, ou seja, a unidade da federação na qual o veículo deveria ter sido licenciado de acordo com o que preceitua o art. 120 do CTB, o ato sempre representará a supressão do tributo, já que a fraude o impediu de proceder ao lançamento devido.

⁷ Art. 91. São efeitos da condenação:

[...]

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé:

[...]

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Dessa forma, a competência para o processo e julgamento da conduta em apreço é fixada no local onde ocorreu a consumação do ilícito, ou seja, onde deveria ocorrer o lançamento do tributo, especificamente, no estado no qual o sujeito passivo da exação tem a sua residência ou domicílio, sendo certo que este último conceito é aplicável apenas às pessoas jurídicas.

Referências

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 783 p.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. 287 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 382 p.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 435 p.

_____. *Curso de direito tributário*. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. 549 p.

MAMEDE, Gladston. *IPVA – Imposto sobre a propriedade de veículos automotores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 183 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral*. 17. ed. rev. e atual. Atlas: São Paulo, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 598 p.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. v. 1, rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

A aplicação sem critério do princípio da insignificância no delito de descaminho

Vilvana Damiani Zanellato

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio da insignificância. 2.1 A intervenção mínima e o princípio da insignificância. 2.2 Origem, conceito e aplicação do princípio da insignificância. 3 A evolução histórica, legislativa e jurisprudencial da aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho. 3.1 Evolução histórico-legislativa. 3.2 Exame e avaliação dos parâmetros atualmente utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar a aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho. 4 A incidência sem critério do princípio da insignificância no delito de descaminho e a necessidade de revisão dos parâmetros utilizados à sua aplicação. 4.1 Comparativo jurisprudencial pertinente à incidência do princípio da insignificância em outros delitos. 4.2 A aplicação de forma desenfreada, sem critério e equivocada do princípio da insignificância nos crimes de descaminho e a urgência de revisão no posicionamento jurisprudencial atual a respeito dos fatores que a delinham, ante o não atendimento aos conceitos fundamentais da teoria da insignificância penal e às normas e aos preceitos constitucionais que objetivam preservar a ordem social, econômica e financeira. 5 Considerações finais.

1 Introdução

Em contraposição à dogmática tradicional, o Direito Penal como *ultima ratio*, a tendência da intervenção mínima, os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade são alternativas dos legisladores e dos operadores jurídicos que, modernamente, vêm sendo utilizadas como forma de atender a feição fundamentalmente garantista e a índole democrática inseridas na Constituição da República, com o intuito de não fazer incidir penalidades em condu-

tas devida e expressamente tipificadas no nosso ordenamento brasileiro, porém não consideradas de grande relevância ou socialmente insignificantes em relação à esfera criminal.

Entretanto, não obstante a mutação dos valores e dos princípios aceitos pela sociedade, bem assim a necessidade de que o Direito acompanhe, a legislação e o sistema caótico penitenciário, em razão de questões burocráticas, políticas e econômicas, não navegam na mesma velocidade, motivo por que é imprescindível, mediante juízo de valor social, a busca de outras soluções racionais nos casos então avaliados de somenos importância e sem lesividade substancial a ponto de provocar a seara penal.

Um destes instrumentos – que não se confunde com as alternativas propriamente ditas, algumas puramente legiferantes – consiste no princípio da insignificância (*Geringfügigkeitsprinzip*) e tem seu emprego em diversas figuras insculpidas no Código Penal e na legislação extravagante, em especial nos crimes de furto, de porte de substância entorpecente, contra a honra, de estelionato, de apropriação indébita e, hodiernamente, em alguns delitos de ordem econômica e tributária.

Não se olvida que a aplicação do princípio da insignificância – que tem como suporte a doutrina elaborada por Claus Roxin –, na linha do garantismo penal, com as particularidades delineadas por Luigi Ferrajoli, bem revela a concepção de que a legislação penal deve tipificar conduta que realmente provoque um verdadeiro mal ou, ainda, que cause um efetivo dano a um bem jurídico-social criminalmente relevante, desde que imbuído no positivismo constitucional.

A respeito exclusivamente do crime de descaminho – art. 334 do Código Penal – é que se demonstrará que os parâmetros utilizados para fundamentar a aplicação do princípio da insignificância pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) merecem ser revistos, pois atentam aos conceitos fundamentais da teoria da insignificância penal e não atendem às normas e aos preceitos constitucionais que objetivam preservar a ordem social, econômica e financeira.

Inicialmente, mediante conceitos doutrinários, faz-se menção à diferença entre o princípio da intervenção mínima do Direito Penal e o princípio da insignificância, para posteriormente expor a origem, o conceito e a aplicação deste, diante da evolução histórica e legislativa nos delitos de descaminho.

Num segundo momento, examinam-se e avaliam-se os parâmetros atualmente utilizados pelo STJ e pelo STF para fundamentar a aplicação do princípio da insignificância nos casos do crime disposto no art. 334 do Código Penal, fazendo-se comparativo jurisprudencial pertinente à sua incidência nos demais delitos.

A finalidade é comprovar que o princípio da insignificância nos delitos de descaminho vem sendo aplicado pelo STJ e pelo STF de forma desenfreada, sem critério e equivocada, diagnóstico que corrobora a teoria de que urge revisar – repita-se – o posicionamento jurisprudencial atual a respeito dos fatores que delineiam e autorizam a sua incidência.

2 O princípio da insignificância

2.1 A intervenção mínima e o princípio da insignificância

Não restam dúvidas de que, modernamente, a função precípua do Direito Penal tem caráter iminentemente subsidiário, ou seja, só deve intervir quando insubsistentes os demais ramos extrapenais para resolução dos conflitos, traduzindo-se – no dizer de Callegari (1999, p. 457) – verdadeiro programa de despenalização progressiva.

Na acepção de Lopes (1998, p. 407):

O princípio da intervenção mínima visa restringir a incidência das normas incriminadoras aos casos de ofensas aos bens jurídicos fundamentais, reservando-se para os demais ramos do ordenamento jurídico a vasta gama de ilicitudes de menor expressão em termos de dano ou de perigo de dano. A aplicação do princípio resguarda o prestígio da ciência penal e do magistério punitivo contra os males da exaustão e da insegurança a que conduz a chamada inflação legislativa.

Callegari (1999, p. 460) explicita o motivo pelo qual, atualmente, vem-se difundindo a aplicação do princípio da intervenção mínima no Direito Penal:

A razão que se estima que só se deve recorrer ao Direito Penal quando, frente à conduta danosa de que se trata, fracassou o emprego e outros instrumentos sociopolíticos, radica em que o castigo penal põe em perigo a existência social do afetado, colocando-o à margem da sociedade e, com isso, se produz também um dano social. Por tudo isso deve-se preferir às penas todas aquelas medidas que possam evitar uma alteração da via em comum e que tenham para o afetado conseqüências menos negativas.

Bem abalizada é a manifestação de Oliveira (1997, p. 146) em relação ao assunto:

Enquanto a conduta de alguém não lesionar ou, pelo menos, não puser em efetivo perigo o mínimo ético, o direito há de respeitar a liberdade individual, pois desnecessária sua atuação. Nossa tradição jurídica, felizmente, assenta-se no princípio de que “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Fica então estabelecido que somente a norma legal poderá criar as restrições às condutas individuais, sendo ampla a margem de livre atuação das pessoas na vida social. Mormente no direito público (administrativo, tributário, penal), firma-se como postulado indeclinável o princípio da legalidade, tanto no sentido de estabelecer o conteúdo de atribuições do Estado, como no de criar restrições às condutas individuais.

Espera-se, então, que o legislador avalie com cuidado qual bem é carecedor de proteção normatizadora, a fim de evitar-se danosidade social, porém, conforme bem lembrado por Guimarães (2001), essa escolha pode acabar se tornando arbitrária, pois não se deve esperar que ele seja “dotado de uma razão clarividente e justa, capaz de determinar, por seu único arbítrio, a satisfação das necessidades e interesses de uma comunidade”, motivo por que traz a doutrina de Claus Roxin e de Von Liszt a respeito do tema:

Como bem salienta Roxin, os critérios de necessidade de intervenção penal e de sua idoneidade como método protetivo de bens jurídicos determinam o princípio de subsidiariedade do direito penal, na medida em que ele só é chamado a intervir em situações de extremo interesse e quando falham outros meios. Por esta via, faz-se um depuramento

da normatização, dela excluindo-se, por exemplo, questões de ordem moral. Segundo se depreende do citado autor, o ideário de Liszt em muito influenciou no Projeto Alternativo do Código Penal alemão (1969), sobretudo no que diz respeito à redução dos tipos penais, na parte especial.

O sistema criado por Von Liszt, dentro do qual se extrai a definição de um direito penal voltando para a proteção de determinados valores, em caráter especialíssimo, como um remédio extremo, isto é, invocando apenas quando outros meios se mostrem insuficientes, determina o caráter subsidiário da pena. O direito penal atuará como *ultima ratio* da política criminal. Assim, a partir desse estágio, a ciência do direito penal, ou como preferia denominar o ilustre e sempre lembrado professor Eduardo Correia, o direito criminal (cujo conceito é muito mais amplo por tratar do crime e suas repercussões no mundo jurídico), passa a conhecer seus limites de atuação descritiva de obrigações e proibições e protetiva de valores. Mas aqui surge uma séria questão ainda ligada a esse moderno conceito: quem limitará esse campo de atuação? Ou, de outra forma, quais as balizas que servirão de limites para a ciência normativa, que dependerá antes da atividade legislativa? Em quais elementos se apoiará o legislador ao eleger os valores dignos de proteção penal? (GUIMARÃES, 2001).

Com muita propriedade, Guimarães (2001), ao expor as características que compreende fundamentais ao conceito de Direito Penal, abstraindo dois aspectos que se integram, consistentes na dignidade penal, que emite juízo de valoração dos bens significativos da comunidade, e na carência de tutela penal, que traduz a ideia de utilidade e de eficácia da sua intervenção, sintetiza:

Partindo-se da investigação empírica realizada pela criminologia, obtém-se o quadro da realidade do consenso social sobre a exigência de proteção a determinados valores, que determinará uma política criminal. Em vista disso, os juristas deterão inúmeros elementos para a construção de uma dogmática penal. Por fim, observa-se a identificação da dignidade penal com a moderna teoria do bem jurídico, balizada pela orientação estabelecida pelo modelo de Constituição do Estado democrático. Rejeita-se a intervenção do Estado no âmbito da moral e legitima-se a proteção dos valores essenciais da comunidade, fazendo surgir a reação contra condutas danosas de repercussão social. A carência da tutela penal, por sua vez, identifica-se como caráter subsidiário do direito penal, uma vez que esse só se presta a garantir e a proteger os valores representativos da comunidade, quando outros meios menos gravosos mostrarem-se inadequados ou insuficientes.

Conclui-se, nesse passo, que o poder legiferante nem sempre atua na direção da intervenção mínima do Direito Penal. *A contrario sensu*, em algumas áreas observa-se o aumento da intervenção estatal, com a criação de leis que, contudo, sequer têm condições de amparar ou de fazer-se eficaz, deixando, então, de persistir a aplicação do Direito Penal apenas com a finalidade de proteger os bens fundamentais à vida social, fato a que a doutrina vem intitulando de *hipertrofia penal* (Rinhardt Franck), *nomorrea penal* (Francesco Carrara) ou *inflação legislativa* (Francesco Carnelutti) (REBÊLO, 2000b, p. 21).

Presente a legalidade, isto é, a tipificação, para delimitar essa abrangência, há de se socorrer às normas constitucionais, inclusive aos princípios – explícitos e implícitos –, como, entre outros, aos da necessidade, da adequação, da fragmentariedade, da subsidiariedade, da proporcionalidade, da isonomia, da lesividade, da dignidade humana, da finalidade da pena e, também, da intervenção mínima.

Registre-se, ainda, por demais relevante, quanto à utilização dos princípios para se fazer alcançar o justo, a lição de Luigi Ferrajoli, referida por Roberti (2001, p. 55-56):

Luigi Ferrajoli elaborou um sistema normativo completo, que denominou de “modelo garantista”, teoricamente apto a defender a liberdade do indivíduo contra as pretensões ofensivas do poder estatal; essa doutrina foi exposta no livro *Teoria del garantismo penale* e sintetizada por Antonio Magalhães Gomes Filho. Como condição necessária para a aplicação da sanção penal, dez axiomas garantistas representam as regras do jogo fundamentais do Direito Penal no Estado de Direito: 1ª – *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao crime); 2ª – *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade, em sentido lato ou estrito); 3ª – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou de economia do Direito Penal); 4ª – *Nulla necessitas sine iniuria* (princípio de ofensividade ou lesividade do evento); 5ª – *Nulla iniuria sine actione* (princípio de materialidade ou de exteriorização da ação); 6ª – *Nulla actione sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); 7ª – *Nulla culpa sine iudicio* (princípio de jurisdicionalidade em sentido estrito); 8ª – *Nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre o juiz e acusador); 9ª – *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou de verificação); 10 – *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório, ou da defesa, ou da falsificação).

A autora traz, de igual modo, os princípios elencados por Nilo Batista, especificamente com relação à dignidade da pessoa humana conjugada ao minimalismo, consistentes nos princípios da legalidade, da lesividade, da humanidade, da culpabilidade e da intervenção mínima (ROBERTI, 2001, p. 56), concluindo:

[...] que o princípio da intervenção mínima está implicitamente contemplado em nosso ordenamento jurídico, pois sua inferência é indiscutível, em face de uma exegese conivente com os ideais a serem alcançados por um Direito Penal Liberal comprometido com um Estado Democrático de Direito (ROBERTI, 2001, p. 69).

Ressalta-se que, até mesmo quanto ao estabelecimento da sanção penal, há de se fazer presente a ideia do princípio da intervenção mínima. E não obstante o ordenamento penal brasileiro contemple medidas alternativas, estas, por vezes, mostram-se insuficientes a resguardar a liberdade, porquanto se cuidam, na maioria das hipóteses, de penas substitutivas e não cominadas ao tipo propriamente dito, podendo-se mencionar as pecuniárias, as multas, as restritivas de direitos e o próprio *sursis*. Quer dizer, o legislador apenas as incluiu no Código Penal e na legislação extravagante, mas não se preocupou em utilizar o princípio da proporcionalidade para defini-las como penas a serem cominadas a determinado tipo penal, cabendo, então, ao magistrado, em obediência ao princípio da individualização da pena, aplicá-la quando entender suficiente à repreensão e à prevenção ao crime.

Enfim, é indubitável que o princípio da intervenção mínima é uma conquista do Estado Democrático de Direito, porém, consoante o largo poder outorgado ao legislador, nem sempre lhe são dados o alcance e a função adequados.

Cumprido lembrar, então, que, para salvaguardar a aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*, remanesce a incumbência do julgador, pois a esfera judiciária pode e deve exercer poder controlador dos direitos e garantias fundamentais e evitar a sanção nas hipóteses de desnecessidade da tutela penal de bens jurídicos não merecedores, quais sejam, aqueles que não apresentam relevância social ou que não surtam fortes efeitos contra a pessoa.

Não discrepa dessa assertiva o magistério de Ferrajoli (2006, p. 97-98), cuja lição dá enfoque à separação e à independência da fun-

ção jurisdicional em relação às funções legislativas e executivas, destacando que a decisão judicial é válida e justa não porque é almejada e está de acordo com a maioria política, mas sim porque fundada em correta comprovação de seus pressupostos de fatos e de direito, sendo que esta independência jurídica ante os agentes políticos na determinação do objeto de juízo é a principal garantia de imparcialidade, pois tem o mesmo valor que a neutralidade valorativa tem para a investigação científica.

Nesses casos – e que não se confundem com o princípio da intervenção mínima –, o magistrado, e o próprio Ministério Público, verificando que a conduta, embora positivada, é penalmente irrelevante, pois nem sequer atinge materialmente bem jurídico a ser tutelado na seara criminal, deve aplicar o princípio da insignificância.

A diferença, aliás, entre os referidos princípios é bem delineada por Roberti (2001, p. 87), que inicia seu magistério citando a lição de Carlos Vico Mañas:

Carlos Vico Mañas, apoiado em análise do pensamento da doutrina penal estrangeira, coloca o princípio da intervenção mínima como fundamento ao princípio da insignificância, afirmando que “o Direito Penal, por imperativo do princípio a intervenção mínima, não sanciona toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas só aquelas que produzam graves conseqüências e resultem de ações especialmente intoleráveis”; ademais, “A idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente sem exceção toda e qualquer infração deriva do mito da plenitude do ordenamento jurídico e não encontra amparo no moderno pensamento filosófico e nem na realidade da prática penal”.

Mais adiante, a autora assinala:

A primeira circunstância que podemos trazer à tona de que há larga penetração do princípio em estudo juntamente com o princípio da insignificância tem como critério a efetiva violação do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, na medida em que, ao disciplinar uma ação ou omissão, a norma está enaltecendo um valor da vida social, cuja violação, de forma irrefutável, há que constituir um fato que lesione importantes bens da vida coletiva, e, somente nesta circunstância, impõe-se a ameaça da pena criminal (ROBERTI, 2001, p. 88).

Não é demais citar a doutrina formulada, de modo peculiar, por Galvão (2007, p. 226-227):

O princípio da insignificância orienta a interpretação do tipo penal, de modo a materializar a verdadeira finalidade protetiva da norma jurídica. Para combater uma conduta socialmente danosa com a pena, é necessário que não existam outros meios menos gravosos. Roxin observa, nesse sentido, que a aplicação da pena deve ser inspirada pelo princípio da estrita necessidade, posto que o castigo penal põe em perigo a existência social do apenado e, com a sua marginalização, a própria sociedade sofre um dano. O Direito Penal há de ser o último instrumento da política social, de caráter subsidiário, uma vez que primeiro devem ser utilizados os demais instrumentos de regulamentação dos conflitos sociais e, somente fracassando esses, lançar-se-ia mão da pena. Vale lembrar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, registra, em seu art. 8º, que a lei não deve estabelecer outras penas que as evidentemente necessárias. Afinal, “toda pena deve ser necessária para que seja justa”.

Dessa forma, pode-se concluir que o Direito Penal serve subsidiariamente para a proteção dos bens jurídicos e que a sua existência justifica-se pela necessidade de aplicação da pena como último remédio para obter a obediência às normas de relacionamento social. O princípio da intervenção mínima impõe que o Direito Penal somente intervenha nos casos de ataques graves ao bem jurídico, deixando aos ramos menos gravosos do Direito a composição das ofensas menos relevantes.

Finalmente, a fim de que fique bem delineada a diferença entre os princípios da insignificância e da intervenção mínima, confusão frequentemente criada pela própria doutrina, há de se rememorar a lição de Prestes (2003, p. 24-25), que, de maneira substanciosa, destaca que, apesar de correlatos, trata-se de princípios distintos, tendo este ligação com o processo legislativo, pois deve ser observado na elaboração das leis penais, ou seja, consiste “em uma regra de limitação qualitativa de tipificação de condutas”, determinando “uma seleção abstrata de condutas para compor o sistema penal em razão da lesividade desta para a sociedade”, e por isso “impõe maior rigor na tipificação penal de condutas levando-se em conta o grau de ofensividade desta aos bens jurídicos, objetos de sua tutela”, razão por que impede “a própria elaboração do tipo penal incriminador, atuando na esfera abstrata de construção da norma penal incriminadora, antes mesmo da sua aplicação”. Enquanto o princípio da insignificância, relembra o autor, é “regra de determinação quantitativa material ou intelectual no processo de interpretação da lei penal para confirmação do pre-

enchimento integral do tipo, e continua sendo de utilização judicial imediata como forma de determinar a existência do crime em face da tipicidade material e da ilicitude concreta”, ressaltando que a norma, na hipótese, está contida no ordenamento jurídico em vigor, mas não pode ser efetivamente aplicada, em virtude da atipicidade material da conduta (PRESTES, 2003, p. 24-25).

Logo, apesar de cuidar-se de princípios diversos, a intervenção mínima do Direito Penal e a insignificância penal estão estritamente ligadas, uma vez que, na falha ou na impossibilidade de o legislador desconsiderar determinada conduta como típica, resta ao julgador, de acordo com a constatação de alguns pressupostos, aplicar ao caso concreto o princípio da insignificância.

2.2 Origem, conceito e aplicação do princípio da insignificância

Antes de discorrermos a respeito da forma desenfreada, sem critério e até equivocada que o princípio da insignificância vem sendo aplicado no delito de descaminho – tema do estudo ora exposto –, mister trazer à colação considerações quanto à teoria da insignificância penal e o que a doutrina hoje conceitua, quanto ao assunto, como conduta atípica e/ou penalmente irrelevante.

Inicialmente, convém salientar que o princípio da insignificância, antes de ser advertido por Claus Roxin, já na idade média era anonimamente utilizado pelo brocardo *minima non curat praetor*, no sentido de que o magistrado deveria cuidar das questões efetivamente relevantes e urgentes, devendo desprezar os fatos insignificantes (REBÊLO, 2000b, p. 31).

Armenta Deu (1991, p. 123), ao dissertar a respeito dos crimes de bagatela e o princípio da oportunidade, cita os objetivos relacionados pela maioria doutrinária de simplificação dos procedimentos em relação a esses delitos, dando dois enfoques: 1ª) servir de instrumento das atuais tendências descriminalizadoras e garantia do Direito Penal como *ultima ratio*, em atenção ao âmbito fronteiro de evitar ou não a sanção penal, a mancha que sofre o veredicto da culpabilidade e os antecedentes penais, e onde fundamentos de prevenção permitem observar um efeito estimado; ou também 2ª) descarregar o Judiciário

no âmbito da pequena e média criminalidade para concentrar sua eficácia na luta contra a grande, mediante instrumentos processuais que, no caso deste último, permitam obter aquele efeito.

O princípio da insignificância, hoje para muitos chamado como válvula de escape, no dizer de Ivan Luiz da Silva (2004, p. 16):

[...] surge como um autêntico princípio jurídico de Direito Penal inserido implicitamente em nossa Constituição, que, juntamente com outros princípios penais como: legalidade, humanidade etc., serve de diretriz para a criação e a aplicação da Lei Penal no Estado de Direito Democrático insculpido na Carta Magna, tendo como função proteger os direitos humanos fundamentais das imperfeições legislativas, que, em razão da descrição abstrata do tipo penal, alcançam condutas que deveriam estar fora da repressão estatal em face da sua irrelevância jurídica para o Direito Penal.

Prestes (2003) conclama que pode “ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes”. A tais ações, falta o juízo de censura penal (PRESTES, 2003, p. 40).

Na sequência, continua o doutrinador:

É um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial, e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal (PRESTES, 2003, p. 40).

Do magistério de Stratenwerth (2005, p. 124-125) extrai-se que a punibilidade de uma conduta depende de numerosas condições, que derivam, por um lado, da exigência do Estado de Direito da legalidade e da cominação de pena, e, por outro, da restrição do Direito Penal, de início, a conduta reprovável, e, finalmente, do princípio de que só se justifica a pena que resulte inevitável do ponto de vista político-criminal. Em outras palavras, além da pena cominada em lei e a reprovabilidade da conduta, apesar da prática antijurídica e culpável de um tipo penal, também pode decair a necessidade da pena desde o

ponto de vista de seus fins, porque não há uma perturbação séria de ordem jurídica.

Na concepção de Sobral (2000, p. 24), a “ampliação de incidência do princípio da insignificância é tema a exigir, continuamente, reflexão e exercício prático, vivência”, e produz estudo a respeito dos seus significados, quais sejam, “político-criminal, técnico-científico, moral”, esclarecendo que se refere à reflexão quanto às elevadas dificuldades “de consecução particularizada, em cada caso concreto, do sempre necessário equilíbrio entre o ideal de justiça e a preocupação com a segurança jurídica”. Alerta, ainda, que o modo vivenciado no que concerne ao exercício da aplicação do aludido princípio é corajoso e prudente, a fim de acautelar-se para “não amesquinhar o princípio, por estreiteza conceitual, seja velando pela sua justa aplicação de modo a não inviabilizá-lo, o que costuma acontecer quando se lhe alargam desmedidamente o alcance, descaracterizando-o”.

Mister compilar citação de Peluso (2001, p. 11) referente a Maurício A. Ribeiro Lopes, extraída da obra *Princípio da Insignificância no Direito Penal* (2000, p. 86)

Para *Claus Roxin*, criador do princípio, este funciona “como uma máxima de interpretação típica”, ou seja, uma interpretação restritiva do tipo penal orientada ao bem jurídico protegido, e, portanto, como um critério geral interpretativo de exclusão da tipicidade.

Ponto primordial, então, a se saber da necessidade ou não de sanção penal a determinada conduta é a análise do bem jurídico tutelado, devendo sofrer intervenção criminal apenas aquele que compõe a garantia aos cidadãos de uma existência pacífica, livre e socialmente segura que, no dizer de Roxin (2006, p. 16-18), não se cinge somente à proteção da vida, da liberdade e da propriedade, “mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se alcançar de outra melhor forma”.

Por sua vez, na concepção de Sampaio (2007, p. 59), surgem “duas ingerências que devem compartimentalizar os poderes do magistrado no julgamento dos crimes”:

- averiguar se o fato ou fatos determinantes da sanção penal são materialmente exatos;
- apurar se os fatos, uma vez reconhecidos como crimes, são de natureza a justificar a medida punitiva.

Duas categorias são bem destacadas pelos doutrinadores quando se trata do princípio da insignificância, consistentes no *tipo penal* e no *bem jurídico penalmente tutelado*, cujas definições muitas vezes se confundem e, indubitavelmente, exigem uma análise mais detalhada a respeito, mas que, porém, não se convém proceder nesta oportunidade.

Gomes (2001, p. 2), ao assinalar a existência de distinção entre o que é insignificante e o que é penalmente relevante, disserta a respeito da evolução jurisprudencial quanto ao tema, *in verbis*:

A diferença fundamental entre os dois princípios mencionados é a seguinte: uma linha jurisprudencial (a mais tradicional) reconhece o princípio da insignificância levando em conta (unicamente) o desvalor do resultado, é dizer, é suficiente (para a atipicidade) que o nível da lesão (ao bem jurídico) ou do perigo concreto verificado seja ínfimo. Cuidando, ao contrário, de ataque intolerável, o fato é típico (e punível).

Uma outra linha jurisprudencial (cada vez mais evidente), para o reconhecimento da infração bagatelar, não se contenta só com o desvalor do resultado e acentua a imprescindibilidade de outras exigências: o fato é penalmente irrelevante quando insignificante (cumulativamente) são não só o desvalor do resultado, senão também o desvalor da ação bem como o desvalor da culpabilidade do agente (isto é: quando todas as circunstâncias judiciais – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, conseqüências, circunstâncias etc. – são favoráveis).

E conclui o penalista entendendo que ambos devem ser englobados e denominados de *infração bagatelar* – sem se confundir com infração de menor potencial ofensivo do âmbito dos juizados especiais –, expondo que “é algo insignificante, de ninharia ou, em outras palavras, não se trata de um ataque intolerável ao bem jurídico, que necessite da intervenção penal”.

Rebêlo (2000a, p. 63), após transcrever os conceitos elaborados ao tema por Assis Toledo, Carlos Vico Mañas, Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt, Alberto Silva Franco, Maurício Antônio Ribeiro

Lopes, Zaffaroni, Pierangeli, Diomar Ackel Filho, Carlos Ismar Baraldi, entre outros, assinala que o “princípio da insignificância impõe-se, justamente, para evitar que a norma edificada abranja os casos leves, adequando-se aos princípios básicos do Direito Penal, atuando como elemento de interpretação restritiva do tipo”.

Impende, ainda, transcrever lição colacionada por Rocha (2005, p. 524-525), *ad litteram*:

A doutrina penal dominante encontra a essência da culpabilidade numa relação psíquica entre o autor e algo que está fora de sua personalidade. Assim, as circunstâncias concomitantes serão levadas em consideração na hora de se averiguar a conduta ilícita, ou seja, influenciará diretamente sobre a culpabilidade. Dessa forma as circunstâncias concomitantes podem atenuar a culpabilidade ou, até mesmo, poderão excluí-la. Cada situação fática terá sua história real, que é única e irrepetível, e, por isso, deverá ter também um julgamento único e irrepetível. Mas como fazer isso, se só temos uma única fonte legal? É exatamente a culpabilidade que irá fazer a diferença.

Cláudio Brandão brilhantemente conclui que “o princípio da culpabilidade, que traduz a responsabilidade penal do Homem, condiciona o método do Direito Penal porque é um dos mecanismos para o sopesamento do caso no processo da decisão e da argumentação jurídica, possibilitando a própria realização da tópica, que para garantir o respeito à dignidade humana pode superar o silogismo, assegurando, em determinados casos, decisões até mesmo *contra legem*”. Nessa perspectiva principiológica é que pretendemos congruir os dois princípios – o da culpabilidade e o da insignificância da ação delituosa – em prol de um tratamento mais humanizado no ramo do direito criminal. E conclui o mestre: “quando se reconhece, por exemplo, causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa, que é causa de exclusão da culpabilidade, reconhece-se a insuficiência do silogismo legal, que por óbvio não contempla tais causa, valorizando-se o homem pelo reconhecimento de circunstâncias concretas que devem afastar a aplicação do tipo penal” [...].

Por fim, e causadora de notória reflexão, importante citar conclusão emitida por Mañas (2003, p. 150) a respeito do impasse que gira em torno de tratar-se o princípio da insignificância em excludente da tipicidade ou da ilicitude, leia-se:

[...] possível concluir que a natureza jurídica do princípio da insignificância só pode ser a de causa supraleal de exclusão da tipicidade, de

acordo com a concepção material desta. É instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, consentânea, portanto, com a garantia constitucional da legalidade. Não afasta a ilicitude pela simples razão de que a irrelevância da conduta, pelo desvalor da ação ou do resultado, pode torná-la estranha ao direito penal, mas não leva necessariamente ao reconhecimento da juridicidade do fato, o que romperia o correto entendimento da ilicitude como contrariedade ao ordenamento jurídico em sentido amplo. A pequena lesão ao bem jurídico deve ser considerada atípica na sua essência, não constituindo tal postura violação à natureza descritiva do tipo penal, como sustenta Guszmán Dallbora, mas sim a confirmação de seu papel representativo da natureza subsidiária e fragmentária do direito penal. A singeleza ou pequenez da ofensa não retira a sua ilicitude, permitindo, ao contrário, a tão desejada e saudável interferência de outros mecanismos de controle social, jurídicos ou não.

Em suma, enquanto para alguns o princípio da insignificância retira a tipicidade da conduta, para outros a irrelevância penal do fato exclui a sua ilicitude evitando a aplicação da pena, ao fundamento de que a reprimenda estatal é desnecessária ao caso. De igual modo, há sérias críticas e arguição de que fere a construção da Teoria Geral do Delito, resultando na insegurança jurídica, considerar-se a antijuridicidade e a culpabilidade do agente para a aplicação daquele instituto, haja vista cingir-se à constatação ou não da atipicidade do fato.

Essas questões, todas dignas e convidativas de muita discussão, não serão aqui debatidas à exaustão por não serem o cerne da pretensão. Contudo, não é efetivamente aceitável que se movimente o Judiciário tendo em conta a subtração de quatro minhocas de uma fazenda (como ocorreu em 1999, em Paraobepa, Minas Gerais)¹, ou de três galinhas (como ocorreu em Agudo, Rio Grande do Sul)², ou ainda de temperos do padrão avaliados em R\$ 4,00 (quatro reais) (como ocorreu em 2002, em São Paulo-SP) (CARTAXO JUNIOR, 2002, p. 56-57), entretanto, considerar-se de menor relevância ou insignificante a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com relação ao crime de descaminho, conforme entendimento que vem sendo adotado

1 Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência n. 20.312/MG, rel. min. Fernando Gonçalves, Terceira Seção, j. em 1º.7.1999, DJ de 23 ago. 1999, p. 72.

2 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação n. 70.022.926.075, rel. des. Claudir Fidelis Faccenda, Oitava Câmara Cível, j. em 13.3.2008.

atualmente nos julgados que chegam ao Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal não parece se coadunar com o que doutrinariamente se tem conceituado em relação ao princípio bagatelar, que, sem sombra de dúvidas, merece ser verificado com equidade e de acordo com o caso concreto.

3 A evolução histórica, legislativa e jurisprudencial da aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho

3.1 Evolução histórico-legislativa

O ordenamento jurídico brasileiro, precisamente no art. 334 do Código Penal, além do delito de contrabando, prevê o crime de descaminho (por alguns chamado de contrabando impróprio):

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º – Incorre na mesma pena quem:

- a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;
- b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;
- c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;
- d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º – Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º – A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

Referido delito, que é doloso, instantâneo e que tem como sujeito passivo o Estado, quando se cuida da incidência do princípio da insignificância, na maioria dos julgados, encontra espeque na legislação referente à execução fiscal, como adiante se passará a relacionar.

Em 16 de janeiro de 1997, entrou em vigor a Medida Provisória n. 1.533-1, posteriormente convertida na Lei n. 9.441, de 14 de março de 1997, que “Extingue créditos oriundos de contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), no valor e condições que especifica, e dá outras providências”.

No seu art. 1º, a Lei Especial dispôs:

Art. 1º Fica extinto todo e qualquer crédito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) oriundo de contribuições sociais por ele arrecadadas ou decorrente do descumprimento de obrigações acessórias, cujo valor:

I – total das inscrições em Dívida Ativa, efetuadas até 30 de novembro de 1996, relativamente a um mesmo devedor, seja igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais);

II – por lançamento feito até 30 de novembro de 1996, decorrente de notificação ou de auto-de-infração não inscrito em Dívida Ativa, seja igual ou inferior a R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Parágrafo único. Os valores previstos neste artigo referem-se ao montante dos créditos atualizados em 1º de dezembro de 1996, inclusive com todos os acréscimos legais incidentes.

Vestindo a mesma roupagem, foi editada a Medida Provisória n. 1.561-6, de 15 de maio de 1997, também convertida em Lei, e que recebeu o n. 9.469, de 10 de julho de 1997, que “Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei n. 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei n. 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências”.

Mencionada legislação no seu art. 1º previu:

Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não propositura de ações e a não interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

Posteriormente, com a nova redação dada pela Medida Provisória n. 449, de 2008, aludido dispositivo passou a vigorar nos seguintes termos:

Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

§ 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, inclusive no caso das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo às causas relativas ao patrimônio imobiliário da União.

Art. 1º-A. O Advogado-Geral da União poderá dispensar a inscrição de crédito, autorizar o não-ajuizamento de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos da União e das autarquias e fundações públicas federais, observados os critérios de custos de administração e cobrança.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à Dívida Ativa da União e aos processos em que a União seja autora, ré, assistente ou oponente cuja representação judicial seja atribuída à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Art. 1º-B. Os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil re-

ais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

De forma similar, elaborou-se a Medida Provisória n. 2.176-79, de 23 de agosto de 2001, que, após convertida na Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, “Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências”.

Esta Lei, nos seus arts. 18 e 20, respectivamente, trouxe a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

[...] *omissis*

§ 1º Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais);

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

§ 1º Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados.

Atualmente, com origem na Medida Provisória n. 206, de 2004, foi editada a Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, que “Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis n. 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências”.

Diante da sua edição, foram procedidas as seguintes alterações:

Art. 21. Os arts. 13, 19 e 20 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

[...] *omissis*

Art. 20. Serão arquivados, *sem baixa na distribuição*, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de *débitos inscritos como Dívida Ativa da União* pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). [grifo nosso]

Não é demais lembrar, por oportuno, o teor da Portaria n. 665, de 24 de abril de 2008, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, publicada no *Diário Oficial da União* em 28 de abril de 2008, p. 18, que, no art. 5º, situado no Capítulo III, ao tratar dos crimes de contrabando e descaminho, preceitua:

Art. 5º A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes de contrabando e descaminho, definidos no art. 334 do Código Penal, será formalizada em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, devendo permanecer na unidade da RFB de lavratura até o final do prazo para impugnação.

§ 1º Se for aplicada a pena de perdimento de bens, inclusive na hipótese de conversão em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida, a representação de que trata o *caput* deverá ser encaminhada pela autoridade julgadora de instância única ao órgão do Ministério Público Federal que for competente para promover a ação penal, no prazo máximo de 10 (dez) dias, anexando-se cópia da decisão.

§ 2º Não aplicada a pena de perdimento, a representação fiscal para fins penais deverá ser arquivada, depois de incluir nos autos cópia da respectiva decisão administrativa.

Portanto, de acordo com a legislação em vigor, somente serão executados na esfera judicial os débitos inscritos como Dívida Ativa da União os com valores superiores a R\$ 100,00 (cem reais), sendo *arquivados administrativa e momentaneamente* os iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Impende destacar que os débitos referentes ao INSS serão executados apenas quando superiores a R\$ 1.000,00 (mil reais).

Com base então na legislação em epígrafe, conforme antes assinalado, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal têm utilizado os valores nas citadas normas, definindo-os, de forma isolada, como parâmetro exclusivo à incidência ou não do princípio da insignificância no delito de descaminho, consoante adiante se expõe.

3.2 Exame e avaliação dos parâmetros atualmente utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar a aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho

A polêmica em relação ao tema iniciou-se em um dos julgados proveniente da Segunda Turma da Suprema Corte que, à unanimidade, reconheceu no delito disposto no art. 334 do Código Penal a irrelevância penal do fato, no qual o valor do tributo federal devido atingia o *quantum* de R\$ 5.118,60 (cinco mil, cento e dezoito reais e sessenta centavos). Leia-se a ementa:

Habeas corpus. Descaminho. Montante dos impostos não pagos. Dispensa legal de cobrança em autos de execução fiscal. Lei n. 10.522/2002, art. 20. Irrelevância administrativa da conduta. Inobservância aos princípios que regem o Direito Penal. Ausência de justa causa. Ordem concedida.

1. De acordo com o art. 20 da Lei n. 10.522/2002, na redação dada pela Lei n. 11.033/2004, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade.
2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva.
3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.
4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.
5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal (Habeas Corpus n. 92.438/PR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. em 19.8.2008).

Do corpo do voto extrai-se a seguinte fundamentação:

À luz de todos os *princípios que regem o direito penal*, especialmente o princípio da *subsidiariedade*, da *fragmentariedade*, da *necessidade* e da *intervenção mínima*, é *inadmissível* que uma conduta seja *administrativamente irrelevante* e, ao mesmo tempo, seja considerada *criminalmente relevante e punível!*

A única conclusão a que se pode chegar, na espécie, é a de que não houve lesão ao bem jurídico tutelado.

O acórdão invoca, ainda, a Súmula Vinculante n. 10 – “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” – aduzindo que, mesmo que pretendesse, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região não poderia declarar como inconstitucional a Lei n. 11.033/2004.

Adiante insiste:

Torno a dizer: não é possível que uma conduta seja *administrativamente irrelevante* e *não o seja para o Direito Penal*, que *só deve atuar quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido*, quando *falham os outros meios de proteção* e *não são suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do direito*.

Cita também a decisão do Juízo Singular, que deu azo ao conformismo do Ministério Público Federal, veja-se:

Ora, considerando-se que *as conseqüências do processo criminal se apresentam muito mais nefastas* ao cidadão do que a própria exigência civil, seria, no mínimo, *contraditório* – para não dizer uma iniquidade, verdadeira injustiça – reconhecer, por um lado, o *desinteresse no ressarcimento dos valores desfalcados* e, por outro, a *imperiosidade da sujeição do acusado a figurar como réu em uma ação penal*. Expressar entendimento nesse sentido, desprezando as citadas circunstâncias, *contraria o escopo de pacificação social inserto no Direito Criminal*, bem como o pressuposto da necessidade que lhe serve de norte, a ditar seus cânones e a determinar sua própria existência e funcionalidade.

E finaliza com a seguinte conclusão:

O raciocínio é simples: o Poder Judiciário não tem legitimidade democrática para estabelecer quais bens jurídicos são penalmente relevantes. Essa tarefa cabe ao legislador, que, na hipótese, *estabeleceu a irrelevância da lesão inclusive para o próprio Fisco*.

Com todo respeito que se guarda à notória sapiência do Órgão Colegiado citado, da fundamentação exposta no aludido julgado, verifica-se motivação efetivamente contestável no que concerne à aplicação do princípio em comento.

Inicialmente, há de se ressaltar que a lei em tela não dispensa a cobrança do tributo quando for superior a R\$ 100,00 (cem reais), pois, a teor do seu art. 20, até o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), serão administrativamente arquivados, sem baixa, os autos de execução fiscal, ou seja, se há dispensa, esta é temporária, e não definitiva como faz crer o excerto.

De outro lado, é inviável considerar-se criminalmente irrelevante conduta devidamente tipificada no ordenamento ao argumento de que na seara administrativa é insignificante, porquanto, a par da independência das esferas penal e administrativa e da dispensa, reitera-se, temporária da execução no âmbito judicial, esta somente ocorre tendo em vista as dificuldades e os elevados gastos da máquina estatal em efetivar a cobrança dos apontados tributos, momentaneamente.

Consigna, ademais, que não houve lesão ao bem jurídico tutelado, em outro dizer, lança a assertiva de que o valor de R\$ 5.118,60 (cinco mil, cento e dezoito reais e sessenta centavos) é irrelevante para o Estado, em um país no qual mais da metade da população não percebe sequer um salário-mínimo, equivalente hoje a R\$ 510,00 (quinhentos e dez reais)³.

Além de fazer menção à Súmula Vinculante n. 10, assevera que ao Judiciário não cabe definir o que é penalmente irrelevante, tarefa que atribui exclusivamente ao legislador, o qual entende tê-lo feito pela Lei n. 11.033/2004, embora em nenhum momento esta estabeleça expressamente norma de índole penal e apesar de ser sabido que ao julgador cabe interpretar a lei de modo sistêmico e não se olvidar dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.

Anteriormente a este julgamento, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 550.761-1/RS, pela sua Primeira Turma, à unanimidade, tratando do mesmo delito, em caso

³ Disponível em: <<http://www.economia.uol.com.br>>. Acesso em: 4 nov. 2009; e em <<http://www.portalbrasil.net>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

cujo valor do tributo federal devido era R\$ 1.022,50 (mil e vinte e dois reais e cinquenta centavos), concedeu *habeas corpus* de ofício para reconhecer o princípio da insignificância à hipótese. Veja-se como restou ementada a decisão:

Recurso extraordinário em matéria criminal. Ausência de prequestionamento. Princípio da insignificância. Habeas corpus de ofício.

1. Não se admite o recurso extraordinário quando a questão constitucional cuja ofensa se alega não foi expressamente debatida no Tribunal de origem. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF.
2. Nos termos da jurisprudência da Corte Suprema, o princípio da insignificância é reconhecido, sendo capaz de tornar atípico o fato denunciado, não sendo adequado considerar circunstâncias alheias às do delito para afastá-lo.
3. No cenário dos autos, não parece razoável concluir, com base em dois episódios, que o réu faça da prática do descaminho o seu modo de vida.
4. Habeas corpus concedido de ofício para cassar o título judicial condenatório formado contra o réu (rel. min. Menezes Direito, j. em 27.11.2007).

O voto está fundamentado nos seguintes termos:

Sucedem que o princípio da insignificância, de cidadania jurídica reconhecida em nosso sistema (HC n. 92.364/RJ, Primeira Turma, relator o ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 19.10.2007; RHC n. 89.624/RS, Primeira Turma, relatora a ministra Cármen Lúcia, DJ de 7.12.2006; HC n. 92.463/RS, Segunda Turma, relator o ministro Celso de Mello, DJ de 31.10.2007; HC n. 88.393/RJ, Segunda Turma, relator o ministro Cezar Peluso, DJ de 8.6.2007), está relacionado com a envergadura da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Dessa maneira, a sua aplicação conduz à exclusão da própria tipicidade da conduta. Por isso não se pode considerar circunstâncias alheias às do delito em tese verificado para afastar a incidência do princípio no caso concreto.

Não é possível conceber a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, vez que as normas penais positivadas constituem, em última análise, simples manifestação da tutela que o Estado exerce sobre os bens que considera relevantes. Sob este ângulo, se afirma que o conceito de “bem jurídico”, e, por consequência, de “lesão”, desempenham papel central na teoria do tipo, dando sentido teleológico à lei penal e contribuindo para a formação de um conceito material de tipo penal.

Depois de citar doutrina de Zaffaroni e Pierângeli, continua:

Inadequado, por isso, considerar os antecedentes criminais do réu para apreciar se o fato praticado é ou não típico. Ou a lesão provocada tem expressão suficiente para preencher o tipo penal em sua acepção material ou não.

Explícita, por fim:

O fato de já ter antecedente, considerando anterior processo, na minha compreensão, não serve para desqualificar o princípio da insignificância, presentes as circunstâncias dos autos.

Não se trata aqui de questionar se inquiritos e processos pendentes, ainda não transitados em julgado, podem ser considerados para configurar maus antecedentes penais. Ainda que seja possível considerar a mencionada denúncia em desfavor do réu, sem se cogitar de ofensa ao princípio da presunção de inocência, parece de todo desarrazoado afirmar-se, com base em apenas dois episódios, que o réu faça da prática do descaminho o seu modo de vida. Especialmente quando se considera que em um desses episódios o prejuízo causado ao Fisco foi de pouco mais de mil reais.

Assim, considerando-se a conduta atípica, excluindo o óbice em relação à existência de outra denúncia contra o paciente, foi concedido *habeas corpus* de ofício para trancar a ação penal.

Nesse caso, a Turma adotou a teoria de que a insignificância da conduta gera a sua atipicidade, embora perfeitamente descrita no ordenamento penal brasileiro, afastando a influência de qualquer circunstância negativa referente ao agente, como na espécie em que havia contra si outra denúncia pelo mesmo tipo, avaliando como ínfima a quantia superior a R\$ 1.000,00 (mil reais).

O mesmo Tribunal, monocraticamente, nos autos do Agravo de Instrumento n. 664.246/RS, em 1º de agosto de 2007, tratando também do crime de descaminho, em que o valor do tributo federal devido era R\$ 248,00 (duzentos e quarenta e oito reais), decidiu pela aplicação do princípio da insignificância desconsiderando a vida *ante acta* do agente, leia-se:

No caso concreto, o acórdão recorrido não nega a utilização do princípio da insignificância nos casos de descaminho, quando o valor da mercadoria introduzida no país for diminuto. Somente deixa de aplicá-

-lo ao caso concreto em virtude de aspectos subjetivos, ou seja, em face da vida pregressa da agravante. Isso vai de encontro ao entendimento da Corte, que restringe a análise das circunstâncias objetivas do fato, ou seja, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Nesse aspecto, o crime praticado pela agravante se enquadra perfeitamente na espécie dos crimes de bagatela, o que ensejaria a adoção do princípio da insignificância.

No Supremo Tribunal há o entendimento de que a aplicação resulta em descaracterização da própria tipicidade penal (Rel. min. Ricardo Lewandowski).

E assim considerando, concedeu *habeas corpus* de ofício para restabelecer a rejeição da denúncia.

Mais recentemente, ao julgar o Habeas Corpus n. 95.749-8/PR, a Segunda Turma voltou à unanimidade ao decidir, no caso do crime disposto no art. 334 do Estatuto Repressivo, em relação a tributo federal devido no valor de R\$ 1.470,05 (mil, quatrocentos e setenta reais e cinco centavos), pela incidência da insignificância, conforme pode se ver da ementa:

Habeas corpus. Crime de descaminho. Débito tributário inferior ao valor previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Arquivamento. Conduta irrelevante para a Administração. Aplicação do princípio da insignificância.

1. Crime de descaminho. O arquivamento das execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior ao previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002 é dever-poder do Procurador da Fazenda Nacional, independentemente de qualquer juízo de conveniência e oportunidade.

2. É inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado. Neste caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância.

Ordem concedida (Rel. min. Eros Grau, j. em 23.9.2008).

Constata-se que, neste último caso, a fundamentação é praticamente idêntica à esposada no primeiro julgado citado, no sentido de aplicar o valor que permite o arquivamento administrativo dos autos

de execução, mesmo que sem a baixa, e que, se a Fazenda considera irrelevante a conduta, é inconcebível que a seara criminal agasalhe-a como relevante.

Até então, e em contrapartida ao que vinha sendo discutido no Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão oriunda da Quinta Turma, nos autos do Recurso Especial n. 944.893/PR, em votação unânime e em relação ao mesmo delito, com valor do tributo federal devido de R\$ 257,20 (duzentos e cinquenta e sete reais e vinte centavos), assim ementou:

Penal. Recurso especial. Descaminho. Débito fiscal. Art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002. Patamar estabelecido para o ajuizamento da ação de execução da dívida ativa ou arquivamento sem baixa na distribuição. Art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002. Cancelamento do crédito fiscal. Matéria penalmente irrelevante. Extinção da punibilidade. Prescrição antecipada. Impossibilidade.

I – A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas.

II – O art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante.

III – *In casu*, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos fiscais (art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002), logo, não se trata de hipótese de desinteresse penal específico.

[...].

Recurso especial provido (rel. min. Felix Fischer, j. em 29.7.2007).

O voto alerta a respeito do valor antes considerado como patamar na aplicação do princípio da insignificância, motivando a necessidade de revisão, veja-se:

No entanto, acredito que esse entendimento há de ser revisto, devendo ser alterado tal critério, pois, como já vinha ressaltando, o valor limite para a execução carece de sentido mesmo em matéria extra-penal.

Efetuando cotejo dos arts. 18, § 1º, e 20, ambos da Lei n. 10.522/2002, o relator destacou:

Confrontando os dois dispositivos conclui-se facilmente que enquanto o art. 18, § 1º, determina o cancelamento (leia-se: extinção) do crédito fiscal igual ou inferior à R\$ 100,00 (cem reais), o art. 20 apenas prevê o não ajuizamento da ação de execução ou o arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito. Daí porque não se poder invocar este dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante. Com efeito, tal dispositivo apenas assevera que fica postergada a execução com vista a cobrança da dívida ativa enquanto o montante não alcançar os valores ali previstos, o que não se confunde com a extinção do crédito tributário.

Diferentemente do Supremo Tribunal Federal, a Quinta Turma daquela Corte Superior trazia fundamentação no sentido de que o valor estabelecido para a execução fiscal, o qual se não alcançado permanece arquivado administrativamente, não podia ser utilizado como parâmetro à incidência do princípio da insignificância, cuja aplicação é cabível quando muito em relação ao teto previsto no art. 18 da Legislação Específica.

O mencionado Órgão Colegiado vinha seguindo esta direção, consoante se pode observar dos seguintes precedentes:

Recurso especial. Penal. Crime de descaminho. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Valor sonogado superior ao limite previsto para extinção dos créditos tributários. Divergência jurisprudencial. Súmula n. 83 desta corte.

1. Na hipótese, o montante do tributo incidente sobre as mercadorias estrangeiras apreendidas é superior ao valor estabelecido na norma legal, que rege a extinção dos créditos tributários (art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002), não sendo possível aplicar o Princípio da Insignificância. Precedentes.

2. Aplicação do verbete sumular n. 83 desta Corte.

3. Recurso não conhecido (Tributo federal devido no valor de R\$ 2.832,42, Recurso Especial n. 775.882/PR, rel. min. Laurita Vaz, j. em 28.2.2008, DJe de 7 abr. 2008).

Agravo regimental em recurso especial. Descaminho. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade, *in casu*. Inteligência dos arts. 18, § 1º, e 20, *caput* da Lei n. 10.522/2002. Precedentes do STJ. Recurso desprovido.

1. O art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002, por não extinguir o crédito tributário, mas, tão-somente, determinar o quantum a ser considerado para o ajuizamento ou arquivamento sem baixa na distribuição da execução fiscal, não pode ser utilizado como referência para a aplicação do princípio da insignificância, objetivando o trancamento da Ação Penal por crime de descaminho, pois, no caso, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao estabelecido no art. 18, §1º da citada Lei para extinção dos créditos fiscais. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental desprovido (Tributo federal devido no valor de R\$ 1.972,00, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 995.443/RS, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 19.6.2008, DJe de 18 ago. 2008).

Recurso especial. Penal. Crime de descaminho. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Valor sonogado superior ao limite previsto para extinção dos créditos tributários.

1. Hipótese que não é possível utilizar o art. 20 da Lei n. 10.522/2002 como parâmetro para aplicar o princípio da insignificância, já que o mencionado dispositivo se refere ao ajuizamento de ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não de causa de extinção de crédito.

2. Não é possível, assim, considerar a questão penalmente irrelevante, uma vez que, no caso, existe interesse fiscal, embora postergado, por força do citado dispositivo normativo.

3. Recurso provido (Tributo federal devido no valor de R\$ 142,81, Recurso Especial n. 1.008.660/PR, rel. min. Laurita Vaz, j. em 26.8.2008, DJe de 15 set. 2008).

Agravo regimental no recurso especial penal. Descaminho. Princípio da insignificância. Não-incidência. Agravo regimental improvido.

1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

2. Descabe aplicar o princípio da insignificância quando o valor do tributo apurado é superior ao montante previsto no art. 18, § 1º da Lei n. 11.033/2004, como limite para extinção do crédito fiscal. Precedentes desta Corte Superior.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 937.755/RS, rel. min. Arnaldo Esteve Lima, j. em 4.12.2008, *DJe* de 2 fev. 2009).

Na mesma linha, vide Recurso Especial n. 1.025.244/PR, de relatoria da ministra Laurita Vaz, julgado em 4.9.2008.

Não diverge a orientação adotada anteriormente pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, leia-se:

Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Contrabando. Descaminho. Tributo incidente superior ao patamar fixado para o cancelamento do crédito fiscal. Princípio da insignificância. Trancamento de inquérito policial. Inaplicabilidade.

O trancamento do inquérito policial pela via do *habeas corpus* representa medida excepcional, admissível tão-somente quando evidenciada, de pronto, a atipicidade dos fatos investigados ou a impossibilidade de a autoria ser imputada ao indiciado.

O princípio da insignificância não se aplica aos casos em que o crime de contrabando ou descaminho envolve mercadoria cujo tributo incidente supere o valor legalmente fixado para o cancelamento do crédito fiscal.

Ordem denegada (Habeas Corpus n. 66.308/SP, rel. des. convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Jane Silva, j. em 21.2.2008, *DJe* de 10 mar. 2008).

O julgado transcrito tem como motivação conclusiva o fato de que o “arquivamento não implica em renúncia fiscal, mas, tão-somente, denota a política quanto à prioridade para efeito de cobrança imediata, conferida aos montantes mais elevados”.

O seguinte excerto não destoa:

Agravo regimental em recurso especial. Penal. Art. 105, III, *a e c* de Constituição Federal. Insurgência ministerial. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Ultrapassado o valor legal estipulado para a extinção do crédito tributário. Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido. Prescrição de parte do período delitivo reconhecida de ofício em apelação. Remessa dos autos ao tribunal *a quo* para adequação da pena. Agravo a que se nega provimento.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o valor estipulado para não ajuizamento da ação penal diferencia-se daquele previstos para a exclusão do crédito tributário. Esta Casa consolidou o entendimento de que para a aplicação do princípio da insignificância o valor da exação deve estar compreendido dentro do limite em que

o Estado opta pela extinção do crédito. Tal situação não se confunde com critérios de conveniência estabelecidos para a execução do crédito que não chegam a sepultá-lo, posto ser possível seu aditamento e cobrança, juntamente com novo crédito, do mesmo devedor, que venha a surgir dentro do prazo prescricional. Precedentes.

2. Agravo a que se nega provimento (Tributo federal devido no valor de R\$ 2.020,00, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.011.536/SC, rel. des. convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Jane Silva, j. em 30.10.2008, *DJe* de 17 set. 2008).

Em idêntico sentido, vide Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 981.393/RS, julgado em 20.5.2008, e Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.010.720/RS, julgado em 21.8.2008, de relatoria da desembargadora convocada do TJMG Jane Silva.

Entretanto, a colenda Sexta Turma, após o julgamento do Habeas Corpus n. 92.438/PR, do Supremo Tribunal Federal, divergindo da então posição adotada pela Quinta Turma, mudou seu entendimento, passando a considerar como patamar o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mesmo que este seja referente apenas quanto à execução fiscal que permanece administrativamente arquivada, porém *sem a baixa*, veja-se:

Agravo regimental. Recurso especial. Penal. Descaminho. Princípio da insignificância. Aplicabilidade.

1. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 92.438/PR, relator o ministro Joaquim Barbosa, firmou entendimento no sentido de ser aplicável, na prática de descaminho, o princípio da insignificância quando o valor do tributo suprimido é inferior a R\$ 10.000,00.

2. No caso, o valor do tributo sonegado é de R\$ 630,75 que não excede o limite de R\$ 10.000,00 adotado pela Lei n. 11.033/2004, sendo de rigor a extinção do crédito tributário.

3. Agravo regimental provido (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 992.756/RS, rel. min. Hamilton Carvalhido, j. em 14.10.2008, *DJe* de 3 nov. 2008).

A decisão foi tomada por maioria, vencido o relator, que manteve a posição até então seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, e o voto vencedor, apesar de o art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com a redação dada pela Lei n. 11.033/2004, cuidar tão somente de arqui-

vamento temporário, traz a assertiva de que restam *extintos* os créditos tributários iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Na sequência, seguiram a mesma direção os Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 805.686/PR, julgados monocraticamente em 16.10.2008; Recurso Especial n. 1.059.291/RS, julgado monocraticamente em 22.10.2008; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.021.805/SC, julgado pelo Colegiado em 28.10.2008; e Habeas Corpus n. 63.418/RS e 111.142/MS, julgados monocraticamente em 7.11.2008⁴.

Todavia, em 27 de maio de 2009, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que é composta pelas Quinta e Sexta Turmas, ao apreciar os Embargos de Divergência n. 966.077/GO, entendendo que não era possível incidir no crime de descaminho o princípio da insignificância nos casos em que o valor do tributo iludido ultrapassava o *quantum* definido pelo art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002 – R\$ 100,00 –, e que, na hipótese, a pessoa denunciada ostentava outras condenações no referido crime, afastou a aplicação do benefício. Leia-se:

Embargos de divergência. Penal. Crime de descaminho. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Valor superior àquele previsto no art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002.

1. Hipótese em que foram apreendidos ao entrarem ilegalmente no país 644 (seiscentos e quarenta e quatro) pacotes de cigarro de diversas marcas e 12 (doze) litros de whisky, todas mercadorias provenientes do Paraguai, avaliadas à época em R\$ 6.920,00 (seis mil novecentos e vinte reais). Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

2. Não é possível utilizar o art. 20 da Lei n. 10.522/2002 como parâmetro para aplicar o princípio da insignificância, já que o mencionado dispositivo se refere ao ajuizamento de ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não de causa de extinção de crédito.

3. O melhor parâmetro para afastar a relevância penal da conduta é justamente aquele utilizado pela Administração Fazendária para extinguir o débito fiscal, consoante dispõe o art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002, que determina o cancelamento da dívida tributária igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

4. Há de se ressaltar que, no caso, existe controvérsia sobre o montante da dívida tributária, que pode até ser maior do que R\$ 10.000,00,

além de se tratar a denunciada de pessoa que ostenta outras duas condenações por crimes da mesma espécie, revelando, em princípio, reiteração criminosa.

5. Embargos de divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, negar provimento ao recurso especial (rel. min. Laurita Vaz, publicado em 28 ago. 2009) [grifo nosso].

Nessa linha, seguiu a apreciação do Habeas Corpus n. 108.966/PR, de relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado pelo Colegiado em 2.6.2009, até que, em um período menor que quatro meses, ao analisar recurso repetitivo, previsto na Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008, o Superior Tribunal de Justiça, também submetendo a matéria à Terceira Seção, seguiu rumo diametralmente diverso:

Recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. Art. 105, III, *a e c*, da CF/1988. Penal. Art. 334, § 1º, alíneas *c e d*, do Código Penal. Descaminho. Tipicidade. Aplicação do princípio da insignificância.

I – Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso – 1ª e 2ª Turmas – incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002.

II – Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp n. 966.077/GO, 3ª Seção, rel. min. Laurita Vaz, DJe de 20.8.2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei n. 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte.

Recurso especial desprovido (Recurso Especial n. 1.112.748/TO, rel. min. Felix Fischer, j. em 9.9.2009, publicado em 13 out. 2009).

Não obstante respectivo julgado tenha alterado o até então decidido na Terceira Seção, curvando-se à orientação lançada pelo Supremo Tribunal Federal, impende transcrever excerto do voto prolatado, pois se observa que o relator, apesar do teor do definido, inclina-se ao que aqui, em parte, defende-se, leia-se:

[...].

O entendimento acima mencionado, há muito, é, a meu ver, o que deveria prevalecer. Ou seja, a invocação da insignificância como excluyente da tipicidade penal somente teria lugar quando constatado que o débito tributário não ultrapassasse a quantia de R\$ 100,00 (*cem reais*).

⁴ Relatores, respectivamente, ministros Paulo Gallotti, Jane Silva, Hamilton Carvalhido, Nilson Naves.

Isso porque, conforme precedentemente já sustentado, *somente aqui haverá extinção do crédito tributário* e, por conseguinte, desinteresse definitivo na cobrança da dívida pela Administração Fazendária. Neste contexto, e somente neste, entendo invocável referido princípio.

Entretanto, ao se adotar o *limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)* como norte para a aplicação da insignificância, creio, *com a devida venia*, há um desvirtuamento no trato da questão.

Com efeito, o argumento dos que defendem a sua aplicação neste último caso justifica-se pela consideração de que em *não havendo interesse na cobrança do débito na esfera administrativa, de igual modo, não haveria na deflagração do processo-crime*. Ocorre que o dispositivo legal utilizado como supedâneo para tal orientação (*art. 20 da Lei n. 10.522/2002*), não permite, quero crer, alcançar a conclusão proposta, na medida em que o comando normativo *trata de arquivamento sem baixa na distribuição* do débito a evidenciar a *ausência de desinteresse permanente como se dá, ao contrário, na hipótese tratada no art. 18, § 1º, do mesmo diploma legal*.

O que há, portanto, é uma *mera estratégia de cobrança dos débitos* por parte da Administração que, *sopesando os custos de uma demanda judicial, de um lado, com o proveito que ela poderá obter, de outro, estipula um montante mínimo para que se de início à cobrança*.

Acerca do tema, Douglas Fischer, Procurador Regional da República, ensina:

“A circunstância de o Estado não promover a cobrança (mediante execução fiscal) dos valores inferiores hoje a R\$ 10.000,00 não significa dizer que não haja interesse em receber as quantias. A providência insculpida em norma legal que autoriza o arquivamento (momentâneo) na distribuição das execuções fiscais diz tão somente com uma questão de política econômica e operacional da máquina de cobrança do Estado. Ou seja, a inserção de tal dispositivo justifica-se pelo fato de ser mais oneroso para o Estado cobrar as quantias objeto da prática criminosa, dado que as despesas para tanto superam aquele limite referido na norma retrorreferida. Mas o dano social – protegido pela norma penal – parece continuar evidente, dependendo do caso concreto. Em suma, o fundamento das regras de âmbito cível – de não execução e/ou de cobrança dos valores – é evitar exatamente que a sociedade seja novamente penalizada, gastando-se mais que o próprio objeto do dano perseguido – o qual pertence aos cofres públicos.”

Na mesma senda, Dermeval Farias Gomes Filho, membro do MPDFT, assevera que:

“Ora, o fato de não existir, por ora, interesse fiscal na cobrança judicial de débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não pode

levar à conclusão de que o não pagamento do tributo é insignificante, que constitui uma lesão ínfima ao bem jurídico penal e, portanto, uma atipicidade penal material.

Assim, além dos pressupostos genéricos para a incidência do princípio, é crucial afirmar que, no tocante ao descaminho, se existe algum critério razoável para a incidência do princípio da insignificância, esse há de ser o amparado no limite de R\$ 100,00 (cem reais), valor que possibilita o cancelamento da cobrança com suporte no § 1º do art. 18 da Lei n. 10.522/2002, pois constitui o limite para arquivamento com baixa na distribuição. Além de ser um patamar que admite a valoração de bagatela, inclusive, em outras infrações penais.

Soma-se a isso a falta de fundamento jurídico sólido para valorar como uma atipicidade material a conduta parâmetro de perpetrar descaminho com valor não superior a dez mil reais. As peculiaridades sócio-econômicas do Brasil não suportam tamanha interpretação, capaz de favorecer a prática do delito em análise.

Ademais, a prática do descaminho, em não poucas vezes, fomenta outros crimes conexos que decorrem da importação de produtos sem o recolhimento do tributo devido. Desse modo, o critério atual (limite de R\$ 10.000,00) não preenche o conteúdo de crime insignificante, que exige uma lesão ínfima ao bem jurídico tutelado e leva em conta as consequências sociais da conduta” (“A dimensão do princípio da insignificância- imprecisão jurisprudencial e doutrinária necessidade de nova reflexão no crime de descaminho?” In: *Revista Eletrônica da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal-TRF 1ª Região*, 3. ed.).

A circunstância de não haver a cobrança imediata do crédito não pode significar, automaticamente, a insignificância do fato. Ora, se assim o fosse, indago: supondo-se ocorrido um furto, cujo autor é conhecido da vítima, e imaginando esta de antemão, por pessimismo ou descrédito, que não obteria êxito, em prazo razoável, se intentasse uma ação judicial buscando a reparação do prejuízo sofrido, poderia se classificar a conduta como insignificante, *ainda que de grande monta os valores subtraídos?* Creio que não.

É que, nos crimes contra o patrimônio – seja ele o privado, seja o erário –, a tipificação penal não pode estar vinculada tão somente à *forma como será, e se de fato será, buscada a reparação do prejuízo*, pois o que move o legislador ao definir uma figura típica não é a mesma razão por ele utilizada quando define formas de cobrança de um débito gerado pela prática de um injusto.

Segundo Rogério Greco, perfilhando esse entendimento:

“Uma coisa é o desinteresse em dar início à execução fiscal por questões de ordem econômica (ou seja, o custo do processamento judicial pode ser superior ao valor executado); outra coisa é se, no caso concreto, existe tipicidade material, o que nos parece evidente, tendo em vista o elevado valor previsto pelo art. 20 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004” (In: *Curso de Direito Penal*, v. IV, Parte Especial (arts. 250 a 361 do CP), 2. ed. Impetus: Niterói/RJ, 2007, p. 526).

Neste ponto, escorreita a posição adotada por Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim:

“Pode-se afirmar com segurança que a definição se a conduta vai ter resultado penalmente relevante, o que equivale a dizer resultado socialmente relevante, não pode ficar ao arbítrio da Administração Pública, em interesse público secundário nitidamente desvinculado do interesse público primário”.

E arremata o Magistrado:

“[...] a Administração Pública pode não cobrar hoje uma dívida de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, amanhã, não cobrar apenas o que não exceda a R\$ 10,00 (dez reais), melhorando a sua estrutura, ou o que não exceda a R\$ 100.000 (cem mil reais), piorando sua estrutura” (“O uso indevido do princípio da insignificância” In: *Boletim dos Procuradores da República*, n. 73, mar. 2007).

É sabido, por outro lado, que o *sujeito passivo eventual* é o titular do interesse penalmente protegido. Portanto, pode ser o homem, a pessoa jurídica, o Estado ou ainda a coletividade, conforme o injusto penal. Assim, ficaria aí outra indagação: se a busca da reparação é decisiva para tipificação penal, qual a solução a ser dada nos denominados *crimes vagos*, em que o sujeito passivo material ou eventual é a coletividade (v.g. arts. 233 e 286 do CP)?

E não é só!

Além do mais, mesmo considerando a relação entre o injusto e o bem jurídico, se me afigura, *permissa venia*, totalmente inadequado falar-se de insignificância quando o valor do tributo (e não dos objetos apreendidos) for de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), uma vez que em país algum tal soma poderia ser considerada irrisória. Tudo isso sem contar com a extensão e o desdobramento que referido entendimento pode acarretar em relação a outros delitos. Assim, temo que tal entendimento possa servir de incentivo para a prática desta modalidade criminosa e de outros injustos que tratem também de créditos tributários.

Em segundo lugar, por dever de coerência, o *Juizado Especial Criminal* deveria perder a razão de ser de sua existência, pois quase nenhuma infração que lhe é submetida apresenta tamanho desvalor (independentemente do bem jurídico tutelado). E a Lei de Contravenções Penais, v.g., ficaria revogada? Em suma, tudo que viesse a ser ali tratado teria que ser considerado, *a priori*, insignificante.

Aliás, no plano da *criminalidade tributária*, insta asseverar, já existem, para os seus transgressores, diversas regalias na esfera extrapenal que, sob a minha ótica, implicam em um *desestímulo* para o contribuinte regular.

Por igual, a extensão do que vem a ser bagatela, relacionando a tipificação com o interesse na busca da reparação extra-penal pode ensejar perplexidade em outros casos. Por exemplo: como se solucionaria o problema no caso dos *crimes omissivos próprios* (art. 135 do CP) e na chamada *tentativa branca* – possível até em caso de homicídio qualificado? Ou seja, toda tentativa branca e boa parte dos delitos omissivos puros teriam que ser atingidos pelo apontado princípio, evidenciando a ausência de interesse penal.

Por derradeiro, nessa linha de ressalva, dizer-se que o arquivamento com baixa nos termos do art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002 enseja a atipicidade legal, parece-me *destituída de fundamento jurídico*. Em momento algum nesta hipótese é dito que o débito não existiu por ocasião da conduta delituosa. A ação era típica e por questões meramente operacionais na esfera extra-penal deixou de despertar interesse, daí porque a conduta que é legalmente típica passa a ser penalmente atípica em decorrência da aplicação do princípio em foco.

Existem, outrossim, três aspectos que não podem ser olvidados na aplicação do princípio da insignificância. O primeiro diz com a equivocada exigência de que não haja comportamento delitivo reiterado do agente ou então que se proceda ao exame de seus antecedentes. Neste ponto de requisitos que escapam ao princípio, tem-se a aplicação do *direito penal de autor* em que, resumindo, o réu não é incriminado pelo que fez, mas, no fundo, pelo o que é. E, da mesma forma, ele deixa de ser incriminado, em outros casos, pelo que é, e não pelo o que fez (conforme dicção de Zaffaroni e Jakobs). Sabidamente, a utilização do *direito penal de autor* é apontado como o mais adequado a um regime não-democrático. O segundo aspecto diz com a exigência ou verificação da *perigosidade social da conduta* no plano da tipificação, o que, a toda evidência, pela sua vagueza ou incerteza denotativa, entra em choque direto com o princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX da Carta Magna). O terceiro refere-se à consideração, em sede de bem jurídico, com o *patrimônio concreto do lesado*, o que levaria a se aplicar o princípio

em quase todos os casos de delitos patrimoniais praticados em detrimento, *v.g.*, da União ou grandes sociedades empresárias.

Por tais razões, entendo não ser adequada, *permissa venia*, a aplicação do referido postulado quando o *débito tributário ultrapassa o montante de R\$ 100,00 (cem reais)*.

Contudo, não obstante os argumentos acima expendidos, verifico que a orientação firmada nesta Corte por ocasião do julgamento do já citado *EREsp n. 966077/GO, 3ª Seção, rel. min. Laurita Vaz, DJe de 20 ago. 2009*, merece ser revista em razão da atual jurisprudência que o *Pretório Excelso* firmou acerca da *quaestio*.

Como reflexo, seguidamente, verifica-se a decisão proferida no Recurso Especial n. 965.079/RS, de relatoria do ministro Og Fernandes, julgado pelo Colegiado em 25.6.2009, e, com efeito, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão agora está, ao menos até o momento, consolidada, consoante se extrai da notícia publicada no sítio da referida Corte, de 13 de outubro de 2009, em que, em sede liminar, houve suspensão do trâmite da ação penal na qual o valor do tributo iludido pela suposta prática do crime de descaminho é R\$ 3.879,30 (três mil, oitocentos e setenta e nove reais e trinta centavos) (Habeas Corpus n. 100.939/PR, Segunda Turma, rel. min. Ellen Gracie), tendo, de igual modo, a Primeira Turma, em 18 de agosto de 2009, decidido definitivamente a questão (Habeas Corpus n. 99.594/PR e 94.058/PR, rel. min. Carlos Britto).

Esses julgados vieram só para confirmar a diretriz que a Suprema Corte já havia desenhado, veja-se:

Ação penal. Justa causa. Inexistência. Delito teórico de descaminho. Tributo devido estimado em pouco mais de mil reais. Valor inferior ao limite de dez mil reais estabelecido no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com a redação da Lei n. 11.033/2004. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Precedentes. Reputa-se atípico o comportamento de descaminho, quando o valor do tributo devido seja inferior ao limite previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com a redação introduzida pela Lei n. 11.033/2004 (Habeas Corpus n. 92.119/GO, rel. min. Cezar Peluso, j. em 2.6.2009).

Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Crime de descaminho. Valor sonegado inferior ao fixado no art. 20 da lei 10.522/2002. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Precedentes. Recurso provido.

I – Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado, no delito de descaminho, quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei n. 10.522/2002.

II – Na aplicação de tal princípio não é próprio considerar circunstâncias alheias às do delito em tela para negar-lhe vigência, *ressalvada a hipótese de comprovada reiteração delituosa*.

III – *Na espécie, a existência de um procedimento criminal pelos mesmos fatos, já arquivado, não é suficiente para a caracterização da recidiva e tampouco para que se entenda que o acusado faça do descaminho o seu modo de vida*.

IV – Recurso provido, concedendo-se a ordem para trancar a ação penal (Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 96.545/SC, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. em 16.6.2009) [grifo nosso].

Habeas corpus. Crime de descaminho (art. 334 do CP). Tributo devido que não ultrapassa a soma de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Desnecessário o revolvimento de matéria fática. Alegada incidência do princípio da insignificância penal. Atipicidade material da conduta. Procedência da alegação. Ordem concedida.

1. A simples leitura dos autos revela que o valor do tributo suprimido pelo paciente não ultrapassa o montante de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Pelo que é desnecessário o revolvimento de matéria fática.

2. A relevância penal da conduta imputada ao paciente, no caso dos autos, é de ser investigada a partir das diretrizes do art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Dispositivo que determina, na sua redação atual, o arquivamento das execuções fiscais cujo valor consolidado for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Autos que serão reativados somente quando os valores dos débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ultrapassarem esse limite (§ 1o). O que não sobressai do exame desta causa.

3. Incidência do princípio da insignificância penal, segundo o qual para que haja a incidência da norma incriminadora não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo. Necessário que esse fato empírico se contraponha, em substância, à conduta normativamente tipificada. É preciso que o agente passivo experiente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. Não, como no caso, a supressão de um tributo cujo reduzido valor pecuniário nem sequer justifica a obrigatoria cobrança judicial.

4. Entendimento diverso implicaria a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar.

5. Não há sentido lógico permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado. Estado julgador que só é de lançar mão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida.

6. Jurisprudência pacífica de ambas as Turmas desta Suprema Corte: RE n. 550.761, da relatoria do ministro Menezes Direito (Primeira Turma); RE n. 536.486, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Segunda Turma); e HC n. 92.438, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa (Segunda Turma).

7. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. (Habeas Corpus n. 93.072/SP, rel. min. Carlos Britto, j. em 14.10.2008).

Verifica-se, nesse passo, que, apesar de pacificada, a questão continua emblemática e é merecedora de melhor exame, até mesmo pelos citados tribunais.

4 A incidência sem critério do princípio da insignificância no delito de descaminho e a necessidade de revisão dos parâmetros utilizados à sua aplicação

4.1 Comparativo jurisprudencial pertinente à incidência do princípio da insignificância em outros delitos

Consoante ressaltado, então, nos tópicos anteriores, muita polêmica gira em torno do princípio da insignificância. E tratando-se do delito de descaminho, constata-se, diante dos precedentes jurisprudenciais até o momento mencionados, que há uma extrema disparidade nos parâmetros utilizados à sua aplicação se comparados aos critérios abarcados à sua incidência com relação aos demais ilícitos penais.

Antes de citar os inúmeros julgados a respeito do tema, há de se lembrar peculiar e perfeita ponderação feita em precedente paradig-

ma do Supremo Tribunal Federal, da lavra do excelentíssimo senhor ministro Celso de Mello, relator do Habeas Corpus n. 84.412/SP, em que restou, em 2004, consignado que

O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, dando destaque de que tal postulado, que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como a) a mínima ofensividade da conduta do agente, b) a nenhuma periculosidade social da ação, c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada, sustenta-se, “em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público”.

Referido julgado acrescenta, ainda:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Esse entendimento perdura na Segunda Turma, podendo-se citar o julgamento do Habeas Corpus n. 100.023/RS, em 2009, de relatoria do ministro Celso de Mello. E exatamente em decorrência dessas citadas nuances é que em diversos casos, nos quais, a princípio, aplicar-se-ia o princípio da insignificância, os tribunais têm deixado de fazer incidir na espécie a benesse.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, com propriedade, afastou a aplicação do princípio da insignificância em um caso de furto, na qual a *res* seria irrelevante, pois se cuidava de um guarda-chuva e de uma chave de roda, porém o proprietário teve prejuízo maior

em razão da necessidade de recolocação do vidro do automóvel do qual os bens foram subtraídos. No mesmo julgado, foi dada ênfase ao fato de que o princípio da insignificância “não pode ser manejado de forma a incentivar condutas atentatórias que, toleradas pelo Estado, afetariam seriamente a vida coletiva” (Informativo STJ n. 410, 5 a 9 out. 2009, Habeas Corpus n. 136.297/MG, rel. min. Felix Fischer, j. em 6.10.2009).

Em outra hipótese, houve furto de dois DVDs, mas o mesmo Tribunal, novamente com parcimônia, deixou, contudo, de aplicar o princípio da insignificância em decorrência da reincidência do sujeito ativo (Informativo STJ n. 383, 9 a 13 fev. 2009, Habeas Corpus n. 120.286/MG, rel. min. Nilson Naves, j. em 10.2.2009). Assim também, com o devido acerto, operou na apreciação do Habeas Corpus n. 127.791/DF, porquanto não fez incidir à hipótese o princípio, ao fundamento de que não havia falar em mínima ofensividade da conduta, pois o comportamento do denunciado revelava que ele *possuía diversas ocorrências policiais pela mesma prática delitiva – furto – demonstrando razoável periculosidade social e significativo grau de reprovabilidade* (Sexta Turma, rel. min. Paulo Gallotti, j. em 16.4.2009).

A mesma, e que se entende correta, diretriz seguiu ao julgar uma tentativa de furto de um secador de cabelos, avaliado em R\$ 40,00 (quarenta reais), fundamentando que, no caso, “não há que falar em mínima ofensividade da conduta, enquanto o comportamento do agente, reincidente na prática de crimes contra o patrimônio (tal como se vê do acórdão recorrido), revela suficiente periculosidade social e significativo grau de reprovabilidade, o que inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância” (Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 24.326/MG, rel. des. convocado do TJCE Haroldo Rodrigues, j. em 17.3.2009).

Igual direção e com coerência observa-se no seguinte julgado:

Habeas corpus. Furto simples. Princípio da insignificância. Não reconhecimento. Aplicação do privilégio (art. 155, § 4º, do CP). Manutenção da negativa pela corte de origem. Bens relevantes. Reiteração criminosa. Importância para o direito penal. Conduta típica. Constrangimento ilegal não demonstrado.

1. A aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade admitida pela doutrina e pela jurisprudência, demanda o exame do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem furtado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e *daquelas relativas à pessoa e conduta do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor.*

2. Considerando-se que a negativa de aplicação do princípio da insignificância está fundada não só na lesão ao bem jurídico tutelado, mas *também no comportamento do paciente*, que em pequeno espaço de tempo cometeu dois furtos, demonstrando personalidade voltada à prática delitiva, e não se mostrando a *res furtiva* irrelevante para as vítimas e para o Direito Penal, não incorre em constrangimento ilegal a decisão do Tribunal impetrado que, com base nas provas dos autos, manteve a negativa de absolvição, por não preenchidos os pressupostos para o reconhecimento do crime de bagatela.

3. Ordem denegada (Habeas Corpus n. 95.226/MS, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 24.6.2008, DJe de 4 ago. 2008) [grifo nosso].

Citado Órgão Colegiado também decidiu:

Habeas corpus. Furto simples de diversas barras de chocolate avaliadas em R\$ 45,00. Apesar de se tratar de *res furtiva* que pode ser considerada ínfima, a existência de condenação por crime de roubo transitada em julgado, cujo paciente cumpria pena, indica a inaplicabilidade, *in casu*, do princípio da insignificância. OMPF manifestou-se pela denegação do writ. Ordem denegada.

1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado.

2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV)

a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC n. 84.412/SP, rel. min. Celso de Mello, DJU 19 abr. 2004).

3. No caso em apreço, apesar do furto de diversas barras de chocolate avaliadas em R\$ 45,00 poder ser considerada ínfima, não merece a aplicação do postulado permissivo, eis que, a folha de antecedentes criminais do paciente, que indica a condenação por crime de roubo transitada em julgado, noticia a reiteração ou habitualidade no cometimento da mesma conduta criminosa.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial, dadas as singularidades deste caso (Habeas Corpus n. 137.794/MG, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 29.9.2009, DJe de 3 nov. 2009) [grifo nosso].

Do mencionado relator, vale ainda referir:

Habeas corpus. Tentativa de furto. *Res furtiva*: bolsa de transeunte em via pública no valor de R\$ 30,00. Conduta penalmente relevante apesar de se tratar de *res furtiva* que pode ser considerada ínfima, a existência de condenação por crime de estelionato transitada em julgado indica a inaplicabilidade, *in casu*, do princípio da insignificância. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. Ordem denegada.

1. Considerando-se que a tutela penal deve se aplicar somente quando ofendidos bens relevantes e necessários à sociedade, posto que é a última dentre todas as medidas protetoras a ser aplicada, cabe ao intérprete da lei repressora delimitar o âmbito de abrangência dos tipos penais abstratamente positivados no ordenamento jurídico, de modo a excluir de sua proteção aqueles fatos provocadores de ínfima lesão ao bem jurídico protegido, abrindo ensejo à aplicação o princípio da insignificância.

2. Verificada a excludente de aplicação da pena, por motivo de política criminal, é imprescindível que a sua aplicação se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como 1) a mínima ofensividade da conduta do agente; 2) a ausência total de periculosidade social da ação; 3) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e 4) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC n. 84.412/SP, rel. min. Celso de Mello, DJU de 19 abr. 2004).

3. No caso em apreço, não merece a aplicação do postulado permissivo, eis que a folha de antecedentes criminais do paciente, que indica a condenação por crime de estelionato transitada em julgado, noticia a reiteração ou habitualidade no cometimento de crime contra o patrimônio.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial, dadas as singularidades deste caso (Habeas Corpus n. 137.018/SP, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 20.10.2009, DJe em 4 nov. 2009). [grifo nosso]

Em precedente interessante, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça deixou de fazer incidir na espécie – furto de barras de alumínio no valor de R\$ 150,00 – o princípio da insignificância ao fundamento de que

Para efeito de aplicação do princípio da insignificância é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. A subtração de mercadorias cujos valores não podem ser considerados ínfimos não pode ser tida como um indiferente penal, na medida em que a falta de repressão de tais condutas representa verdadeiro incentivo a pequenos delitos que, no conjunto, trariam desordem social (Habeas Corpus n. 127.269/SP, rel. min. Laurita Vaz).

Idêntica linha, com percuciência, seguiu-se ao afastar o princípio em outro caso de furto em que o patrimônio público fora atingido, veja-se:

Habeas corpus preventivo. Furto qualificado (art. 155, § 4º, II do CPB). Fios de cobre subtraídos de escola pública municipal, avaliados em, aproximadamente, R\$ 10,00. Desvalor social da conduta. Patrimônio público. Graves conseqüências. Inutilização do sistema de para-raios do estabelecimento de ensino. Inaplicabilidade, na espécie, do princípio da insignificância. parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa suprallegal de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado.

2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC n. 84.412/SP, rel. min. Celso de Mello, DJU de 19 abr. 2004).

3. No caso em apreço, inaplicável o postulado permissivo, eis que evidenciada a relevância do comportamento perpetrado pelo paciente, principalmente porque o referido delito não se identifica como indiferente penal, visto que as conseqüências para o patrimônio público podem ser gravíssimas e estão além do mero prejuízo monetário ou financeiro, devendo atrair para si adequada reprovabilidade.

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada. (Habeas Corpus n. 103.257/SP, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 19.2.2009, *DJe* de 11 maio 2009). [grifo nosso]

Em recente julgado, procedeu em idêntico sentido com relação a crime de responsabilidade de prefeito municipal, disposto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967, ao fundamento de “que não se aplica tal princípio quando há crime contra a Administração Pública, pois o que se busca resguardar não é somente ajuste patrimonial, mas a moral administrativa”, isso em delito que se resumiu à emissão, por parte do agente público, de fornecer ordem para abastecimento de combustível – apenas 20 litros – a ser pago pelo erário, em veículo privado de pessoa que não era funcionário público e nem estava realizando serviço ao município (Habeas Corpus n. 132.021/PB, rel. des. convocado do TJSP Celso Limongi).

E mais: o Superior Tribunal de Justiça, ao cuidar de caso em que houve a tentativa de furto de duas toalhas de mesa, um par de chinelos, um par de meias e uma jaqueta de *nylon*, não aplicou o benefício, ao fundamento de que deve ser feita distinção entre “ínfimo” e “pequeno valor” (Recurso Especial n. 984.368/RS, rel. min. Felix Fischer, j. em 18.11.2008).

Diferente não é no Supremo Tribunal Federal, pois não reconheceu a incidência do princípio da insignificância à hipótese em que houve furto de R\$ 40,00 (quarenta reais), sob a assertiva de que era “toda a renda auferida durante um longo dia de trabalho” pela vítima – dona de um *trailer* de lanche – (Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 96.813/RJ, rel. min. Ellen Gracie, j. em 31.3.2009), sendo que, em outro julgado, ao apreciar *habeas corpus* em que se pretendia a incidência do referido benefício, negou a sua aplicação, ao fundamento de que, *in casu*, tratava-se de furto de um *laptop* pertencente ao patrimônio nacional, isto é, em ambos, considerou a qualificação

da vítima, para afastar a aplicação do princípio (Informativo n. 552 do STF, 22 a 26 jun. 2009. Habeas Corpus n. 98.159/MG, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. em 23.6.2009).

Na mesma sessão, todavia, acredite-se, a Primeira Turma, tratando do crime de descaminho, aplicou o princípio da insignificância destacando para tanto que bastava a apreciação de dois pressupostos: o valor inferior aos R\$ 10.000,00 (dez mil reais) contido no art. 20 da Lei n. 10.522/2002 e o fato de a mercadoria, objeto do delito, ter sido apreendida (Informativo n. 552 do STF, 22 a 26 jun. 2009. Habeas Corpus n. 96.661/PR, rel. min. Cármen Lúcia).

De outro lado, no caso de furto contra duas vítimas, o mesmo Tribunal não aplicou o princípio da insignificância, em razão do concurso material, dando destaque ao fato de que o denunciado apresentou ser propenso à prática de pequenos delitos, que não podem passar despercebido pelo Estado, dando enfoque à condição de necessidade da vítima, a qual teve seu patrimônio expressivamente ofendido com o furto de uma bicicleta (Informativo n. 549 do STF, 1º a 5 jun. 2009. Habeas Corpus n. 96.003/MS, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. em 2.6.2009).

Em outro julgado, argumentando que a fé pública teria sido violada sobremaneira, em crime de moeda falsa, afastou a aplicação do princípio da insignificância à hipótese (Habeas Corpus n. 96.153/MG, rel. min. Cármen Lúcia, j. em 26.5.2009). O Superior Tribunal de Justiça, em decisão análoga assim também entendeu, isto é, em razão de o delito atingir a fé pública, há “interesse estatal a sua repressão” (Informativo n. 393 do STJ, 4 a 8 maio 2009. Habeas Corpus n. 129.592/AL, rel. min. Laurita Vaz, j. em 7.5.2009).

Em sede liminar, o Supremo Tribunal Federal deixou de reconhecer a aplicação do princípio em caso de furto, no qual foram subtraídas balas de goma, no valor de R\$ 98,00 (noventa e oito reais), sob a motivação de que o denunciado “já havia incursionado em tal campo, surgindo condenação penal”, ou seja, “voltou a claudicar na arte de proceder em sociedade” (Habeas Corpus n. 98.944/MG, rel. min. Marco Aurélio, decisão proferida em 8 maio 2009). De outro vértice, aquela Corte, e em autos da mesma relatoria, decidiu aplicar o princípio da

insignificância em hipótese de sonegação de tributos, arguindo que, no caso, descabia “levar em conta atos diversos do agente” (Habeas Corpus n. 88.771/PR, rel. min. Marco Aurélio, j. em 19.2.2008).

E, em precedente curioso, o mesmo Tribunal definiu:

Habeas corpus. Penal. Furto. Princípio da Insignificância. Inaplicabilidade. Reparação do dano. Atenuação da pena. Aplicação, por analogia, do disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/1995, visando à extinção da punibilidade em relação aos crimes descritos na Lei n. 8.137/1990. Supressão de instância.

1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa, cautelosa e casuística. Devem estar presentes em cada caso, cumulativamente, requisitos de ordem objetiva: ofensividade mínima da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado. Hipótese em que a impetrante se limita a argumentar tão-somente com o valor do bem subtraído, sem demonstrar a presença dos demais requisitos.

2. A reparação do dano após a consumação do crime, ainda que antes do recebimento da denúncia, confere ao paciente somente a atenuação da pena; não a extinção da punibilidade.

3. A pretensão de que seja aplicado, por analogia, o disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/1995, visando à extinção da punibilidade em relação aos crimes descritos na Lei n. 8.137/1990, não pode ser conhecida, porque não examinada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Habeas corpus conhecido, em parte, e denegada a ordem nessa extensão. (Habeas Corpus n. 92.743/RS, rel. min. Eros Grau, j. em 19.8.2008).

O que se vê, na verdade, é que até hoje não está claramente definido no Superior Tribunal de Justiça e notadamente no Supremo Tribunal Federal em qual hipótese deve ser aplicado o princípio da insignificância. Isso porque, ora consideram-se aspectos relacionados ao agente, ora não; ora se utilizam de tarifação, ora não; ora determinado valor é considerado irrelevante, ínfimo, ora, o mesmo valor, ou superior, diga-se, não.

Efetivamente a aplicação do princípio da insignificância não é tarefa das mais simples, especialmente se se relevarem todos os pressupostos que devem ser verificados à sua incidência, no entanto, não

há de se admitir que, para determinados delitos, a exemplo do furto, do estelionato, as mais altas cortes judiciárias aleatoriamente não venham a considerar irrelevante um suposto prejuízo de R\$ 100,00, em razão da qualificação da vítima e da vida pregressa do agente, mas, ao tratar do delito de descaminho, de forma totalmente díspar, afirmam que R\$ 10.000,00 é penalmente irrelevante, mesmo que esse valor tenha sido iludido do erário, ou seja, bem destinado à sociedade, e pouco importando a habitualidade do agente nestes tipos de infrações.

4.2 A aplicação de forma desenfreada, sem critério e equivocada do princípio da insignificância nos crimes de descaminho e a urgência de revisão no posicionamento jurisprudencial atual a respeito dos fatores que a delineiam, ante o não atendimento aos conceitos fundamentais da teoria da insignificância penal e às normas e aos preceitos constitucionais que objetivam preservar a ordem social, econômica e financeira

Consoante anteriormente dissertado, e sendo inegável o seu caráter universal do princípio da insignificância, observa-se que este vem sendo aplicado não só nos casos que envolvem o patrimônio privado, mas também os que atingem o patrimônio público e, alerta-se, com todas as licenças, de forma nada razoável, porquanto é inviável admitir-se de menor importância a conduta que afeta gravemente valores administrados pelo Estado, mas que, na verdade, pertencem à coletividade.

Cuidando das garantias constitucionais, Ferrajoli (2006, p. 114-115) expressa que o direito de liberdade tem certo custo, e faz distinção teórica entre as garantias negativas (dos direitos de liberdade) e as garantias positivas (dos direitos sociais), sendo umas consistentes nos limites de proibição de lesão e outras em vínculos e obrigações de prestação, asseverando que os direitos sociais, como a saúde e o meio ambiente, requerem limites e proibições de lesão, enquanto os direitos de liberdade, de segurança, requerem obrigações de fazer a cargo de custoso aparato policial e judicial.

Cumpra asseverar, então, que a forma como vem sendo aplicado o princípio da insignificância nos casos de crimes de descaminho indubitavelmente fere, por outras vias, os princípios da moralidade e da eficiência, constitucionalmente consagrados.

Referido tema, em termos práticos, é bem delineado por Amorim – citado no voto em que o Superior Tribunal de Justiça julgou recurso repetitivo –, o qual publicou artigo intitulado *O uso indevido do princípio da insignificância* (2007, p. 27), veja-se:

A fim de expor mais claramente nossa dissensão em relação a tal posicionamento, faz-se necessário lembrar que os delitos de descaminho, contrabando e o de apropriação indébita previdenciária ferem diretamente o patrimônio público, na medida em que se não recolhem tributos essenciais às atividades estatais.

Ora, para nós é clara a enorme ofensividade de um delito de descaminho, contrabando ou de apropriação indébita previdenciária que atinge os cofres públicos em até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou mesmo R\$ 1.000,00 (mil reais). Esses valores deveriam ser aplicados na saúde, educação e seguranças públicas, dentre outras finalidades obrigatórias do Estado brasileiro, expostas no art. 3º da Constituição da República, quando não for o caso de destinação específica.

Com a devida vênia, como se pode afirmar que não tem relevância o resultado de um crime que diminui a capacidade do Estado em fornecer um mínimo de qualidade nos serviços públicos que presta, causando a morte de milhares de pessoas anualmente?

Como enxergar insignificância no desfalque de numerário público, quando o quadro que se apresenta no país é de falta de aulas nas escolas públicas, epidemias medievais atingindo a população sem saneamento público, mortes em filas de hospitais públicos por falta de atendimento?

Mais a frente, ressaltando o soar falso do perdão da dívida pelo Estado, destaque com o qual se concorda plenamente, acrescenta:

Decorre desses postulados básicos que o Estado, na administração da coisa pública, tem sua atuação vinculada ao interesse público e não pode, verdadeiramente, perdoar ou se desinteressar de arrecadar valores extremamente necessários à consecução dos objetivos postos na CR de 1988, postos também de maneira cogente, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir outras formas de discriminação.

Na verdade, apenas por falta de melhor estrutura administrativa, ou porque a movimentação da máquina judiciária consome também recursos estatais, é que o Estado não cobra valores abaixo do limite estabelecido legalmente. Trata-se, tão-somente, de uma relação de custo benefício.

Esta parca estrutura administrativa, todavia, não tem o condão de afastar a tipicidade da conduta de quem pratica os crimes de descaminho, contrabando ou apropriação indébita previdenciária (AMORIM, 2007, p. 27, citado no voto do STJ).

O autor finaliza seus comentários bem salientando a contradição nos argumentos que levam o Estado a não cobrar aludidas dívidas, isto é, não as executa porque os recursos são escassos e, ao mesmo tempo, quanto menos se executar judicialmente (e mais se perdoar), mais parcos serão os recursos, destacando que a definição do que é penalmente relevante “não pode ficar ao arbítrio da Administração Pública, em interesse público secundário nitidamente desvinculado do interesse público primário”, sem qualquer outro parâmetro de razoabilidade.

Stoco (2003, p. 383), ao expor a respeito do patamar a ser utilizado para se aferirem determinadas condutas como insignificantes no âmbito penal, lembra que:

[...] cabe considerar que o conceito de “significância” e “pequeno valor”, como acima afirmado, são eminentemente subjetivos no plano socioeconômico, pois em determinadas Capitais de Estados (ou Províncias, em alguns Países da América do Sul) um trabalhador que ganha salário mínimo não sobrevive, enquanto que em outros Estados, residindo no interior, percebe metade ou um quarto desse valor e consegue sobreviver.

Muito embora Marcelo Cardozo da Silva critique o patamar antes adotado em alguns julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (R\$ 100,00 e R\$ 1.000,00) para fins de aplicação do princípio da insignificância, reconhece que:

[...] o argumento central, firmado no sentido de que *aplica-se o princípio da insignificância, em crime de descaminho, ao não-pagamento de imposto em valor em relação ao qual o próprio Estado manifestou o seu desinteresse pela cobrança*, vale dizer, no sentido de que o desinteresse fiscal retiraria a possibilidade de aplicação da norma penal incriminadora, não encontra respaldo na realidade normativo-tributária do descaminho: primeiro, porque o Fisco sempre age, nas hipóteses de descaminho,

independentemente do valor da mercadoria, exigindo o tributo e aplicando, por regra, a pena de perdimento; segundo, porque há, sistematicamente, a aplicação da pena de perdimento, não havendo o ajuizamento de execuções fiscais (SILVA, M., 2007, p. 53).

Queiroz (2008, p. 52), elucidando a questão referente ao valor utilizado ao reconhecimento do princípio da insignificância, alerta que:

[...] o caso não é propriamente de insignificância jurídico-penal da ação, pois é evidente que não se pode ter à conta de irrelevante uma soma próxima de R\$ 10.000,00, tanto que a Fazenda Nacional renuncia só à execução forçada do crédito, mas não à cobrança administrativa, ou seja, não perdoa a dívida. O caso é, mais exatamente, de adoção do princípio da proporcionalidade/subsidiariedade, uma vez que, se não é necessária/adequada a intervenção menos grave (civil), tampouco será a mais grave (penal).

Concepção diferente das teorias até aqui postas é a abalizada por Ribeiro (2008, p. 73), que, ao tratar da aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho, entende que o critério exclusivamente relativo ao *quantum* do tributo sonegado não pode servir por si só como parâmetro quantificador do desvalor do resultado, aduzindo que:

Levando-se em consideração a *objetividade jurídica* que prepondera atualmente, voltada para os interesses fiscais do Estado e setores da indústria nacional, esse critério é insuficiente. Para se garantir a proteção a esses bens jurídicos, resguardando a função fiscal e extrafiscal da atividade tributária, a medição da lesão causada para aplicação do princípio da insignificância deve ter em conta não só o tributo, mas a “obrigação tributária principal” convertida em “crédito tributário”, a qual surge com a verificação do fato gerador e tem por objeto o pagamento de *tributo* ou *penalidade pecuniária* (art. 113, § 1º, do CTN); mormente porque, pragmaticamente, é a multa que mais promove a equiparação de preços entre produtos nacionais e estrangeiros. Assim, ao valor do tributo soma-se também o *quantum* da penalidade pecuniária oriunda do ilícito fiscal (RIBEIRO, 2008, p. 73-74).

Apesar de adotar como teto para a incidência em apreço o *quantum* referendado pelo Supremo Tribunal Federal, o autor acrescenta com propriedade que na

hipótese de crime praticado por meio de *associação* ou *organização criminosa* é inaplicável o princípio descriminalizador, ainda que ínfimo

o desvalor do resultado, devido ao alto grau de desvalor da ação, ou seja, a conduta é ética e socialmente muito reprovável. Evita-se, assim, que cidadãos se aproveitem da abertura resultante da não intervenção do direito penal, associando-se a outros para a internação de grande quantidade de mercadorias (RIBEIRO, 2008, p. 77),

assinalando que a “reiteração criminosa, ultrapassado um limite, também atua de forma negativa ao reconhecimento da conduta *penalmente* insignificante, sob a ótica da *progressiva ao bem jurídico tutelado*” (RIBEIRO, 2008, p. 78).

De outro vértice, confrontando-se o entendimento doutrinário compilado, observa-se que o tema é extremamente controverso, sendo que há autores que, apesar de defenderem o valor mais alto para a aplicação do princípio da insignificância – R\$ 10.000,00 –, são efetivamente contrários à sua incidência diante de aspectos subjetivos desfavoráveis do agente, enquanto alguns adotam o *quantum* que realmente extingue a possibilidade de execução fiscal – R\$ 100,00 –, contudo, não admitem que se levem em consideração critérios subjetivos do agente que fuge da estrutura típica da conduta.

Reis (2004, p. 14), em síntese, conclui:

a) o princípio da insignificância tem incidência no delito de descaminho; b) o grau de ofensividade da conduta deve ser considerada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias em si; c) incide o princípio se o valor devido, por força do descaminho de bens, for igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais) – art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002; e d) é indiferente que o acusado tenha maus antecedentes, seja reincidente ou esteja respondendo a processos pelo mesmo crime, pois para a aplicação da bagatela só se devem considerar aspectos objetivos, pouco importando, portanto, as circunstâncias de caráter eminentemente pessoal.

Sem desmerecer o entendimento majoritário da doutrina – Rui Stoco, Damásio de Jesus, Marcelo Cardozo da Silva, Luiz Flávio Gomes, Laerte Vieira Gonçalves Neto, Julio Dalton Ribeiro, Tiago do Carmo Martins, Pedro Roberto Decomain –, há de se destacar que o princípio da insignificância vem sendo empregado de forma desenfreada e sem critério, podendo-se até ousar dizer, por vezes, equivocada.

Segundo afirmado por Machado (2008, p. 82), ao discorrer a respeito do princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária, a “realização do tipo penal destrói de algum modo a eficácia do sistema normativo e degrada a ordem tributária”.

Em princípio, consoante salientado por Fischer (2006, p. 231), mister lembrar que os “danos materiais que os delitos econômicos produzem são muito maiores do que aqueles ocorrentes na *tradicional delinqüência* correlata, porém, protetora dos interesses individuais”. Citando Pablo Galain, o autor sustenta que:

[...] o Direito Penal Econômico não tem como *principal meta* a proteção de bens jurídicos individuais (ao menos de forma imediata), mas, sim, contrapondo-se aos postulados liberais em matéria penal, pretende solucionar os aspectos da vida moderna em sociedade. Diz ainda que esses delitos “*afectam diretamente a um bien jurídico colectivo o supraindividual, de contenido, confiriendo de este modo a la infracción la cualidad de sócio-económica*” (FISCHER, 2006, p. 127).

Assim, a despeito da legislação tributária, do entendimento abraçado pela Suprema Corte, da judiciosa colocação doutrinária, vê-se que o tema ainda se encontra à mercê de infinitas considerações e debate, sendo oportuno esboçá-las, mesmo que rapidamente, a título de indagação e em busca de reflexão.

O tipo inculcado no art. 334 do Código Penal foi criado com o objetivo de proteger o cidadão tanto em relação à qualidade das mercadorias expostas ao seu consumo quanto à arrecadação de tributos que em seu favor reverte, sendo importante, aliás, fazer-se referência ao Imposto de Importação (II), que se cuida de tarifa *extrafiscal*, alfandegária brasileira, no âmbito federal, e que possui como fato gerador a entrada de produtos estrangeiros no território nacional, tendo função meramente econômica ou regulatória. Aludido delito tem a Administração Pública como o bem juridicamente protegido, sendo mister referir, ainda, a higidez da arrecadação tributária e o interesse da indústria nacional diante da concorrência desleal (MARTINS, 2006, p. 46).

A respeito do tema, leia-se ensinamento de Greco (2009, p. 524):

Hoje em dia, as ruas dos grandes centros urbanos encontram-se congestionadas pelo comércio ambulante, geralmente, praticado na ilegalidade. São expostos e vendidos produtos que não passaram por

qualquer controle de qualidade e que, no entanto, atraem o grande público em razão dos baixos preços com que são comercializados. Embora nosso país sempre tenha vivido a realidade das desigualdades sociais, onde os ricos ficam cada vez mais abastados e os pobres cada vez mais miseráveis, onde o conceito constitucional de igualdade de todos perante a lei é puramente formal, onde a corrupção fincou a sua “barraca” no interior da Administração Pública, existe a necessidade de proteger o Estado e, conseqüentemente, todos os cidadãos, no que diz respeito à importação e exportação de mercadorias proibidas, ou quando, embora permitidas, a lesão importa na ilusão, no todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

Carvalho (1983, p. 4-5) bem explicita a relevância penal do tipo, salientando que o descaminho se diferencia dos demais delitos de sonegação fiscal, haja vista atingir a própria “soberania estatal, como entrave à autodeterminação do Estado, como obstáculo à segurança nacional em seu mais amplo sentido”.

Ora, não há fórmulas invariáveis para o Direito Penal. Cada caso deve ser analisado individualmente. Conforme bem exposto por Stratenwerth (2005, p. 25), é duvidoso que questões jurídico-penais realmente possam ser resolvidas de forma geral, só decididas em atenção às particularidades do tipo delituoso individual, ou seja, não é razoável levar-se a cabo a generalização.

Diverso não é o entendimento exposto por Piva (2000, p. 64), ao discorrer que:

[...] rezando pela devida aplicação da boa política criminal que rege nossa realidade fática diária no Processo Penal, cresce o entendimento que vem sendo construído dogmaticamente pela festejada doutrina pátria, bem como, pela indelével orientação jurisprudencial de que o princípio da insignificância como excludente de ilicitude penal deve ser percutientemente estudado e devidamente aplicado, analisando-se as peculiaridades de cada caso concreto que nos é apresentado.

A primeira assertiva que se faz, então, no que concerne ao delito de descaminho, é com relação a valores. Se o princípio da insignificância é aplicado em razão do desvalor do resultado, ou seja, quando o bem tutelado atingido é penalmente irrelevante ou, melhor dizendo, de valor ínfimo, não pode ser utilizado como parâmetro *quantum*

que diverge de acordo com a edição de legislação tributária, como no caso do crime em comento. As normas relativas às execuções, por exemplo, são diferentes com relação ao INSS e aos tributos decorrentes de importação. O elastério entre ambas é gritante e mesmo assim são equiparadas quando se trata de aplicação do reconhecimento bagatela. Isso sem se considerarem os valores ponderados para os delitos contra o patrimônio privado, como no caso de furto, estelionato etc. Indubitavelmente há desrespeito aos princípios da isonomia e da proporcionalidade. Jamais os tribunais pátrios (e nem devem) entenderão como penalmente irrelevante ou insignificante o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) ou de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para estas infrações. Até mesmo para se aplicar a figura do privilégio utiliza-se como patamar o salário-mínimo. Tal raciocínio leva a crer que a utilização do *quantum* definido na legislação tributária para fazer incidir o princípio da insignificância nas hipóteses de infrações dispostas no art. 334 do Código Penal é totalmente falha e incoerente. Não fosse assim, o critério que aqui se contesta – cobrança judicial dos valores na esfera cível – poderia ser utilizado também em relação aos demais delitos, o que, sabe-se, não ocorre.

Ao se referir ao princípio da insignificância concernente ao crime de descaminho, Greco (2009, p. 532) destaca:

Apesar da posição assumida pelos nossos Tribunais Superiores, não entendemos deva o mencionado art. 20 servir de parâmetro para efeitos de aplicação do raciocínio relativo ao princípio da insignificância, pois que isso resultaria em situações evidentemente injustas, a exemplo, daquele que é condenado por ter praticado um furto no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), enquanto outro agente, autor de um delito de descaminho, seria absolvido por ter iludido o pagamento de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) para o Estado.

Não se pode considerar a falta de interesse da Fazenda Pública no sentido de processar suas execuções fiscais de débitos com valores inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para efeito de reconhecimento da insignificância. Uma coisa é o desinteresse em dar início à execução fiscal por questões de ordem econômica (ou seja, o custo do processamento judicial pode ser superior ao valor executado); outra coisa é se, no caso concreto, existe tipicidade material, o que nos parece evidente, tendo em vista o elevado valor previsto pelo art. 20 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004.

Assim, embora esteja consolidada, em nossa jurisprudência, a aplicação do princípio da insignificância no caso em estudo, com a devida *venia*, ousamos discordar desse raciocínio, pois, caso contrário, também deveria ser ampliado, a fim de atingir algumas infrações de natureza patrimonial, a exemplo do delito de furto, gerando, conseqüentemente, o caos social.

A respeito da tarifação, peculiar e oportuna é a doutrina advertida por Fischer (2010, p. 43-44):

Efetivamente não concordamos com este *tarifamento* para incidência do princípio da insignificância penal com violação manifesta do princípio da legalidade. De outro norte, fica bastante complexo (senão impossível) compreender pelo prisma da lógica argumentativa por quais motivos se aplica o princípio da insignificância aos delitos de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 e arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, ambos do CP), levando-se em conta unicamente o patamar de R\$ 10.000,00 da lesão causada, e *não se* adota o mesmo no caso de delitos de estelionato em detrimento do Estado, na medida em que os bens jurídicos tutelados nos delitos referidos são o erário público, pois se tratam de delitos (unicamente) patrimoniais e que em sua maioria, envolvem fraudes perpetradas. Aliás, o delito previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 guarda bastante similitude com o de estelionato (art. 171 do CP). Em ambos há a prática de uma fraude em que o objetivo é a obtenção de uma vantagem indevida, com o único detalhe tipológico que, nos delitos de sonegação fiscal, a *vantagem* perseguida é a *redução* ou *supressão* de tributo (ou de contribuição previdenciária, se analisado o crime do art. 337-A, CP). Exatamente por isso é que (e concordamos com tal posicionamento) a jurisprudência majoritariamente vem reconhecendo que, se a fraude cometida em detrimento do Estado foi para obter uma *restituição* de imposto de renda maior do que a que seria devida, não há se falar em sonegação fiscal (porque não *suprimido* ou *reduzido* tributo), mas sim em *estelionato em detrimento da União*.

Entendemos que esse uso indiscriminado de um verdadeiro *minimalismo penal* (que não se amolda à íntegra dos postulados garantistas: como diz Ferrajoli, o abolicionismo é a antítese do garantismo), notadamente nos casos em que a vítima é o Estado, poderá conduzir a uma total desproteção sistêmica.

Além disso, com o devido respeito, há de se rechaçar o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o valor que extingue a possibilidade de execução da dívida confunde-se com o *quantum* que apenas permite o seu arquivamento, sem

baixa, ou seja, pode vir a ser reativado o feito no momento em que a ilusão ultrapassar o valor temporariamente aceito.

Novamente Fischer (2010, p. 41-42), ao tratar da interpretação isolada dada ao art. 20 da Lei n. 10.522/2002, expõe:

Para quem se vincula unicamente à questão de execução (cobrança) no âmbito cível, é de se ver inicialmente que, como muito bem salienta o ministro Eros Grau em sua famosa obra de hermenêutica jurídica (embora não nos pareça seja essa a sua condução silogística ao proferir a decisão retromencionada), não se pode(ria) interpretar o direito em tiras. Em sua lítera, “a interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. Sem aprofundar noutras searas hermenêuticas, há se atentar que o art. 20 (invocado aos cantos) não está isolado. Ele contém (entre outros) o § 1º (vinculado ao *caput*, conforme disposto na LC n. 95), que dispõe “os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados”.

Ainda quanto ao valor estabelecido como teto à aplicação do princípio e a sua ligação direta com a legislação tributária, impende destacar que o fato de o Estado “perdoar” a dívida em alguns casos e manter arquivadas outras hipóteses, por determinado período, não significa *de per se* que é administrativamente irrelevante. Simplesmente demonstra que, por vezes, é mais custosa a burocracia necessária à cobrança judicial e o quanto a máquina estatal não possui aparatos para recuperar os desfalques que geram insegurança e conturbação na ordem social e econômica. Ademais, a não cobrança destas dívidas contribui em progressão geométrica com a dificuldade para que se criem mecanismos que revertam a situação.

Por fim, quanto a este aspecto, há de se ressaltar que nosso país apresenta alto nível de miserabilidade, em parte, causada, até mesmo, pela prática dos chamados delitos econômicos e tributários, pois, diante da ausência de pagamento, seja pela sonegação propriamente dita, seja pela consideração da insignificância da dívida reconhecida pelo Estado, menos se arrecada e menos se pode subsidiar em relação à saúde, à educação, ao saneamento básico etc.

Um segundo ponto a se repensar, não obstante a doutrina praticamente esteja consolidada nesse sentido, é a questão da atipicidade da conduta considerada irrelevante, ou seja, mesmo que o agente perpetre todos os elementos normativos do tipo inserto na legislação penal, o fato será tido como materialmente atípico diante da sua insignificância. O entendimento majoritário prende-se demasiadamente na inexistência de prejuízo, desvalor do resultado, ou seja, uma verdadeira *civilização* do Direito Penal. Isso dificulta a forma que se vai proceder nos casos de tentativa, nas hipóteses em que o bem atingido é devolvido e naquelas em que o bem juridicamente tutelado sequer possui valor patrimonial. Partindo da premissa doutrinária, seriam atípicos, mas não é o que, certamente, ocorre na prática. Na verdade, é de questionar-se a questão relacionada à exclusão da tipicidade, porquanto, moralmente, embora não seja objeto deste estudo, seria mais adequado assumir-se que o princípio, seja em qual for o delito, é realmente aplicado por pura política criminal, motivo por que melhor se justificaria se considerado como excludente de pena.

Ultrapassada a altercação referente à atipicidade, cabe discutir a respeito dos critérios subjetivos pertinentes ao agente para o cabimento da aplicação do princípio ou não. E isso porque, apesar da orientação, por vezes, divergente da Corte Suprema, entende-se inconcebível que o contumaz seja privilegiado com o reconhecimento da insignificância, ao iludir, por exemplo, por cinco vezes o fisco, cada qual no valor de R\$ 2.000,20 (dois mil reais e vinte centavos), totalizando R\$ 10.001,00 (dez mil reais e um real), enquanto este não incide para aquele que, de forma isolada, que por um único fato, um deslize impensado, tenha deixado de recolher tributo no valor de R\$ 10.000,01 (dez mil reais e um centavo). Poder-se-ia se dizer que estas questões deveriam ser resolvidas nos moldes do princípio da oportunidade, conforme demonstrado por Armenta Deu (1991, p. 24), que elucida que por mais que se argumente a falta de importância do delito individualmente considerado, o fato é que, de forma massificada e reiterada, acaba sendo eliminado da esfera da insignificância. Na concepção da doutrinadora, para se considerar determinada conduta insignificante, deve-se levar em conta o valor econômico no caso

apreciado, a ausência de grave desvalor do fato e da ação, e a não reincidência do autor (ARMENTA DEU, 1991, p. 36).

É certo que o Direito Penal, considerando-se os princípios da intervenção mínima e da insignificância, deve se fazer presente tão somente nos casos em que os demais instrumentos extrapenais não forem suficientes para solucionar ou resolver determinada conduta, conforme repetidamente já exposto e lecionado por Roxin (2008, p. 408), pois tem caráter subsidiário.

Essa é exatamente a questão presente. A Administração Pública, pelos seus órgãos fiscais executivos, não tem aparelhamento na esfera judicial para abarcar as hipóteses em que o agente pratica o tipo disposto no art. 334 do Código Penal – crime de descaminho – com valores até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), optando por privilegiar a cobrança em juízo apenas dos superiores ao referido *quantum*, razão bastante para buscar solução no âmbito criminal e não interpretar que administrativamente aquele comportamento é irrelevante, mesmo porque continua sua cobrança em sede não judicial entre os valores de R\$ 100,00 (cem) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Interpretar, aliás, que a conduta em comento, na esfera administrativa, não tem relevância, em respeito às opiniões contrárias, leva a crer que não passa de um equívoco, porquanto mediante esclarecimentos dados em documento oficial da lavra do douto procurador-chefe da Dívida Ativa da União, em atuação na 4ª Região, chega-se à conclusão de que a Administração, em hipótese alguma, despreza o referido valor, leia-se:

Nos termos do inciso I do art. 1º da Portaria MF n. 049, de 1º de abril de 2004, do exmo. sr. ministro de Estado da Fazenda, os débitos para com a Fazenda Nacional de valor consolidado superior a R\$ 1.000,00 são inscritos em Dívida Ativa da União (DAU) nos moldes do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

A partir do momento em que o débito altera sua condição para inscrito, a Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) passa a cobrá-lo, administrativamente, independentemente do *quantum* devido. Vale dizer, conquanto o valor não seja suficiente para a realização do ajuizamento (art. 1º, inc. II, Portaria MF, n. 49 – R\$ 10.000,00), a PFN pratica atos administrativos visando à satisfação do crédito público, como o envio de cartas de cobrança [...] e a inclusão do CNPJ/CPF de contribuinte

no Cadastro de Inadimplentes (CADIN) na forma e tempo previstos no art. 2º da Lei n. 10.522/2002.

Convém anotar, por fim, que o débito inscrito de pequeno valor, assim entendido menor de R\$ 10.000,00, é considerado como restrição para fins de certificação fiscal e de restituição/ressarcimento de tributos (art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287/2006) (Ofício n. 0068/09-PDA/PRFN4R/RS, de 8.9.2009).

Corroborando a informação transcrita decisão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça que, ao analisar recurso repetitivo, assim decidiu:

Tributário. Execução fiscal. Pequeno valor. Arquivamento do feito sem baixa na distribuição. Recurso submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da resolução STJ 08/2008.

1. As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com a redação conferida pelo art. 21 da Lei n. 11.033/2004.

2. Precedentes: EREsp n. 669.561/RS, rel. min. Castro Meira, DJU de 10.8.2005; EREsp n. 638.855/RS, rel. min. João Otávio de Noronha, DJU de 18.9.2006; EREsp n. 670.580/RS, rel. min. Teori Albino Zavascki, DJU de 10.10.2005; REsp n. 940.882/SP, rel. min. Teori Albino Zavascki, DJe de 21.8.2008; RMS n. 15.372/SP, rel. min. Humberto Martins, DJe de 5.5.2008; REsp n. 1.087.842, rel. min. Benedito Gonçalves, DJe de 13.4.2009; REsp n. 1.014.996/SP, rel. min. Denise Arruda, DJe de 12.3.2009; EDcl no REsp n. 906.443/SP. Rel. min. Luiz Fux, DJe de 27.3.2009; REsp n. 952.711/SP, rel. min. Mauro Campbell Marques, DJe de 31.3.2009.

3. Recurso representativo de controvérsia, submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

4. Recurso especial provido (Recurso Especial n. 1.111.982/SP, rel. min. Castro Meira, j. em 13.5.2009).

Mister esclarecer que, no caso ora transcrito, a Fazenda Nacional recorreu da decisão que extinguiu o processo de execução sem resolução do mérito, ante a falta de interesse de agir da União, em razão de o valor do tributo iludido não ultrapassar o valor dos R\$ 10.000,00 (dez mil reais), todavia o Órgão Fracionário daquela Corte judiciária estabeleceu que a lei autoriza somente o arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, sendo que a Lei n. 10.522/2002 prevê a sua reativação quando o *quantum* do débito ultrapassar o limite

indicado, tendo o relator do recurso especial assinalado, à época, que o espírito da norma é desobstruir a máquina judiciária dos processos com o referido valor, ante a necessidade de “evitar os custos da cobrança, que pode equivaler, ou até superar o valor do crédito da execução, sem que haja para o contribuinte o incentivo ao inadimplemento de suas obrigações tributárias”, oportunidade em que acrescentou:

Na prática, o arquivamento sem baixa também obriga o contribuinte a regularizar sua situação fiscal sempre que necessite de uma certidão negativa, seja da Justiça Federal seja das repartições fiscais.

Não há falar, de outro lado, que o Poder Judiciário não tem legitimidade para legislar, decidindo o que é ou não relevante. O julgador, ao deliberar se suposto comportamento é ou não insignificante, isto é, se merece ou não repreensão penal, não está criando norma nova, pois nada mais está fazendo do que aplicar a lei e os princípios nela contidos, motivo por que, ao decidir se respectiva conduta merece ser apenada, não está usurpando o poder legiferante. As esferas, repita-se, são independentes.

Enfim, consoante ressaltado no decorrer deste ligeiro e singelo estudo, muitas dúvidas pairam no que concerne à aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho, que se entende vem sendo veiculada de forma desenfreada, sem critério, por vezes até equivocada. Daí por que a necessidade e a relevância de que os tribunais superiores e em especial a Suprema Corte revejam a diretriz adotada atualmente, especialmente para que passem a vedar a incidência nos casos em que moralmente seja inviável aceitar que determinada conduta, até então socialmente repudiada, de forma transcendente, passe a ser lícita, como subtrair R\$ 10.000,00 (dez mil reais) da coletividade, o que, respeitando judiciosas opiniões em contrário, atenta contra os conceitos fundamentais da teoria da insignificância penal e não atende às normas e aos preceitos constitucionais que objetivam preservar a ordem social, econômica e financeira.

5 Considerações finais

Contata-se que, no afã de fazer-se cumprir os princípios constitucionais, fundados na intervenção mínima do Direito Penal e na

teoria do garantismo, e considerando a falha do poder legiferante, uma das hipóteses que se encontra implicitamente contida na lei fundamental é a da aplicação do princípio da insignificância.

Sua incidência, no entanto, consoante vasto magistério doutrinário e jurisprudencial, deve ter prevalência nos casos em que se fizerem presentes determinados pressupostos, quais sejam, que a conduta do agente esteja imbuída de mínima ofensividade possível; que a ação ou omissão não se traduza em periculosidade social; que o comportamento do agente revele grau de reprovabilidade reduzido; e que a lesão jurídica provocada seja inexpressiva, a ponto de entender-se que, na espécie, o Direito Penal, em razão do seu caráter subsidiário, não deva intervir.

Essa, contudo, não é a diretriz que vem sendo seguida pelos tribunais, haja vista que, inúmeras vezes, estes vêm reconhecendo a insignificância penal de forma incoerente e sem a mínima proporção, ou seja, ora utiliza-se de determinado pressuposto, ora não, o que se verificou também ocorrer quando se trata do delito de descaminho.

O entendimento jurisprudencial por bom tempo oscilou, tendo o Supremo Tribunal Federal, com relação ao crime disposto no art. 334 do Código Penal, pacificado que é insignificante a conduta de quem, mesmo que de forma reiterada, iludir os tributos no valor de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), isso como razão motivadora o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com a redação dada pela Lei n. 11.033/2004, tendo em vista o fato de que determina o arquivamento, sem baixa na distribuição, os autos de execução fiscal cujos débitos não ultrapassem o referido numerário.

No entanto, observa-se que, ao contrário do que vem sendo consolidado pelos tribunais, inviável adotar-se a premissa de que, ao se cuidar do delito de descaminho com tributos iludidos no valor retro mencionado, a conduta não tem relevância penal, haja vista a administração considerá-la irrelevante.

Isso porque, consoante a própria lei estabelece no dispositivo mencionado, para quem se fixa no critério de cobrança cível, os autos de execução fiscal ficam arquivados apenas temporariamente, podendo-se lançar a assertiva que esta determinação é decorrente tão somente do fato de o aparelho estatal não ter estrutura suficiente a

efetuar a devida cobrança que, por vezes, acaba sendo mais custosa que o tributo a ser creditado.

Daí a razão pela qual se conclui, na oportunidade, que as condutas são sim relevantes e a aplicação do princípio da insignificância vem sendo disseminada de maneira desenfreada, sem critério e equivocada, notadamente quando se trata do crime de descaminho, no qual se tem utilizado de tarifação que não se coaduna com os princípios constitucionalmente albergados.

O princípio da insignificância deve ser aplicado, sim, aos casos em que a irrelevância da conduta do agente mostre-se indubitavelmente de nenhuma importância para a esfera penal e isso só se concretizará se o caso concreto, considerando-se inclusive fatores como a condição da vítima e a avaliação do comportamento do autor do fato, devendo-se examinar também a sua vida *ante acta*, for devida e individualmente analisado, ou seja, não há de se tarifar, não há de se impor um molde para a sua incidência.

Tudo isso demonstra que é hora de revisar o posicionamento jurisprudencial atual a respeito dos fatores utilizados para a aplicação do princípio da insignificância, sendo mister lembrar que a jurisprudência, chamada pelo já citado Stratenwerth de "*Derecho Judicial*", é fonte de Direito de forte relevo, ou seja, a atividade decisória do julgador, embora dependente da interpretação da norma formalmente vigente, junto ao hodierno costume social e executada com criatividade, tem enorme poder dialético, suficiente para se alterar, como no tema ora em questão, a diretriz seguida pelos julgadores, a fim de que se façam atender às normas e aos preceitos constitucionais que objetivam preservar a ordem social, econômica e financeira.

Antes de tudo, e no dizer de Descartes, é preciso que nunca se aceite, por verdadeira, coisa nenhuma que não se conheça como evidente. Parafraseando-o e adaptando seu pensamento ao tema ora exposto, pode-se dizer que não deve ser incluído no juízo de valor o atual posicionamento jurisprudencial em relação aos parâmetros utilizados à aplicação do princípio da insignificância aos delitos de descaminho, pois se causador da mínima dúvida, não se apresenta tão claro e tão distintamente no espírito a ponto de ser acolhido sem rediscussão das controvérsias.

Referências

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. O uso indevido do princípio da insignificância. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, n. 73, p. 26-29, mar. 2007.

ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*: Alemania y España. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991. 258 p.

CALLEGARI, André Luís. O princípio da intervenção mínima no direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 769, p. 456-460, nov. 1999.

CARTAXO JUNIOR, Rubens. A propósito de cebola, alho e caldo de carne: uma reflexão sobre o princípio da insignificância no direito penal. *Consulex*, Brasília, ano VI, n. 142, p. 56-57, 15 dez. 2002.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando e descaminho*. São Paulo: Saraiva. 1983. 133 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006. 132 p.

FISCHER, Douglas. *Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. 256 p.

_____. O que é o garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodiVm, 2010.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 9, n. 102, p. 2-4, maio 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 5. ed. Niterói: Impetus, v. IV, 2009. 784 p.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. A intervenção mínima para um direito penal eficaz. 2001. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 16 out. 2009.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. As alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 87, v. 757, nov. 1998, p. 402-412.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008. 431 p.

MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS, Tiago do Carmo. Contrabando e descaminho e o princípio da insignificância. *Revista dialética de direito tributário*, n. 135, p. 46, dez. 2006.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O direito penal e a intervenção mínima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 145-152, jan./mar. 1997.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 9, n. 109, p. 11-12, dez. 2001.

PIVA, Paulo Cesar. Princípio da insignificância – excludente de ilicitude e tipicidade penal. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 274, ano 48, p. 61-64, ago. 2000.

PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003. 103 p.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 451 p.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. Breves considerações sobre o princípio da insignificância. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, ano IV, n. 10, p. 61-67, jan./abr. 2000a.

_____. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000b.

REIS, André Wagner Melgaço. Princípio da insignificância no crime de descaminho à luz da jurisprudência do STJ e do STF: um breve estudo acerca da aplicação. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano IV, n. 20, p. 10-14, 2004.

RIBEIRO, Julio Dalton. Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 73, p. 48-82, jul./ago. 2008.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. 175 p.

ROCHA, Sabrina Araújo Feitoza Fernandes. O princípio da insignificância – uma visão do princípio observado sobre a estrutura do conceito de culpabilidade. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*, Recife, v. 10, n. 21, p. 515-539, jan./jun. 2005.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 65 p.

_____. *Fundamentos político-criminais del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. 480 p.

SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. O princípio da insignificância no sistema penal brasileiro. *Consulex*, Brasília, ano XI, n. 250, p. 58-60, 15 jun. 2007.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância do direito penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2004. 188 p.

SILVA, Marcelo Cardozo da. Crédito tributário e descaminho: o perdão judicial como medida substitutiva ao princípio da insignificância. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, ano XI, n. 37, abr./jun. 2007, p. 48-58.

SOBRAL, Roberto Catarino. Ampliação do âmbito de incidência do princípio da insignificância. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 21-48, jan./mar. 2000.

STOCO, Rui. Princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – parte general I – el hecho punible*. 4. ed. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 576.

O princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública

Wanessa Silva Tocantins Álvares

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito Penal e bem jurídico – finalidade do Direito Penal. 2.1 Função do Direito Penal. 2.2 O bem jurídico-penal. 2.3 Seleção dos bens jurídicos. 2.4 Tipicidade penal. 2.5 A Constituição, o Garantismo e a perda da legitimidade do Direito Penal. 3 O princípio da insignificância. 3.1 Evolução histórica do princípio da insignificância. 3.2 Conexão com outros princípios penais. 4 Aplicação do princípio da insignificância. 4.1 Discussão doutrinária: insignificância afasta tipicidade ou culpabilidade? 4.2 Análise de jurisprudência. 4.3 Críticas ao princípio da insignificância. 5 O princípio da insignificância e os crimes contra a Administração Pública. 5.1 A Administração Pública perante o Código Penal. 5.2 Bens jurídicos tutelados. 5.3 Princípio da insignificância X princípio da irrelevância penal do fato nos crimes contra a Administração Pública. 5.4 Análise de jurisprudência. 5.5 Considerações críticas quanto à aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública. 6 Considerações finais.

1 Introdução

Enquanto de natureza fragmentária e subsidiária, de *ultima ratio*, o Direito Penal somente deve incidir até o limite necessário à proteção dos bens jurídicos, devendo, pois, desconsiderar as ofensas insignificantes aos valores juridicamente tutelados.

Diante disso, o tema princípio da insignificância vem merecendo cada vez mais atenção por parte da doutrina e jurisprudência pátrias. O princípio da insignificância tem como campo de atuação os casos de lesão jurídica de pouca gravidade, a redundar no reconhecimento da atipicidade do fato ocorrido, por não ser razoável movimentar uma

máquina cara e morosa, como a do Poder Judiciário, em busca da apuração de lesões inexpressivas a bens jurídicos.

Sua aplicação proporciona inúmeros questionamentos e discussões políticas, jurídicas e sociais, notadamente por não dispor, ao menos ainda, de regulamentação legislativa.

No Brasil, onde reina imensa desigualdade social, afora a sobredita ausência de regulamentação legal, o emprego do princípio da bagatela se torna ainda mais dificultoso, porquanto o patrimônio da vítima é, reconhecidamente, um dos fatores a serem sopesados pelos aplicadores do Direito.

De qualquer forma, a utilização do princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade, como o é para a doutrina dominante, demanda especial atenção, e isso exatamente por reclamar critérios assaz abstratos e subjetivos, em que não raras vezes pessoas leigas teimam em palpar.

Nas lições de Amilton Bueno de Carvalho (2003, p. 54),

A espetacular insignificância [...] não pode movimentar uma máquina cara, cansativa, abarrotada, cruel, como o Judiciário. A banalização do litígio – leia-se atuação sem maior interesse social – o torna moroso e desacreditado, pois situações que realmente interessam ficam em segundo plano ou concorrem com as inúteis.

Serão analisados, com o presente tema, a finalidade do Direito Penal, o processo de seleção dos bens jurídicos, sob uma visão constitucional-garantista, para, então, adentrar no princípio da insignificância propriamente dito, suas relações com os demais princípios penais, sua natureza jurídica, e sua aplicação na jurisprudência.

No entanto, se já não fosse árdua nossa tarefa até aí, mais longe pretendemos ir, uma vez que intentaremos discutir a aplicação do princípio da insignificância aos crimes cometidos contra a Administração Pública, onde o bem jurídico tutelado não será apenas o patrimônio, mas também, a moralidade pública. Cuidaremos, pois, da violação de múltiplos bens jurídicos, campo onde não há consenso nem na doutrina, nem na jurisprudência.

Assim sendo, este trabalho visa humildemente preencher esta lacuna, destrinchando a problemática da incidência, ou não, do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, buscando contribuir com a pesquisa e eventual definição dos contornos que otimizem a interpretação e aplicação da lei penal por parte dos operadores de Direito, sempre à luz dos princípios garantistas e do respeito à dignidade da pessoa humana – alicerce-mor do Estado Democrático de Direito.

De grande importância realizar uma digressão histórica acerca dos princípios correlatos ao princípio da insignificância, tais como intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, ofensividade, proporcionalidade etc., buscando descortinar, mas não exaurir a imbricada seara da tipicidade penal, notadamente no seu aspecto material, que é onde repousa a doutrina do princípio da insignificância.

Os princípios que, senão explícitos, ao menos exurgem do texto constitucional se apresentam como intangíveis, inquebrantáveis, para fins de criminalização das condutas penais.

Ademais, Justiça, no Estado Garantista e Democrático de Direito, somente há de ser realizada a partir de condutas maduras, de modo a filtrar constitucionalmente todos os preceitos legais, aplicando-se somente aqueles que encontrarem guarida na norma-mãe.

Nesse sentido, Nilo Batista (2001, p. 58, apud LYRA FILHO) sustenta:

se o direito é reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; e este “direito” passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério de uma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de dogmática.

2 Direito Penal e bem jurídico – finalidade do Direito Penal

Com enorme sabedoria, dispõe Damásio (1995, p. 4) que, ao infligir sanções aos agentes que praticam delitos, o Direito Penal

robustece na consciência social o valor dos bens jurídicos, dando força às normas que o protegem.

2.1 Função do Direito Penal

Não é escopo do Direito Penal realizar valores absolutos de justiça sobre a terra, nem catequizar os cidadãos para a virtude da obediência, senão garantir a inviolabilidade dos valores supremos da ordem social tornando possível a vida em comunidade. À luz dessa premissa, que evidencia a natureza instrumental do Direito Penal a serviço da convivência humana, infere a doutrina majoritária que a missão precípua do Direito Penal é a de proteção dos valores fundamentais da ordem social; isto é, a de salvaguarda de bens jurídicos.

Para Liszt (2006, p. 93), “todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz”.

Nilo Batista (2001, p. 21), de seu lado, após afirmar que o Direito Penal vem ao mundo para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira, conclui que o Direito Penal é disposto pelo Estado para a concreta realização de fins: toca-lhe, portanto, para o referido autor, uma missão política, que os autores costumam identificar, de modo amplo, “na garantia das condições de vida da sociedade”, como Mestieri, ou “na finalidade de combater o crime”, como Damásio, ou na “preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social”, como Heleno Fragoso.

A doutrina majoritária, na atualidade, sustenta ser a função do Direito Penal traduzida na proteção de bens jurídicos essenciais. Assis Toledo (2008, p. 13) ensina que “a tarefa imediata do Direito Penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos”.

Da mesma forma, Luiz Regis Prado (2008, p. 56) situa na proteção dos bens jurídicos relevantes a função primordial do Direito Penal, acrescentando que:

Para sancionar as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais, a lei penal se utiliza de peculiares formas de reação — penas e medidas de segurança. O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica.

Luiz Flávio Gomes (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 222-223) destaca ser a função mais legítima do Direito Penal servir de instrumento para a tutela dos bens jurídicos mais relevantes (vida, integridade física etc.). No entanto, insiste que, às vezes, algumas de suas funções acabam assumindo caráter ilegítimo, tais como:

- função promocional – se o Direito Penal for utilizado somente como um meio de persuasão no sentido de como o poder político constituído é importante para promover a tutela dos bens jurídicos; e
- função simbólica – quando são criadas leis penais com intenção única de demonstrar ações de combate à criminalidade, que, em grande parte das vezes, não saem do plano normativo, apenas criam um efeito psicológico na população no sentido de se estar fazendo algo salutar na área de segurança pública.

Nesse diapasão, o mesmo autor conclui:

Toda norma penal, ou melhor, o Direito Penal como um todo sempre cumpre funções promocionais e simbólicas. Isso é inerente à força coercitiva da norma penal. O problema, no entanto, não está no fato de que a norma penal tenha função promocional ou simbólica, o mal está em o Poder Público valer-se do Direito Penal para cumprir só ou prioritariamente essas funções, iludindo todos os seus destinatários com promessas vãs (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 223).

Por fim, mostram-se de grande valia os ensinamentos de Aury Lopes Júnior¹:

[...] o moderno processo penal tem um duplo fundamento que justifica sua existência: instrumentalidade e garantismo. Por meio desses dois postulados, realiza a também dupla função do Direito Penal, em que pese a separação institucional e a autonomia de tratamento científico:

¹ A instrumentalidade garantista do Processo Penal. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/jp/i/i/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf>.

de um lado torna viável a realização da justiça corretiva e a aplicação da pena, e de outro, serve como efetivo instrumento de garantia dos direitos e *liberdades individuais*, protegendo os indivíduos dos atos abusivos do Estado no exercício dos direitos de perseguir e punir. [grifo nosso]

Importante notar, no entanto, que a obra *Garantismo Penal Integral*² mostra-se bastante valiosa, na medida em que elucida o verdadeiro sentido da teoria garantista do Direito Penal, que tem como marco histórico fundamental a obra de Luigi Ferrajoli.

O entendimento demonstrado por Aury Lopes Júnior de que o garantismo é instrumento de garantia dos direitos e liberdades *individuais*, apenas, é equivocado, tendo em vista que, nas esclarecedoras palavras de Douglas Fischer (2010, p. 26):

[...] garantismo penal – pelo menos em nossa ótica e, segundo compreendemos, também na de Ferrajoli – não é um marco teórico calçado *exclusivamente* na premissa de proteção dos direitos fundamentais *individuais*. Louvamos e defendemos abertamente a proteção dos direitos fundamentais individuais, mas a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos coletivos e sociais), também deveres que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil) e está calcada em inúmeros princípios e valores que não podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão sistêmica e integral dos comandos da Carta Maior. [grifo nosso]

2.2.0 bem jurídico-penal

Ao menos hodiernamente, prevalece a tese de que constitui função primordial do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos. Mas, ultrapassada tal assertiva, é importante verificar como define bens jurídicos a doutrina penal.

Nilo Batista (2001, p. 95), um dos maiores penalistas brasileiros da atualidade, analisou a opinião de vários juristas estrangeiros ao longo dessas décadas, lições estas que transcrevemos por força de sua inegável importância:

² CALABRICH; FISCHER; PELELLA. *Garantismo penal integral*. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Jus Podivm, 2010.

Para uns, o bem jurídico é criado pelo direito, através da seleção exercida pelo legislador (Binding); para outros, o bem jurídico é um “interesse da vida”, que o legislador toma de uma realidade social que lho impõe (von Liszt). Houve quem deslocasse o bem jurídico estritamente para a tarefa de critério de interpretação teleológica da norma, no movimento que ficou conhecido como “direção metodológica” (Honig). O direito penal nazista procurou fundamentar o crime na violação do dever de obediência ao estado (o chamado “direito penal da vontade”) e, para isso, desfez-se, em sua fase inicial, do conceito de bem jurídico (Schaffstein). Posteriormente, retoma-se a perspectiva lisztiana do “interesse da vida”, seja através de um conceito idealista de “situação social desejável” (Welzel), seja vendo no bem jurídico uma “fórmula normativa sistemática concreta de uma relação social dinâmica determinada” (Bustos). Recentemente, intenta-se “positivar” os bens jurídicos, deduzindo-os do texto constitucional (Angioni).

Aprofundando-se no tema, o referido autor, após afirmar que o bem jurídico resulta da criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta), e que sua substância guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador, relata que o bem jurídico-penal cumpre cinco funções, quais sejam: axiológica, sistemático-classificatória, exegética, dogmática e crítica (BATISTA, 2001, p. 96).

O fundamental, contudo, é saber que, a despeito de tão distintas acepções, tem prevalecido a ideia sustentada por Liszt de que o substrato empírico do bem jurídico é o interesse do (e para o) ser humano em relação a um determinado bem existencial.

Em seu Tratado de Direito Penal Alemão, com efeito, Liszt (2006, p. 94) sentencia: “Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido”. E conclui: “Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”.

Bens jurídicos, pois, devem ser bem vitais, fundamentais, para o indivíduo assim como para a comunidade. Esses bens vitais, no momento em que são tutelados pelo Direito, transformam-se em bens jurídicos.

É de se concluir que o bem jurídico situa-se na fronteira entre o Direito Penal e a política criminal.

2.3 Seleção dos bens jurídicos

O modelo penal-garantista anuncia que o processo de seleção dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito deve ter como ponto de partida a própria Carta Magna, uma vez que nela estão arrolados os direitos fundamentais dos cidadãos, que, por isso, adquirem *status* de intangibilidade, desde que em consonância com os demais bens relevantes da sociedade na qual se insere.

O garantismo penal integral³ é pautado na “consideração equilibrada e proporcional de todos os bens jurídicos envolvidos no Processo Penal e garantidos na Constituição e nos Tratados de Direito Humanos” (MENDONÇA, 2010, p. 180). Como salienta Prieto Sanchís (2005, p. 41), Ferrajoli sempre insistiu que o paradigma garantista

es uno y el mismo que el actual Estado constitucional de derecho, o en que *representa la otra cara del constitucionalismo, concretamente aquella que se encarga de formular las técnicas de garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos [...] [todos os direitos, explicitamos] [...] reconocidos constitucionalmente.*

Deve-se, assim, primar por uma relação de conformidade entre o Código Penal, Código de Processo Penal e a Constituição Federal. Matéria penal que se contraponha à matéria constitucional pode ter sua validade contestada.

Se a ideia de unidade entre Direito e processo penal for constituída a partir de uma perspectiva garantista, tal poderá proporcionar uma maior proteção formal ao indivíduo frente ao exercício do poder punitivo do Estado (o direito de punir estatal não é um direito absoluto) e contribuir para um maior grau de efetividade dos direitos fundamentais.

³ “Garantismo penal integral” é a forma como Calabrich, Fischer e Pelella, na obra “Garantismo Penal Integral”, 2010, apresentam uma nova visão ao conceito de garantismo, que se mostra equivocado em sua interpretação e aplicação, no Brasil. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza – subprocurador-geral da República – sustenta na apresentação da obra, p. 17: “O garantismo penal integral revela a necessidade de precisa ponderação entre a indispensável tutela da dignidade da pessoa, mediante a proteção direitos fundamentais individuais, e a adequada preservação dos mecanismos e instrumentos investigatórios e processuais capazes de propiciar condições para que o Estado se desincumba de modo eficaz do dever de prestar segurança aos cidadãos”.

Paulo de Souza Queiroz (1998, p. 132) sustenta que os valores dispostos na Constituição, entre os quais a liberdade, a segurança, o bem-estar social e a igualdade, são de tal grandeza que o Direito Penal não poderá ignorá-los, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais.

No mesmo sentido, conclui Rogério Greco (2006, p. 7), citando André Copetti:

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade.

O legislador, assim, atento aos postulados constitucionais, sempre que entender que os outros ramos do Direito se revelam incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal. Como diz Fernanda Maria Palma (2006, p. 106-107), “a Constituição quem define as obrigações essenciais do legislador⁴ perante a sociedade. Ora, esta função de proteção activa da Sociedade configura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores”.

Além disso, a mesma autora realça que “a Constituição pode conformar o Direito Penal porque funciona como uma espécie de norma fundamental autorizadora do Direito ordinário, assumindo um papel hierarquicamente superior” (PALMA, 2006, p. 16).

No trabalho de criminalização dos bens jurídicos constitucionais o legislador ordinário deverá nortear-se, sobretudo, pelos princípios da fragmentariedade e da proporcionalidade. De tais princípios, que serão mais bem esmiuçados adiante, infere-se que limitando a criminalização somente à proteção de bens relevantíssimos, os ilícitos penais não abrangem a totalidade da área de ilicitude, constituindo apenas fragmentos desta. E sendo a reação penal a *ultima ratio*, ela

⁴ Insistimos: também todos os demais poderes e órgãos do Estado.

não pode ultrapassar na qualidade e na quantidade da sanção ao dano ou perigo causado pelo crime.

Com efeito, “os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador” (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

Não obstante procure abarcar um número limitado de hipóteses, o processo de tipificação mostra-se precário diante da impossibilidade de prever a infinita gama de atos humanos. Essa imperfeição do trabalho legislativo, portanto, faz com que possam ser consideradas formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal.

Não fosse o bastante, ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Destarte, mais uma vez se equivoca por não dispor de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves.

O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa (última) espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, sob o aspecto qualitativo.

Ilustrativamente, a seguinte ementa do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Penal. Peculato. Auto de avaliação direta. Peritos com curso superior. Ausência de qualificação técnica. Não descaracterização do delito. Princípio da insignificância. Bem jurídico tutelado: Administração Pública. Impossibilidade de Aplicação. Recurso especial improvido.

1. *In casu*; trata-se de auto de avaliação direta e não laudo pericial propriamente dito, tendo sido a avaliação realizada por peritos de nível superior. O fato de não constar do laudo, a qualificação técnica dos peritos evidencia mera irregularidade, que não descaracteriza o delito, uma vez que a avaliação dos bens apreendidos não exige, de forma alguma, maiores conhecimentos técnicos ou científicos, bastando uma simples pesquisa de preços de mercado.

2. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspec-

to formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

3. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma “ínfima afetação ao bem jurídico”.

4. Hipótese em que o recorrente, valendo-se da condição de funcionário público, subtraiu produtos médicos da Secretaria Municipal de Saúde de Cachoeirinha-RS, avaliados em R\$ 13,00.

5. “É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral administrativa, o que torna inviável afirmação do desinteresse estatal à sua repressão” (Resp n. 655.946/DF, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 26.3.2007)

6. Recurso especial improvido (Resp n. 1.062.533/RS, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 9.3.2009).

Daí, repise-se, extrai-se o fundamento do princípio da insignificância, qual seja, excluir a incidência do Direito Penal no caso de ofensas ínfimas aos bens jurídicos tutelados abstratamente pela norma.

2.4 Tipicidade penal

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou reduzido dano social, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

V – Vale consignar que o princípio da insignificância afeta a tipicidade material ou, na dicção de abalizada doutrina, a tipicidade conglobante.

VI – Além do mais, a absolvição da recorrida se impõe como decorrência da aplicação, em tema de concurso de agentes, do princípio da acessoriedade. Recurso especial prejudicado. Habeas corpus

concedido de ofício (REsp n. 1.072.592/RS, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, unânime, julgado em 26.3.2009, publicado no *DJe* em 17.8.2009).

O princípio da insignificância, tema deste nosso estudo, aparece, assim, como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora, formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

De tal sorte, para dar validade sistemática à irrefutável assertiva político-criminal de que o Direito Penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade. É o terceiro princípio do Sistema Garantista de Ferrajoli: princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal: somente se deve acorrer ao Direito Penal quando absolutamente necessário, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução dos conflitos por outros meios. É a *ultima ratio* do Direito Penal.

2.5 A Constituição, o Garantismo e a perda da legitimidade do Direito Penal

Já vimos que o ideal garantista, se interpretado de maneira razoável, sustenta a proporcionalidade entre a intervenção penal e a necessária proteção das garantias fundamentais individuais e de natureza coletiva⁵. Para que isso ocorra, mister destacar que a tarefa de adequação dos tipos penais às necessidades sociais não é exclusiva do

5 Sobre isso, Andrey Borges de Mendonça (2010, p. 179) afirma: “O que defendemos é que o garantismo não pode se focar somente em um dos aspectos da ‘balança’, ou seja, não se pode exaltar em qualquer situação o direito de punir nem se pode interpretar as garantias do acusado como um objetivo único a ser perseguido, menosprezando os interesses legítimos da sociedade, também tutelados no ordenamento constitucional. Urge, portanto, seja estabelecido um garantismo integral, buscando, como lembra o professor Scarance Fernandes, um equilíbrio entre a exigência de assegurar ao investigado, ao acusado e ao condenado a aplicação de suas garantias fundamentais e a necessidade de maior eficiência do sistema persecutório para a segurança social, com o intuito de proteger os demais interesses sociais tutelados”.

legislador, em absoluto. Cabe também ao magistrado, no momento de aplicação da norma, verificar sua compatibilidade com o sistema constitucional, num processo semelhante a uma filtragem.

A interpretação constitucional, sob essa ótica, adquire especial importância, porquanto limitadora dos eventuais excessos legislativos, suscetível que é às vicissitudes e contingências sociais⁶. Somente lesões graves a bens jurídicos relevantes haverão de subsistir. E mais, somente penas justas e proporcionais a essas lesões deverão permanecer, sob pena de incidir no que Zaffaroni (2001) denomina deslegitimação do Direito Penal.

Com relação à imposição da resposta penal, já dizia Montesquieu, há muito, que, “Toda pena, que não derive da absoluta necessidade, é tirânica”. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos.

Nilo Batista (2001, p. 86), com a argúcia peculiar, sentencia: “se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa” (LOPES, 2000, p. 69).

Daí a importância do princípio da insignificância, uma vez que se funda na desconsideração, quando da aplicação da lei penal, da tipicidade da lesão penal tida como inexpressiva, ou seja, impede que aqueles casos em que a ofensa a bens juridicamente protegidos é desprezível sobrecarreguem a máquina do Poder Judiciário, que, a partir de sua saturação, ver-se-á impedido de analisar os casos de maior repercussão social, levando-se, inclusive, à ideia de impunidade, e, por consequência, ao recrudescimento da violência.

6 Konrad Hesse (1991), sustentando a necessidade de se prestigiar a normatização constitucional afirma que “A interpretação tem significado decisivo na consolidação e preservação da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). E conclui: se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

Daí porque obtempera Maurício Ribeiro Lopes (2000, p. 29) no sentido de que “o princípio da insignificância é a válvula de resgate da legitimidade do Direito Penal, com o adensamento de seu significado axiológico proporcional à qualidade de fatos que visa abstrata e concretamente reprimir”.

Destarte, conclui-se que o princípio da insignificância representa o instrumento de maior força do Direito Penal contemporâneo, sem interromper a trajetória do princípio da legalidade, para correção dos desvios havidos na tipificação dos crimes e na aplicação das leis penais ao longo do tempo.

3 O princípio da insignificância

3.1 Evolução histórica do princípio da insignificância

Origem do princípio da insignificância é tributada ao Direito romano, em que o pretor, à luz do postulado *minimis non curat praetor*, não se ocupava de bagatelas.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes (2000, p. 41), no entanto, critica tal assertiva de autores como Diomar Ackel Filho, advertindo que o viés dado pelo Direito romano era nitidamente civilista e, não, penal.

Nos tempos modernos, o surgimento do princípio da insignificância, ou bagatela, e a sua classificação como causa excludente da tipicidade é atribuído a Claus Roxin, que, ao analisar a tipicidade penal, verificou a existência de algumas condutas humanas cujas lesões aos bens jurídicos tutelados poderiam ser consideradas desprezíveis.

A despeito de ter sido Roxin o formulador da referida teoria (princípio da insignificância como critério geral de exclusão da tipicidade), encontram-se vestígios dele já em 1903, na seguinte passagem de Franz Von Liszt, anotada por Odone Sanguiné, e citada por Maurício Ribeiro Lopes (2000, p. 86):

A nossa legislação faz da pena, como meio de luta, um emprego excessivo. Se deveria refletir se não mereceria ser restaurado o antigo princípio *minima non curat praetor*, ou como regra de direito processu-

al (superação do princípio da legalidade), ou como norma de direito substancial (isenção de pena pela insignificância da infração).

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens juridicamente protegidos, uma vez que nem toda e qualquer ofensa a tais bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico (BITENCOURT, 2004, p. 19).

Dessa forma, o princípio da insignificância exige uma proporção entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Assim, são excluídos, desde logo, da seara penal, os danos de importância e amplitude mínima.

3.2 Conexão com outros princípios penais

Sobressai-se a importância dos princípios penais, mormente se se considerarem as ideias garantistas, segundo as quais é na própria Carta Magna onde o legislador buscará os bens jurídicos que serão objeto de proteção pela norma penal abstrata.

Violar um princípio, assim, constitui fato muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É, para Maurício Ribeiro Lopes (2000, p. 33), a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

3.2.1 Princípio da intervenção mínima

Por elucidativas, transcrevem-se as lições de Luiz Luisi (2003, p. 40) acerca do princípio da intervenção mínima, talvez o mais importante dos princípios com que guarda relação o princípio da insignificância, senão vejamos:

Entendendo ser necessário enfrentar e dar solução ao problema em foco, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º determinou que “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias” [...]. Punha-se, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Surgia o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando

que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

E prossegue o emérito professor gaúcho:

A constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (artigo 5º, *caput*), e põe como fundamento do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1º do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa Grundnorm, tratando-se de um postulado nela inequivocamente implícito.

Compreendendo que os outros ramos do Direito revelam-se incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, o legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal.

O princípio da intervenção penal mínima, aliás, foi recepcionado pela nossa Constituição pela cláusula geral prevista no § 2º do art. 5º, qual seja: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O princípio em análise tem como fonte o art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), ao proclamar que a lei deve estabelecer “penas estrita e evidentemente necessárias”. Os tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário e que contêm normas de direitos fundamentais trazem automática-

mente para o rol do art. 5º, com igual força e relevância, os comandos, sendo pela teoria da recepção incorporados.

O Direito Penal deve, com base nesse princípio de demasiada relevância, mormente por legalmente albergado, interferir o mínimo possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior importância.

Pode-se dizer mesmo que do princípio da intervenção mínima é que deriva o princípio da insignificância do Direito Penal, porquanto busca afastar de sua seara as condutas que, embora típicas, não produzam efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

Daí se pode perceber a inolvidável relação entre o princípio da intervenção mínima e o princípio da insignificância, uma vez que um decorre do outro, completando-se mutuamente, embora sejam chamados a atuar em momentos distintos.

Veja, a propósito, o seguinte excerto jurisprudencial, da lavra do eminente ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido, citando Francisco de Assis Toledo⁷:

O poder de resposta penal, positivado na Constituição da República e nas leis, por força do princípio da intervenção mínima do Estado, de que deve ser expressão, “só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico”. Não se deve ocupar de bagatelas (Francisco de Assis Toledo, in: *Princípios Básicos de Direito Penal*).

René Ariel Dotti, citado por Rui Stoco (2003), diferencia os referidos princípios ao afirmar que o princípio da intervenção mínima se dirige mais comumente ao legislador, no sentido de reduzir o número de normas incriminadoras. Já o princípio da insignificância, segundo o renomado autor, se vincula mais ao juiz do caso concreto, excluindo a tipicidade do crime quando o dano ou o perigo de dano são irrisórios.

⁷ HC n. 89.798/SP. DJ de 4 ago. 2008.

Pode-se falar, assim, em intervenção mínima (da lei penal) e insignificância (do bem jurídico afetado).

3.2.2 Princípio da fragmentariedade

Se é estreita a relação do princípio da insignificância com o princípio da intervenção mínima, o mesmo há de se dizer em relação ao princípio da fragmentariedade, até porque, como Luisi (2003, p. 40) afirma, após citar vários autores, como Jescheck, Nilo Batista e Muñoz Conde, é do princípio da intervenção mínima que decorre o caráter fragmentário do Direito Penal.

Confirmam-se, a propósito, os escólios do referido autor:

O Direito Penal, como já notara Binding, não encerra um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica. Tem se entendido, ainda, que o Direito Penal deve ser a *ratio extrema*, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do Direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade. O Direito Penal, pois, teria uma fisionomia subsidiária, e sua intervenção só se justifica no dizer de F. Munhoz Conde, “quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito” (LUI SI, 2003, p. 40).

Nossos tribunais também já se pronunciaram, conforme se infere do seguinte acórdão do ministro Hélio Quaglia Barbosa, *verbis*:

A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade⁸.

Em síntese, pode-se afirmar que o princípio da fragmentariedade importa em que todas as lesões a bens jurídicos devem ser tuteladas e punidas pelo Direito Penal, que, por sua vez, constitui somente parcela do ordenamento jurídico, vale dizer, o Direito só deve se ocupar das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à sociedade.

⁸ HC n. 50.863/PE. DJ de 26 jun. 2006.

3.2.3 Princípio da lesividade ou ofensividade

O Direito Penal de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, estruturado no respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), extrapola as barreiras dogmático-formais subjetivas e se insere na concepção objetiva substancial do Direito Penal. Nessa perspectiva, é de suma importância a análise do bem jurídico protegido; não a norma em si, mas o que a norma visa tutelar. A infração penal não é mera violação da norma. É mais que isto, é violação do bem jurídico, numa perspectiva de resultado e de relevância da ofensa ao bem jurídico protegido.

A ofensividade ao bem jurídico protegido merece uma disposição geral expressa no Código Penal, limitador da tipicidade abstrata, e uma constitucional, limitadora do próprio poder legiferante. Quiçá, com isso, se evitaria a inflação de tipos penais – também causadora da demanda processual criminal; da concepção de que o Direito Penal se presta para a solução de todos os males da sociedade atual, da incompetência política, econômica e social.

A tutela ao bem jurídico há de ser averiguada do ponto de vista positivo, ou seja, de que somente há transgressão da norma quando efetivamente existe um ataque ofensivo ao valor tutelado.

Afastada a efetiva ofensa ao bem jurídico, o tipo penal abstrato não se perfectibiliza no plano concreto da realidade da vida.

A adoção deste princípio implica que se investigue o conteúdo material do tipo penal, isto é, se a conduta se revestiu de entidade suficiente a lesar o bem jurídico. A proteção do bem jurídico e a ofensividade se conectam e se constituem em pilares de sustentação de um Direito Penal voltado à satisfação dos interesses sociais atuais. O que deve ser protegido pela norma penal – bem da vida determinado, ou bem jurídico – apenas informa o Direito Penal do bem jurídico, não sendo suficiente para determinar se há delito, mais precisamente, se a previsão abstrata se concretiza, isto é, se ocorreu uma lesão ou perigo concreto ao valor cultural protegido – ofensividade. Não há crime sem uma real ofensa ao bem jurídico, materializada no brocardo *nullum crimen sine iniuria*.

Destarte, quando não há ofensa ao bem jurídico protegido, não há fato penalmente típico, eis que a previsão abstrata não se concretiza.

Nilo Batista (2001, p. 24), após citar Roxin para afirmar que “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas”, enumera as principais funções do princípio da lesividade, quais sejam: proibir a incriminação de uma atitude interna, proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais (direito penal do autor) e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Pode-se, pois, concluir, que somente há crime quando há uma ofensa concreta e intolerável ao bem jurídico penalmente tutelado (*nullum crimen sine injuria*). Caso contrário, outra deverá ser a resposta do Estado àquela conduta. Segundo Zaffaroni e Pierangelli (2001, p. 557),

Quando o legislador encontra-se diante de um ente e tem interesse em tutelá-lo, é porque o valora. Sua valoração do ente traduz-se em uma norma, que eleva o ente à categoria de bem jurídico. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser penalmente tutelado.

3.2.4 Princípio da adequação social

Atribui-se a Welzel o surgimento da ideia da impossibilidade de se considerar como delituosa uma conduta aceita ou tolerada pela sociedade, mesmo que se enquadre em uma descrição típica. Nesses termos, se uma conduta, em determinadas circunstâncias, não recebe juízo de reprovação social, não pode constituir um crime. Surgiu, assim, o princípio da adequação social.

O princípio da adequação social seria, a bem da verdade, um princípio geral de hermenêutica. O tipo penal incriminador não alcançaria condutas lícitas, que se realizam dentro de uma esfera da normalidade social. Podemos citar como exemplo deste princípio a circuncisão realizada na religião judaica, uma vez que, embora

formalmente típica a conduta do agente, esta é excluída por força do princípio da adequação social.

Outro exemplo de aplicação do princípio da adequação social, que tomou conta da mídia, por óbvias razões, é o de não reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de tipicidade nos casos de invasões de propriedades rurais por agricultores vinculados ao Movimento dos Sem Terra. Confira-se, a propósito, o seguinte trecho de um *habeas corpus* do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Registre-se, diversamente do afirmado no acórdão hostilizado, que os pacientes são obreiros rurais integrantes do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, que lutam e sacrificam-se e por mais razoável meio de vida, onde a dignidade social somente pode ser restaurada no momento em que se fizer a verdadeira, necessária e indispensável reforma agrária no País.

Enquanto campear a incerteza de seus resultados e for incerta a atuação política, encontrar-se-á a revolta justa e a insatisfação crescente dos menos favorecidos nos contextos econômico, social e político do Brasil⁹.

Conclui-se, pois, pela estreita relação entre o princípio da adequação social com o princípio da insignificância, tendo em vista que ambos tendem a excluir a tipicidade penal, embora fundados em razões distintas, vale dizer: o princípio da insignificância preconiza a exclusão da tipicidade penal fulcrado na tese da desprezível afetação do bem jurídico, enquanto o princípio da adequação social sustenta a mesma exclusão da tipicidade por conta da aceitabilidade social.

3.2.5 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade consiste em que as penas devem guardar consonância com a gravidade da infração penal cometida.

Acerca do tema, tem-se como célebre a obra *Dos Delitos e Das Penas*, 1999, de Cesare Beccaria, que foi o primeiro autor a estabelecer a necessidade de correlação entre o crime e a resposta penal respectiva, dando origem ao referido princípio da proporcionalidade. Segundo ele, “não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente

⁹ HC n. 27.586/SP, rel. min. Paulo Medina. DJ de 12 ago. 2003.

ao mal que causam à sociedade”. E conclui o insigne jurista milanês: “Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas” (BECCARIA, 1999, p. 37).

Impende reconhecer que há um tensionamento entre os direitos fundamentais do réu processado (e em que circunstâncias haveria violação destes direitos, notadamente em face do denominado princípio da inocência) e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção (segurança social, derivada diretamente do fundamento constitucional da cidadania) e da efetividade do Poder Jurisdicional (evitando-se a impunidade por consequência) em face daqueles que violaram as normas vigentes (as que regulam o Direito Penal). A *sopesação* para o encontro do equilíbrio entre estes dois pontos (evitando-se os excessos e as deficiências) é que revela o parâmetro proporcional em que se deve dar a atuação do Estado.

Zaffaroni apud Rui Stoco (1981, p. 375) identifica o ponto nevrálgico da relação do princípio da proporcionalidade com o princípio da insignificância:

na proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime, considerando que nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste qualquer razão para imposição de reprimenda.

4 Aplicação do princípio da insignificância

Para Carlos Vico Mañas (2003), é “possível concluir que a natureza jurídica do princípio da insignificância só pode ser a de causa supralegal de exclusão da tipicidade, de acordo com a concepção material desta”.

Segundo o referido autor, o princípio da insignificância é instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, consentânea, portanto, com a garantia constitucional da legalidade. Não afasta a ilicitude pela simples razão de que a irrelevância da conduta, pelo desvalor da ação ou do resultado, pode torná-la estranha ao direito penal, mas

não leva necessariamente ao reconhecimento da juridicidade do fato, o que romperia o correto entendimento da ilicitude como contrariedade ao ordenamento jurídico em sentido amplo (MAÑAS, 2003).

Há de se convir que entendimentos contrários são esposados por diferentes doutrinadores, conforme veremos mais adiante, no sentido de que o princípio da insignificância é causa de exclusão de culpabilidade.

Não obstante, o princípio da insignificância, conquanto possa ser extralegal, não é extrajurídico, tampouco contrajurídico. É um princípio sistêmico, decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal.

O conceito de bagatela, para Maurício Antônio Ribeiro Lopes (2000), não está na dogmática jurídica. Segundo ele, “nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que se aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral”.

Vico Mañas (2003, p. 380), de seu turno, define o princípio da insignificância como

instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

O princípio da insignificância, assim, é um instituto que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal.

Não há, dessa forma, como discordar de que o princípio da insignificância atua como instrumento de interpretação restritiva do Direito Penal, de modo a revelar e estabelecer a natureza subsidiária do Direito Penal, exigindo intervenção mínima do Estado.

Não se deve, no entanto, confundir princípio da insignificância com delitos de pouca significação.

Ponderação deve ser feita no sentido de que não se deve aplicar o princípio da insignificância, por exemplo, a qualquer conduta tida como infração de menor potencial ofensivo. Conforme menciona Gisela Brum Isaacson (2008, p. 312):

Tais infrações afetam bens jurídicos definidos pelo legislador, tendo sido considerados social e penalmente relevantes, no entanto elas já foram consideradas nos limites do desvalor que apresentam e, de acordo com essa situação, foram previstas sanções penais compatíveis.

As infrações que nenhuma repercussão ou desequilíbrio social apresentam devem ser tratadas em outro plano mediante mecanismos de coibição diversos daqueles de natureza penal-aflictiva. E essa tarefa cabe ao aplicador da lei, dele se exigindo tal como se disse na parte introdutória deste trabalho, mais do que saber jurídico, cabe profunda sensibilidade e formação humanística.

O fundamento-mor do princípio da insignificância é que, diante de uma conduta sem repercussão social e considerada de ninharia, o bem protegido na lei, enquanto mero padrão ou *standard* de comportamento, não alcança dignidade penal, visto que o que lhe dá vida e concreção é a conduta relevante que, ao subsumir-se naquele arquétipo, revele gravidade e poder ofensivo e conduza ao merecimento da pena.

O momento de efetivação do sistema diante da prática de um crime surge após o processo abstrato de seleção das condutas e cominação das penas. A conduta, sobre a qual recaía a hipotética sanção, foi materialmente praticada e a pena deve perder sua abstração e incidir concretamente sobre aquela situação de fato para impor o juízo de censura estatal representante da vontade social.

Nesse instante pode surgir ao aplicador da lei penal – o juiz – o dilema ante a constatação de que a pena criminal – insista-se, a mais grave disponível dentro do arsenal dos meios de repressão legitimados – ainda que aplicada no menor grau possível, torne-se em face da situação concreta, mais grave do que estaria a exigir o grau de re-

provabilidade ordinária da ação. Pode até mesmo desenvolver-se um conflito ético entre a natureza da sanção penal e a daquela adequada ao resultado delitivo experimentado.

O que caberá ao magistrado diante de tal situação? Aplicar friamente a lei, abstraindo o ideal de Justiça; ou, ao contrário, reconhecendo a impropriedade da sanção penal para adequação social da dinâmica – e não da estática – dos fatos, concluir pela improcedência dos remédios do Direito Penal, excluindo o caráter criminoso do fato.

É bem verdade que o critério que estabelece se um bem atacado é insignificante, ou não, é muito subjetivo. Daí a importância da presença de um magistrado antenado com os princípios constitucionais garantistas.

Dessa forma, se o resultado desta relação for inexpressivo, em que se constata que o valor do objeto subtraído não se mostra relevante em relação ao patrimônio do ofendido, faz-se mister a aplicação do princípio da insignificância.

Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 209) afirma que há três regras, que devem ser seguidas, para a aplicação do princípio da insignificância. São elas:

- 1ª o bem jurídico afetado não pode ser de grande valor para a vítima;
- 2ª não pode haver excessiva quantidade de um produto unitariamente considerado insignificante;
- 3ª não pode envolver crimes contra a administração pública, de modo a afetar a moralidade administrativa.

Nada obstante, o excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Habeas Corpus n. 84.412/SP, estabeleceu outros critérios, os quais serão o tema do tópico 4.2.

4.1 Discussão doutrinária: insignificância afasta tipicidade ou culpabilidade?

Doutrina majoritária defende que o princípio da insignificância possui a natureza de causa que exclui a tipicidade do fato. E a

jurisprudência, predominantemente, a confirma. Nesse sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas Corpus preventivo. Estelionato em desfavor de ente público. Fraude para obtenção do benefício do Programa Bolsa Família. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Ordem denegada.

1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como *causa supra-legal de exclusão de tipicidade*. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado.

2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC n. 84.412/SP, rel. min. Celso de Mello, DJU de 19.4.2004).

3. No caso em apreço, inaplicável o postulado permissivo, eis que evidenciada a relevância do comportamento perpetrado pela paciente, que, mediante fraude, obteve dos cofres públicos, a título de recebimento de benefício do programa assistencial Bolsa Família, valor aproximado de R\$ 900,00 (novecentos reais), que ultrapassa muito aquele que poderia ser considerado penalmente irrelevante. Precedente do STJ: HC n. 85.739/PR, rel. min. Felix Fischer, DJU de 7.2.2008).

4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial (STJ, HC n. 86.957/PR, rel. min. Napoleão Nunes Maia, 5ª turma, DJ de 15.9.2008) [grifo nosso]

No mesmo sentido, precedentes do STF:

Habeas Corpus. Tipicidade. Insignificância penal da conduta. Desca-minho. Valor das mercadorias. Valor do tributo. Lei n. 10.522/2002. Irrelevância penal. Ordem concedida.

1. O postulado da insignificância é tratado como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Tal forma de interpretação assume contornos de

uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral.

2. No caso, a relevância penal é de ser investigada a partir das coordenadas traçadas pela Lei n. 10.522/2002 (lei objeto de conversão da Medida Provisória n. 2.176-79). Lei que, ao dispor sobre o “Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais”, estabeleceu os procedimentos a serem adotados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em matéria de débitos fiscais. 3. Não há sentido lógico permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário.

4. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória (HC n. 94.058/RS, rel. min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 18.8.2009).

Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legítima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Consequente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Tentativa de furto simples (CP, art. 155, *caput*) de cinco barras de chocolate. *Res furtiva* no valor (ínfimo) de R\$ 20,00 (equivalente a 4,3% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus concedido para absolver o paciente. O postulado da insignificância e a função do Direito Penal: *De minimis, non curat praetor*. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. *O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal*. O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu

caráter material. Doutrina. Precedentes. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O fato insignificante, porque destituído de tipicidade penal, importa em absolvição criminal do réu. A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes (HC n. 98.152/MG, r. el. min. Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, DJ de 19.5.2009).

Entretanto, outros autores a visualizam, em sede de ilicitude, como um princípio de justificação ou, ainda, como um princípio *eximente* da culpabilidade.

Abel Cornejo (1996), citado por Rogério Greco (2005, p. 101), defende a possibilidade de o princípio da insignificância ser entendido também como uma causa de justificação, da seguinte forma:

Se um fato se reveste de tal caráter, não é materialmente antijurídico, ainda que o seja formalmente. Existe acordo na doutrina (não obstante a discrepância de Jiménez de Asúa) em considerar que a essência da antijuridicidade material se põe de manifesto na lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos.

Com esse entendimento, o autor quer demonstrar que a insignificância do bem conduz ao afastamento da ilicitude por ausência de antijuridicidade material, ao adotar posição segundo a qual a antijuridicidade seria a relação de contrariedade que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, que cause lesão ou exponha a perigo de lesão um bem juridicamente protegido. Pensando assim, se o bem não tem a importância exigida pelo Direito Penal, o fato estaria justificado pela ausência da ilicitude material.

Da mesma forma como entende ser possível como uma causa de justificação, defende também a possibilidade do estudo do princípio como *eximente* da pena:

Outro critério – mais plausível que o anterior – em abono da aplicação do princípio, por estimá-lo eficaz para o sistema penal, ademais de erigir-se em um limite a ingerência do Estado e um justificativo ético a aplicação de uma pena, o considera uma eximente de pena, cuja aplicação se atribui aos juízes que – em cada caso concreto – deverão determinar se se encontram ante uma hipótese de insignificância, ou se, pelo contrário, a conduta reveste de importância suficiente para se constituir em um ilícito penal (CORNEJO apud GRECO, 2005, p. 102).

Não obstante, esse entendimento não se coaduna com as lições de Rogério Greco (2005, p. 102), para quem o estudo da estrutura jurídica do crime não resistiria à análise da tipicidade penal para que, em momentos posteriores, ingressasse no estudo das suas duas outras características, isto é – a ilicitude e a culpabilidade. Com grande sabedoria, ele aduz que seria impossível chegar ao estudo da antijuridicidade ou mesmo da culpabilidade, já que o princípio da insignificância teria o condão de, *ab initio*, eliminar a tipicidade.

Isso porque o criador da teoria finalista da ação, Hans Welzel, analisando os elementos integrantes da estrutura jurídica do crime, já dizia:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior (WELZEL apud GRECO, 2005, p. 102).

Nesse íterim, e adotando posicionamento de Rogério Greco, mostra-se inapropriada a expressão crime de bagatela, segundo a qual a doutrina identifica o princípio da insignificância. Se, com o raciocínio da insignificância, o intérprete chega à conclusão de que o fato praticado pelo agente é atípico, por ausência de tipicidade material, não poderia chamar um fato atípico, indiferente para o Direito Penal, de crime de bagatela. Pontua ele que se não há crime, não há possibilidade de identificar aquele fato como crime de bagatela, senão como um fato de bagatela, que não merece a atenção do Direito Penal (GRECO, 2005, p. 103).

4.2 Análise de jurisprudência

Analizadas as principais vertentes do princípio da insignificância, entre as quais sua origem histórica, correlação com outros princípios penais, conceito e natureza jurídica, cabe agora deter-se ao estudo de como vem sendo recebido o princípio da insignificância nos meandros dos tribunais, vale dizer, como os nossos pretórios estão reagindo quando se deparam com violações desprezíveis aos bens jurídicos.

Antes de tudo, importa referir que, tal como ocorre com a doutrina, a jurisprudência pátria ainda não chegou a um denominador comum, a um consenso, a uma sedimentação dos contornos de aplicação do princípio da insignificância ou bagatela.

Nada obstante, indubitavelmente, o primeiro passo já foi dado, conforme se depreende do acórdão do Habeas Corpus n. 84.412/SP, julgado em 19 de outubro de 2004 e relatado pelo ministro Celso de Mello.

Por sua especial relevância, transcreveremos a íntegra da ementa do referido acórdão, que virou *leading case*:

Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legítima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Conseqüente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade. *Res furtiva* no valor de R\$ 25,00 (equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal.

O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina.

Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a *mínima ofensividade da conduta do agente*, (b) a *nenhuma periculosidade social da ação*, (c) o *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento* e (d) a *inexpressividade da lesão jurídica provocada* – apoiou-se, em seu processo

de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

O postulado da insignificância e a função do Direito Penal: *de minimis, non curat praetor*.

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Depreende-se que, à falta de legislação específica, buscou o Supremo Tribunal Federal subsidiar o julgador na aplicação do referido princípio, o que o fez fulcrado em todos os demais princípios penais por nós já estudados, quais sejam, fragmentariedade, intervenção mínima, ofensividade, subsidiariedade etc.

Criou, com efeito, as balizas instrumentadoras do princípio da insignificância, os requisitos, a que rotulou de vetores, cuja presença é indispensável para a aplicação da referida causa de exclusão da tipicidade penal.

Vejamos, pois, cada um desses vetores:

a) *mínima ofensividade da conduta do agente* – para que se aplique o princípio da insignificância, faz-se mister, inicialmente, que o bem jurídico ofendido o tenha sido de maneira irrisória, mínima. Daí já se pode depreender, por exemplo, que em se cuidando do patrimônio o bem jurídico ofendido, há de se ter em consideração a condição financeira de seu detentor. Distinguir-se, *verbi gratia*, o furto de uma bicicleta de um pedreiro, do furto da mesma bicicleta de uma empresa multinacional;

b) nenhuma periculosidade social da ação – o segundo dos vetores consiste na valoração da atitude tida como criminosa, se ela possui algum grau de periculosidade;

c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento – o terceiro dos requisitos é exatamente a reprovabilidade do comportamento do agente, que, para a aplicação do princípio da insignificância, requer-se tenha grau reduzidíssimo. Como exemplo, poderíamos citar o furto famélico, em que uma pessoa poderia subtrair algum alimento para dar de comer a seus filhos;

d) inexpressividade da lesão jurídica provocada – por último, há de se considerar a lesão jurídica provocada no objeto material do crime, a qual se impõe seja inexpressiva. Aqui, exemplifica-se com a lesão provocada no corpo de uma pessoa a partir de uma colisão de bicicleta.

Tem-se, pois, que já agora há um norte ao aplicador do Direito, que, muitas vezes, se via desprovido de parâmetros para a aplicação do princípio da insignificância.

Nada obstante, não possuindo o referido precedente caráter vinculante, o que se teve, na prática, foi uma repercussão de pequena monta. Com efeito, casos há em que os aplicadores do Direito ainda aplicam o princípio sem a luz fornecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Confirmam-se, a propósito, alguns acórdãos, inclusive do próprio Excelso Pretório, que bem demonstram a controvérsia que ainda reina na jurisprudência:

Habeas Corpus. Penal. Furto. Tentativa. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. *Oculata compensatio*.

1. O princípio da insignificância deve ser aplicado de forma criteriosa e casuística.
2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a *oculata compensatio*. A conduta do paciente não excede esse modelo.

3. O paciente tentou subtrair de um supermercado mercadorias de valores inexpressivos. O direito penal não deve se ocupar de condutas que não causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes ou prejuízos importantes ao titular do bem tutelado ou à integridade da ordem social. Ordem deferida (STF, HC n. 92.744/RS, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, DJ de 13.5.2008).

Direito Penal e Processual Penal. Atipicidade. Tipicidade formal e material. Antinormatividade. Princípio da insignificância. Parâmetros e critérios. Mínima ofensividade da conduta do agente. Ausência de periculosidade social da ação. Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento. Inexpressividade da lesão jurídica provocada.

1. Atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base na teoria da insignificância, o que deverá conduzir à absolvição por falta de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico tutelado na norma penal.

2. Princípio da insignificância está intimamente relacionado ao bem jurídico penalmente tutelado no contexto da concepção material do delito. Se não houver proporção entre o fato delituoso e a mínima lesão ao bem jurídico, a conduta deve ser considerada atípica, por se tratar de dano mínimo, pequeníssimo.

3. O critério, em relação aos crimes contra o patrimônio, não pode ser apenas o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância.

4. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.

5. Lesão insignificante, já que a suposta vítima sequer se recordava do valor pecuniário exato. De acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, foi realmente mínima a ofensividade da conduta do agente, não houve periculosidade social da ação do paciente, além de ser reduzido o grau de reprovabilidade de seu comportamento e inexpressiva a lesão jurídica provocada.

6. Habeas corpus concedido (STF, HC n. 92.531/RS, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, unânime, DJ de 10.6.2008).

Direito Penal. Agravo regimental em recurso especial. Princípio da insignificância. Furto. Valor subtraído irrisório. Ocorrência. Agravo a que se nega provimento.

1. Quanto à incidência do princípio da insignificância, sua incidência, contudo, requisita a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, como na lição do Excelso Supremo Tribunal Federal (HC n. 84.412/SP, rel. min. Celso de Mello, in *DJ* de 19.11.2004).

2. Neste caso, não há nenhuma ameaça à segurança jurídica, tampouco afronta a critérios axiológicos elementares. A aplicação do princípio da insignificância, *in casu*, também não está sendo utilizada como hipótese supra-legal de perdão judicial calcada em exegese ideologicamente classista, conforme advertência do Ministro Felix Fischer.

3. Agravo a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.054.937/RS, rel. min. Jane Silva, Sexta Turma, *DJ* de 8.9.2008).

Habeas Corpus. Peculato. Trancamento da ação penal: atipicidade. Princípio da insignificância. Bem jurídico tutelado: a administração pública. Inaplicabilidade. Ordem denegada.

1. A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.

2. O princípio da insignificância, como derivação necessária do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, busca afastar de sua seara as condutas que, embora típicas, não produzam efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

3. Trata-se, na hipótese, de crime em que o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, tornando irrelevante considerar a apreensão de 70 bilhetes de metrô, com vista a desqualificar a conduta, pois o valor do resultado não se mostra desprezível, porquanto a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral da Administração.

4. Ordem denegada (STJ, HC n. 50.863, rel. min. Hélio Quaglia, Sexta Turma, unânime, *DJ* de 26.6.2006).

Processo penal. Habeas Corpus. Furto tentado. R\$ 40,00. Vítima de poucas posses. Insignificância. Não-incidência.

1. Para que se aplique o princípio da insignificância é necessário que o fato não tenha relevância social e, especificamente nos crimes contra o patrimônio, deve-se ainda apurar o valor de pequena monta e seu caráter ínfimo para a vítima. Na hipótese, a vítima, dono de trailer de lanche, teve surrupiada toda a renda auferida em um dia de trabalho.

2. Ordem denegada (HC n. 99.476, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, não unânime, *DJ* de 1º 9.2008).

4.3 Críticas ao princípio da insignificância

Como não poderia deixar de ser, nem todos entendem escorrega a adoção do princípio da insignificância. E não se está falando aqui em controvérsia acerca dos vetores criados pelo Supremo Tribunal Federal. Diz-se, mesmo, que a aplicação do referido princípio ofende a dogmática, infringindo o sistema jurídico penal.

A despeito das incontáveis vantagens de sua aplicação, todas já referidas no presente estudo, importante mencionar a doutrina de Lúcio Antônio Chamon Junior, em seu *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma Reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois*, a quem se atribui as mais acaloradas críticas ao princípio da bagatela.

Segundo o referido autor, o suposto princípio da insignificância não pode, da maneira como sustentado pela argumentação jurídica tradicional, ser compreendido sequer como um princípio jurídico, mas, quando muito, como uma diretriz política capaz de ser legitimamente determinante num debate legislativo, mas jamais em um discurso jurídico de aplicação.

Diz, com efeito, o mestre e doutor pela Universidade de Minas Gerais, que

a interpretação do tipo penal em termos da dependência, necessidade, de verificação de uma maior intensidade de afetação para a configuração do juízo de tipicidade está, pois, atrelada a uma interpretação do Direito Penal em termos político-criminais, orientado, pois, ao alcance de certas finalidades quando da aplicação e, por outro lado, responsável pela perda da força normativa do próprio Direito que, na expressão de Luhman, significaria a corrupção do sistema do Direito pelo sistema da Política (CHAMON JUNIOR, 2006).

E conclui:

não se pode, pois, em face disso, assumir indistintamente argumentos éticos, morais e pragmatistas com determinante de questões jurídicas. Se é certo que tais argumentos, no jogo discursivo democrático, assumem papéis determinantes, por outro lado, e no que tange à aplicação normativa, embora possam se apresentar pela argumenta-

ção das partes, jamais podem ser assumidos pela autoridade jurisdicional como determinantes para a solução de um caso – afinal, nisso reside, pois, a própria imparcialidade do julgar (CHAMON JUNIOR, 2006).

Somente razões jurídicas, assim, poderiam afastar a aplicabilidade de outra norma jurídica.

Nada obstante, repita-se, as respeitáveis críticas do eminente jurista, entendemos, à luz de tudo já exposto até aqui que a aplicação do princípio da insignificância mais que decorrência legal, encontra fundamento implícito no próprio texto constitucional, a partir dos princípios explícitos e implícitos.

5.0 princípio da insignificância e os crimes contra a Administração Pública

Após toda a digressão dos postulados do princípio da insignificância, cumpre agora discorrer sobre aquele que é o objeto central do presente trabalho: a incidência do princípio da bagatela aos crimes contra a Administração Pública.

De início, no entanto, é de se referir a enorme carência de material acerca desse tema específico, porquanto verdadeiramente escassas as publicações doutrinárias respectivas e específicas. A jurisprudência, por sua vez, também bastante vacilante nos poucos acórdãos que enfrentam a questão. Daí a beleza do tema, e a nossa intenção de contribuir de qualquer forma, ainda que somente para despertar a aguçã dos doutos.

Pronunciadas essas poucas palavras, mister se faz mencionar, desde logo, que a solução da questão se cinge à permissibilidade da aplicação do princípio da insignificância a tipos legais que tutelam mais de um objeto jurídico.

5.1 A Administração Pública perante o Código Penal

Para o devido funcionamento dos órgãos públicos, são previstas normas de Direito Público, que recebem a tutela reforçada do Direito Penal no que tange aos crimes contra a Administração Pública.

Por Administração Pública, o Código Penal não entende apenas a atividade administrativa em sentido estrito, distinta da atividade legislativa ou jurisdicional. Muito ao contrário, o Código Penal leva em consideração toda a atividade estatal, num sentido subjetivo e noutro objetivo. Sob a angulação subjetiva, a administração pública é entendida como o conjunto de entes que desempenham funções públicas. Sob o aspecto objetivo, considera-se como administração pública toda e qualquer atividade desenvolvida para satisfação do bem comum. Em outras palavras: em Direito Penal, Administração Pública equivale a sujeito-administração e atividade administrativa (PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 1999, p. 16).

Quando o Código Penal classifica alguns ilícitos como crime contra a Administração Pública, isso significa que se trata de crimes que têm como característica comum aquela de ofender a atividade funcional do Estado ou de outros entes públicos. O modo específico da ofensa pode apresentar-se, porém, diferente entre um crime e outro.

Antônio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior (1999, p. 21), realçando a doutrina de Manzini, sustentam que a tutela penal dos crimes contra a Administração Pública refere-se ao interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da Administração Pública no que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade.

5.2 Bens jurídicos tutelados

No início do presente trabalho, analisou-se detalhadamente a aplicação do princípio da insignificância, notadamente nos casos de crimes contra o patrimônio, em que este (patrimônio) seria o bem jurídico que a norma penal visava salvaguardar.

Em se cuidando de crimes contra a administração pública (*lato sensu*), no entanto, a questão assume contornos diversos. É que, nesses crimes, para além do patrimônio público, resguardam-se outros objetos jurídicos, tais como a moralidade e a probidade administrativa.

Importante notar que o legislador, no momento da elaboração da norma, determina quais são os valores que a sociedade pretende

tutelar a partir de cada construção típica. No caso dos crimes contra a Administração Pública, são resguardados nos tipos penais, geralmente, o patrimônio público e a moralidade administrativa. Sendo assim, pelo princípio da legalidade, ocorreria a tipicidade material se houvesse lesão ou perigo de lesão ao bem protegido pela norma, que nesse caso, segundo Gisele Brum Isaacson (2008, p. 330) seriam os dois bens jurídicos, concomitantemente, uma vez que se trata de delito pluriofensivo.

Quando o legislador insere no tipo dois bens juridicamente tutelados (pluriofensividade), como se apresenta no presente caso, ele deseja ver sua escolha respeitada pelos demais poderes. Não pode, segundo a autora, o Judiciário tomar o lugar do legislador e avaliar que o bem jurídico mais importante é este, e não aquele ou, ainda, que somente a lesão a um deve se configurar, não sendo relevante o ataque ao outro.

O interesse da Administração, nesse delito, segundo Antônio Pagliaro e Paulo José da Costa Junior (2006, p. 39), conteria múltiplos aspectos:

Em primeiro lugar, existe um interesse no manutenção da coisa. Em outras palavras, se a Administração Pública destinou uma soma ou uma coisa móvel para a obtenção de determinado escopo, é claro que tem interesse nesta destinação. A apropriação ou o desvio da coisa frustra, conseqüentemente, este interesse. Se a coisa pertencer ao particular, o interesse da Administração Pública em não mudar ilegalmente o destino da coisa deriva, quando menos, da possibilidade de que daí advinha uma responsabilidade da Administração para com o particular.

Em segundo lugar, existe um interesse da Administração Pública em que o funcionário público não abuse de seu cargo para locupletar-se indevidamente, ou em benefício de terceiros.

Ademais, leciona Alice Bianchini (2002, p. 52) que a análise da ofensividade da conduta pode ser realizada por dois prismas: um em nível legislativo e outro em nível jurisdicional. Segundo a autora:

Pelo primeiro, busca-se impedir que o legislador configure tipos penais que não prevejam condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo o bem jurídico tutelado.

O segundo nível deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.

5.3 Princípio da insignificância X princípio da irrelevância penal do fato nos crimes contra a Administração Pública

Outra questão que merece comentário é a de que Luiz Flávio Gomes (2006) faz a distinção entre princípio da insignificância e princípio da irrelevância penal do fato, *verbis*:

Infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o Direito Penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato).

Não se pode confundir, desse modo, o princípio da insignificância com o princípio da irrelevância penal do fato: aquele está para a infração bagatelar própria assim como este está para a infração bagatelar imprópria. Cada princípio tem seu específico âmbito de incidência. O da irrelevância penal do fato está estreitamente coligado com o princípio da insignificância (porque o fato nasce irrelevante). Tratando-se de “roubo”, que envolve bens jurídicos sumamente importantes (integridade física, liberdade individual etc.), pode ter incidência o princípio da irrelevância penal do fato (se presentes todos os seus requisitos).

Não é acertado utilizar um critério típico do princípio da irrelevância penal do fato (coligado à teoria da pena) na esfera de incidência do princípio da insignificância (que reside na teoria do delito). Essa é a confusão que precisa ser desfeita, o mais pronto possível, para que o Direito Penal não seja aplicado incorretamente ou arbitrariamente.

Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, à propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito Penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque não há resultado jurídico grave ou relevante ou por-

que não há imputação objetiva da conduta); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto).

Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem pertinência no momento da aplicação concreta da pena).

Verifica-se que o renomado jurista, ao distinguir os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, o fez fundado em que, enquanto aquele é causa excludente da tipicidade, este último é causa excludente da punição concreta do fato, de modo que encontrou solução para o caso em que violados mais de um bem jurídico, como no caso de roubo, em que, além da violação do patrimônio, também há o emprego de violência ao agente.

Esse parece ser um entendimento mais razoável quando se tratar de comportamentos cujo tipo penal incriminador preveja a multiplicidade de bens jurídicos tutelados, como ocorre nos crimes contra a Administração Pública.

5.4 Análise de jurisprudência

Retomando o exame da matéria central do presente estudo, qual seja, a problemática da incidência do princípio da insignificância nos delitos contra a Administração Pública, faz-se necessário, agora, consultar como está sendo aplicada na jurisprudência, o que se fará com base na transcrição de vários precedentes, de tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, bem como do TRF.

Para efeitos didáticos, no entanto, colocar-se-ão primeiro os acórdãos em que restou permitida a aplicação do princípio da insignificância, a despeito de se cuidar de crimes contra a administração pública (*lato sensu*), para, somente ao final, apresentar os precedentes

jurisprudenciais que não a admitem, ressaltando, desde logo, a preponderância destes últimos. Vejamos:

Habeas Corpus. Penal. Furto. Tentativa. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. *Oculto compensatio*.

1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística.
2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a *oculto compensatio*. A conduta do paciente não excede esse modelo.
3. A tentativa de furto de roupas avaliadas em míseros R\$ 65,00 (sessenta e cinco reais) não pode, nem deve – se considerados os vetores que identificam o princípio da insignificância – merecer a tutela do direito penal. Este, mercê do princípio da intervenção mínima do Estado em matéria penal, há de ocupar-se de lesões significativas a bens jurídicos sob sua proteção. Ordem deferida (STF, HC n. 92.740, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, unânime, DJ de 19.2.2008).

Habeas Corpus. Penal. Moeda falsa. Falsificação grosseira. Princípio da insignificância. Conduta atípica. Ordem concedida.

1. O crime de moeda falsa exige, para sua configuração, que a falsificação não seja grosseira. A moeda falsificada há de ser apta à circulação como se verdadeira fosse.
2. Se a falsificação for grosseira a ponto de não ser hábil a ludibriar terceiros, não há crime de estelionato.
3. A apreensão de nota falsa com valor de cinco reais, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração, não cria lesão considerável ao bem jurídico tutelado, de maneira que a conduta do paciente é atípica.
4. Habeas corpus deferido, para trancar a ação penal em que o paciente figura como réu (STF, HC n. 83.526, rel. min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, unânime, DJ de 16.3.2004).

Habeas Corpus. Peculato praticado por militar. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Consequências da ação penal. Desproporcionalidade.

1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar.

2 Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário.

3. A manutenção da ação penal gerará graves conseqüências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida (STF, HC n. 87.478, rel. min. Eros Grau, Primeira Turma, não unânime, *DJ* de 29.8.2006).

Princípio da insignificância. Tributo. Rege o princípio da insignificância critério objetivo considerada a imputação penal, descabendo levar em conta atos diversos do agente. Precedente: Agravo de Instrumento n. 559.904-1/RS, rel. min. Sepúlveda Pertence, publicado no *Diário da Justiça* de 26 de agosto de 2005 (STF, HC n. 88.771, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, não unânime, *DJ* de 19.2.2008).

E agora, negando a aplicação do princípio da insignificância:

Recurso especial. Penal. Peculato. Crime contra a Administração Pública. Princípio da insignificância. Trancamento da ação penal. Impossibilidade.

1. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.

2. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso provido para determinar o prosseguimento da ação penal. (Resp n. 655.946, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, unânime, *DJ* de 21.3.2007).

Habeas Corpus. Justa causa. A concessão de ordem baseada em conclusão sobre a ausência de justa causa surge no âmbito da excepcionalidade maior, somente cabendo se os fatos narrados não consubstanciam crime.

Crime. Regência. Decreto-Lei. Aprecia-se o aspecto formal referente à previsão de crime a partir do quadro constitucional existente. Valia do Decreto-Lei n. 201/1967 ante a Carta da República à época vigente.

Crime. Insignificância material. Decreto-Lei n. 201/1967. O Decreto-Lei n. 201/1967 está voltado não apenas à proteção do patrimônio público como também da moral administrativa, pelo que não há como agasalhar a óptica do crime de bagatela (STF, HC n. 85.184, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, unânime, *DJ* de 15.3.2005).

Penal e processual penal. Recurso especial. Prefeito. Decreto-Lei n. 201/1967. Lei Complementar n.101/2000. Denúncia. Recebimento.

Inaplicabilidade do princípio da insignificância ao presente caso porque não se pode ter como insignificante o desvio de bens públicos levado a cabo por Prefeito Municipal, que, no exercício de suas funções, deve obediência aos mandamentos legais e constitucionais, notadamente ao princípio da moralidade pública.

A realização pelo prefeito de despesas com doações a pessoas físicas sem, contudo, lei específica que autorizasse tal ato contraria o disposto no art. 26 da LC n. 101/2000 e constitui, em tese, crime de responsabilidade. Recurso provido (Resp n. 677.159, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, unânime, *DJ* 21.3.2005).

Do que se vê, a jurisprudência majoritária apregoa o não cabimento da aplicação do princípio da insignificância aos crimes cujos tipos legais tutelam a moralidade pública, a probidade administrativa, a fé pública etc.

Para fins de conclusão deste trabalho, entende-se assistir razão a essa última tese, sem que isso importe no desprestígio do princípio da insignificância e de todos os demais princípios correlatos, fundados no ideal garantista. Em absoluto.

Queremos sustentar, aqui, a tese de Luiz Flávio Gomes, ao distinguir o princípio da insignificância do princípio da irrelevância penal do fato.

É que, construída a tese do princípio da insignificância no grau de ofensa dos bens jurídicos tutelados pelo Direito, não haveria mesmo de querer-se pretender a aplicação do princípio em casos em que haja multiplicidade de lesões, vale dizer, em hipótese de mais de um bem jurídico ofendido.

Destarte, quando se cuidar de comportamento cuja conduta viola mais de um bem jurídico, como nos casos de crimes contra a Ad-

ministração Pública, contra a fé pública, ou, de uma forma geral, nos casos de crimes complexos, tal como o roubo, melhor será aplicar-se o princípio da irrelevância penal.

O fundamental, no entanto, é que, antevendo-se de pequena monta a lesão dos bens jurídicos, se estructure o Poder Judiciário para que dê andamento célere aos respectivos processos, de modo a culminar, ao final, em perdão judicial.

O princípio da irrelevância penal do fato tem como fundamento jurídico para seu reconhecimento o art. 59 do Código Penal, tendo em vista que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir se ela é suficiente ou até mesmo necessária para reprovação ou prevenção do delito.

Como salienta Luiz Flávio Gomes (2006), para que se reconheça o princípio da irrelevância penal,

múltiplos fatores, portanto, devem concorrer: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos ou devolução do objeto, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc.

Pensamos ser essa, repita-se, uma adequada solução para o caso dos crimes contra a Administração Pública, sob pena de reduzir a importância da observância dos princípios, também constitucionais, da moralidade e da probidade administrativa.

5.5 Considerações críticas quanto à aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública

A jurisprudência pátria tem entendimento predominante no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância e, por consequência, a obrigatoriedade da propositura da ação penal nos delitos contra a Administração Pública. Para os tribunais, a ofensa aos demais bens jurídicos, como moralidade e probidade administrativa, basta para que seja proposta a competente ação penal, pois já há valor demais envolvido.

Discute-se ser essa a melhor solução à luz de princípios constitucionais, penais e processuais vigentes. O tema é bastante amplo, encontra bastantes obstáculos e divergências, mas, sem a pretensão de esgotá-lo, é necessário trazer a lume algumas provocações que possam influir no desenvolvimento da polêmica.

Utilizando-se como delito-exemplo o peculato, por ser um dos mais incidentes entre os crimes contra a Administração Pública, de diferentes ponderações se utilizam os doutrinadores.

O peculato encontra-se previsto no art. 312 do CP, sendo tipificado como:

Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze), e multa.

Nélson Hungria (1968, p. 343), quando faz referência à objetividade jurídica do crime em questão, ensina:

É punido o peculato menos porque seja patrimonialmente lesivo do que pela quebra de fidelidade ou pela inexecução no desempenho do cargo público; mas é absolutamente impensável à sua configuração o advento de concreto dano patrimonial

Para Damásio de Jesus (1992, p. 105) há uma dupla proteção, qual seja, o interesse patrimonial da Administração, com o objetivo de se preservar o erário público, e moral, no sentido de se resguardar a fidelidade e a probidade dos agentes do poder.

Dessa forma, para que se configure o peculato próprio, torna-se necessário que haja lesão ou ameaça de lesão a dois pontos: patrimônio da Administração e moralidade administrativa.

Contudo, ponto importante cabe ser notado: em qualquer crime contra a Administração, não apenas no peculato, há possibilidade de que terceiro, não funcionário público, seja coautor do delito, por essa qualidade ser elementar do delito, podendo se comunicar a particular, ainda que não funcionário¹⁰. Dessa forma, não se pode sustentar que

¹⁰ “Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime” (Código Penal).

o peculato implique sempre violação de um dever de fidelidade (moralidade administrativa) do funcionário para com o serviço público ao qual pertence, pois isso não ocorre nessa situação.

Ademais, nem sempre o sujeito ativo está ligado ao ente a cujo patrimônio a coisa móvel apropriada ou desviada pertence. Poderá suceder, ainda, que o agente não esteja incorporado a nenhuma entidade pública, embora tenha a posse da coisa em razão de sua função. Se assim é, também não se poderá sustentar que o peculato implique sempre a violação de um dever de fidelidade, pois este subsiste entre o funcionário e o ente ao qual está ligado.

Além disso, pode ocorrer de o bem móvel apropriado ou desviado ser particular. Diante disso, não há como se falar em infidelidade, salvo melhor juízo.

O peculato, tal qual diversos crimes contra a Administração Pública, é um crime pluriofensivo: ofende tanto o interesse em que não seja mudado o destino da *res mobilis* como o interesse em que o funcionário público não abuse de sua função, para beneficiar a si mesmo ou a terceiros. Se a coisa pertencer ao particular, o interesse da Administração Pública em não mudar ilegalmente o destino da coisa deriva, no mínimo, da possibilidade de que daí advenha uma responsabilidade da Administração para com o particular.

Diante de tudo isso, verificada a dificuldade em lidar com a aplicação desse princípio aos crimes contra a Administração Pública, é importante referir, no entanto, que uma ação penal não deve ser instaurada e levada adiante apenas para mostrar à sociedade um poder público falsamente moralista e preservador da ordem e dos bons costumes, apenas por receio de passar uma desídia com o bem público ou falta de zelo com a moralidade administrativa.

6 Considerações finais

Não há, pois, como discordar de que o princípio da insignificância atua como instrumento de interpretação restritiva do Direito Penal, de modo a revelar e estabelecer a natureza subsidiária do Direito Penal, exigindo intervenção mínima do Estado.

Esse é o fundamento nuclear do princípio da insignificância, pois, diante de uma conduta sem repercussão social e considerada ninharia, o bem protegido na lei, enquanto mero padrão ou *standard* de comportamento, não alcança dignidade penal, pois o que lhe dá vida e concreção é a conduta relevante que, ao subsumir-se naquele arquétipo, revele gravidade e poder ofensivo e conduza ao merecimento da pena.

Tendo em vista que falar em insignificância é falar em princípio da lesividade, em *ultima ratio* do Direito Penal, em seu caráter fragmentário e subsidiário, chega-se à conclusão de que o princípio da insignificância atua como base de sustentação de um Direito Penal Mínimo.

É com fulcro nessa conjuntura minimalista e de atuação da insignificância que resta acertado afirmar a utilidade prática desse princípio, tendo em vista que, analisando-se o atual sistema penitenciário brasileiro, as mazelas são notórias, não há suficiência de espaço para a quantidade de indivíduos que se acham amontoados nos presídios, penitenciárias e cadeias públicas, vivendo em condições desumanas e sem nenhuma perspectiva de ressocialização.

As infrações desprezíveis, pois, que nenhuma repercussão ou desequilíbrio social apresentam, devem ser tratadas em outro plano, por meio de mecanismos de coibição diversos daqueles de natureza penal-aflictiva. E essa tarefa cabe ao aplicador da lei, dele se exigindo, mais do que saber jurídico, profunda sensibilidade e formação humanística.

Observando-se as atuais concepções garantistas, o Direito Penal é instrumento de limitação do poder de intervenção do Estado e, simultaneamente, de combate ao crime. Ao mesmo tempo em que protege o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, protege também a coletividade dos abusos individuais.

Por conseguinte, a limitação das ações estatais, de forma a preservar os direitos individuais dos atingidos, deve ser aferida em consonância com o seu dever de proteção da coletividade.

Esse paralelo deve, obrigatoriamente, ser traçado, sob pena de se inverter valores, colocando-se em xeque a própria existência do Esta-

do, visto que se este não consegue mais, por exemplo, com suas ações positivas dar um mínimo de segurança aos cidadãos, não há mais para que existir. O Direito Penal deve ter destinação útil e efetiva para a sociedade, no intuito de que sua intervenção traga ao ordenamento jurídico mais resultados positivos do que negativos.

A aplicação do princípio da insignificância deve-se dar com cautela, taxando insignificante apenas aquilo que realmente o é, sendo imprescindível a observação das circunstâncias objetivas e subjetivas que envolvem o caso concreto, na tentativa de impedir que seu conteúdo possa vir a ser uma porta aberta à impunidade.

Ademais, a ausência de uma exata definição do que seria insignificante quando da prática delituosa poderia dar causa a uma grande insegurança jurídica, no que tange à impossibilidade de aferir, realmente, o valor do bem para dar-lhe proteção jurídica. Nesses termos, vários doutrinadores insinuam que o princípio seria muito liberal e esvazia o Direito Penal.

No entanto, esse não parece ser o melhor entendimento a respeito do princípio da insignificância, na medida em que o Direito deve andar em harmonia com as inovações que aperfeiçoem a sua aplicação. Tal princípio deve ser aplicado conforme os parâmetros do caso concreto em análise, e a fragmentariedade do Direito penal, como corolário da intervenção mínima, atuará como guia norteador da insignificância.

Em síntese, se guiada por preceitos de ordem constitucional e observando os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana como base para intervenção penal, a aplicação do princípio da insignificância, em absoluto, não se confunde com impunidade ou ausência de tutela jurídica, mas, de forma contrária, deve ser encarada como um avanço na análise da conjuntura criminal atual.

Por isso mostra-se de extrema importância a correta valoração dos bens tutelados pela comunidade por meio da adequada interpretação constitucional. Daí a importância do exercício hermenêutico, uma vez que o aplicador da lei não tem o princípio em epígrafe fixado na lei das leis.

No caso de crimes contra Administração Pública, objeto central do trabalho em curso, é perigosa a aplicação do princípio da insignificância a pretexto de neutralizar uma conduta dita de menor gravidade, sob pena de onerar toda uma coletividade. Não há como se falar em menor gravidade para uma conduta que atinja os valores de uma boa administração. Não há como denominar “bagatelar” conduta que vulnere a moralidade pública.

Então, quando se tratar de comportamentos cujo tipo penal incriminador preveja a multiplicidade de bens jurídicos tutelados, mostra-se desproporcional a aplicação do princípio da insignificância, sendo mais plausível a incidência do princípio da irrelevância penal do fato, tal como sustentada por Luiz Flávio Gomes.

Referências

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
- CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral*. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional do direito penal: Contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral*. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Caso Angélica Teodoro: roubo de um pote de manteiga e princípio da irrelevância penal do fato*. 2006. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060403190402326&mode=print>. Acesso em: 29 abr. 2009.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; BIANCHINE, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. v. 1. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. *Direito penal do equilíbrio*. Uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1968. v. 9

ISAACSON, Gisela Brum. Crimes contra a administração pública: um estudo sobre a possibilidade da não propositura da ação penal face ao princípio da insignificância. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, set./out. 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – parte geral*. 19. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Direito penal*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Código penal comentado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. História do direito brasileiro. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. v. 1. Brasília: Fac-sim/Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. *A instrumentalidade garantista do Processo Penal*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf>.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais criminais, Lei 9.503/07, Código de Trânsito brasileiro e da jurisprudência atual*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. (Série princípios fundamentais do direito penal moderno, v. 2).

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude. In: SUANES, Adauto et al. *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral*. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Jus Podivm, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral – parte especial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAGLIARO, Antônio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: DJP, 1999; 2006.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

STOCO, Rui. *Tratado de derecho penal*. v. 3. Buenos Aires: Ediar, 1981.

_____. Princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária. In: SUANES, Adauto et al. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Tipografia

Meridien e Gotham Condensed

Papel

Offset AP 90g/m²

Diagramação

Leandro Castro

Marina Costa

Matheus Cavalheiro

Thiago Ferreira

Ideorama Comunicação

CLN 413 Bloco A, sala 218 – 70874-510

Brasília-DF – Tel.: (61) 3032-4849

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda.

SIG Quadra 8, 2268 – 70610-480

Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112