

### 3. DIREITO PENAL ESPECIAL

---

#### 3.2

#### CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR E CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PARECER

JULIO FABBRINI MIRABETE

SUMÁRIO: 1. Histórico – 2. A consulta – 3. Parecer: 3.1 Do conhecimento do pedido de *habeas corpus*; 3.2 Da justa causa no crime contra a economia popular; 3.3 Da denúncia pelo crime contra a economia popular; 3.4 Da justa causa no crime contra o Sistema Financeiro Nacional – 4. Conclusões.

##### 1. Histórico

Em 02.08.1989, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Fernando Souza Ribeiro Carvalho, José Carlos Corrêa Kanan, Newton Kleber de Thuin, Armando Braga Rodrigues Pires Filho, Erwin Pedro Evler, Sérgio Augusto Thorsensen Salomão, Arnold Wald, Martin Wimmer, Nagi Robert Nahas e Mário Jácome de Castro como incurso no art. 7.º, inciso III, da Lei Federal 7.492/86 (Lei do colarinho branco), e Nagi Robert Nahas e Eduardo da Rocha, no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51 (Lei de Economia Popular), perante o Juízo da 13.ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Em sentença proferida em 27.05.1992, o MM. Juiz Federal da 13.ª Vara condenou Nagi Robert Nahas ao cumprimento da pena de quatro anos de detenção, além de multa, como incurso no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51, e o absolveu da prática do ilícito previsto no art. 7.º, inciso III, da Lei 7.492/86.

Decidindo recurso de *habeas corpus* impetrado em favor desse acusado, em 02.03.1993, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua Colenda 6.ª Turma, anulou o processo a partir da perícia, inclusive com fixação de prazo de três me-

ses para que novo exame pericial fosse realizado por peritos oficiais.

Em 08.10.1997, o MM. Juiz Federal proferiu sentença, condenando o mesmo acusado a pena de 16 anos e oito meses de detenção e multa, como incurso no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51, c. c. o art. 71, do Código Penal, e a pena de oito anos de reclusão e multa, como incurso no art. 7.º, inciso III, da Lei 7.492/86, em concurso material, num total de 24 anos e oito meses, sendo os primeiros oito anos de reclusão e o restante de detenção, em regime inicial fechado, além das multas.

Julgando novo pedido de *habeas corpus*, a Egrégia 6.ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça anulou, em 17.11.1998, a nova sentença condenatória, determinando que outra fosse prolatada.

Na mesma data, foi estendido ao acusado a decisão proferida em pedido de *habeas corpus* deferido em favor do co-réu Jácome de Castro, cassando a sentença condenatória.

A ação penal está em curso, pretendendo-se a impetração de pedido de *habeas corpus* em favor de Nagi Robert Nahas para o trancamento da ação penal por falta de justa causa e, alternativamente, a decretação da nulidade do processo, *ab initio*, por inépcia da denúncia quanto ao crime contra a economia popular.

## 2. A consulta

1. É passível de conhecimento pedido de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal por falta de justa causa ou para a anulação do processo movido contra Nagi Robert Nahas pelos crimes previstos no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51 e art. 7.º da Lei 7.492/86?

2. Há justa causa para o prosseguimento do referido processo quanto ao crime contra a economia popular?

3. É escorreita a denúncia oferecida no referido processo quanto ao crime contra a economia popular?

4. Há justa causa para o prosseguimento do referido processo quanto ao crime contra o Sistema Financeiro Nacional?

5. Deve ser deferido o pedido de *habeas corpus* a ser impetrado para trancamento por falta de justa causa no processo pelos crimes contra a economia popular e contra o Sistema Financeiro Nacional e por anulação do processo por inépcia da denúncia quanto ao primeiro?

## 3. Parecer

### 3.1 Do conhecimento do pedido de *habeas corpus*

Como em qualquer ação ou recurso, é indispensável ao conhecimento do pedido de *habeas corpus* que estejam presentes as condições da ação, ou seja, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimação para agir. No caso em exame, estão elas presentes. Se não, vejamos.

Dispõe o art. 654 do Código de Processo Penal que o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem. O direito constitucional de impetrar *habeas corpus* é atributo da personalidade e quando se trata de impetração em favor de terceiro há caso de substituição processual. Como qual-

quer pessoa pode impetrar pedido de *habeas corpus* em favor de terceiro, está presente a legitimação ativa do consulente para promovê-lo.

Aponta-se como autoridade coatora o MM. Juiz da 25.ª Vara Federal do Rio de Janeiro, competente para o processo impugnado. Indiscutível, pois, a legitimidade passiva, uma vez que está em curso naquele Juízo a ação penal a ser impugnada. Em consequência, é do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região a competência para apreciar o pedido do *writ*.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, nada a afasta, já que o pedido de *habeas corpus* é remédio jurídico previsto na Constituição Federal e regulamentado em lei federal. Destinando-se a anular o processo em que pode ser imposta ao paciente pena privativa de liberdade, visa o pedido coarctar constrangimento ilegal sanável pela via do remédio heróico. Embora o interessado não esteja preso, é admissível o pedido, uma vez que o instituto processual-constitucional protege o indivíduo contra cerceamento potencial, possível ou provável, à liberdade de locomoção. A impetração é fundada em mera questão de direito, ou seja, a falta de justa causa para o processo por atipicidade dos fatos imputados ao acusado e na nulidade por inépcia da denúncia formulada perante o MM. Juiz da 25.ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

O art. 648 do Código Penal refere-se à falta de justa causa como fator de coação ilegal à liberdade de locomoção sanável pela via do *habeas corpus*, dispensando qualquer explicação. Estando em curso uma ação penal, em que se pleiteia a condenação do paciente a penas privativas de liberdade, e alegando-se na impetração a falta de justa causa para o processo – por ser o Ministério Público carecedor da ação, diante da impossibilidade jurídica do pedido –, e a nulidade da ação penal – por inépcia da denúncia –, como fatores de constrangimento ilegal, é evidente o cabimento do *mandamus*. Segundo o que dispõe a lei. A coação é considerada ilegal,

propiciando a concessão da ordem, “quando não houver justa causa” e “quando o processo for manifestamente nulo!” (art. 648, incisos I e VI, do Código de Processo Penal). A atipicidade do fato é razão para a falta de justa causa para o processo e a inépcia da denúncia é causa de nulidade do processo *ab initio*.

Há legítimo interesse no pedido, pois se pretende a concessão da ordem por falta de justa causa e anulação *ab initio* do processo, visto que a sua instauração e desenvolvimento constituem constrangimento ilegal sanável pela via do remédio heróico. Se a coação ilegal existente pode ser corrigida mediante o meio sumário do *habeas corpus*, não há como deixar que o processo impugnado tenha prosseguimento.

### 3.2 Da justa causa no crime contra a economia popular

O art. 43 do Código de Processo Penal trata das hipóteses em que a denúncia ou queixa deve ser rejeitada, não se dando início à instrução criminal. Nos termos do inciso I, não pode ser recebida a inicial quando “o fato narrado evidentemente não constituir crime”, corolário inevitável do princípio da legalidade do crime previsto no art. 5.º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e no art. 1.º do Código Penal. É evidente que somente se pode intentar a ação penal quando se imputa ao acusado a prática de um fato típico, que se amolde perfeitamente à descrição abstrata contida na lei penal. Se o fato não se reveste de tipicidade, não há imputação de crime, e a denúncia deve ser rejeitada.

Para a imputação do referido delito ao interessado, na denúncia se afirma, *ipsis literis*, o seguinte:

“Os denunciados Nagi Robert Nahas e Elmo de Araújo Gomes, conhecidos especuladores junto às bolsas de Valores e Mercantil de Futuros, passaram, a partir do mês de abril de 1988, a intensificar as suas atuações na Bolsa de Valores do Rio de

Janeiro – BVRJ. Como as operações dos denunciados, tanto no mercado à vista de ações como no de opções e índices futuros se avolumavam a cada dia, dependendo, pois, de grandes recursos financeiros para liquidação dos negócios, recursos estes de que não dispunham, passaram a utilizar de financiamentos concedidos por diversas instituições de crédito.

O mecanismo utilizado pelos denunciados para se financiarem no mercado, sem despendarem dinheiro ou se desfazerem das suas ações, consistia no seguinte: vendiam o papel à vista e compravam o mesmo papel, no mesmo dia, através de corretoras diversas. No 5.º dia útil posterior à data das operações, eles teriam que pagar a compra e receber o produto da venda. Então, no mesmo dia da venda, conseguiam um agente financiador, ou seja, uma instituição de crédito que lhes adiantava o dinheiro da venda, descontados os juros, para a qual cediam o crédito relativo à venda das ações.

É a chamada operação D-O.

No entanto, no dia de liquidar a compra de ações, para não despendarem recursos financeiros, eles novamente vendiam à vista as mesmas ações compradas cinco dias antes, para eles mesmo, através de outras corretoras e, da mesma forma, aranjavam um financiador para pagar a primeira compra. E assim sucessivamente.

Para que o mecanismo funcionasse, era necessário que o preço das ações do mercado à vista se mantivesse em alta, o que conseguiam simulando compras e vendas para eles mesmos, já que o mercado, normalmente, não possuía tamanha demanda.

Assim agiram no período de janeiro até junho de 1989, conforme demonstram os documentos de fls. 606/610, bem como no Anexo 06, que ficam fazendo parte integrante da denúncia.

Utilizando-se de tal expediente, os denunciados manipulavam o mercado à vista de ações, determinando a alta ou baixa artificial dos preços ou papéis, conforme

as suas posições compradoras ou vendedoras no mercado de opções ou de índices futuros.

Como o denunciado Nagi Nahas não dispunha de lastro financeiro suficiente para liquidar as suas volumosas operações, emitia em favor das corretoras através das quais operava, em garantia, cheques nos valores correspondentes às operações por eles ordenadas.

Tais cheques, no entanto, para serem redescontados, dependiam do financiamento solicitado pelo denunciado nas instituições de crédito, sem o que seriam devidos por insuficiência de fundos.”

O tipo legal a que se refere a denúncia para imputar o crime de economia popular ao interessado, em caráter continuado, é o previsto no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51, que tem a seguinte redação:

“VI – provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício.”

Em nosso entendimento, os fatos narrados na denúncia, nessa parte, não têm adequação ao tipo penal mencionado. São imputadas a Nagi Robert Nahas compras e vendas de ações na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro. O tipo penal refere-se a mercadorias, títulos públicos, valores ou salários como objeto material do ilícito nele definido, neles não podendo ser incluídas as ações. Estas são títulos emitidos pelas companhias ou sociedades anônimas, representativos de parcela do capital, sendo por elas responsáveis os sócios ou acionistas até o limite do preço de emissão das subscritas ou adquiridas. Não são portanto mercadorias, títulos públicos, salários e nem mesmo podem ser incluídas como valores. Este vernáculo, no contexto do dispositivo, refere-se a dinheiro, jóias, pedras preciosas etc., e não aos referidos títulos operáveis na Bolsa de Valores, pois, quando quer a eles referir-se a lei, o faz expressamente, tal como

ocorre no mesmo art. 3.º, no inciso VII, que menciona a compra ou venda de “títulos, ações ou quotas”. Isto porque, enquanto neste tipo penal, é protegido o interesse de acionistas, naquele, o objeto jurídico é a generalidade das pessoas. Como bem observa Paschoal Mantecca, ao comentar o art. 3.º, VI, da Lei 1.521/51:

“Por outro lado, deduz-se do estudo deste dispositivo, que aqui também se destacam três fatores fundamentais para a perfeita caracterização do delito, a saber:

a) (...).

b) (...).

c) as mercadorias serem de consumo do povo, os títulos, públicos e os valores ou salários, do interesse de um indeterminado número de pessoas.” (*Crimes contra a economia popular e sua repressão*, São Paulo : Saraiva, 1985, p. 36).

Essa distinção explica por que no inciso VII se incluem as ações, no que se refere às indicações ou afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de negociação com os referidos títulos, excluídas do inciso VI.

Ainda que assim não se entenda, inserindo-se no conceito de “valores” as ações negociáveis na Bolsa, a derrogação do art. 3.º, VI, da Lei 1.521/51 torna-se evidente por outra razão. Com a edição da Lei 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e criação da comissão de valores, passou-se a regular por esse diploma legal toda emissão, distribuição, negociação ou intermediação referentes a valores mobiliários no mercado. É o que se dispõe no art. 2.º, ao determinar que as ações, como outros valores mobiliários, passaram a se sujeitar ao regime jurídico por ela estabelecido. Em complemento, a Lei 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, passou a regular a tipificação penal referente a essa matéria, excluindo as normas que a ela se referem na lei de economia popular. Não há duvidar que as expressões “títulos ou valores mobiliários” contidas nos arts. 1.º,

2.º, 5.º, 7.º, 9.º, 10, 14, 16 e 18 da referida lei são elementos específicos dessas normas, cobrindo todas as condutas que tenham por objeto tais valores (valores mobiliários – ações) e que estariam inscritas na Lei 1.521/51 e que, assim, teriam sido revogadas tacitamente.

É norma aplicável à matéria o disposto no art. 2.º, § 1.º, do Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro): “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, *quando seja com ela incompatível* ou quando *regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*” (os grifos são nossos).

Pode-se afirmar com segurança que, ao descrever os tipos penais relacionados com o Sistema Financeiro Nacional e ao estabelecer no art. 1.º que estes se referem à “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*”, a Lei 7.492/86 regulou inteiramente a matéria que, eventualmente, estava contida na Lei 1.521/51 e dissesse respeito aos valores mobiliários, incluindo-se, evidentemente, a compra e venda de ações. E assim o fazendo, derogou tacitamente o art. 3.º, inciso VI do último diploma legal, no que se refere à compra e venda de ações. Como assinala Washington de Barros Monteiro: “É tácita, ou por via oblíqua, a revogação, se a lei nova, sem declarar explicitamente revogada a anterior: a) seja com esta incompatível; b) quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2.º, § 1.º, última parte)” (*Curso de direito civil, Parte Geral*, São Paulo : Saraiva, 8. ed. 1971, p. 28).

É, também, princípio mezinho de direito de que regras especiais derogam as gerais. Caso não tivesse havido a derrogação do referido dispositivo, e se crime existisse na conduta imputada ao interessado, estaria o ilícito previsto na Lei 7.492/86

e não mais na Lei 1.521/51, pois, como se disse, aquela lei regulou especificamente os ilícitos penais referentes a compra e venda de ações.

Assim, parece-nos que, diante de qualquer ângulo que se examine a questão, é inaplicável o art. 3.º, VI, da Lei 2.521/51 ao fato narrado na denúncia impugnada, diante da derrogação do referido dispositivo no que tange ao crime contra a economia popular tal como formulado na inicial, inexistindo justa causa para o processo contra Nagi Robert Nahas por esse delito.

### 3.3 Da denúncia pelo crime contra a economia popular

O art. 41 do Código de Processo Penal trata dos requisitos que devem estar presentes na denúncia a fim de que possa ser ela recebida, instaurando-se assim a ação penal condenatória. Exige-se, em primeiro lugar, no artigo citado, que a denúncia contenha “a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias”. É inepta e não deve ser recebida a denúncia que não especifica, nem descreve, ainda que sucintamente, o fato criminoso atribuído ao acusado, que seja vaga, imprecisa, confusa, lacônica. É inepta também a denúncia em que não se descreve elemento essencial do tipo penal.

No caso em estudo, parece-nos evidente a inépcia do requisitório público inicial quanto ao crime contra a economia popular imputado a Nagi Robert Nahas. Da leitura da imputação quanto a tal delito, acima transcrita, verifica-se que a acusação é a de ter o denunciado comprado a prazo e vendido a vista ações, através de corretoras diversas, mantendo em alta o preço delas no período de abril de 1988 a junho de 1989. Entretanto, na denúncia não se descreve qualquer dessas operações, não se declina quais foram as ações negociadas, não se especifica quantas foram as operações efetuadas, não se menciona os preços de compra e venda, não se diz quais as diferenças entre eles, e, principalmente,

não se declara como tais compras e vendas provocaram a alta ou baixa dos preços dos papéis, núcleo do tipo previsto no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51. Lembre-se que nesse tipo penal se descreve crime material, ou seja, uma infração penal que exige um resultado naturalístico, o qual, na hipótese, é a alta ou baixa das cotações das ações negociadas pelo denunciado, como evento ocasionado pela sua conduta. Na inicial não se faz a descrição dessa variação, ou seja, não se menciona quais foram as altas ou as baixas no preço das ações derivadas da ação do imputado. Não se descreve, portanto, os fatos concretos que, aliás, são imputados em caráter continuado ao interessado, e muito menos as suas circunstâncias. E como se pode imputar a continuidade delitiva a alguém sem ao menos determinar qual o número de fatos pretensamente típicos por ele praticado?

Certamente não se pode recusar a inépcia da denúncia, por exemplo, quando, para a imputação de um crime de estelionato, na inicial, não se descreve exatamente qual o artifício ou ardis utilizado pelo agente, qual a vantagem obtida, qual o prejuízo causado à vítima, quem é o lesado, como a vítima foi induzida ou mantida em erro, a quem o fato causou tal prejuízo etc. E não há dúvida que os crimes contra a economia popular não passam, em sua maior parte, de estelionatos que atingem pessoas indeterminadas, mas sempre uma por meio de uma fraude que deve ser descrita em todos os seus elementos e circunstâncias, a fim de que se possibilite a defesa do acusado.

Em resumo, na denúncia não se descrevem fatos precisos e muito menos as circunstâncias elementares que os rodearam. Em sendo assim, a denúncia, segundo entendemos, é inepta no que diz respeito à imputação pelo crime contra a economia popular, devendo o processo respectivo ser anulado a partir do requisito público inicial.

Realmente, não pode ser recebida a denúncia e muito menos se prosseguir em processo penal quando não se descreve na inicial, na sua inteireza, a infração penal imputada ao acusado. Diz bem Fernando da Costa Tourinho Filho: "Da mesma forma, não pode ser recebida a denúncia ou a queixa em que não haja a descrição do fato tido como criminoso. A parte acusadora deve investir o Juiz *della cognizione di un fatto*, descrevendo-o, como diz Beling, *al fine di facilitare il compito del giudice e di permettere all'imputato di preparare le proprie difese* (Beling, apud Bettiol, *La correalizzazione*, cit., p. 19). (...) Necessário, pois, que na peça acusatória, seja denúncia ou queixa, se faça uma exposição do fato criminoso, que é a *causa petendi*, a razão do pedido de condenação (*Processo penal*, São Paulo : Saraiva, 11. ed. 1989, v. 1, p. 463).

Essa, outrossim, é a opinião generalizada em doutrina processual penal, em que pontificam, entre nós, José Frederico Marques (*Elementos de processo penal*, Rio de Janeiro : Forense, 1961, v. 2, p. 146-147) e Eduardo Espínola Filho (*Código de processo penal brasileiro anotado*, 3. ed. Rio de Janeiro, 1955, v. 1, p. 417-418), traduzindo o pensamento universal, e. g. Vincenzo Manzini (*Trattato di diritto processuale penale*, 6. ed. atualizada por G. Conso e G. D. Pisapia, v. 4, p. 10, Turim, 1972, n. 362) e Manuel Lopes Maia Gonçalves (*Código de processo penal anotado e comentado*, Coimbra, 2. ed. 1978, n. 2, p. 469).

É lição do Egrégio Supremo Tribunal Federal: "Denúncia. Inépcia. Descrição insuficiente. É inepta a denúncia que não descreve pormenorizadamente o fato criminoso, dificultando o exercício da ampla defesa. Recurso de *habeas corpus* provido" (*Revista dos Tribunais* 562/427).

E confirmando a causa de inépcia também se pronuncia o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "Não contendo a denúncia, ainda que resumidamente, elementos que tipifiquem a conduta do indiciado,

nem individualizem seu proceder, peca por inépcia, determinando, assim, o truncamento da ação penal. Precedentes do STF e do STJ. Recurso não conhecido" (*Revista do Superior Tribunal de Justiça* 24/415).

O mesmo já se tem decidido no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Denúncia inepta. Denúncia que importa cerceamento de defesa, porquanto contém, no tocante ao paciente, imputações vagas, das quais não se extrai a narração dos fatos com todas as suas circunstâncias. Aplicação do art. 41 do CPP. Recurso provido para anular-se o processo *ab initio*" (*Revista dos Tribunais* 581/416).

Não se pode alegar que tais dados estão contidos em documentos anexos à denúncia. É do que é descrito na denúncia que é citado o imputado para se defender. É dos fatos ali narrados que obtém os elementos necessários para que possa apresentar sua defesa e em que se delimita a acusação, com a qual deve haver a correlação da sentença a ser proferida. É na inicial que devem ficar constando toda a narração dos fatos imputados ao denunciado. É também pacífico que de nada vale, para sanar a inépcia, a remissão a peças dos autos. É também do Pretório Excelso decisão nesse sentido: "Denúncia. É inepta a que não especifica, nem descreve, ainda que sucintamente, os fatos atribuídos a dois acusados, limitando-se à referência a outra peça dos autos" (*Revista Trimestral de Jurisprudência* 57/389).

Essa é a orientação seguida também pelo Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo: "É inepta a denúncia que não especifica nem descreve, ainda que sucintamente, os fatos criminosos atribuídos ao acusado, limitando-se à referência a outras peças dos autos" (*Revista dos Tribunais* 532/321).

O mesmo se diga do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que tem a mesma orientação: "É evidentemente inepta a denúncia que faz remissão a outros atos do processo, ao invés de narrar,

com todas as suas circunstâncias, o fato delituoso" (*Revista dos Tribunais* 454/389).

É certo que o art. 569 do Código de Processo Penal admite que as omissões da denúncia ou da queixa sejam supridas até a sentença final. Pergunta-se, porém: a que omissões se reporta o art. 569 e quais as que poderão ser supridas a todo tempo? As do art. 41 do mesmo Código? Paulo Claudio Tovo responde: "Sim, salvo a parte onde diz: 'conterá a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias (...)', pois que a denúncia ou a queixa são atos essencialmente acusatórios. Sem acusação não há denúncia nem queixa. A narrativa é o cerne da denúncia ou da queixa; é o que vincula o juiz pelo princípio da congruência da condenação com a acusação. O mestre José Frederico Marques ensina, aliás, que os atos essenciais do processo (aqueles sem os quais ele não existe) são os contemplados no art. 564 (excluídos aqueles para os quais haja alguma sanatória, é claro) e, ainda mais, que a falta de formalidade do elemento essencial equivale à falta do próprio ato essencial — nulidade insanável (*Elementos de direito processual penal*, v. 2, p. 420-421). Logo, se a narrativa não traduzir um fato típico, pelo menos, o procedimento é insanavelmente nulo pela raiz.

As omissões supráveis (ou sanáveis) a todo tempo, antes da sentença final, no tocante ao tópico, seriam as circunstâncias ou elementos integrativos não essenciais do fato, como a hora, o dia, o instrumento com que se produziu a ofensa etc., isto é, as que podem faltar sem que o fato deixe de configurar uma conduta típica" (*Nulidades no processo penal brasileiro*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 33).

E como bem afirma Vicente Greco, ao se referir às omissões sanáveis referidas no art. 569: "Essas omissões, todavia, não podem se referir aos dados fáticos essenciais da denúncia. Podem referir-se a aspectos acidentais, como por exemplo a complementação de dados de qualificação do acusado, a retificação das especificações

do objeto do crime, ou seja, sempre aspectos acidentais (*Manual de processo penal*, São Paulo : Saraiva, 1991, p. 114).

No mesmo sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho: "A sentença que vier a ser prolatada em processo iniciado por denúncia ou queixa inepta será afetada porque assentada em procedimento viciado desde a sua origem.

Firmou-se a orientação na jurisprudência de que a alegação de inépcia da denúncia só é possível até a sentença, sendo que depois desta deve ser atacado o provimento jurisdicional, que será inválido porque emitido em processo contaminado pelo vício da peça acusatória (*RTJ* 84/425 e *RT* 453/340). O raciocínio, contudo, não parece correto. Inválido continua sendo o próprio ato acusatório marcado pela inépcia. Todos os atos posteriores, inclusive a sentença, serão atingidos pela imperfeição da denúncia e, em caso de declaração de nulidade, é necessário que outra acusação seja feita, reiniciando-se todo o caminho procedimental" (*As nulidades do processo penal*, São Paulo : Malheiros, 1991, p. 78-79).

Além disso, embora no art. 569 do Código de Processo Penal se afirme que a denúncia pode ser aditada para corrigir-se a omissão, diante da nova ordem constitucional, que inclui os princípios da presunção de inocência ou estado de inocência (art. 5.º, LVII, da CF), do devido processo legal (art. 5.º, LIV) e o da legalidade estrita (art. 5.º, XXXIX), uma denúncia inepta constitui constrangimento ilegal contra o denunciado. É o que conclui Adauto Alonso S. Suannes: "A possibilidade de correção dos fatos em momento ulterior ao recebimento da peça acusatória é constitucionalmente inadmissível, porque, muito embora o réu se defenda dos fatos que lhe são imputados, é inaceitável que não se tenha desde logo a segurança de que esses fatos correspondem, efetivamente, a um tipo penal, visto como o juiz criminal é, eminentemente, o *custos libertatis*,

não podendo aceitar-se que lhe caiba *emendar* peças acusatórias anáfegas" (A necessária rejeição da denúncia inepta, *RT* 667/245-7).

Em acórdão da 6.ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça relatado pelo Min. Vicente Cernicchiaro, afirma-se: "A denúncia deve descrever os elementos constitutivos do crime e suas circunstâncias. Importante é a narração do fato. A capitulação normativa é inócua. (...) Decorrência da imprescindibilidade dos princípios do contraditório e plena defesa. O aditamento à denúncia não supre, no Estado de Direito Democrático, a deficiência da acusação" (*Julgados do Superior Tribunal de Justiça* 30/293).

Em síntese, o fato de o art. 569 do Código de Processo Penal possibilitar o aditamento da denúncia para suprir suas omissões não afasta a inépcia da denúncia e, portanto, a nulidade do processo, a partir da inicial, inclusive, quando o requisitório inicial contém o relato preciso dos fatos e circunstâncias elementares da imputação.

#### 3.4 *Da justa causa no crime contra o Sistema Financeiro Nacional*

Refere-se a doutrina às chamadas normas penais em branco, ou leis penais em branco. Enquanto a maioria das normas penais incriminadoras, ou seja, aquelas que descrevem as condutas típicas, é composta de normas *completas*, que possuem preceito e sanções integrais, de modo que sejam aplicadas sem a complementação de outras, existem algumas com preceitos *indeterminados* ou *genéricos*, que devem ser preenchidos ou completados. As normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, por isso chamadas também de normas *imperfeitas*, exigindo complementação, relativamente ao modelo abstrato do tipo nela inscrito, por outra norma jurídica, ou seja, por um outro ato normativo de caráter geral (lei, decreto, regulamento, portaria etc.), para que possam ser aplicadas ao fato

concreto. Esse complemento pode já existir quando do início da vigência da lei penal em branco tipificadora ou ser editado posteriormente.

Aponta-se, porém, uma distinção com fundamento na categoria legislativa das normas que devem ser conjugadas para a aplicação das leis penais em branco. Existem as normas penais em branco em *sentido amplo* e as normas penais em branco em *sentido estrito*. As leis penais em branco em sentido amplo são as chamadas normas incompletas ou *fragmentos de norma*. Em primeiro lugar, há os dispositivos legais que têm seu complemento na própria lei, como o do art. 304 do Código Penal, que prevê o crime de uso de papéis falsificados ou alterados previstos nos arts. 297 a 302 do mesmo Estatuto. Em segundo lugar, existem leis cujo complemento se encontra em outros diplomas legais, como no art. 237 ainda do mesmo diploma, que se refere ao crime de conhecimento prévio de impedimento, que só pode ser aplicado recorrendo-se ao art. 183 do Código Civil.

De outro lado, existe norma penal em branco em sentido estrito, que é a lei que deve ser complementada por outra regra jurídica procedente de instância legislativa diversa, seja de categoria superior, seja inferior àquela, provenha ela de fonte federal, estadual ou municipal. Essas leis penais em branco em sentido estrito não afetam o princípio da reserva legal, pois sempre haverá uma lei penal anterior, embora complementada por regra jurídica de outra espécie. Não violam também o princípio da legalidade do crime e da pena, embora complementadas por norma jurídica diversa da lei formal, porque se inserem no sistema constitucional vigente no país. Não é inconstitucional porque sua estrutura vem imposta pela divisão de poderes do Estado, assegurada pela Carta Magna. O Congresso Nacional não pode legislar em matérias próprias do Executivo ou das legislaturas estaduais ou municipais. Em tais hipóteses, o Congresso

Nacional não rompe a divisão dos poderes que a Constituição estabelece, mas, ao contrário, deixa em branco a lei penal para respeitar a divisão de poderes.

Assim, a distinção entre as normas penais fragmentárias e as normas penais em branco em sentido estrito prende-se à circunstância de que, quanto a estas, o legislador não tem necessidade de pedir ou de autoconceder-se autorização para legislar, podendo complementar a qualquer tempo a lei penal; ou a lei remete para outro preceito contida na mesma lei penal a outra lei distinta. Tratando-se de norma penal em branco a ser complementada por norma jurídica de outra origem, exige que se aguarde a iniciativa de outra instância legislativa ou de outro Poder do Estado. Isto porque o tipo penal na lei penal em branco remete-se, expressa ou implicitamente, à norma complementar que a deve completar: decreto, regulamento, portaria, resolução etc. Nesse sentido, só se pode admitir como complementar de uma lei penal uma norma administrativa a ela vinculada, editada por quem tem para isso competência assegurada pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional.

Assim, o Poder que completa a lei em branco (Legislativo e Executivo federal, estaduais ou municipais e Judiciário federal ou estadual) deve respeitar essa determinação da norma penal para não ficar mascarada uma delegação de competência inadmissível na lei penal incriminadora, definidora dos tipos penais. A norma complementar só será válida, do ponto de vista da hierarquia das fontes, em virtude da autorização concedida pela lei penal em branco. Como afirma Giuliano Vassalli, apoiado nos *Principii* de Pagliaro: "*si há norma penale in bianco tutte le volte in cui la legge fa rinvio da un atto normativo di grado inferior per indicari tutti e i contrassegni de um fato che la legge medesima considerata penalmente illecito*" ou, em tradução livre, existe norma penal em branco todas as vezes em que a lei se remete a um ato normativo de grau inferior

para indicar todas as características de um fato que a mesma lei considerada penalmente ilícito (G. Vassali, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, 4. ed. do Digesto, – *Sec. Digesto delle Discipline Penalistiche*, Vol. III, 1994, p. 278 *et seq.*), p. 313.

No caso em apreço, o interessado foi denunciado como incurso no art. 7.º, III, da Lei 7.492, de 16.06.1986, que se reproduz:

“Art. 7.º Emitir, oferecer, ou negociar de qualquer modo títulos ou valores mobiliários:

I – falsos ou falsificados;

II – sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III – sem lastro ou garantia suficiente, nos termos da legislação;

IV – sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.”

Interessa ao presente parecer o art. 7.º, inciso III, que prevê como crime “emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: (...) sem lastro ou garantia suficientes, nos *termos da legislação*” (grifo do subscritor). Esse foi o fato imputado ao interessado, ou seja, de ter, no dia 08.06.1989, negociado ações sem lastro ou garantia suficientes, por meio da empresa Selecta Comércio e Indústria S. A., por ele controlada.

Salta aos olhos que tal dispositivo constitui-se em norma penal em branco, uma vez que as condutas de emitir, oferecer ou negociar títulos ou valores mobiliários só podem ser consideradas típicas quando não houver lastro ou garantia suficiente conforme dispuser a lei. Esse tipo penal é, seguramente, lei penal em branco, porque a norma complementar é que deverá definir o que significa e quando se considera, para os fins penais, ou seja, para o de

tipificação do crime, a expressão “sem lastro ou garantia suficientes”.

Trata-se, ainda mais, de uma norma fragmentária, ou seja, de lei penal em branco no sentido amplo, pois o tipo penal remete-se expressamente à “legislação” complementar, ou seja, à *lei formal*. É o que ocorre, também, com o inciso IV do artigo citado, ao prever como crimes aquelas condutas citadas tendo por objeto títulos ou valores imobiliários, “sem autorização prévia da autoridade competente, quando *legalmente exigida*” (o grifo também é do subscritor). Já no inciso II, uma dessas condutas só é típica quando as ações forem praticadas com títulos ou valores mobiliários “irregularmente registrados”, quando se identifica uma norma penal em branco em sentido estrito, a ser complementada por norma jurídica hierarquicamente inferior à lei formal.

A lei penal em branco prevista no art. 7.º, inciso III, da Lei 7.492/86, exige, assim, a definição, em lei formal, do que podem ser considerados “lastro ou garantia suficientes” para possibilitar a emissão, oferta ou negócios ilícitos de títulos ou valores mobiliários. E tal lei não existe no direito pátrio, restando incompleto o referido tipo legal.

Ainda que se considerasse, apenas para argumentar, que se trata de uma norma penal em branco em sentido estrito, que pudesse ser complementada por norma de instância legislativa diversa da lei, ou seja, por lei material e não formal (decreto, regulamento etc.), a situação jurídica do paciente é a mesma. Isto porque não se presta a tal a Resolução 1.102/86-Bacen, que não especificou, ao menos, o que significa “lastro suficiente” para as citadas operações, como se exige no tipo penal em pauta.

Assim foi decidido no v. acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal no HC 95.021.17807-8/RJ, julgado a 14.12.1995, relatado pelo Senhor Desembargador Federal Arnaldo Lima e publicado no *DJU* 16.04.1976. Da mesma forma tem decidido

o Colendo Superior Tribunal de Justiça no RHC 1.568/RJ, em acórdão relatado pelo Min. José Dantas, publicado no *DJU* 10.02.1992, p. 867 e no REsp. 157604/RJ, em acórdão relatado pelo Min. José Arnaldo Fonseca, publicado no *DJU* 23.11.1998, p. 192.

Inexistindo a norma complementar, o tipo penal previsto no art. 7.º, inciso III, da Lei 7.492/86 é incompleto e de inadmissível aplicação a qualquer fato concreto. Faltam elementos do tipo penal, o que leva à atipicidade do fato e a imputação desse crime a qualquer pessoa viola os princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal, previstos pelo art. 5.º, XXIX, da Constituição Federal e inscritos no art. 1.º do Código Penal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Não tem o citado artigo da Lei 7.492/86 vigência. E como afirmam pereemptoriamente e com clareza Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: “A lei formal ou material que completa a lei penal em branco integra o tipo penal, de modo que, se a lei penal em branco remete a uma lei que ainda não existe, não terá vigência até que a lei que a completa seja sancionada” (*Manual de direito penal brasileiro*, Parte Geral, São Paulo : RT, 1997, p. 452).

Inexistente a norma que deve complementar o art. 7.º, III, da Lei 7.492/86, o fato imputado ao interessado Nagi Robert Nahas é fato atípico, sendo inexistente a justa causa para o processo. Se não, vejamos.

As condições gerais de admissibilidade da ação penal, denominadas “condições da ação”, incluídas sob o título genérico de “condições de procedibilidade”, são as mesmas da ação civil: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação *ad causam*. A primeira delas, de interesse, é a possibilidade jurídica do pedido, ou seja, é necessário que seja admissível, em tese, o direito objetivo reclamado no pedido de prestação jurisdicional penal, relativo à condenação do acusado pela prática

de crime. Assim, se o fato objeto da imputação não está definido como crime, inexistente possibilidade jurídica do pedido, sendo inadmissível, portanto, a instauração do processo. De outro ângulo, não é possível a instauração da ação penal quando faltar uma das condições da ação.

É preceito expresso, em nosso ordenamento jurídico, em duas disposições, a necessidade da existência dessa condição da ação.

“Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I – o fato narrado evidentemente não constitui crime;

II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.”

Assim, em primeiro lugar, é de se reconhecer que a denúncia só pode ser recebida quando o fato narrado é dotado de tipicidade, ou seja, esteja adequado exatamente ao tipo penal. Isso significa que é indispensável que no fato concreto estejam presentes todos os elementos do tipo penal. Tratando-se de lei penal em branco não complementada, não estão previstos todos os elementos de sua definição não se podendo, portanto, aperfeiçoar tal adequação. E como se dispõe na lei, o crime somente estará consumado *quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal* (art. 14, I, do Código Penal). Se a definição é incompleta, não pode se ter como crime o fato imputado; não havendo a adequação do fato a algum tipo penal, a denúncia deve ser rejeitada porque o fato narrado evidentemente não constitui crime.

A razão da necessidade da existência dessa condição da ação, aliás, tem por finalidade prática a consideração de que não é conveniente, aliás é abusivo, o desenvolvimento oneroso de uma ação penal quando desde logo se afigura inviável, em termos absolutos, o atendimento da

pretensão porque a ordem jurídica não prevê ou proíbe a manifestação judicial ou ainda a considera incompatível com o regime vigente. Tal ocorre quando se pede a instauração da ação penal por fato atípico. É o que prelecionava o saudoso José Frederico Marques: “Segundo o art. 43, I, do Código de Processo Penal, a “denúncia ou queixa será rejeitada” quando o fato narrado evidentemente não constituir crime. Se a conduta descrita na peça acusatória não é típica, não pode ser pedida a aplicação da sanção penal: há, na hipótese, portanto, impossibilidade jurídica do pedido” (*Elementos de direito processual penal*, Rio de Janeiro : Forense, 1961, 0.318).

No mesmo sentido, o magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho: “Portanto, se o fato narrado na denúncia ou queixa não puder ser subsumível em um tipo legal, vale dizer, se o fato narrado for manifestamente atípico, ausente estará a possibilidade jurídica do pedido, pois o que se pretende, o que se quer, não é agasalhado pelo ordenamento jurídico: a inflição de pena pela prática de um ato que não constitui infração penal” (*Processo penal*, 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 440).

Ensina também Vicente Greco Filho: “Resumindo, temos no processo penal três situações de pedido juridicamente impossível que deverão impor a rejeição da denúncia ou queixa, ou, se recebidas, ensejarão o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus*: 1. o pedido é de uma sanção penal não prevista na ordem jurídica brasileira; 2. o pedido de condenação é fundado em descrição de um fato atípico, isto é, não descrito na lei como infração penal: (...)” (*Manual de processo penal*, São Paulo : Saraiva, 1991, p. 99).

Nem se pode alegar, como eventualmente já se fez, que a questão de tipicidade é matéria de mérito, desvinculada da matéria relativa ao processo. Uma vez que na própria inicial se descreve fato atípico, a prestação jurisdicional não é devida; há falta de possibilidade jurídica do pedido.

Aliás, como se ensina na doutrina, não é impossível uma condição de procedibilidade estar ligada a uma questão de mérito, o que não retira a validade da conclusão dos ilustres doutrinadores citados.

Em segundo lugar, também não pode ser recebida a denúncia quando “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”. As condições de procedibilidade, que em seu sentido amplo abrange as denominadas condições da ação, são fatos naturais ou jurídicos, cuja existência é exigida pela lei para a proposição da ação penal. A falta delas impede a ação penal, tornando o pedido impossível.

Note-se que o art. 43, III, do Código de Processo Penal, anteriormente reproduzido, refere-se genericamente a qualquer “condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”, e não especialmente às condições de procedibilidade, como a representação do ofendido ou a requisição do Ministério Público previstas no art. 24 do citado Estatuto. Incluindo-se, portanto, nas condições de procedibilidade, a obrigatoriedade de ser objeto do processo penal a imputação da prática de um fato criminoso, ou seja, de um fato típico, é indispensável que conste da denúncia, na sua classificação legal, não só a lei penal incriminadora em branco, mas também a norma que a complementa.

A possibilidade jurídica do pedido é uma condição da ação, como se ensina na doutrina. E também como se ensina na doutrina, o autor só pode ser titular do direito subjetivo público de ação se, em tese, o direito objetivo material admitir o pedido. Na hipótese da ação penal condenatória, promovida pelo Ministério Público, ele só pode ser titular do direito de ação se, em tese, a lei penal incriminadora admitir o pedido de condenação e, para isso, é necessário que o fato imputado ao acusado se subsuma a um tipo penal. E nesse caso, ao membro do *Parquet*, se obriga que identifique na inicial a classificação completa do delito, ou seja, cite o fundamento jurídico que lhe permite imputar

ao acusado a prática de um crime. E essa imputação jurídica não se completou na denúncia em exame, justamente pela não existência da norma complementar da lei penal em branco que serviu, inadequadamente, à instauração da ação penal contra o acusado. Inexistindo o tipo penal em que possa se adequar o fato concreto a ser imputado ao acusado, tornou-se inadmissível a instauração válida do processo.

É certo, portanto, que a inexistência de possibilidade jurídica do pedido acarreta a carência de ação e, no caso do processo penal, a carência da ação penal. E essa conclusão inarredável tem fundamento, inclusive, em nível constitucional, complementada em lei ordinária. Dispondo sobre os princípios que regulam a Magistratura no país, a Carta Magna reza que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes” (art. 93, III – o grifo ainda é nosso). No caso do processo penal, exige-se, como sempre, a garantia da fundamentação das decisões judiciais, ou seja, “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão” (art. 381, III, do Código de Processo Penal – também grifo do subscritor). Essa fundamentação, como se vê, abrange matérias jurídica e de fato, pois a conclusão deve ser a aplicação do direito ao caso concreto. Além disso, o juiz deve mencionar, na sentença, “a indicação dos artigos de lei aplicados” (art. 381, inciso IV, do CPP), sendo que a sua falta constitui nulidade insanável, nos termos do art. 564, III, *m*, do estatuto processual.

Ora, se se torna impossível ao juiz referir-se aos artigos de lei que deve aplicar ao fato objeto do processo, numa sentença condenatória, porque eles não existem na legislação pátria, é evidentemente inadmissível o recebimento da denúncia a respeito desse fato. No caso da lei penal em

branco, inexistente a norma complementar, não é possível ao magistrado cumprir com o disposto no art. 381, incisos III e IV do Código de Processo Penal, ou seja, registrar os “fundamentos de direito” e indicar “os artigos de lei” que deveriam embasar a condenação.

Não há, portanto, em hipótese como essa, de se aguardar uma decisão de mérito, e sim de se decidir sobre a admissibilidade do processo penal. Sendo ela inadmissível, a denúncia deve ser rejeitada; tendo sido ela recebida, há constrangimento ilegal por falta de justa causa para a ação penal, coação essa que é sanável pela via do *habeas corpus* com o trancamento do processo.

#### 4. Conclusões

1. Sim. Nada impede o conhecimento do pedido de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal por falta de justa causa ou para a anulação do processo movido contra Nagi Robert Nahas pelos crimes previstos nos arts. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51 e 7.º, inciso III, da Lei 7.492/86.

2. Não. Não há justa causa para o referido processo quanto ao crime contra a economia popular por atipicidade da conduta imputada a Nagi Robert Nahas, quer por se entender que o art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51 não o abrange, quer por ter sido derogado tacitamente o citado dispositivo pela Lei 7.492/86, no que diz respeito à compra e venda de ações na Bolsa de Valores.

3. Não. É inepta a denúncia oferecida no referido processo quanto ao crime contra a economia popular por não conter a descrição dos fatos e de todas as suas circunstâncias, como determinado pelo art. 41 do Código de Processo Penal.

4. Não. Não há justa causa para o prosseguimento do referido processo quanto ao crime contra o Sistema Financeiro Nacional por ser atípico o fato descrito na denúncia, eis que a descrição abstrata do

fato constante do art. 7.º, inciso III, da Lei 7.492/86 não foi completada tempestivamente por legislação complementar exigida pelo referido dispositivo.

5. Sim. Deve ser deferido pedido de *habeas corpus* de trancamento do processo fundado na falta de justa causa para a ação penal pelos crimes contra a economia

popular e contra o Sistema Financeiro Nacional. Da mesma forma deve ser deferido pedido de anulação do processo por inépcia da denúncia quanto ao crime previsto no art. 3.º, inciso VI, da Lei 2.521/51 por não estarem descritos os fatos e suas circunstâncias.

É o nosso parecer.