

64875

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 106 • jan.-fev. / 2014

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 106 • jan.-fev. / 2014

Presidência

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Coordenação

Heloisa Estellita

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Heloisa Estellita

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Alaor Leite, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Davi de Paiva Costa Tangerino, Luís Greco e Yuri Corrêa da Luz

CONSELHO EDITORIAL – Adriana Borghi, Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexey Choi Caruncho, Alexis Couto de Brito, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Ana Gabriela Mendes Braga, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, André Augusto Mendes Machado, André Szesz, Andrei Zenkner Schmidt, Artur de Brito Gueiros Souza, Bruna Angotti, Bruno Shimizu, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Christiano Falk Fragoso, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Daniel Silva Achutti, Danyelle da Silva Galvão, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Denise Provasi Vaz, Diogo Malan, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fábio Roberto D'Ávila, Fernanda Emy Matsuda, Fernanda Regina Vilares, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Francisco Monteiro Rocha Jr., Frederico Gomes de Almeida Horta, Giovanni Agostini Saavedra, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Helena Regina Lobo da Costa, João Daniel Rassi, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Juan Pablo Montiel, Juliana Garcia Belloque, Karyna Sposato, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luís Guilherme Vieira, Maira Rocha Machado, Marcelo Almeida Ruivo, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariana de Assis Brasil e Weigert, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Mariângela Lopes, Marina Pinhão Coelho Araújo, Marta Machado, Marta Saad, Maurício Stegemann Dieter, Máximo Sozzo, Paulo César Busato, Pedro Vieira Abramovay, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Augusto de Carvalho Campos, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Duque Estrada Roig Soares, Rodrigo Sánchez Rios, Rogério Fernando Taffarello, Sérgio Salomão Shecaira, Thiago Bottino e Yuri Corrêa da Luz.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochevsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Mauricio Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo

de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Ana Messuti, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gimenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jesús-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodríguez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.



Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 106 • jan-fev. / 2014

Coordenação

HELOISA ESTELLITA

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 106 • jan.-fev. / 2014

Presidência

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

Coordenação

HELOISA ESTELLITA

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Diagramação eletrônica: Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNPJ 60.501.293/0001-12.

Impressão e encadernação: Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

© edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial

MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo

São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais

aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site

www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [01-2014]

Profissional

Fechamento desta edição: [16.01.2014]



Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2013/2014

Diretoria Executiva

Presidente

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Assessor da Presidência

Rafael Lira

1.º Vice-Presidente

Helena Regina Lobo da Costa

Suplente

Átila Pimenta Coelho Machado

2.º Vice-Presidente

Cristiano Avila Maronna

Suplente

Cecília de Souza Santos

1.º Secretária

Heloisa Estellita

Suplente

Leopoldo Stefano G. L. Louveira

2.º Secretário

Pedro Luiz Bueno de Andrade

Suplente

Fernando da Nobrega Cunha

1.º Tesoureiro

Fábio Tofic Simantob

Suplente

Danyelle da Silva Galvão

2.º Tesoureiro

Andre Pires de Andrade Kehdi

Suplente

Renato Stanzola Vieira

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Eleonora Rangel Nacif

Suplente

Matheus Silveira Pupo

Conselho Consultivo

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

Ouvidor

Paulo Sérgio de Oliveira

Colégio de Antigos Presidentes e Diretores

Presidente

Marta Saad

Membros

Alberto Silva Franco

Alberto Zacharias Toron

Carlos Vico Mañas

Luiz Flávio Gomes

Marco Antonio R. Nahum

Maurício Zanoide de Moraes

Roberto Podval

Sérgio Mazina Martins

Sérgio Salomão Shecaira

Coordenadores–Chefes dos Departamentos

Biblioteca

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Boletim

Rogério Fernando Taffarello

Comunicação e Marketing

Cristiano Avila Maronna

Convênios

José Carlos Abissamra Filho

Cursos

Paula Lima Hyppolito Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos

Leandro Sarcedo

Iniciação Científica

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Mesas de Estudos e Debates

Andrea Cristina D'Angelo

Monografias

Fernanda Regina Vilarés

Núcleo de Pesquisas

Bruna Angotti

Relações Internacionais

Marina Pinhão Coelho Araújo

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Heloisa Estellita

Revista Liberdades

Alexis Couto de Brito

Tribuna Virtual IBCCrim

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Amicus Curiae

Thiago Bottino

Código Penal

Renato de Mello Jorge Silveira

Cooperação Jurídica Internacional

Antenor Madruga

Direito Penal Econômico

Pierpaolo Cruz Bottini

Estudos das Ciências Criminais e Direitos Humanos

Milene Cristina Santos

Estudos das Escolas Penais

Alexis Couto de Brito

Estudos sobre o Habeas Corpus

Pedro Luiz Bueno de Andrade

Infância e Juventude

Ana Paula Motta Costa

Justiça e Segurança

Alessandra Teixeira

Política Nacional de Drogas

Sérgio Salomão Shecaira

Sistema Prisional

Fernanda Emy Matsuda

Presidentes das Comissões Organizadoras

18.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais

– IBCCrim

Fernanda Regina Vilarés

20.º Seminário Internacional

Sérgio Salomão Shecaira

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente

Ana Lúcia Menezes Vieira

Secretário-geral

Rafael Lira

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 106 • jan.-fev. / 2014

Diretora Editorial

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil

JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Bruna Schlindwein Zeni, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Oliveira Salgado

Coordenação Editorial

JULIANA DE CICCIO BIANCO

Equipe de Produção Editorial

Analistas Documentais: Marcia Harumi Minata, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência

Analistas Documentais: Diego Garcia Mendonça, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Assistente Editorial: Maurício Zednik Cassim

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo, Editoração Eletrônica e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Assistentes Administrativos: Antonia Pereira e Tatiana Leite

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Carolina do Prado Fatel, Luiz Fernando Romeu e Vera Lúcia Cirino

Auxiliar de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Equipe de Conteúdo Digital: Ana Paula B. Cavalcanti, Diogo T. Ferreira, Ediane A. N. Pereira, Isaías A. C. Barbosa, Jenifer M. de Barros, Jonatan R. de Souza, Lucas Neves, Rafael A. Aluvei, Rafael A. C. da Silva, Renan R. Diniz, Valdelice B. Diniz e Vanessa D. Miguel

SUMÁRIO

AÇÃO PENAL 470

Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APn 470 do STF ("Caso Mensalão")

ADRIANO TEIXEIRA..... 13 ✓

Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF

ALAOR LEITE..... 47 ✓

O delito de peculato na APn 470 do STF – "Caso Mensalão"

AUGUSTO ASSIS..... 91 ✓

Competência penal *ratione functionae* do STF

DIOGO MALAN..... 113 ✓

Unidade de julgamento, igualdade de tratamento e o juiz natural: entre ponderações, acomodações e adequações constitucionais

EUGÊNIO PACELLI..... 137 ✓

Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito

GUSTAVO BADARÓ..... 157 ✓

Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva a propósito do julgamento do "Mensalão" (APn 470 do STF)

GUSTAVO DE OLIVEIRA QUANDT..... 181 ✓

Compliance e o julgamento da APn 470

HELENA REGINA LOBO DA COSTA E MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO..... 215 ✓

O exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na APn 470

MARCELO COSTENARO CAVALI..... 231 ✓

A tutela da moralidade política pelo direito penal: relato e análise da Ação Penal 470

RAFAEL MAFEI RABELO QUEIROZ E DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO..... 251 ✓

Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da APn 470, do STF

TATIANA DE OLIVEIRA STOCO..... 269 ✓

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva. Algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758

GUSTAVO DE OLIVEIRA QUANDT 297

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 329

TEMAS 330

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA..... 333

64877

CULPABILIDADE E PROIBIÇÃO DE DUPLA VALORAÇÃO NA DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA NA APn 470/MG DO STF (CASO MENSALÃO)

CULPABILITY AND PROHIBITION OF DOUBLE JEOPARDY IN SENTENCING FOR THE APn 470/MG, STF (MENSALÃO CASE)

ADRIANO TEIXEIRA

Mestre em Direito pela Universidade Ludwig-Maximilian, Munique. Doutorando na mesma Instituição.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O autor analisa criticamente a aplicação da pena na APn 470/MG do STF, o famoso "Caso Mensalão". A análise restringe-se ao uso do termo culpabilidade enquanto critério de formação da pena-base, conforme o art. 59 do CP brasileiro, e à proibição de dupla valoração. Ambos os problemas detectados, imprecisão conceitual em torno do termo culpabilidade e valoração do mesmo fato na dosimetria do mesmo crime ou de crimes diversos, podem ser considerados sintomas do incipiente desenvolvimento jurídico-científico da determinação judicial da pena no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Mensalão – Determinação da pena – Culpabilidade – Proibição de dupla valoração.

ABSTRACT: The author critically analyses the sentencing for the APn 470/MG, STF, the famous "Mensalão Case". The analysis is restricted to the use of the term culpability as a criterion for the formation of the ground penalty, according to the Brazilian Criminal Code, art. 59, and to the prohibition of the double jeopardy. Both detected problems, conceptual vagueness concerning the term culpability and valuation of the same fact at the sentencing for the same or various crimes, can be considered as symptoms of the incipient scientific legal development of the theory of sentencing in Brazil.

KEYWORDS: Mensalão – Sentencing – Culpability – Prohibition of Double Jeopardy.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. A culpabilidade na determinação judicial da pena na APn 470/MG: 2.1 Fixação da pena-base e culpabilidade na APn 470/MG: 2.1.1 Observações gerais sobre a fixação da pena-base; 2.1.2 Utilização da categoria culpabilidade; 2.2 O significado do conceito de culpabilidade na determinação da pena – Considerações teóricas: 2.2.1 As diferentes acepções da palavra culpabilidade no direito penal; 2.2.2 Culpabilidade na aplicação da pena no direito brasileiro; 2.3 Conclusões a respeito da APn 470/MG – 3. Proibição de dupla valoração (*bis in idem*) na dosimetria da pena na APn 470/MG: 3.1 Dupla valoração horizontal; 3.2 Culpabilidade e agravante; 3.3 Concurso de crimes – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este breve estudo tratará da aplicação da pena no acórdão da APn 470/MG do STF, o "caso mensalão", mais especificamente do uso do conceito de culpabilidade

na fase de fixação da pena-base, conforme o art. 59 do CP brasileiro,¹ e da proibição de dupla valoração. A escolha destes temas não se deve a nenhuma peculiaridade ou inovação específica trazida pelo STF no acórdão a ser analisado. Antes, os problemas detectados parecem permear grande parte da jurisprudência brasileira e até mesmo da doutrina. Concretamente, observa-se uma grande confusão acerca do significado e do uso do termo culpabilidade no âmbito da determinação judicial da pena.² Por outro lado, a violação da proibição de dupla valoração – denominada mais comumente pelo seu fundamento, o conhecido *ne bis in idem*³ – constitui um erro recorrente na complexa tarefa de determinação judicial da pena e aparece igualmente no acórdão do mensalão, ainda que de forma mais sutil. A repetição desses problemas, portanto, em um julgamento de tal importância na mais alta corte do país, justifica uma reflexão a seu respeito. Muito embora este seja um comentário de decisão judicial, o desenvolvimento de considerações mais teóricas mostra-se necessário, para uma melhor compreensão da matéria, dada a peculiaridade dos temas a serem enfrentados.

Não me ocuparei de problemas da aplicação da pena que, embora de origem legislativa, são evidenciados pelo julgamento da APn 470/MG, quais sejam: o tamanho das penas cominadas no ordenamento jurídico-penal brasileiro⁴ e as regras, extremamente rígidas, do concurso de crimes atualmente vigentes no Código Penal (arts. 68 a 71). Esses dois fatores, aliados à rigidez na fixação das penas-base, conduziram à formação de penas verdadeiramente draconianas, como, por exemplo, a do réu Marcos Valério, condenado a 47 anos de privação de liberdade. Tal pena afronta violentamente a proporcionalidade relativa entre os delitos de um sistema criminal.⁵ A pena de Marcos Valério, imposta pela prática de delitos financeiros e contra a

1. Doravante, apenas “CP”.

2. Sobre isso, ver a pesquisa realizada por CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 156.

3. Na verdade, o *ne bis in idem* apresenta-se com um dos (possíveis) fundamentos da proibição de dupla valoração, ao lado do princípio da culpabilidade, da divisão de trabalho entre legislador e juiz (separação de poderes) e do dever material de fundamentação da aplicação da pena, conforme anota FANDRICH, Alexander. *Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen*. Driesen: Dr. H. H. Verlag, 2010. p. 23 e ss. Por isso, estritamente falando, os dois conceitos não são sinônimos.

4. Ver a respeito GRECO, Luis. Quanto vale a vida de um brasileiro? Um apelo à Comissão de Reforma do Código Penal. *Boletim IBCCrim*. n. 236. ano 20. p. 3 e ss. São Paulo: IBCCrim, 2012. Exemplo: A pena máxima do crime de lavagem de dinheiro – cujo bem jurídico protegido até hoje não se sabe bem ao certo qual é (art. 1.º da Lei 9.613/1998), 10 anos, equivale à máxima do crime de estupro (art. 213 do CP).

5. Sobre a proporcionalidade relativa entre os delitos, cf. VON HIRSCH, Andrew. Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen. In: FRISCH; Wolfgang et al (Hrsg.). *Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidel-

administração pública, equivale, por exemplo, tomando por base a pena máxima, a dois homicídios dolosos (art. 121, *caput*, do CP) ou dois estupros (art. 213, *caput*, do CP)⁶ em concurso material com uma extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, do CP). Outros exemplos: as penas de Kátia Rabelo e José Roberto Salgado: 16 anos e 8 meses de reclusão, resultantes do cúmulo material de crimes financeiros. Mesmo que se admita que, em comparação com delitos da mesma espécie que se veem na prática forense, as condutas praticadas por esses réus sejam especialmente graves, ainda assim crimes dessa natureza devem guardar uma significativa distância na escala penal em relação a delitos que atentam contra a vida e a liberdade.

O presente estudo divide-se, portanto, em duas partes. Na primeira parte procederei à análise do uso da categoria da culpabilidade na determinação da pena (item 2). A seguir, abordarei o problema da proibição da dupla valoração, indicando se e quais violações a essa proibição mostraram-se presentes no acórdão (item 3).

2. A CULPABILIDADE NA DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA NA APn 470/MG

Como já indicado acima, o conceito de culpabilidade, muito embora seja considerado um critério fundamental – senão o central (vide abaixo 2.2) – para a fixação da pena-base conforme o art. 59 do CP,⁷ está longe de ter seu significado e sua função esclarecidos no âmbito da determinação judicial da sanção penal. Esta imprecisão também se mostra presente na APn 470/MG. Para tratar deste assunto, procederei da seguinte forma: primeiramente, tentarei fornecer uma descrição do uso do termo culpabilidade enquanto circunstância judicial no acórdão da APn 470/MG (abaixo 2.1); em seguida, tratarei do significado e função do conceito de culpabilidade na determinação judicial da pena de forma mais geral e teórica (abaixo 2.2), para, ao fim, traçar uma breve conclusão, novamente com os olhos voltados para o acórdão (abaixo 2.3).

2.1 Fixação da pena-base e culpabilidade na APn 470/MG

2.1.1 Observações gerais sobre a fixação da pena-base

Antes de nos voltarmos para o uso do termo culpabilidade, algumas observações gerais a respeito do método de fixação da pena-base merecem ser feitas.

berg: C. F. Miller, 2003. p. 62; HART, Herbert, *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 162.

6. Na ausência de indicação, trata-se de norma do Código Penal brasileiro.

7. Recentemente, o STF negou *habeas corpus* que questionava a culpabilidade para o aumento da pena-base (HC 105.674/RS, rel. Min. Marco Aurélio, o acórdão ainda não foi publicado. A notícia foi publicada no site do STF: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=251269&tip=UN].

O Ministro Relator analisou uma a uma, para cada réu, as circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP, como se exige na doutrina.⁸ Contudo, deixou – ao meu ver, acertadamente⁹ – de analisar os elementos “personalidade” e “conduta social”, sob a alegação da ausência nos autos de elementos concretos para a análise destes fatores (por exemplo: f. 57904), argumento repetido pelo Ministro revisor em relação à maioria dos réus.¹⁰

-
8. Cf., por exemplo, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 95; e BUSATO, Paulo. *Direito penal. Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 873.
 9. A legitimidade dos fatores ligados à personalidade do agente vem sendo crescentemente questionada (cf. VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovanna Tavares de. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Berlin: Konrad, Adenauer, Stiftung e. V., 2008. p. 322; CIRINO DOS SANTOS, Juarez: *Direito penal. Parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 562; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 368 e ss.), principalmente pelos defensores, dentre os quais me incluo, da chamada “teoria da proporcionalidade pelo fato” (cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Plädoyer für eine Neue Theorie der Strafzumessung. In: ESER, Albin et al (Hrsg.). *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987. p. 225; HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Dunker & Humblot, 1999. p. 108, passim.; ALBRECHT, Hans-Jörg. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität – Eine vergleichende und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*. Berlin: Dunker & Humblot, 1994. p. 50 e ss.; FRISCH, Wolfgang Einleitung – Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der “tatproportionalen Strafe”. In: _____ et al. (Hrsg.). *Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003. p. 20; VON HIRSCH, Andrew; JAREBORG, Nils. *Proportionate sentencing*. Oxford: Oxford University Press, 2005; SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Revista para el Análisis del Derecho – InDret*. n. 2. p. 8 e ss. Barcelona: Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra, 2007. Disponible en: [www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78588/102664]; PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 31 p. 610 e ss. Logroño (La Rioja): Dialnet, 2008). Minhas razões para a adesão a essa teoria, que pugna pela valoração quantitativa do injusto culpável como único critério de determinação da pena, desenvolvo em minha dissertação de mestrado apresentada junto à Ludwig-Maximilians-Universität, de Munique, cuja tradução e adaptação ao direito brasileiro está sendo preparada.
 10. Na dosimetria das penas de Ramon Hollerbach (f. 58.186 e ss), Cristiano Paz (f. 58.196 e ss.), a conduta social dos réus é valorada positivamente. Poder-se-ia argumentar que, ao contrário da posição enunciada na nota acima, desde que a favor do réu, não haveria problemas em se analisar essas circunstâncias judiciais, ligadas exclusivamente ao autor e não ao fato. No entanto, este procedimento mostra-se igualmente ilegítimo, talvez não diretamente perante aquele réu cuja personalidade e conduta social são consideradas abo-

O Min. Revisor, por sua vez, utilizou-se de estranho – quando não, ilegal¹¹ – método em relação a alguns réus: fez uma análise global dos comportamentos delituosos do condenado e, a partir disso, estabeleceu o fundamento e a medida de aumento da pena base comum a todos os crimes. Além disso, ao contrário do Min. relator, apreciou de forma geral, e não individualmente, as circunstâncias judiciais dos motivos, consequências e culpabilidade. Por exemplo: “Porém, as circunstâncias, os motivos e as consequências dos crimes, bem como a culpabilidade do réu, *de um modo geral*, autorizam a fixação da pena-base relativa aos delitos pelos quais foi condenado, em um patamar um acima do mínimo, tendo em vista a sua efetiva participação nos empréstimos que essa Corte veio a entender ilegais” (f. 58.197, destaque meu).

Por essas razões, para descrever a utilização do conceito de culpabilidade, tomarei por base precipuamente o voto condutor do acórdão, embora também há de ser pontualmente considerado o voto do Min. Cezar Peluso, que, por força de sua aposentadoria antes do término do julgamento, procedeu de forma adiantada à dosimetria da pena dos réus.

nadoras, mas de forma indireta, diante dos demais atingidos, pois ainda assim trata-se de um “direito penal de autor”. Ocorre que quando um magistrado (e principalmente no caso em tela, um Ministro do STF) releva as boas relações sociais, familiares, econômicas, empregatícias de um réu, está ele a sinalizar que, caso essas se mostrassem negativas, o autor mereceria maior reprimenda. Imagine-se o seguinte exemplo: um morador de rua, desempregado, e usuário de drogas estupra uma mulher; um médico bem-sucedido, com mulher e filhos, querido tanto em seu meio social quanto profissional, estupra a mesma mulher, nas mesmas condições em que o fez o morador de rua. Merece o médico uma pena mais branda do que o morador de rua? Caso se afirme que sim, a diferença entre as penas fundamentar-se-ia em circunstâncias completamente alheias ao fato praticado, o que viola tanto o princípio da culpabilidade quanto o princípio da legalidade. Outra consequência disso seria a institucionalização de um injustificável privilégio para um determinado grupo de autores, na maioria das vezes representantes das classes mais abastadas da sociedade, e, portanto, da consolidação de *uma justiça de classes* (neste sentido SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 229; HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 337-338; SCHÄFER, Gerhard et al. *Praxis der Strafzumessung*. München: C. H. Beck, 2012. n. 719). Em sentido diametralmente oposto à minha posição, BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 170-171: “Ainda que possa haver opção por uma indesejável culpabilidade penal de autor, não há como preservar-se a equidade e o sentimento de justiça se na sentença o juiz fixar penas iguais para indivíduos *comunitária e socialmente inseridos e desalinhados* dos padrões que regem a vida em família, no emprego, na vizinhança, enfim, nas relações com os outros” (destaque presente no original).

11. Cf. STJ, HC 224.327/MS (2011/0267795-3): “No caso, para majorar a pena-base, o Juízo de primeiro grau considerou como desfavoráveis as circunstâncias relativas à culpabilidade, à personalidade, à conduta social e às consequências. A fundamentação genérica e dissociada do caso concreto (‘o grau de culpabilidade do réu foi intenso’ – f. 64) não autoriza a manutenção da culpabilidade como desfavorável ao agente”.

2.1.2 Utilização da categoria culpabilidade

Na dosimetria da pena de cada réu, repete-se invariavelmente que a culpabilidade é entendida “como o grau de reprovabilidade da conduta” (exemplo: f. 57.904). Contudo, não se enuncia o que se deve entender exatamente por *reprovabilidade da conduta*. Todavia, da observação das considerações tecidas no tópico “culpabilidade”, pode-se tentar, ao menos de modo aproximado, reconstruir o sentido emprestado a essa ideia de reprovabilidade.

O Min. relator, no mais das vezes, ao analisar a circunstância judicial da “culpabilidade”, restringiu-se basicamente a tecer considerações sobre o nível de participação¹² do réu no delito.¹³ Este modo de proceder é coerente com a tradicional leitura da norma brasileira referente à autoria e à participação, prevista no art. 29 do CP, que não diferencia entre autores e partícipes no plano no injusto, mas declara que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.¹⁴ Portanto, a forma e o nível de participação no crime são tradicionalmente tratados no Brasil como problemas relativos à culpabilidade (ou reprovabilidade),¹⁵ e é, portanto, assunto a ser tratado não no plano da tipicidade, mas no da dosimetria da pena. De fato, assim é feito no processo em análise.¹⁶

Reiteradamente, a fim de justificar a majoração da pena-base com fundamento na culpabilidade elevada, é dito que o réu “atuou intensamente” (f. 57.912, 57.919, 57.927, 57.929, 57.963, 57.989, 58.025, *passim*). Reconhecida a *posição*

12. Participação aqui deve ser entendida em sentido amplo ou não técnico, ou seja, neste contexto não está em contraposição com o conceito de *autoria*. Portanto, quando me refiro a “participação no crime”, não quero com isso dizer que o agente é cúmplice ou instigador e não autor ou coautor.

13. Exceção f. 57990-57991, réu Cristiano Paz, crime corrupção ativa: “A culpabilidade (...) apresenta-se bastante elevada, uma vez que Cristiano Paz dirigiu sua prática delitiva à corrupção do Presidente da Câmara dos Deputados, uma das mais elevadas autoridades da República”.

14. Ao contrário, por exemplo, do Código Penal alemão, que traz expressamente nos §§ 25 a 27, os conceitos de autor, cúmplice e instigador. Sobre isso, com mais referências, cf. GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 61 e ss.; 65 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2013.

15. Decididamente contra a ideia de que a distinção entre autoria e participação seja uma questão de reprovabilidade da conduta e, portanto, de dosimetria da pena posiciona-se ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 2006. p. 30-31, *passim*.

16. Cf., por exemplo, o seguinte trecho: “Quanto à participação subordinada, é aspecto que se reflete na dosimetria da pena, não afastando, no caso, a responsabilidade criminal” (f. 52.871).

de mando do réu, além de se fundamentar a culpabilidade elevada, aplicou-se o aumento de pena constante do art. 62, I, do CP (exemplo: f. 57.910, 57.931).¹⁷ Por outro lado, apesar da afirmação da culpabilidade elevada, aplicou-se a atenuação de pena genérica prevista no art. 66, por o réu ter atuado *sob ordens de outro* (f. 58.026). Ademais, ao se constatar que o réu teve participação menos intensa que outro corréu, afirmou-se, de forma consequente, que sua culpabilidade era igualmente menos elevada.¹⁸ Menciona-se, outrossim, o cargo do réu para mostrar a intensidade da culpabilidade (f. 53.048, 53.896, 53.898, 58.139, 58.241). Neste sentido, afirma-se que “os homens públicos, que exercem os altos cargos no Poder Executivo, no Poder Legislativo ou no Poder Judiciário, hão de ser objeto de grau de censura exacerbado quando usam o poder para perceber indevidas vantagens pessoais” (f. 53.048).

De outro lado, em várias oportunidades, na justificativa da exasperação da pena-base pela culpabilidade elevada, observa-se uma mera descrição da conduta do réu – sem explicitar qual seria exatamente o fator que torna o comportamento mais reprovável –, com indicação do tamanho dos valores recebidos (corrupção passiva), oferecidos (corrupção ativa), lavados (lavagem de dinheiro), evadidos (evasão de divisas) ou desviados (peculato) (f. 58.032,¹⁹ 58.053, 58.062, 58.075, 58.103, 58.113, 58.146). Em outros momentos, este aspecto quantitativo é considerado no quesito “consequências do crime” (por exemplo: f. 57.933, 57.940).

Percebe-se, então, que basicamente dois aspectos – pode-se dizer, objetivos – foram considerados na análise da culpabilidade: *nível de participação no crime e tamanho do dano ou agressão ao bem jurídico* (valores).²⁰

17. Sobre possível *bis in idem*, ver abaixo 3.2.

18. Por exemplo, f. 58131: “O réu Jacinto Lamas foi partícipe dos crimes praticados pelo acusado Valdemar Costa Neto. Sua culpabilidade é menor do que a do corréu Valdemar Costa Neto, autor dos crimes que o réu Jacinto Lamas auxiliou materialmente (...)” (destaques no original).

19. Exemplo: Ré Simone de Vasconcelos, crime evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986): “A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que, conforme detalhado, era Simone Vasconcelos quem, por exemplo, informava Zilmar Fernandes sobre os depósitos que o chamado ‘núcleo publicitário’ fazia na conta que a *offshore* Dusseldorf mantinha no exterior. Não se pode ignorar, ainda, que os valores ilegalmente remetidos para o exterior eram significativamente elevados”.

20. Deve-se, no entanto, ressaltar que a aferição do dano em delitos contra bens jurídicos coletivos, que é o caso de todos os crimes do mensalão, reveste-se de dificuldades (esta constatação também em HÖRNLE, Tatjana. *Das antiquierte Schuldverständnis...* cit., p. 244). Por exemplo, em tipos penais que contemplam a violação de um dever funcional (como do funcionário público no crime de corrupção passiva), parece-me correto que o grau de importância do cargo seja um critério para se aferir a gravidade do delito. Parece-me

No entanto, por vezes, a fundamentação da elevada reprovabilidade da conduta consiste meramente na repetição da comprovação da concorrência do réu para o fato criminoso. A análise da culpabilidade do réu José Borba, em relação ao delito de corrupção passiva, é exemplar neste ponto e merece ser aqui reproduzida:

“A culpabilidade do acusado é exacerbada. O acusado foi líder do PMDB no período dos fatos e conduziu a ala do partido que passou a apoiar o Governo Federal, tendo em vista a promessa e a efetivação de pagamento, pelos corruptores, ao parlamentar José Borba. Além disso, a atuação de José Borba revela reprovabilidade. Por exemplo, embora sem confessar a prática criminosa, o réu revelou que ‘marcou um encontro com Marcos Valério na sede do Partido dos Trabalhadores localizada no Edifício Varig’ (f. 3549, vol. 6; f. 15.755, vol. 73). Além disso, o acusado também esteve no escritório da SMP&B em Brasília, com o acusado Marcos Valério (f. 20.054/20.083, vol. 93). O acusado José Borba chegou a afirmar que procurou o corruptor Marcos Valério porque ‘já se falava de “Marcos Valério”, influente no Governo Federal e tal, aí eu identifiquei ele, acho que no segundo semestre de 2003’, para fins de ‘buscar espaços, e eu frequentava, quando possível, a Casa Civil, ao frequentar, fica um pouco cansativo, não é tão fácil os atendimentos, enfim... mas nós fomos recorrendo’ (f. 15.750/15.752, vol. 73). Nesse contexto, o parlamentar recebeu dinheiro de Marcos Valério, em troca de seu apoio aos projetos de interesse do Governo na Câmara dos Deputados. Todo o contexto revela a elevada reprovabilidade da conduta do réu” (f. 58.169).”

Vê-se que não há nenhuma indicação a quaisquer aspectos do injusto praticado que possam mostrar porque a “reprovabilidade” foi considerada intensa. “Todo o contexto” a que se alude no trecho acima consiste apenas nos supostos fatos que comprovariam a participação do acusado no esquema criminoso. Não se logra demonstrar porque a participação do réu merece especial reprovação. Demonstrar que o réu cometeu o delito é pressuposto da condenação e algo que não pode ser usado para justificar um aumento de pena, há, pois, *bis in idem*.²¹ Tem-se, assim, a impressão de que, na ausência dos elementos objetivos acima mencionados (atuação especialmente intensa, cargo, posição de mando, valores movimentados), a culpabilidade é considerada elevada pelo fato de o crime ter sido cometido no âmbito da rede de crimes alcunhada “mensalão”. Ou seja, a reprovabilidade do esquema como *um todo* parece servir de fundamento para uma análise negativa da culpabilidade individual do agente.

inequívoco que, tanto em delitos em que se pressupõe a violação de um dever funcional (exemplo: peculato) quanto em delitos em que não haja esse pressuposto (exemplo: evasão de divisas), a agressão ao bem jurídico seja tanto maior quanto o volume dos valores envolvidos (apropriados, evadidos etc.).

21. Sobre isso, com mais detalhes, adiante 3.

Para avançar nesta crítica, acima apenas esboçada, e avaliar melhor o uso do termo culpabilidade no caso “Mensalão”, cabe a seguir investigar, em um plano mais geral e teórico, o significado e a função deste disputado e importante conceito.

2.2 O significado do conceito de culpabilidade na determinação da pena – Considerações teóricas

2.2.1 As diferentes acepções da palavra culpabilidade no direito penal

Diferentemente de outros conceitos do direito penal, como dolo, legítima defesa, causalidade, autoria, entre outros,²² o termo culpabilidade ou culpa possui diversos significados ou funções. No âmbito do processo penal ou mesmo coloquialmente, por exemplo, é comum a expressão “provar a culpa (ou culpabilidade) do réu”, no sentido de se atestar, no processo, a responsabilidade do indivíduo pelo delito praticado. Entretanto, no direito penal material, o termo culpabilidade é utilizado em sentidos diversos, de formas mais específicas. Compreender essa diversidade é o que vai aqui nos interessar.

À Achenbach atribui-se o mérito de esclarecer os distintos usos que se faz desse conceito no direito penal material.²³ O autor diagnostica o problemático fato de que o conceito de culpabilidade é utilizado de forma heterogênea²⁴ e cumpre diferentes funções.²⁵⁻²⁶

a) A primeira função diz respeito ao *princípio da culpabilidade*, à locução *nulla poena sine culpa*.²⁷ Trata-se da culpabilidade como limite do exercício do poder estatal, como condição necessária para a legítima intervenção punitiva do Estado. Não se trata da culpabilidade como elemento dogmático do direito positivo, mas da *ideia de culpabilidade*, cuja fundamentação dá-se já em um plano metapositivo (po-

22. Aqui não se omite que o significado desses conceitos foi – e ate hoje o é –, alvo de longas controvérsias teóricas e jurisprudenciais. No entanto, todos eles possuem apenas um núcleo semântico conhecido, ao contrário do termo culpabilidade, como se mostrará ao longo do texto.

23. Cf., por exemplo, ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. München: C. H. Beck, 2006. p. 876.

24. Para o perigo dessa confusão conceitual também aponta HORNLE, Tatjana. *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf: Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2013. p. 57, 61.

25. ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974. p. 1.

26. Distinção semelhante é apresentada por GRECO, Rogério. *Curso de direito penal. Parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 90 e ss.

27. ACHENBACH, Hans. Op. cit., p. 3.

lítico-filosófico, sociológico etc.).²⁸ Significa exigir que alguém só pode ser punido caso aja com dolo ou ao menos culpa. A renúncia à culpabilidade como princípio ou ideia significa a instituição de um sistema punitivo baseado na responsabilidade objetiva, em que se pune o indivíduo sem qualquer indicação de sua responsabilidade individual para o resultado que a ordem jurídica pretendia evitar.²⁹ Saliente-se que o princípio da culpabilidade não é capaz de indicar direta e positivamente os pressupostos da responsabilidade penal,³⁰ ou seja, apenas referindo-se ao princípio da culpabilidade não se deduzem, por exemplo, o conceito material de culpabilidade ou os critérios de imputação objetiva.

b) A segunda aceção do conceito analisado refere-se à *culpabilidade como critério de medição da pena*.³¹ Neste sentido, culpabilidade seria um critério de quantificação da sanção penal, conforme, por exemplo, previsão expressa do § 46 do CP alemão: “A culpabilidade é o fundamento da medição da pena”. Este critério pode ser composto, a princípio, por diversos elementos a indicar menor ou maior gravidade do fato, como o desvalor da ação (dolo e culpa) e do resultado (grau de lesão ao bem jurídico), nível de consciência da ilicitude, maior ou menor capacidade (ou exigibilidade) de evitação do delito etc., bem como fatores ligados à personalidade do agente, independentes do fato típico praticado.³²

c) Esse segundo significado do conceito de culpabilidade não se confunde com o terceiro, que se refere ao *sistema do delito*.³³ Trata-se da culpabilidade como o terceiro elemento do delito, ao lado do tipo e da antijuridicidade, e que, conforme a concepção atualmente dominante é composta por imputabilidade, consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.³⁴ Em suma, depois de constatado que se cometeu um fato típico, não coberto por nenhuma causa de exclusão da antijuridicidade, resta verificar se o agente agiu de modo culpável, ou seja, se podia ou se lhe era exigível agir conforme o direito.

28. Idem, *ibidem*.

29. Não é preciso que se remonte a sistemas jurídicos de sociedades primitivas para encontrar tipos penais em que se prescinde tanto de dolo como de culpa. Basta notar a existência dos delitos de *strict liability*, presentes na *commom law* (cf. SMITH, John; HOGAN, Brian. *Criminal Law*. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 150 e ss.; ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of criminal law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 160 e ss.).

30. Cf. KAUFMANN, Artur. *Das Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. 2. ed. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1976. p. 16.

31. ACHENBACH, Hans. Op. cit., p. 4.

32. Desde que, claro, tais fatores sejam considerados legítimos. Sobre isso, rever notas de rodapé 9 e 10.

33. ACHENBACH, Hans. Op. cit., p. 4.

34. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 273.

A distinção elaborada por *Achenbach* nos importa sobretudo no que toca às duas últimas funções do conceito de culpabilidade mencionadas. Ao contrário da culpabilidade como índice de medição da pena, que se refere ao “como” ou “quanto”, a culpabilidade como elemento do sistema do delito refere-se ao “se” da pena.³⁵ Isso não significa, porém, que a culpabilidade enquanto elemento do delito não seja relevante para a tarefa de quantificação da pena. Gostaria de me referir, a partir de agora, portanto, aos dois últimos significados, respectivamente, como *culpabilidade em sentido amplo* e *culpabilidade em sentido estrito*.³⁶

Tentarei, a seguir, esclarecer qual o lugar da culpabilidade no sistema de determinação da pena no direito brasileiro, sobretudo no art. 59 do CP, e em qual dos dois significados acima esse termo é e em qual deve ser utilizado.

2.2.2 Culpabilidade na aplicação da pena no direito brasileiro

A culpabilidade no âmbito da determinação da pena permanece um dos conceitos mais obscuros do direito penal.³⁷ No sistema brasileiro de aplicação judicial da pena, a culpabilidade é mencionada no art. 59 do CP,³⁸ como um dos fatores a serem utilizados pelo magistrado na formação da pena-base, conforme o método trifásico – pena-base, agravantes e atenuantes, causas de aumento e diminuição – imposto pelo art. 68 do CP.³⁹ Diante disso, indaga-se: qual o significado da palavra culpabilidade no âmbito da aplicação judicial da pena? Tradicionalmente, pouca atenção tem sido dada a essa pergunta, ao passo que se privilegia a análise individualizada dos fatores de dosimetria postos na lei (entre nós: demais circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, causas de aumento e diminuição), embora se

35. ACHENBACH, Hans. Op. cit., p. 5.

36. Assim também ERHARD, Christoph. *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld – Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie “Schuld”*. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1992. p. 151.

37. HÖRNLE, Tatjana. Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre. *Juristische Zeitung*, 1999. p. 1080; FRISCH, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, In: BRITZ, Guido et al. *Grundfragen staatlichen Strafs: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 2001. p. 238.

38. Art. 59 do CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

39. A falta de técnica legislativa em se colocar a regra geral do art. 68, nove artigos após o art. 59, já é há muito criticada (por todos, CARVALHO, Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro... cit., p. 313).

possa observar recentemente esforços para se conferir um sentido coerente e adequado a este conceito.⁴⁰

No Brasil, a marginalidade deste problema deve-se provavelmente ao fato de que a culpabilidade, ao menos topográfica ou formalmente, consta apenas como mais uma circunstância judicial do art. 59 do CP, ao passo que em outros ordenamentos jurídicos esta categoria ostenta expressamente um *status* de centralidade no plano da aplicação da pena.⁴¹ Contudo, alguns autores brasileiros advogam que a culpabilidade não é apenas a mais importante circunstância judicial, mas constitui, na verdade, o conjunto das demais circunstâncias judiciais, as quais seriam apenas concretizações ou especificações do termo culpabilidade.⁴² Aqui reside a *primeira importante questão*, cuja resposta nos ajudará esclarecer a função do conceito de culpabilidade na determinação da pena: *a culpabilidade mencionada no art. 59 é apenas mais uma circunstância judicial ou é o critério central e mais geral para a aferição da medida da pena?*

No entanto, para além da relação da culpabilidade com os demais fatores de aplicação da pena inscritos na lei, resta ainda irrespondida a *segunda questão fundamental*, a saber, a qual significado ou função do conceito de culpabilidade se refere o art. 59 do CP: *culpabilidade em sentido amplo ou culpabilidade em sentido estrito?* (ver a distinção acima 2.2.2).

A seguir, tentarei oferecer uma resposta a ambas as questões.

2.2.2.1 Culpabilidade em concurso com as demais circunstâncias judiciais ou como critério central de aplicação da pena?

(a) Conforme uma compreensão mais literal da norma contida no art. 59 do CP, a culpabilidade seria, embora o mais importante, apenas mais um fator entre

40. Principalmente HÖRNLE, Tatjana. Op. cit. (JZ 1999), p. 1080 e ss.; ERHARD, Christoph. Op. cit., p. 151 e ss. FRISCH, Wolfgang. Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff... cit., p. 237 e ss.; entre nós, recentemente TAVARES, Juarez, Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121 e ss.; STOCO, Tatiana, Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 104. p. 79. São Paulo: Ed. RT, 2013.

41. Por exemplo, o Código Penal alemão, no § 46, I, diz que a culpabilidade é o fundamento da determinação ou dosimetria da pena (*Die Schuld ist die Grundlage der Strafzumessung*), redação quase idêntica ao Código Penal austríaco (§ 32, I) e semelhante a do Código Penal suíço (art. 47, 1); o Código Penal português prevê "Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa" (art. 40, 2), "A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção" (art. 71).

42. Ver abaixo 2.2.2.1.

os demais previstos nesse preceito legal. A culpabilidade enquanto circunstância judicial, introduzida pela reforma penal de 1964 em substituição à “intensidade do dolo ou grau de culpa”, possuiria significado e valor autônomos, assim como as outras circunstâncias. Nesse caso, o juiz, diante da tarefa de fixar a pena-base, deveria se pronunciar sobre cada elemento descrito na norma, valorando-os (quando o conjunto fático-probatório o permitir) individualmente.⁴³

(b) A outra possibilidade interpretativa do art. 59 do CP é enxergar a culpabilidade como fator conglobante, representante do conjunto de todas as circunstâncias judiciais. Estas seriam apenas concretizações ou especificações do termo culpabilidade. Esta posição, nesses termos, é defendida de forma expressa, por exemplo, por *Boschi*: “A culpabilidade referida pelo art. 59 do CP é a reprovação em grau objetivamente mensurável, e as circunstâncias judiciais são as ferramentas colocadas à disposição do juiz para a realização desse trabalho segundo itinerário pre-estabelecido (pena-base, pena provisória e pena definitiva) e não como dimanam das regras pretorianas categorias com carga valorativa e função equivalente à da culpabilidade”. Assim, as demais circunstâncias judiciais estariam “a serviço da culpabilidade, e não em concurso com ela”.⁴⁴

Concepção semelhante é formulada por *Juarez Tavares*. Segundo este, o art. 59 do CP “impõe que o julgador estabeleça, na condenação, os limites máximos da reprimenda pela determinação da culpabilidade”. Os demais elementos do art. 59 do CP seriam critérios complementares, que devem ser consideradas apenas em favor do réu.⁴⁵

(c) Pode-se ainda vislumbrar uma posição intermediária, segundo a qual os *elementos subjetivos ou ligados ao autor do fato* mencionados no art. 59 do CP (antecedentes, conduta social, personalidade, motivos) seriam especificações ou concretizações do termo genérico culpabilidade. Poder-se-ia dizer que esta é quase uma interpretação subjetiva – no sentido de aferição da vontade do legislador, e não da

43. Assim CARVALHO, Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro... cit., p. 348.

44. BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 191; também assim BUSATO, Paulo. Op. cit., p. 877; próximo a essa posição NUCCI, Guilherme. O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no Caso Mensalão. *Revista dos Tribunais*, vol. 933, p. 228. São Paulo: Ed. RT, 2013: “Considera-se a culpabilidade como o juízo de censura sobre o fato e seu autor, lastreado nos seus antecedentes, na sua conduta social, na sua personalidade, nos motivos do crime, nas circunstâncias e consequências do delito e no comportamento da vítima”; contrariamente, a objeção de CARVALHO, Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro... cit., p. 348: “Ocorre, porém, que a forma de redação do *caput* do art. 59 induziu a autonomização da culpabilidade na doutrina e na jurisprudência penal brasileiras, transformando a circunstância geral conglobante em apenas mais circunstância judicial (subjetiva) específica”.

45. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 129; também assim STOCO, Tatiana. Op. cit., p. 97.

“vontade da lei”⁴⁶ – da norma do art. 59 do CP, pois assim posicionam-se Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sergio M. de Moraes Pitombo, mentores (com exceção do último) da reforma da parte geral do Código Penal de 1984.⁴⁷ A culpabilidade, segundo essa concepção, seria a medida da censura, da reprovação do delito e do autor: “O agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade (na medida em que se sujeita à sua livre opção) a facilitação à prática do delito”.⁴⁸ Infere-se, portanto, que os demais fatores constantes na norma – “circunstâncias e consequências do crime” e “comportamento da vítima” – teriam valor autônomo em relação à culpabilidade.

(d) A posição defendida por Boschi e Tavares parece-me, ao menos de *lege lata*,⁴⁹ a correta. Primeiro, pode-se aduzir um argumento sistemático: o art. 29 do CP, que trata autoria e participação como um problema de dosimetria, faz referência expressa à culpabilidade como critério geral de determinação da pena: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, *na medida de sua culpabilidade*”.⁵⁰ Ou seja, pressupondo a coerência do sistema estabelecido no Código Penal, se a culpabilidade fosse apenas mais uma circunstância judicial, o art. 29 do CP teria que fazer referência não só à culpabilidade, mas, sim, ou a toda norma do art. 59 do CP ou a todos os elementos nele constantes.

O outro argumento pode ser visto como de natureza extrassistemática e aproxima-se de uma discussão que infelizmente não posso aprofundar aqui: aquela acerca do modelo teórico de determinação da pena mais adequado e mais legítimo. Restrinjo-me a dizer que adotar a culpabilidade como critério central da determinação judicial da pena é um ganho⁵¹ e um avanço para um direito penal que se quer fazer respeitador dos princípios que limitam a intervenção punitiva do Estado, quais

46. Cf. PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 2. ed. Bristol: Göttingen Vandenhoeck & Ruprecht, 2011. Series: UTB, p. 92 e ss.

47. Assim expressamente REALE JÚNIOR, Miguel et al. *Penas e medidas de segurança no novo Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 160.

48. Idem, *ibidem*.

49. Não posso expor aqui em detalhes a minha sugestão de *lege ferenda* para o papel da culpabilidade na determinação da pena, desenvolvida em minha dissertação de mestrado (ver nota 9).

50. Assim também BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 190.

51. Cf., FRISCH, Wolfgang. Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung. In: _____ et al (orgs.). *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 7-11, que, aduzindo argumentos de justiça e jurídico-constitucionais, ressalta as vantagens de se ter um modelo de determinação da pena centrado no conceito de culpabilidade, principalmente em comparação a um modelo baseado na análise da periculosidade do agente.

sejam, os princípios da culpabilidade e da legalidade. Ter a culpabilidade como critério central significa restringir a aplicação da pena à valoração do injusto praticado – que no caso concreto pode ostentar diferentes níveis de gravidade –, ou seja, significa atrelá-la à análise de um comportamento cuja proibição era prevista em lei (princípio da legalidade) e que era evitável pelo agente (princípio da culpabilidade). Assim, não é crível, tampouco legítimo, que elementos externos ao delito praticado (conduta social, personalidade, antecedentes) estejam no mesmo patamar de importância para a aplicação da pena que o da culpabilidade. Por outro lado, os outros fatores do art. 59 do CP, desde que relevantes para a valoração do fato delituoso, podem (e devem) ser integrados à análise da culpabilidade. Por exemplo, as circunstâncias do crime e o comportamento da vítima podem ser relevantes para determinar a gravidade do injusto e o grau de evitabilidade do fato.⁵²

Portanto, a culpabilidade não deve ser vista como apenas mais uma circunstância judicial, mas sim ostentar o posto de critério central de aplicação da pena. Com isso apenas, todavia, ainda não se sabe de qual sentido do termo culpabilidade se está a tratar: *culpabilidade em sentido amplo* ou *culpabilidade em sentido estrito*. Resta, então, responder ainda a outra indagação fundamental, não mais a respeito de sua relação com as demais circunstâncias judiciais, mas do significado do próprio conceito de culpabilidade do art. 59 do CP.

2.2.2.2 Culpabilidade em sentido estrito ou sentido amplo?

(a) O art. 59 do CP, pelo menos à primeira vista, do ponto de vista formal, permite que a culpabilidade ali referida signifique o *terceiro elemento constitutivo do delito* – *culpabilidade em sentido estrito* – conforme à teoria tripartite, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade. Neste caso, a culpabilidade compreenderia a imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.⁵³ Segundo esta interpretação, portanto, esses três elementos deveriam ser levados em conta na dosimetria da pena, ou como fator especificado pelos demais elementos do art. 59 do CP⁵⁴ ou em concurso com estes⁵⁵ (ver acima 2.2.2.1).

Essa ideia, a tradução da culpabilidade enquanto elemento constitutivo do crime em medida da pena, não é absurda e não há dúvidas de que deve ser parte inte-

52. BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 192.

53. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I* cit., p. 876; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 286 e ss. fala em capacidade de culpabilidade, conhecimento do injusto e exigibilidade de comportamento diverso.

54. Assim BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 191-192, que liga a personalidade do agente à imputabilidade; a conduta social e os motivos do crime à consciência potencial da ilicitude; e o comportamento da vítima ao exame da exigibilidade de conduta diversa.

55. CARVALHO, Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro... cit., p. 348 e ss.

grante do processo de aplicação da sanção penal.⁵⁶ Isso porque é óbvio que o sujeito que atua com imputabilidade reduzida, em erro de proibição evitável ou em uma situação em que dificilmente poderia agir de outro modo (embora não a ponto de exculpá-lo inteiramente), deve receber uma pena mais branda.⁵⁷

No entanto, ainda assim esta não é a melhor interpretação do conceito de culpabilidade do art. 59 do CP. Interpretar a culpabilidade do art. 59 do CP em sentido

-
56. Também assim, expressamente FRISCH, Wolfgang. Op. cit., p. 240; contrariamente TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 123, segundo o qual invocar novamente a culpabilidade, caso esta seja entendida como elemento do delito, na individualização da pena constituiria *bis in idem*. Creio, contudo, que Tavares quer se referir à hipótese de simples invocação da afirmação da culpabilidade como fator de medição pena, no sentido “o autor agiu com culpabilidade, portanto merecedor de maior reprimenda”. Este caso, de fato, seria sim uma hipótese de dupla valoração ilegítima; expressamente contrário NUCCI, Guilherme. Op. cit., p. 228.: “Ultrapassada a fase de avaliação do crime, a culpabilidade – liame entre crime e pena – passa a atuar no processo de fixação da sanção penal. Despe-se, então, dos elementos já avaliados – imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade do comportamento jurídico positivo – para adotar outros parâmetros, agora indicados pelo art. 59 do CP”; e por fim, STOCO, Tatiana. Op. cit., p. 97, que atendo-se à ideia central da teoria da proporcionalidade pelo fato de proporcionalidade entre o injusto praticado e a resposta penal, afirma que a culpabilidade “não desempenha mais qualquer função”, pois considera que apenas o injusto é graduável. A autora parte da premissa, compartilhada por mim, de que a culpabilidade *em sentido estrito* (a autora não segue esta distinção conceitual, todavia, utilizando o termo culpabilidade indistintamente) não serve para incrementar a pena. No entanto, isso não quer dizer que a culpabilidade *strictu sensu* não seja graduável *para baixo* e, portanto, não possa ser fator de *redução* de pena (sobre isso, ver mais adiante).
57. Em geral, admite-se a possibilidade de a culpabilidade em sentido estrito poder ser considerada grave e, portanto, fundamentar uma exasperação de pena. Aqui, decisivo é o conceito material de culpabilidade de que se parte. A meu ver, a moderna concepção de culpabilidade como imputação subjetiva ao fato é a mais adequada para um direito penal liberal, em cujo âmbito todo moralismo deve ser rechaçado. A análise inerente à categoria da culpabilidade consiste simplesmente em se constatar se o autor atuou de forma plenamente responsável durante o fato, concretamente: se ele podia conhecer a norma de proibição e evitar o delito. O reproche de culpabilidade não significa então, como pertinente-mente aponta HORN, Eckhard et al. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7. ed. Frankfurt a.M.: Metzner Verlag, 2001, § 46. n. 42, reproche da culpabilidade e sim *reproche do injusto na presença de culpabilidade*. Nesse sentido, a culpabilidade em sentido estrito na determinação da pena não é uma grandeza variável *para cima*. Por conseguinte, há ou culpabilidade em forma plena ou culpabilidade reduzida (assim FLETCHER, George P. *The recidivist Premium. Criminal Justice Ethics*. vol. 1. issue 2. p. 40-59. Oxford: Routledge, 1982. p. 54; ERHARD, Christoph. Op. cit., p. 161; HORN, Eckhard. Op. cit., n. 44; CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización de la pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999. p. 243; HÖRNLE, Tatjana. *Das antiquierte Schuldverständnis...* cit., p. 1085; FRISCH, Wolfgang. *Unrecht und Schuld...* cit., p. 242; PERALTA, José Milton. Op. cit., p. 618). No entanto, para as reflexões do presente estudo, esta controvérsia não guarda maior relevância, motivo pelo qual limito-me a registrá-la nesta nota.

estrito significa excluir a categoria do injusto (tipicidade e antijuridicidade) da determinação da pena.⁵⁸ Diante disso, pergunta-se, por que, diante da toda complexidade de um delito, apenas a culpabilidade em sentido estrito, e não o injusto e suas diversas formas de manifestação no caso concreto, importariam para a dosimetria da pena? Atualmente não se contesta que, além da exigibilidade de conduta de diversa, o grau de imputabilidade e nível de consciência da ilicitude, também o injusto é um elemento fundamental não só para a afirmação da punibilidade, mas também para a quantificação da sanção penal.⁵⁹ Nesse sentido, argumenta-se corretamente que, caso se entenda culpabilidade no âmbito da determinação judicial da pena como capacidade individual de evitação do delito (culpabilidade em sentido estrito) e se exclua, por conseguinte, o grau de lesão ou perigo ao bem jurídico (desvalor da ação, componente do injusto) da análise, não haveria diferença entre o roubo de uma carteira e o de um banco.⁶⁰

Poder-se-ia contra-argumentar que os fatores “circunstâncias e consequências do crime” comporiam a cota de importância do injusto na determinação da pena e que, com isso, todos os elementos do delito estariam contemplados no art. 59 do CP.⁶¹ No entanto, ainda assim não se explicaria porque o legislador teria usado um termo técnico (culpabilidade) para designar um elemento do delito e outros atécnicos – e apenas parciais ou imperfeitos, pois o injusto não se resume às circunstâncias e consequências do crime.⁶²

58. HÖRNLE, Tatjana. Das antiquierte Schuldverständnis.... cit., p. 1082.

59. ACHENBACH, Hans. Op. cit., p. 13; FRISCH, Wolfgang. Unrecht und Schuld... cit., p. 238.

60. Argumento semelhante em HÖRNLE, Tatjana. Das antiquierte Schuldverständnis.... cit., p. 1082.

61. Conforme a vitimodogmática desenvolvida principalmente por *Schünemann* (SCHÜNE-MANN, Bernd. Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil. In: _____ (org.). *Strafrechtssystem und Betrug*. Herbolzheim: Centaurus Verlag, 2002. p. 62) e a teoria do injusto referida à vítima de *Hörnle* (HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung...* cit., p. 217 e ss.), o comportamento da vítima seria relevante não só para o momento de afirmação, mas também para a graduação do injusto.

62. Esse também parece ser o ponto de vista de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 560-562: “A definição da culpabilidade como circunstância judicial de formulação do juízo de reprovação constitui impropriedade metodológica, porque o juízo de culpabilidade, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples circunstância judicial de informação do juízo de culpabilidade. (...). Esse conceito de culpabilidade constitui, em conjunto com o conceito de tipo de injusto, o conceito de fato punível – e, por essa razão, não é redutível a simples circunstância judicial, equivalente a outros elementos informadores da pena-base, como os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos do autor, ou como circunstância ou consequências do fato, ou, ainda, como o comportamento da vítima, de valor evidentemente inferior.”

(b) É corrente na jurisprudência o uso do conceito de culpabilidade em um sentido mais amplo. Afirma-se comumente que a culpabilidade descrita no art. 59 do CP refere-se ao grau de *censurabilidade ou reprovabilidade da conduta*.⁶³

Esse ponto de partida – culpabilidade em sentido amplo – é correto, conforme já se depreende da refutação da interpretação que enxerga a culpabilidade do art. 59 do CP em sentido estrito (acima (a)). Por outro lado, creio inadequada ou ao menos insuficiente a interpretação deste conceito como *reprovabilidade*, tal como procedem a jurisprudência e parte da doutrina. Isso porque este termo (reprovabilidade) padece de grande indeterminação, para não dizer que é completamente isento de conteúdo.⁶⁴ Nem a doutrina nem a jurisprudência nos informam quais critérios deveriam ser usados para aferir o grau de reprovabilidade da conduta.

Parece vigorar uma compreensão, principalmente na *jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, de que a substância da reprovabilidade deve ser buscada em fatores alheios – ao menos não idênticos – ao injusto penal e à culpabilidade em sentido estrito. Aduz-se que os elementos do tipo e a culpabilidade em sentido estrito não poderiam mais ser invocados para integrar o processo de formação da pena-base.⁶⁵ Percebe-se, pois, que o critério utilizado pelo STJ para avaliar a exasperação da pena-base com base na maior reprovabilidade da conduta é um critério meramente *negativo*: a exasperação tem que se dar por alguma circunstância que não seja “inerente ao tipo de penal”. Contudo, o que *positivamente* constitui ou pode constituir essa reprovabilidade não é dito.

O STJ, com razão, corrige decisões, por exemplo, nas quais a culpabilidade foi utilizada para majorar a pena-base sob o argumento de que o réu agira “com a consciência da ilicitude”.⁶⁶ No entanto, nem toda referência aos pressupostos de

63. STJ: HC 210.471/MG, 6.^a T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 26.09.2012; HC 107.795/RS, 6.^a T., rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), *DJe* 02.03.2009; Assim expressamente BITENCOURT, José Roberto. *Manual de direito penal. Parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 1, p. 590.

64. Cf. HÖRNLE, Tatjana. *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf...* cit., p. 57: “O repetidamente utilizado circunlóquio ‘culpabilidade é reprovabilidade’ é, tomado por si mesmo, vazio, pois permanece em aberto o que de fato se reprova ao autor”.

65. Assim AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 67.

66. Assim o HC 210.471/MG, 6.^a T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 26.09.2012: “Argumentos inerentes à culpabilidade em sentido estrito – elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida – não autorizam a exasperação da pena-base, a pretexto de culpabilidade desfavorável”; HC 107.795/RS, 6.^a T., rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), *DJe* 02.03.2009: “A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato. Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no art. 59 do CP”.

incriminação deve ser afastada da aplicação da pena. Aqui parece ter lugar uma certa confusão envolvendo a proibição de dupla valoração ou *ne bis in idem*. Essa proibição não deve significar que as categorias do injusto e da culpabilidade em sentido estrito não possam constituir fatores a serem considerados na medição da pena. Deve-se ter em conta que ambas as categorias são conceitos graduáveis.⁶⁷ O que a proibição de dupla valoração verdadeiramente impede é que a *presença, por si mesma*, dos pressupostos do crime – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – seja usada como justificativa para majorar a pena. Não se proíbe, contudo, que a o *grau de manifestação* desses pressupostos seja levado em conta na fixação da pena.⁶⁸ Logo, por exemplo, o autor de um estupro não pode ter sua pena aumentada porque usou de violência, pois o uso de violência já é pressuposto, elementar do tipo de estupro. No entanto, o *grau* de violência pode (e deve) ser considerado na composição do *quantum* da pena.⁶⁹ Mais dois exemplos servem para demonstrar, respectivamente, a importância do injusto e da culpabilidade (em sentido estrito) na medição da pena: (1) o sujeito que age com dolo eventual, ou seja, na fronteira com a culpa consciente, merece menor reprimenda que o sujeito (que cometeu o mesmo crime) que age com intenção (ou dolo direto de primeiro grau);⁷⁰ (2) o fato de o agente agir sob a coação resistível, ou seja, quando a coação não preenche os pressupostos do art. 22 do CP, indica uma culpabilidade menos intensa, e, portanto, uma pena mais branda que a do agente que age de forma plenamente livre.⁷¹

67. SEEBALD, Rudolf. Das mißverständene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. p. 230-236. Heidelberg: R. v. Decker, 1975. p. 232; HETTINGER, Michael. *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen* (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB). Berlin: Dunker & Humblot, 1981. p. 105; MEIER, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*. Berlin: Springer, 2011. p. 166; HÖRNLE, Tatjana. Tatproportionale Strafzumessung... cit., p. 196-197; SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Op. cit., p. 5; PERALTA, José Milton. Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 128.

68. Fundamentalmente SEEBALD, Rudolf. Op. cit., p. 232; HETTINGER, Michael. Op. cit., p. 126.

69. SCHÄFER, Gerhard et al. Op. cit., ns. 691, 694.

70. Salo de Carvalho afirma que “se dolo e culpa não compõem a culpabilidade normativa, sua valoração implica em uma ampliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, *caput*, do CP, ou seja, na criação de categorias *praeter legem*, hipótese absolutamente vedada por força da incidência do princípio da taxatividade nos critérios de determinação da pena.” (CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro...* cit., p. 354). Como o próprio trecho reproduzido já indica, a vedação da consideração do dolo e da culpa na determinação da pena a que se refere Carvalho pressupõe que sua premissa – da qual discordo (ver acima 2.2.2.2) (a)) – seja aceita, qual seja, que a culpabilidade de que fala o art. 59 do CP seja a mesma ou o espelho da culpabilidade em quanto categoria do sistema do delito.

71. Outras hipóteses de redução da culpabilidade já se encontram previstas no Código Penal sob a forma de causa de diminuição de pena, tais como art. 26, parágrafo único (inimputa-

Disso resulta que, ao contrário do que afirma o STJ,⁷² os critérios a serem utilizados na análise da culpabilidade em sentido amplo devem ser os mesmos disponíveis na teoria do delito, como o grau de lesão ao bem jurídico, presença mais intensa de um elemento do tipo (exemplo: violência no roubo) etc.⁷³ Portanto, quando se busca determinar o *quantum* da pena, não se investiga apenas a culpabilidade sistemática, mas também os fatores que compõem ou fundamentam o *injusto*. Esses momentos, que no sistema do delito distribuem-se em categorias distintas, in-

bilidade); art. 28, II, § 2.º (embriaguez), e, portanto, devem ser considerados apenas nesta fase da dosimetria da pena e não já na pena-base. Em hipóteses como as reproduzidas no texto, CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro... p. 434, propõe uma diminuição de pena através do art. 66 do CP, o que não é incorreto, e, do ponto de vista quantitativo, pode ser até mais benéfico para o réu. No entanto, acredito que esta redução deve ocorrer já na análise da culpabilidade na formação da pena-base. Neste ponto, revela-se a insuficiência do modelo de aplicação da pena tal qual formatado no Código Penal, em que diversas atenuantes e majorantes, bem como causas de aumento e de diminuição ligadas ao injusto (tentativa, erro de proibição evitável etc.), atuam como modificadores da pena-base, ou seja, atuam em etapas posteriores do processo. Creio que um modelo de aplicação da pena mais transparente, seguro e legítimo tem que ter como base a ideia de que a pena-base deve ser formada unicamente por fatores ligados ao fato típico praticado, ao passo que eventuais fatores subjetivos alheios ao delito, tais como alguns dentre os elencados no art. 59 do CP, devem atuar, *quando for o caso*, modificando a pena estabelecida na etapa anterior.

72. Em um julgado (STJ, AgRg no REsp 1.283.839/SP (2011/0038592-9), rel. Min. Laurita Vaz, DJ 25.06.2013) fica clara a posição que parece se consolidar no STJ (diametralmente exposta a aqui defendida): “De início, improcede o argumento de que o enorme volume de numerários evadidos do território nacional teria dado causa à valoração negativa das circunstâncias judiciais, quando condenado o Agravante como incurso no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986. Isso porque, de fato, não foi esse fundamento que deu causa à majoração da pena-base, mas a manutenção de vultosas quantias depositadas no exterior”. Aqui parece o STJ querer não desconsiderar a correta intuição de que o grande volume dos valores evadidos podem ser aptos a majorar a pena-base. Mas, para não macular a majoração de *bis in idem*, conforme a interpretação (errônea) que este tribunal faz da proibição de valoração, procura fundamentar a exasperação em circunstância externa ao delito, mas que, no caso, é apenas consequência ou continuação da atividade delitiva (manutenção de depósitos no exterior). Por vezes, no entanto, admite a exasperação da pena-base com fundamento em fatores que se ligam sim à realização concreta do tipo, p. exemplo: gravidade da lesão corporal causada por agressão com capacete (STJ, AgRg no Ag no REsp 368.384/DF (2013/0259506-6), rel. Marco Aurélio Belizze, DJe 04.11.2013); volume dos valores apropriados na apropriação indébita (STJ, HC 208.270/SP (2011/0124888-3), rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 26.08.2013)
73. Cf. PERALTA, José Milton. Op. cit., p. 126: “Desde el momento em que el riesgo para el bien jurídico de una conducta es graduable, desde que las causas de exculpación implican, por lo menos, también una disminución del injusto, desde que el dolo directo se ha considerado más grave que el dolo eventual y que la culpabilidad disminuida atenúa la pena, las repercusiones de la dogmática para la medida de la pena han estado siempre allí”.

fluenciarão a determinação da pena em um processo valorativo unitário.⁷⁴ Assim, a culpabilidade como critério de medição da pena não só ganha um substrato legal, uma vez que referida ao injusto tipificado na lei, mas também maior previsibilidade e segurança, pois permanece atrelada às categorias dogmáticas.⁷⁵

É de se concluir que a culpabilidade do art. 59 do CP deve ser entendida em *sentido amplo*. No entanto, deve ser abandonada a ideia de reprovabilidade tal como ela é utilizada na jurisprudência, pois, além de ser extremamente imprecisa ou até mesmo vazia, abre portas para uma valoração não jurídica (ou não penal), de cunho moral, do comportamento do autor, fora dos limites compreendidos pelo tipo penal por cuja realização se pune o condenado. Portanto, a culpabilidade na determinação da pena deve ser entendida no sentido de *injusto culpável*.⁷⁶⁻⁷⁷

2.3 Conclusões a respeito da APn 470/MG

Feito este breve excursus teórico, é possível tirar algumas conclusões a respeito do uso do conceito de culpabilidade na APn 470/MG.

(a) Como já indicado, o STF tratou a culpabilidade referida no art. 59 do CP como circunstância judicial autônoma, em concurso com os demais elementos constantes da norma. As razões da inadequabilidade desse método já foram apresentadas acima (2.2.2.1, (d)), para onde remeto o leitor.

(b) Por outro lado, a culpabilidade foi definida como reprovabilidade da conduta, conceito distinto da culpabilidade como categoria dogmática ou em sentido estrito. No entanto, ao contrário da jurisprudência do STJ, não se menciona expressamente se o conteúdo dessa reprovabilidade tem de ser encontrado fora ou dentro dos limites da realização do tipo. Por um lado, ao se referir ao *nível de*

74. ACHENBACH, Hans. Op. cit., p. 13.

75. Com razão, portanto, neste ponto, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Op. cit., p. 5 e 8, para quem a determinação da pena deve ser submetida a um *processo de sistematização dogmática, cuja finalidade de reduzir a margem de arbitrariedade das decisões judiciais de individualização da pena justifica-se por si mesma*.

76. Assim também TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 135 e STOCO, Tatiana. Op. cit. p. 88. Interpretando o termo culpabilidade no § 46 do CP alemão – que, como já ressaltado, não oferece as mesmas dificuldades interpretativas do Código Penal brasileiro, pois já estabelece que a culpabilidade é o fundamento da medição da pena – também desta forma SEEBALD, Rudolf. Op. cit., p. 232; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 224-225; ALBRECHT, Hans. Op. cit., p. 117; ERHARD, Christoph. Op. cit., p. 154; HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung...* cit., p. 329, passim; HORN, Eckhard. Op. cit., ns. 33-34.

77. Se fatores outros, não relacionados à culpabilidade em sentido estrito e ao injusto, devem influenciar na tarefa de determinação da pena, isto é uma questão à qual não posso adentrar neste estudo. A fundamentação de minha resposta – adianto: negativa – a essa pergunta deve ficar reservada para outra oportunidade.

participação no crime e ao tamanho do dano ou agressão ao bem jurídico (valores), o STF procede, corretamente, a uma valoração do injusto culpável, aproximando-se do entendimento que acima declarei ser o mais correto. Por outro lado, quando, como fundamento da exasperação da pena-base sob a rubrica da culpabilidade, se observa uma mera descrição da comprovação da participação do réu no delito, cai novamente na fórmula vazia da reprovabilidade e incorre em *bis in idem*.

3. PROIBIÇÃO DE DUPLA VALORAÇÃO (*BIS IN IDEM*) NA DOSIMETRIA DA PENA NA APN 470/MG

Um pouco já foi dito sobre este problema, que é considerado a causa mais frequente de erros judiciais no âmbito da aplicação da pena. A forma mais comum e grosseira de violação da proibição de dupla valoração consiste em considerar a presença, *em abstrato*, de uma elementar do tipo para majorar a pena. Por exemplo: elevar a pena pelo uso de violência no crime de roubo.⁷⁸ No entanto, não só a consideração abstrata de uma elementar típica na determinação da pena é vista como incorreta. Toda referência genérica a qualquer pressuposto da punição do delito é proibida. Por exemplo, é ilegítimo majorar a pena sob o argumento de que o réu não agiu em legítima defesa ou possuía a consciência da ilicitude,⁷⁹ pois isso significa simplesmente dizer: “aumento a pena porque o réu cometeu o crime”. Este tipo específico de erro quase não se percebe no acórdão em análise, excetuando-se a seguinte passagem de autoria do Min. revisor, que assim justifica a “culpa intensa” da ré Kátia Rabelo:

“O dolo acima do normal, revelado pela conduta da ré, ficou evidenciado, a meu ver, porque a sua gestão, caracterizada por manobras contábeis claramente irregulares, passou ao largo do natural – e salutar – desejo de preservar a posição da instituição financeira no mercado ou de fomentar as suas atividades comerciais, *ingressando, decisivamente, na seara dos ilícitos penais*” (f. 58.208, meu destaque).

À parte do uso indevido do termo “dolo”⁸⁰ nessa passagem, não vislumbro outra interpretação para essas considerações senão a de que a “culpa intensa” decorreria do fato de a ré não praticar condutas lícitas, mas ilícitas. Esta tautologia não constitui argumento idôneo para justificar a culpabilidade elevada do agente.

Todavia, há outras formas de dupla valoração que geralmente passam despercebidas pela jurisprudência. A primeira delas, que Salo de Carvalho chama de *bis in*

78. Ver a pesquisa de CARVALHO, Salo de. *O papel.. cit.*, p. 171 e ss.

79. MEIER, Bernd-Dieter. *Op. cit.*, p. 201, com referências da jurisprudência alemã.

80. Dolo aqui provavelmente é utilizado como sinônimo de culpabilidade, no mesmo sentido de “culpa intensa”, que aparece no parágrafo anterior.

idem na forma *horizontal*,⁸¹ diz respeito à consideração do mesmo fato em mais de uma circunstância judicial. Como se mostrará (3.1), a incidência desta forma de dupla valoração no acórdão do mensalão parece-me clara. A segunda, levantada, por exemplo, pelo réu José Dirceu nos seus embargos de declaração, refere-se à menção à posição de mando como fundamento da exasperação da pena-base sob a rubrica da culpabilidade e aplicação da agravante do art. 62, I, do CP, para quem “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes” (3.2). Por fim, observa-se uma forma de dupla valoração que pouco se vê reconhecida: a consideração de fatos idênticos na dosimetria da pena de mais de um crime, ou seja, no caso de concurso de crimes (3.3).

Adianto que não empreenderei uma análise definitiva desses problemas, principalmente acerca do último ponto, de modo que as considerações a seguir terão por objetivo precípuo a *problematização* das questões.

3.1 Dupla valoração horizontal

A consideração de um mesmo fato ou circunstância na análise de mais de um elemento previsto no art. 59 do CP é recorrente no acórdão da APn 470/MG. A fixação da pena do réu Cristiano Paz, em relação ao crime de corrupção ativa, é exemplar nesse sentido (f. 58.004/58.009). No quesito *culpabilidade*, diz o Min. Relator: “Não se tratou de um crime de corrupção ativa comum, mas voltado à conspurcação do sistema representativo e tendente a ampliar, criminosamente, o poder do partido à época no poder, tendo o réu Cristiano Paz aderido à empreitada criminosa voltada à compra do apoio político na Câmara dos Deputados” (f. 58.005); no quesito *motivos*: “Assim, os motivos da prática criminosa demonstram inteiro desprezo do acusado pelos mais caros e importantes princípios sobre os quais se apoia o edifício republicano nacional, minando, para propósitos unicamente orivados, patrimoniais, as bases da sociedade livre, plúrima e democrática” (f. 58.007); por fim consigna que as *consequências* do crime “igualmente se mostram extremamente desfavoráveis, uma vez que o pagamento e promessa de pagamento de milhões de reais a um parlamentar, efetuado ao longo de 2003, 2004 e 2005, não configura simplesmente um crime de corrupção ativa comum ou de consequências mínimas, mas sim um delito de consequências muito mais gravosas do que as naturais do tipo penal, pois dele decorrem lesões que atingem bens jurídicos outros que não apenas a administração pública, mas igualmente o regime democrático, o pluripartidarismo, a separação e independência entre os poderes, todos inseridos na esfera de previsibilidade do acusado” (f. 58.008). Ou seja, a mencionada “lesão ao regime democrático” serve de base para valorar negativamente três circunstâncias judiciais: a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime. Este tipo de dupla ou

81. CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro... cit., p. 292.

plúrima valoração horizontal pode ser detectada em várias outras passagens do acórdão.⁸²

Se a cada circunstância for atribuída o mesmo peso, e, se no cálculo operado pelo juiz, esses pesos forem somados – como uma espécie de cúmulo material –, parece-me realmente ilegítima esse forma de dupla ou tripla valoração.⁸³

3.2 Culpabilidade e agravante

Outra forma de ilegítima dupla valoração consiste em conferir relevo ao mesmo fato enquanto circunstância judicial e enquanto agravante. O réu José Dirceu, nos seus embargos de declaração, alega a violação dessa proibição. Segundo ele, a pena-base foi aumentada, no campo da análise da culpabilidade, por força da posição de mando e proeminência do réu; e, depois foi aplicada a circunstância agravante do art. 62, I, do CP, com base no papel proeminente na condução das atividades de todos os réus. A isto responde o Min. relator:

“Não se trata de uma agravação facultativa da pena, mas sim obrigatória, pelo qual o legislador determinou como necessariamente mais gravosa a conduta daquele que promove, organiza ou dirige a atividade dos demais agentes. A direção da atividade dos demais coautores foi exercida, pelo réu José Dirceu, tanto no crime de formação de quadrilha quanto nos crimes de corrupção ativa. Porém, essa posição de liderança, objetivamente verificada, não se confunde com a culpabilidade subjetiva do réu José Dirceu, analisada na primeira fase da dosimetria, nem com os motivos, as circunstâncias e consequências do delito. Essas foram as circunstâncias judiciais avaliadas negativamente que conduziram à elevação da pena-base. Assim, houve fiel observância ao que dispõe o art. 59 do CP, nos termos do qual o juiz estabelecerá ‘a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos’, tendo em conta o que for ‘necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime’, consideradas as circunstâncias judiciais. Especificamente quanto à circunstância da culpabilidade, esta foi avaliada negativamente à luz da reprovabilidade da conduta do embargante José Dirceu, tendo em vista os elementos elencados no acórdão, baseados nas provas dos autos. (...) Como se percebe, a dosimetria foi fixada tendo em vista o *modus operandi*, o *iter criminis*, as circunstâncias que envolveram os delitos, todas elucidadas ao longo do acórdão, considerou-se que a reprovabilidade da

82. Réu José Dirceu – motivos e consequências (f. 57.907/57.908); José Genoíno – motivos e consequência (f. 57.915/57.916); Marcos Valério (f. 57.922/57.923); Ramon Hollerbach – culpabilidade, motivos e consequências (f. 57.981/57.984); entre outros.

83. Isso parece ser até reconhecido pelo STF, por exemplo, veja-se a seguinte passagem: “As circunstâncias do ilícito (ressalvadas, para evitar *bis in idem*, as que constituem elementos e as que já foram consideradas) também se mostram desfavoráveis a Marcos Valério, que, (...)” (f. 57.917/57.928, meu destaque).

conduta de José Dirceu na prática dos delitos de corrupção ativa e de formação de quadrilha era mais elevada do que a mínima. (...). Apenas em reforço na demonstração de que o acórdão embargado não padece de qualquer vício nessa matéria, pode-se lembrar que vários outros corréus também sofreram elevação da pena-base, tendo em vista a circunstância judicial da culpabilidade e outras avaliadas negativamente. Esses corréus, por não terem exercido a organização da atividade dos demais, não tiveram suas penas agravadas com base no art. 62, I, do CP. (...). Tudo isso demonstra que os elementos que compõem a análise da circunstância judicial da culpabilidade são absolutamente diferentes e independentes de o acusado ter ou não exercido uma posição objetiva de liderança do grupo criminoso.” (f. 63.974).

A resposta não convence. Percebe-se que ela alude ao fato de que as duas majo-
rantes – culpabilidade na pena-base e a agravante do art. 62, I, do CP – localizam-se em etapas diversas da dosimetria da pena, o que não é questionado e não demonstra que o mesmo fato não foi duplamente valorado – na verdade, até o confirma. A “culpabilidade subjetiva” baseou-se sim no fato objetivo da posição de liderança do réu, que lhe teria permitido ostentar o status daquele que “bate o martelo” – expressão dita pelo corréu Roberto Jefferson e mencionada pelo próprio Min. relator na avaliação da culpabilidade do réu José Dirceu no crime de quadrilha.⁸⁴ A meu ver, portanto, não se logrou demonstrar “que os elementos que compõem a análise da circunstância judicial da culpabilidade são absolutamente diferentes e independentes de o acusado ter ou não exercido uma posição objetiva de liderança do grupo criminoso”.

Ademais, é irrelevante o fato de que os corréus “também sofreram elevação da pena-base, tendo em vista a circunstância judicial da culpabilidade” e, no entanto, não tiveram suas penas agravadas com base no art. 62, I, do CP. Se os corréus, como se viu, tiveram a pena-base elevada devido à participação intensa no delito, mas sem ensejar a agravante do art. 62, I, do CP nada impediria que esta agravante fosse aplicada ao réu José Dirceu, e que se deixasse de elevar a pena-base pela culpabilidade, como fez o Min. Cezar Peluso (f. 53.896), justamente para se evitar *bis in idem*.

84. Cf. f. 57.904: “A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é extremamente elevada, uma vez que José Dirceu, para a consecução dos seus objetivos ilícitos, valeu-se das suas posições de mando e proeminência, tanto no Partido dos Trabalhadores, quanto no Governo Federal, no qual ocupava o estratégico cargo de ministro chefe da Casa Civil da Presidência da República. Essa posição de força no plano partidário, político e administrativo foi fundamental para a outorga de ‘cobertura’ política aos integrantes da quadrilha. Dela são expressões mais eloquentes os telefonemas que lhe eram dirigidos no curso das reuniões com os dirigentes de outros partidos, na busca do seu ‘de acordo’ para as decisões mais importantes concernentes ao apoio político no Congresso, ou ainda a expressão ‘bater o martelo’, que Roberto Jefferson utilizou-se, referindo a José Dirceu, como signo de ‘palavra final’.”

3.3 Concurso de crimes

Outro problema consiste na valoração do mesmo fator, ou do mesmo elemento do injusto, na dosimetria da pena de crimes distintos. No acórdão em análise, isto manifesta-se de duas maneiras.

Primeiro, trata-se de majorar a pena-base de um delito alundindo-se a consequências do crime que, por sua vez, são abrangidas por outros tipos penais.⁸⁵⁻⁸⁶ Por exemplo, o Min. relator recorrentemente agrava a pena-base do crime de quadrilha (associação criminosa) com base no fato de que a associação atingira seu objetivo (consequências do crime), o qual consiste na consecução de outros crimes, *punidos na mesma ação penal*. Compare-se, por exemplo, a análise das *circunstâncias do crime* de quadrilha praticado por Kátia Rabelo e da *culpabilidade* referente ao crime de lavagem de dinheiro: “As circunstâncias do ilícito [associação criminosa] (ressalvadas, para evitar *bis in idem*, as que constituem elementares e as que já foram consideradas) também se mostram desfavoráveis a Kátia Rabelo, a qual, como visto, chegou a, por exemplo, *atuar na simulação de empréstimos formalmente concedidos pelo Banco Rural ao PT*” (f. 58.040/58.041, meu destaque). No delito lavagem de dinheiro: “A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que Kátia Rabelo, na qualidade de presidente do Banco Rural S.A. à época, atuou intensamente, por exemplo, *na simulação de empréstimos junto àquela instituição financeira*.” (f. 58.041, meu destaque). Nota-se, pois, que as mesmas simulações de empréstimos foram fundamento ao mesmo tempo para a majoração da pena-base do crime de associação criminosa e do crime de lavagem de dinheiro.

Um particular problema de dupla valoração do mesmo fato observa-se na relação entre os delitos de *lavagem de dinheiro* e *gestão fraudulenta* de instituição financeira, uma vez que as ações caracterizadoras da gestão fraudulenta eram compostas, ao menos em parte, justamente pelas operações de lavagem de dinheiro. No processo, chegou-se a questionar já a *imputação* dos dois crimes, diante da suspeita de *bis in idem*. Ademais, nos embargos de declaração de Vinícius Samarane, José Roberto Salgado e Kátia Rabelo, por exemplo, alegou-se que fatos idênticos teriam sido considerados na dosimetria da pena dos dois crimes pelos quais os embargantes foram condenados – lavagem de dinheiro e gestão fraudu-

85. Por exemplo, na dosimetria da pena de Roberto Jefferson, em relação ao crime de lavagem de dinheiro: “Com efeito, os recursos, uma vez, lavados, puderam ser empregados em benefício próprio do acusado e para abastecer o caixa dois de campanhas eleitorais, o que materializa delito eleitoral” (f. 58.150).

86. PUPPE, Ingeborg. Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe. In: SEEBODE, Manfred (org.). *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11.07.1992*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1992. p. 451, 455 e 466.

lenta. Compare-se a análise do fator culpabilidade de um dos réus⁸⁷ na dosimetria desses dois delitos:

“A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que Vinicius Samarane, na qualidade de um dos principais dirigentes do Banco Rural S.A. à época, atuou, por exemplo, na não comunicação das operações de lavagem de dinheiro ao Banco Central. Não se pode ignorar, ainda, que os valores lavados eram significativamente elevados.” (f. 58.059, lavagem de dinheiro).

“A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que Vinicius Samarane, na qualidade de um dos principais dirigentes do Banco Rural S.A. à época, deixou, por exemplo, de apontar a desconformidade das operações de crédito em questão com as normas aplicáveis à espécie, especialmente as do Banco Central. Não se pode ignorar, ainda, que os valores dos empréstimos simulados eram significativamente elevados.” (f. 58.062, gestão fraudulenta de gestão financeira).

A alegação de *bis in idem* assim retorquiu o Min. relator:

“Em primeiro lugar, *apesar de elementar*, é importante ressaltar que só há *bis in idem* quando um mesmo fato for considerado mais de uma vez na dosimetria de *um mesmo crime*, não havendo que se falar em dupla valoração dos mesmos fatos quando se tratar de aplicação de pena para crimes diversos, praticados em concurso material. Não fosse assim, mesmo que o embargante praticasse (como, de fato, praticou) diversos crimes em sua vida, uma determinada circunstância negativa somente incidiria em um dos delitos, embora aplicável a todos, como ocorre no caso” (f. 64.517, destaque no original).

Em primeiro lugar, haveria de se investigar a hipótese de concurso aparente de normas, no caso, na forma da consunção⁸⁸. Neste ponto, deixo em aberto se de, de fato, dever-se-ia declarar a existência da consunção e excluir a imputação por lavagem de dinheiro, restando apenas a gestão fraudulenta. O que se pode, de qualquer maneira, afirmar é que a mesma conduta serviu para fundamentar o acréscimo de pena em dois tipos distintos (lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta). Portanto, a afirmação de que só haveria *bis in idem* quando um mesmo fato for considerado mais de uma vez na dosimetria de um mesmo crime não é tão elementar, como veementemente afirma o Min. relator. Reconhece-se, por exemplo, que a *ratio* (ou uma das) das regras do concurso formal de crimes e do concurso aparente de normas é evitar a dupla valoração do mesmo componente de injusto presente em

87. O texto é reproduzido é praticamente idêntico à mesma parte dosimetria dos outros dois réus citados (f. 58.041 e 58.044, Kátia Rabelo; f. 58.050 e 58.053, José Roberto Salgado).

88. Sobre isso, ver HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do concurso aparente de normas penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007. p. 147 e ss.

mais de um tipo penal.⁸⁹ Assim tem se posicionado o *Bundesgerichtshof*, o tribunal alemão equivalente ao nosso STJ: “é evidente que o réu só pode ser incriminado uma vez pelo injusto situado na zona de sobreposição de dois tipos”.⁹⁰ Em recente trabalho monográfico sobre o tema, afirmou Fandrich: “O concurso formal (*Idealkonkurrenz*) serve para evitar duplas valorações, que ocorreriam caso os mesmos aspectos do injusto fossem considerados na determinação da pena de mais de um delito, embora tenham existido uma única vez”.⁹¹

Na hipótese do “mensalão”, em que as condutas que caracterizaram a lavagem de dinheiro serviram para configurar, ao menos em parte, a gestão fraudulenta, afigura-se incorreto que estas mesmas condutas (os empréstimos simulados) sejam usadas para majorar a pena-base de ambos os delitos e que as penas sejam cumuladas pela regra do concurso material. No acórdão, chega-se a se reconhecer a hipótese de concurso formal, no entanto, sob a alegação da existência de desígnios autônomos, o Tribunal justifica o emprego do cúmulo material.⁹² Ca-

89. Cf. PUPPE, Ingeborg. Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. p. 160 e ss. Heidelberg: R. v. Decker, 1982; _____. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsges, 2013. t. I, antes do § 52, n. 3; JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlim: Walter de Gruyter, 1991. 31.ª Seção, n. 12 e ss.; FANDRICH, Alexander. Op. cit., p. 115 e ss., passim; HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von et al. *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*. 2. ed. München: C. H. Beck, 2012. t. II, antes do § 52, n. 16, 22-23; entre nós, também assim, HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Op. cit., p. 21 e ss. e Eugenio Pacelli de Oliveira, no prefácio ao livro de HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Idem, ibidem.

90. BGHSt 44, 196 (201).

91. FANDRICH, Alexander. Op. cit., p. 122; 137: “Die Idealkonkurrenz mit ihrem Absortionsprinzip dient also der Vermeidung von Doppelverwertungen, die dadurch entstehen würden, dass dieselben Unrechtsgesichtspunkte in der Strafzumessung mehrerer Delikte verwertet werden müssten, obwohl sie tatsächlich nur einmal vorliegen” (tradução livre).

92. “De qualquer forma, mesmo considerando apenas a simulação de empréstimos, ainda assim, não há que se falar em incompatibilidade entre o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira e o de lavagem de dinheiro, tendo em vista a regra do concurso formal. Com efeito, os réus, ao atuarem dolosamente na simulação de empréstimos formalmente contraídos com o Banco Rural, com manifesta infringência das normas que regem a matéria, incorreram tanto no crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, quanto no de lavagem de dinheiro, especialmente tendo em vista o fato de que, como visto, esses ilícitos decorrem de desígnios autônomos (art. 70, segunda parte, do CP).

Com efeito, os réus, ao atuarem dolosamente na simulação de empréstimos formalmente contraídos com o banco Rural, com manifesta infringência das normas que regem a matéria, incorreram tanto no crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, quanto no de lavagem de dinheiro, especialmente tendo em vista o fato de que, como visto, esses ilícitos decorrem de desígnios autônomos” (f. 54.191).

beria, portanto, agora adentrar na dogmática do concurso de crimes e discutir o conceito e a eventual existência de desígnios autônomos na prática desses dois delitos, pressuposto da regra do concurso formal impróprio (de duvidosa legitimidade). No entanto, no âmbito deste pequeno comentário de decisão, não posso empreender tal tarefa. De qualquer maneira, mesmo considerando-se correta a saída encontrada para a aplicação cumulativa das penas desses dois delitos – o concurso formal impróprio –, ela não tem o condão de fazer desaparecer a dupla valoração.⁹³ Logo, de duas, uma: ou se aplicou erroneamente a regra do concurso formal impróprio ou o concurso formal impróprio chancela uma dupla valoração no âmbito da determinação da pena. Deixo aqui em aberto esta questão, que merece ser investigada com cuidado em outro espaço e oportunidade. De todo o modo, creio que as considerações acima são suficientes para mostrar que o problema não é, de forma alguma, “elementar”, como afirmou o Min. Relator do acórdão em análise.

4. CONCLUSÃO

Em resumo, pode-se dizer que a APn 470/MG, no âmbito da aplicação da pena, reproduz problemas existentes na jurisprudência e, em parte, na ciência jurídico-penal brasileira. De forma concreta, problemático é o fato de que se enxerga a culpabilidade mencionada no art. 59 do CP apenas como mais uma circunstância judicial ao lado das demais mencionadas na norma. Ademais, apesar de fazer referência – ainda que não expressa – ao nível de participação no delito e ao grau de lesão ao bem jurídico, o STF não deixou de se servir da imprecisa fórmula da reprovabilidade da conduta. À parte dessa questão em torno do conceito de culpabilidade, verificou-se que, no âmbito da aplicação da pena, o acórdão apresenta problemas envolvendo a proibição de dupla valoração, erro comumente verificável na prática judicial. Tudo isso indica, a meu ver, que o ainda incipiente debate científico acerca da determinação judicial da pena tem de crescer e ganhar músculos, sob pena de os destinos dos réus, depois de confirmada a condenação, permanecerem eternamente dependentes do arbítrio judicial.

93. O que não impediria que o julgador reconhecesse o problema e procurasse evitar a dupla valoração. Neste sentido, HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Op. cit., p. 23: “Finalmente, a proibição da dupla consideração de um mesmo fato juridicamente relevante, ou de um mesmo aspecto do fato, não é dirigida ao legislador que, como demonstramos, peca ao estabelecer cláusulas de exclusão formal entre tipos de delito materialmente aparentados, mas ao intérprete e aplicador da lei que, mesmo dispondo de múltiplos fundamentos para punir um mesmo ilícito, não está autorizado a fazê-lo mais de uma vez, e sim obrigado a eleger o título que melhor traduza o desvalor desse ilícito e com fundamento no qual se lhe imponha a punição mais adequada”.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- ALBRECHT, Hans-Jörg. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität – Eine vergleichende und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*. Berlin: Dunker & Humblot, 1994.
- ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of criminal law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BITENCOURT, José Roberto. *Manual de direito penal. Parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 1.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BUSATO, Paulo. *Direito penal. Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva: 2013.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización de la pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez: *Direito penal. Parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- ERHARD, Christoph. *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld – Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie "Schuld"*. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1992.
- FANDRICH, Alexander. *Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen*. Driesen: Dr. H. H. Verlag, 2010.
- FLETCHER, George P. The recidivist premium. *Criminal Justice Ethics*. vol. 1. issue 2. p. 40-59. Oxford: Routledge, 1992.
- FRISCH, Wolfgang. Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, In: BRITZ, Guido et al. *Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 2001.
- _____. Einleitung – Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe. In: _____ et al. (Hrsg.). *Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.
- _____. Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung. In: _____ et al. (orgs.). *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- GRECO, Luis. Quanto vale a vida de um brasileiro? Um apelo à Comissão de Reforma do Código Penal. *Boletim IBCCrim*. n. 236. ano 20. p. 3-5. São Paulo: IBCCrim, 2012.

- _____. ; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 61 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal. Parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- HART, Herbert. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von et al. *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*. 2. ed. München: C. H. Beck, 2012.
- HETTINGER, Michael. *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB)*. Berlin: Dunker & Humblot, 1981.
- HORN, Eckhard et al. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7. ed. Frankfurt a.M.: Metzner Verlag, 2001. § 46.
- HÖRNLE, Tatjana. Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre. *Juristische Zeitung*. Berlin, 1999.
- _____. *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf: Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2013.
- _____. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Dunker & Humblot, 1999.
- HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.
- KAUFMANN, Artur. *Das Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. 2. ed. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1976.
- MEIER, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*. Berlin: Springer, 2011.
- NUCCI, Guilherme. O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no Caso Mensalão. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 221. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 31. p. 599-624. Logroño (La Rioja): Dialnet, 2008.
- _____. *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- PUPPE, Ingeborg. Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe. In: SEEBODE, Manfred (org.). *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11.07.1992*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1992.
- _____. Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. p. 143 e ss. 1982.
- _____. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 2. ed. Bristol: Göttingen Vandenhoeck & Ruprecht, 2011. Series: UTB.

- _____. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsges, 2013. t. I
- REALE JR., Miguel et al. *Penas e medidas de segurança no novo Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. München: C. H. Beck, 2006.
- _____. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 2006.
- SCHÄFER, Gerhard, et al. *Praxis der Strafzumessung*. München: C. H. Beck, 2012.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil. In: _____ (org.). *Strafrechtssystem und Betrug*. Herbolzheim: Centaurus Verlag, 2002.
- _____. Plädoyer für eine Neue Theorie der Strafzumessung. In: ESER, Albin. et al (Hrgs.). *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987.
- SEEBALD, Rudolf. Das mißverstandene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. p. 230-236. Heidelberg: R. v. Decker, 1975.
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Revista para el Análisis del Derecho – InDret*. n. 2. p. 8 e ss. Barcelona: Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra, 2007. Disponível em: [www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78588/102664].
- SMITH, John; HOGAN, Brian. *Criminal law*. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 104. p. 53. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de repressão: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan: 2011.
- VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovanna Tavares de. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Berlin: Konrad, Adenauer, Stiftung e. V., 2008.
- VON HIRSCH, Andrew. Begründung und Bestimmung "tatproportionaler Strafen". In: FRISCH; Wolfgang et al (Hrgs.). *Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.
- _____; JAREBORG, Nils. *Proportionate sentencing*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O direito brasileiro atravessado pelo julgamento do mensalão: do "livre convencimento" aos dilemas da continuidade do positivismo, de Lenio Luiz Streck – *RT 933/297* (DTR\2013\3785);
- O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no caso mensalão, de Guilherme de Souza Nucci – *RT 933/221* (DTR\2013\3784);
- Os crimes econômicos na APn 470/MG: dificuldades e desafios, de Luciano Anderson de Souza – *RT 933/317* (DTR\2013\3786);
- Possibilidade de condenação do Brasil perante a corte interamericana de direitos humanos por desrespeito à regra do duplo grau de jurisdição, de Valério de Oliveira Mazzuoli – *RT 933/455* (DTR\2013\3793);
- Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública, de Antonio do Passo Cabral – *RT 933/131* (DTR\2013\3779); e
- Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG, de Alamiro Velludo Salvador Netto – *RT 933/47* (DTR\2013\3795).

64882

DOMÍNIO DO FATO, DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE PENAL POR FATOS DE TERCEIROS SOBRE OS CONCEITOS DE AUTOR E PARTÍCIPE NA APn 470 DO STF

*CONTROL OVER THE PERPETRATION, ORGANIZATIONAL CONTROLE AND THE CRIMINAL
LIABILITY BY ACTS COMMITTED BY THIRD PARTIES. ABOUT THE CONCEPTS
OF PERPETRATOR AND ACCOMPLICE IN THE JUDGEMENT OF CRIMINAL
CASE N. 470 BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT*

ALAOR LEITE

Mestre e doutorando na Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique, Alemanha.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo analisa a decisão do STF sobre o chamado caso "Mensalão" (APn 470/STF), com especial foco nas questões de autoria e participação e na utilização da chamada teoria do domínio do fato.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso de pessoas (art. 29, 30 e 31 do Código Penal) – Distinção entre autoria e participação – Teoria do domínio do fato – APn 470/STF.

ABSTRACT: The purpose of the paper is to discuss the judicial decision of the Brazilian Supreme Court. The paper deals with the problems of the subjects of the crime.

KEYWORDS: Subjects of the crime – Theory of the perpetration – Control over the perpetration ("Tatherrschaftslehre") – APn 470/STF.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Efeitos jurídicos e fáticos da decisão e algumas dificuldades ligadas ao modo de decidir do Supremo Tribunal Federal: vinculação ao precedente? – 3. Autoria e participação na decisão da APn 470: a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato: 3.1 Breve cronologia da utilização do termo domínio do fato na APn 470; 3.2 Compatibilidade da teoria do domínio do fato com o art. 29, *caput*, do CP; 3.3 Confusão entre domínio do fato e domínio da organização; 3.4 Domínio do fato, posição de comando e responsabilidade do superior por fato de terceiros; 3.5 Conclusão provisória: a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato – 4. Outros problemas de autoria e participação: delitos de dever ("delitos especiais") e domínio funcional do fato (coautoria): 4.1 Domínio do fato, delitos de dever e peculato (art. 312 do CP); 4.2 Coautoria e domínio funcional do fato – 5. Domínio do fato e presunção de inocência: teoria processual? – 6. Conclusão a respeito da autoria e da participação na APn 470: domínio do fato como *paráfrase* e o *domínio da posição* – 7. Depois da APn 470: aspectos fundamentais da distinção entre autor e partícipe no direito penal e a lição da APn 470 – 8. Conclusão geral.

1. INTRODUÇÃO

No presente estudo, quero me debruçar sobre os conceitos de autor e partícipe no direito penal desde uma perspectiva, por assim dizer, indutiva.¹ Partirei do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal na APn 470 e, num segundo momento, avaliarei a correção das afirmações feitas no acórdão em busca de considerações generalizáveis, isto é, aplicáveis a outros casos. Não enunciarei, assim, os conceitos de autor e de partícipe que considero corretos, nem, tampouco, avaliarei a correção das condenações,² mas me limitarei a exercer o papel de crítica às decisões judiciais que cabe à ciência jurídica.³ Esse papel reveste-se de maior importância quando a decisão emana da mais alta Corte do país, em sessão plenária, e o que se quer é fazer uma espécie de análise do discurso contido na decisão, ou seja, avaliar se das premissas teóricas lançadas pelo STF poderiam decorrer as conclusões retiradas. Nada mais, mas também nada menos do que isso.

Estruturarei meus comentários à decisão em *cinco grandes grupos de considerações*. Em primeiro lugar, realizarei algumas considerações sobre os possíveis efeitos fáticos e jurídicos dessa decisão para a jurisprudência futura (2.). Após, indicarei os contextos em que os aspectos da autoria e participação surgiram na decisão, com especial foco na suposta adoção da chamada *teoria do domínio do fato*, em busca da

1. Em outro estudo, Luís Greco e eu cuidamos dos aspectos gerais ligados ao surgimento e ao desenvolvimento da teoria do domínio do fato, indicando as suas verdadeiras bases e resguardando o leitor de alguns dos equívocos mais comumente cometidos. Remeto o leitor a esse estudo mais geral: GRECO; LEITE, O que é e o que não é a teoria do domínio do fato, RT 933, 2013, p. 61 e ss. Manifestamo-nos de forma concisa também em GRECO; LEITE, Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato. Tendências/Debates, *Jornal Folha de São Paulo*, 13/10/2013, acessível em: [www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/10/1358310-luis-greco-e-alao-leite-fatos-e-mitos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato.shtml]. Sobre o desenvolvimento específico da concepção de Roxin em GRECO; LEITE, Claus Roxin, 80 anos, *Revista Liberdades* 7 (2011), p. 97 e ss., p. 101 e ss. Todo o desenvolvimento da teoria do domínio do fato, bem como as discussões com as concepções divergentes encontram-se na fonte clássica da teoria: ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed. Hamburg: DeGruyter, 1963; 8. ed. Berlin: DeGruyter, 2006; trad. espanhola da 7. ed., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.
2. O que exigiria um amplo domínio de todo o material processual, algo que apenas os ministros, advogados dos acusados, os próprios acusados e os membros da acusação possuem. Qualquer *extraneus* que emita a sua opinião sobre a correção material da decisão, ou seja, sobre a inocência ou culpa dos réus, é, no mínimo, leviano. A minha base indutiva é a decisão publicada e acessível a todos.
3. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. ed., Berlin, 1976, p. 39: função de vigilância das decisões judiciais; SCHÜNEMANN, *Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert*, FS-Herzberg, 2008, p. 39 e ss.: ciência jurídica como o “quarto poder”. Ver também V. AFONSO DA SILVA; WANG, Quem sou eu para discordar de um ministro do STF?, *Revista Direito GV* 11, 2010, p. 95 e ss.

verdadeira razão para que o julgamento invocasse a teoria (3.). Respondida essa indagação, é preciso observar outros aspectos ligados à autoria e à participação presentes no acórdão, além de estudar uma eventual utilização processual da teoria do domínio do fato (4., 5.). Enunciadas as conclusões a respeito da decisão na APn 470, deve-se buscar um olhar prospectivo, com vistas às lições que devemos retirar e ao futuro das discussões em torno da autoria e da participação no Brasil (6., 7.).

2. EFEITOS JURÍDICOS E FÁTICOS DA DECISÃO E ALGUMAS DIFICULDADES LIGADAS AO MODO DE DECIDIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: VINCULAÇÃO AO PRECEDENTE?

"O que me preocupa, Senhor Presidente, eminente Decano, é exatamente a banalização dessa teoria. Como é que os quatorze mil juízes brasileiros vão aplicar essa teoria, se esta Suprema Corte não fixar parâmetros bem precisos? É um pouco como disse o Pedro Aleixo naquele episódio famoso, quando Costa e Silva baixou o Ato Institucional 5. Ele disse: eu não estou preocupado com o uso que Vossa Excelência fará dele com suas honradas mãos, mas estou preocupado com o guarda da esquina. É isto que nós precisamos assentar com muita clareza: quando é que essa teoria pode e deve ser utilizada?"

(Min. Ricardo Lewandowski, f. 56816 e ss.).

A APn 470, vulgarizada sob a rubrica de "Mensalão", trouxe para si uma atenção provavelmente sem par em nossa história recente. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, diversamente de o que ocorre com outras Cortes Constitucionais,⁴ é competente para julgar, em razão do foro por prerrogativa de função, em única e última instância ações penais (art. 102, I, c, da CF/1988).⁵ À famosa frase de Nelson Hungria, segundo a qual ao STF cabe o privilégio de "errar por último"⁶ deve-se acrescentar que, em ação penal originária, o STF, caso erre, não errará apenas deradeira, mas também originária e definitivamente. Em geral, toda decisão do STF, por si só, deve ser objeto de máxima atenção da ciência. Afinal, diz a última palavra

4. Como é o caso da Corte Suprema alemã (o *Bundesverfassungsgericht*, abreviação BVerfG), que não julga ações penais originárias e que costuma repetir que não pode ser transformado em uma "super instância de revisão" (minha tradução aproximada do termo *Superrevisioninstanz*). Ver a esse respeito do BVerfG DEGENHART, Staatsrecht I, 25. ed., Heidelberg, 2009, p. 299 e ss.

5. PACELLI, *Curso de processo penal*, 15. ed., Rio de Janeiro, p. 207 e ss., p. 211 e ss.

6. Assim a multicitada frase de Hungria. A ela faz referência, por exemplo, Heleno Fragoso, citado em texto de Nilo Batista, disponível em: [www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigosshomenagem/arquivo4.pdf]. Não quero, na presente sede, entrar na complicada pergunta sobre a "última palavra", especialmente porque não estamos diante de uma questão constitucional. Sobre essa discussão é fundamental ler a tese doutoral de HÜBNER MENDES, *Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação*, Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2008.

a respeito da interpretação das mais relevantes questões constitucionais em nosso país. Um jurista estrangeiro talvez imaginasse tratar-se, no caso da APn 470, de uma relevante questão constitucional, e estou certo de que não esconderia a surpresa ao descobrir que o objeto de discussão era a prática de fatos criminosos, tais como os crimes violentos que ocorrem diariamente, mas que não encontram indignada acolhida nos meios de comunicação. Dessa vez, no entanto, os autores eram da classe dominante, no sentido econômico e político da expressão. Justamente em razão do alto grau do tribunal do qual emana a decisão é que se pode pensar que a decisão da APn 470 pode se tornar em um *precedente*⁷ em matéria de autoria e participação no direito penal. Essa impressão é, no entanto, equívoca.

O mais alto grau da Corte não afasta a consideração de que, nesse caso, o STF atuou como atua o juiz da primeira instância, que deve receber a denúncia (nos termos dos arts. 41, 395 e 396, do CPP; art. 6.º da Lei 8.038/1990; art. 234 e 235 do RISTF), presidir a produção probatória (art. 155 do CPP) e decidir pela absolvição ou pela condenação dos acusados (arts. 381, 386 e 387, do CPP).⁸ Em outras palavras, não se tratou de decidir apenas uma “questão de direito” – muito menos uma de teor constitucional –, mas também “questão de fato”.⁹ As “questões de direito” – como é exemplo o recurso à teoria do domínio do fato –, que surgiram ao longo do desenrolar processual e que foram objeto da decisão, são oriundas da necessidade de decidir os fatos objetos do processo, mas não da necessidade de decidir de forma geral a respeito da interpretação do direito em nosso país, muito menos de uma questão constitucional.

O que torna pensável qualquer referência à vinculação a precedentes é a *função* atribuída à decisão judicial, e não apenas à graduação do tribunal: faz todo o sentido cogitar uma vinculação a precedentes¹⁰ quando o precedente decorre, no âmbito

7. Precedente em sentido mais estrito, como uma decisão judicial qualificada, capaz de vincular jurífrica ou faticamente os tribunais e juízes de instâncias inferiores.

8. Os problemas estruturais ligados às ações penais originárias não podem ser tratados nessa sede. No entanto, ao observar a forma como se deu a determinação judicial da pena, percebe-se a relativa inaptidão do STF nessa matéria. Sobre esse aspecto ver o estudo de Adriano Teixeira, neste volume.

9. Ver a seguinte passagem do voto do Min. Celso de Mello, fl. 56811: “Ressalto, Senhor Presidente, por isso mesmo, a importância deste julgamento, eis que, nele, estamos a proceder a ampla reflexão e análise em torno de indagação relevante imposta pelo exame da compatibilidade, ou não, da teoria do domínio do fato – que não constitui uma teoria de exceção (como erroneamente sustentado por alguns) – com o modelo e a disciplina que o Código Penal brasileiro estabeleceu em tema de concurso de pessoas e respectivo tratamento jurídico”. Nesse trecho do voto há uma digressão histórica relativamente longa a respeito da teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre “questões de fato” e “questões de direito” ver o estudo detalhado de SCHÜNEMANN, Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober – und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht, FS-Arthur Kaufmann, 1993, p. 299 e ss.

10. Não estou propondo tal vinculação, apenas cogitando a sua possibilidade.

do STF, de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de dispositivo de lei em controle concentrado (art. 102, § 2.º, da CF/1988), ou ainda quando há, a respeito da matéria, súmula vinculante (art. 103-A da CF/1988; art. 354-A e ss. do RISTF). Do ponto de vista fático, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, que resolvem divergências entre tribunais na interpretação do direito federal, podem adquirir *status* de precedentes, na medida em que a decisão serve, justamente, à uniformização da interpretação do direito (art. 105, III, c, da CF/1988).¹¹ Falar de vinculação a precedente diante de uma decisão em ação penal originária é, ao contrário, fora de lugar, na medida em que não é apenas a graduação da instância decisória que decide a respeito de uma possível vinculação jurídica das instâncias inferiores.

De outro lado, não há como negar uma *força normativa do fático*¹² que emergirá dessa decisão. Ainda que ausente uma força jurídica vinculante em decisões de ação penal originária, é inegável que a decisão do STF na APn 470 já serve de modelo a todos os órgãos do sistema de justiça. Delegados de polícia, membros do Ministério Público, juízes, tribunais, advogados, já guiam suas atuações com base no que foi decidido pelo STF, embora nem sempre com referência expressa à APn 470. Se não há no sistema jurídico brasileiro vinculação jurídica ao precedente, há, sem dúvida, vinculação fática.¹³ Algo deve, desde logo, ficar claro. A mera referência a “precedentes” não pode ser fundamentação suficiente da decisão. No entanto, como denunciava Sauer já na década de 40 do século passado na Alemanha, “contra essa regra elementar tem-se agido recorrentemente”.¹⁴ Esse diagnóstico retém vigência, provavelmente com maior força, entre nós, já que a referência a uma decisão anterior, tomada por um tribunal, pelo mesmo tribunal ou por tribunal de instância

-
11. Sobre os procedimentos de resolução de divergência no direito alemão e os seus efeitos nas instâncias inferiores, ver os estudos de SCHRÖDER, *Der tragende Rechtsgrund einer Entscheidung*, MDR 1960, p. 809 e ss.; KUHLEN, *Die Abweichung einer Entscheidung von einer anderen und die Betrachtung des Einzelfalles*, JA, 1986, p. 589 e ss.; SCHROTH, *Der Ausgleich divergierender obergerichtlicher Entscheidungen*, JR, 1990, p. 93 e ss.
 12. Expressão consagrada por JELLINECK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. ed. (sétima reimpressão), Darmstadt, 1960, p. 337 e ss., utilizada, evidentemente, em outro contexto.
 13. Ver a manifestação do Min. Ricardo Lewandowski, na fl. 56817 e ss.: “Então é isso, eminente Decano, sem querer divergir de Vossa Excelência, quero apenas expressar essa minha preocupação, que foi a preocupação do próprio Claus Roxin, porque, se essa teoria for aplicada sem nenhum temperamento, amanhã, por exemplo, o presidente da Petrobrás poderá ser responsabilizado por um vazamento numa plataforma de petróleo, porque teoricamente ele tinha o Domínio do Fato; ou um chefe de redação ser responsabilizado por um artigo, que algum jornalista publique, ofensivo a algum cidadão; e assim por diante, os exemplos seriam múltiplos. Então é muito importante, eminente Decano, eu quero expressar, mais uma vez, a minha preocupação com relação à possível banalização dessa teoria e a aplicação que será feita não apenas pelos juízes brasileiros, mas também, por membros do Ministério Público”.
 14. SAUER, *Juristische Methodik*, Stuttgart, 1940, p. 405.

superior, possui o *status* de desincumbência argumentativa.¹⁵ Não há outra explicação, a não ser a existência de uma vinculação fática, para o termo domínio do fato, um vigoroso quinquagenário,¹⁶ ter ingressado com ares de novidade no vocabulário jurídico nacional. Embora também inexista vinculação em relação aos próprios precedentes,¹⁷ o próprio STF, na APn 481, de relatoria do Min. Luiz Fux, utilizou a expressão teoria do domínio do fato, muito embora não tenha, efetivamente, aplicado a teoria tal como ela foi concebida. Neste último caso, estava em questão o crime de corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), e a discussão era se a determinado acusado poderia ser imputado o crime ainda que o acusado não tivesse feito “abordagens pessoais” solicitando votos em troca de “cirurgias de esterilização”. A teoria do domínio do fato estaria em condições de explicar a razão pela qual, apesar de não ter praticado o delito com as próprias mãos, o acusado seria autor do delito (Min. Luiz Fux, f. 144 e ss. da APn 481). Em razão disso é que surge o interesse científico na decisão. Bem vistas as coisas, não se deve nem sobrevalorizar a importância histórica desse julgamento atípico para uma Corte Constitucional,¹⁸ nem subvalorizar o fato de que as categorias jurídicas mencionadas no julgamento balizarão a atuação de todos os órgãos do sistema de justiça criminal.

Essa análise científica encontra, no entanto, dificuldades ao lidar com um aspecto ligado ao *modo de decidir de nosso STF*: cada ministro lavra e publica o seu próprio voto. Essa peculiaridade do modo de decidir dificulta enormemente a busca e a exposição da posição unitária de nossa Corte.¹⁹ Afinal, os votos individuais não são generalizáveis e atribuíveis ao STF. Não ocorre aqui, em analogia oportuna, uma espécie de imputação recíproca tal como ocorre na coautoria no direito

15. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 243 e ss., p. 258 e ss.

16. GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss.

17. Sobre o casos de *overruling* ver KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 286 e ss.; DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, Cambridge, 2008, p. 116 e ss., p. 129 e ss.; CROSS; HARRIS, *Precedent in English Law*, 4. ed., Oxford, 1991, p. 97 e ss., p. 125 e ss.

18. A razão de tanto interesse é mais política, e menos jurídica. O jurista que considerar a decisão da AP 470, desde um ponto de vista jurídico, como “a maior decisão da história republicana” do Brasil, estará incorrendo em erro de avaliação a respeito do papel das Cortes Constitucionais. Ver a interessante entrevista de Virgílio Afonso da Silva para o Jornal Folha de São Paulo, publicada no dia 22.09.2013, acessível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1345666-nao-faz-sentido-em-falar-em-pizza-do-mensalao-diz-constitucionalista-da-usp.shtml] (acessada em: 19.12.2013).

19. Sobre essa dificuldade em relação ao problema da perda de mandato de deputados federais por decisão transitada em julgado ver o interessante NEISSER, A Constituição que se tem e a Constituição que se quer: a perda de mandato de deputados federais por decisão transitada em julgado, RT 933 (2013), p. 167 e ss. Também Badaró indica que não será fácil, “futuramente, invocar esse julgado como precedente para outras decisões”: BADARÓ, O alibi do acusado e o in dubio pro reo no acórdão da APn 470/MG, RT 933 (2013), p. 251 e ss., p. 252.

penal,²⁰ em que os comportamentos de uns são atribuídos aos outros, nascendo uma espécie de comportamento conjunto. É exatamente essa dificuldade que me obrigará, a todo momento, a referir o ministro a quem deve ser atribuída a ideia criticada, de forma que este estudo tentará, entre outras coisas, facilitar a vida de um segundo pesquisador que queira debruçar-se sobre essa decisão.²¹ Não é preciso ir muito longe para perceber que esse processo de fragmentação das *rationes decidendi* dificulta sobremaneira não apenas a análise científica da decisão, mas também a adoção do posicionamento do STF por parte dos tribunais e juízes do país. É preciso vasculhar, em garimpo pelo emaranhado sem fim das 8.000 páginas da decisão, as verdadeiras razões de decidir, em contraposição aos sem número de *obiter dicta*, entre votos, manifestações orais e intervenções no voto alheio. Um empreendimento hercúleo, mas indispensável, pois mesmo onde há vinculação a precedentes, sabe-se bem que apenas a *ratio decidendi* possui efeitos vinculantes.²² É difícil, quando não impossível, enunciar a *posição do STF*, por exemplo, sobre a teoria do domínio do fato, o que traz como consequência a impossibilidade de tribunais e juízes recorrerem à posição do STF como espécie de desincumbência argumentativa na fundamentação de suas decisões.²³ *Simplesmente, não há uma posição unitária do STF a respeito da teoria do domínio do fato.*²⁴ Há manifestações es-

20. Sobre essa figura ver GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 75 e a sequência do texto (abaixo, IV. 2.)

21. A isso se devem as citações *ipsis literis* de trechos da decisão, com a referência das folhas da passagem.

22. Sobre a força vinculante das *rationes decidendi* ver KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 282 e ss.; CROSS; HARRIS, *Precedent in English Law*, 39 e ss.; DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, p. 58 e ss., p. 67 e ss.; SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, Berlin/New York, 1986, p. 104 e ss., p. 116 e ss.; SCHLÜTER, *Das Obiter Dictum*, München, 1973, p. 77 e ss.; LILIE, *Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen*, Köln, 1993, p. 7 e ss., p. 65 e ss., p. 225 e ss.

23. Sobre o “precedente como argumento” ver HASSEMER in: KAUFMANN; HASSEMER; NEUMANN (orgs.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. ed., 2011, p. 263 e ss.; PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2. ed., 2011, p. 17.

24. Mesmo no interior do mesmo voto há imprecisões. No voto da Min. Rosa Weber surge, de repente, a afirmação de que o art. 29, CP, adota a teoria monista, ou seja, não distingue entre autor e partícipe (fl. 52775). Logo depois, a mesma Min. Rosa Weber inicia a exposição da teoria do domínio do fato, que é uma teoria destinada exatamente a distinguir autor de partícipe (fl. 52776). É digno de leitura o conciso e preciso artigo de V. AFONSO DA SILVA; HÜBNER MENDES, Entre a transparência e o populismo judicial, i *Tendências/Debates, Jornal Folha de São Paulo*, 11.05.2009, disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm] (acessado em: 08.01.2014): “Com maior frequência, o que se pode identificar nesse emaranhado de decisões, disponíveis às vezes quase em tempo real, é tão-somente a soma de 11 decisões individuais, que não têm a menor pretensão de construir uma posição institucional consistente. Ainda que a dissidência interna possa ser saudável, ela não pode implicar uma falta de compromisso com uma posição institucional.”

parsas, nas quais tentarei buscar considerações generalizáveis. Falar em vinculação ao precedente nesse contexto é, assim, completamente descabido.

3. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NA DECISÃO DA APn 470: A VERDADEIRA RAZÃO PARA O RECURSO À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Muito já se disse a respeito dos supostos equívocos em relação à aplicação da teoria do domínio do fato.²⁵ A oportunidade, agora, é de provar que essa preocupante afirmação possui a sua razão de ser. Tentarei, assim, identificar os *contextos de utilização da teoria do domínio do fato*, a fim de identificar e avaliar os aspectos ligados à autoria e à participação na decisão da APn 470, apontando concretamente os trechos da decisão que guardam relevância desde o ponto de vista da dogmática da autoria e da participação. Será preciso, embora nem sempre possível, identificar o delito em questão e a ação ou omissão que se quer imputar ao acusado, para que se esteja em condições de avançar critérios mais gerais sobre como os ministros do STF compreendem nosso art. 29, *caput*, do CP, e os conceitos de autor e de partícipe no direito penal. A partir dessa análise será possível determinar as razões que conduziram os ministros a invocar a teoria do domínio do fato, e o sentido de sua utilização precisamente na APn 470. Desde logo é preciso dizer: não há um posicionamento uniforme, mas sim uma amálgama de considerações gerais, por vezes mesmo desgarradas do caso concreto, sobre autoria e participação e, em especial, sobre a teoria do domínio do fato. Apenas ao final da análise do discurso do STF é que estarei em condições, assim, de identificar o que considero ser o real conteúdo da teoria nas manifestações de alguns ministros. Posso adiantar que esse conteúdo não guarda correspondência com a forma como a ciência jurídica compreende a teoria do domínio do fato.²⁶

3.1 Breve cronologia da utilização do termo domínio do fato na APn 470

A primeira utilização do termo “domínio do fato” parece ter ocorrido no capítulo VI (trecho relativo ao delito de corrupção ativa – art. 333 do CP) da decisão que recebeu a denúncia, conforme consta da ementa da decisão que recebeu a denúncia, transcrita na decisão da APn 470 (fl. 55.097).²⁷ Nessa oportunidade, foi dito que o “núcleo político partidário” teria “interesse na compra de apoio político”

25. Ver nota de rodapé n. 1. Ver também BOTTINI, Aplicação da teoria do domínio dos fatos na AP 470, in: *Conjur*, 13.07.2013, acessível em: [www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470] (acessado em: 19.12.2013).

26. Para uma exposição vide DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona: PPU, 1991, p. 545 e ss.; em língua portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, 2. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2007, t. I, p. 765 e ss.

27. “Capítulo VI da denúncia. Corrupção ativa. Ato de ofício. Voto dos parlamentares. Tipicidade, em tese, das condutas. Complexidade dos fatos. Individualização suficiente ao exer-

(fl. 55.097), indicando uma linguagem compatível com a chamada *teoria subjetiva* da distinção entre autor e partícipe, segundo a qual autor é aquele que quer o fato como seu, possui interesse próprio (*animus auctori*) no fato etc.²⁸ Em verdade, a teoria do domínio do fato surgiu exatamente para superar os *déficits* da teoria subjetiva da autoria e da participação, reinante àquele tempo na jurisprudência alemã.²⁹ A conjugação dessas duas teorias indica uma falta de clareza em relação aos critérios que servem para diferenciar autor de partícipe.³⁰ O requisito, todavia, do “interesse próprio no fato” não surge com tanto peso nos posteriores votos dos ministros, e possui, no máximo, *status* de argumento adicional.

O termo “domínio do fato” surge novamente na manifestação oral da Procuradoria Geral da República na fase de alegações finais.³¹ Como se sabe, vários dos ministros recorreram a esse termo no momento de fundamentar as suas decisões em relação a vários crimes (gestão fraudulenta de instituição financeira,³² lavagem de dinheiro,³³ quadrilha,³⁴ mas especialmente corrupção ativa³⁵), conforme indicarei a seguir. Como não há uma posição unívoca (acima 2), indicarei os contextos de utilização da chamada teoria do domínio do fato.

3.2 Compatibilidade da teoria do domínio do fato com o art. 29, caput, do CP

Os votos que fazem referência à teoria do domínio do fato cuidaram, corretamente, de problematizar a compatibilidade entre nosso art. 29, *caput*, do CP, e a referida teoria. Afinal, uma leitura inicial de nossos dispositivos legais indica que

cício do direito de defesa. Concurso de vários agentes. Teoria do domínio do fato. Divisão de tarefas. Obediência ao art. 41 do CPP. Existência de justa causa. denúncia recebida.”

28. Sobre essa teoria ver GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 66 e ss.

29. ROXIN, Strafrecht, AT II, München, 2003, § 25, nm. 22 e ss.; GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 66 e ss.

30. Também a ciência alemã reprova a adoção pela jurisprudência de uma “teoria normativa da combinação”, que mistura uma série de critérios (GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 67).

31. A manifestação do Procurador Geral encontra-se disponível no canal do STF no YouTube: [www.youtube.com/watch?v=h1tukT271Ko] (acessado em: 19.12.2013).

32. Ver o voto da Min. Rosa Weber, fl. 52775 e ss.

33. Sobre a interpretação do tipo penal de lavagem de dinheiro na APn 470/STF ver BOTTINI, Lavagem de dinheiro na APn 470/MG, RT 933 (2013) p. 383 e ss.

34. O Min. Luiz Fux, por exemplo, absolve o acusado Antônio Lamas do crime de quadrilha, já que não estaria provado que ele “detinha o domínio final da ação delituosa” (fl. 55698).

35. Como no voto do Min. Ricardo Lewandowski, fl. 56488 e ss. Sobre a interpretação do delito de corrupção na APn 470/STF ver os estudos de SALVADOR NETTO, Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG, RT 933 (2013) p. 47 e ss.; Gustavo Quandt, neste volume.

nosso Código, diferentemente de outros,³⁶ não obriga a distinguir entre autor e partícipe, e a pergunta fundamental é exatamente pelas razões, então, da utilização da teoria. Essa problematização por parte do STF é bastante razoável, mas não no sentido de que seria possível enxergar uma total e intransponível incompatibilidade. A problematização real deveria ser no sentido de que o recurso a uma teoria, cuja função dogmática é a de distinguir entre autor e partícipe e não a de fundamentar a punição de algum acusado, parece ser desnecessário diante de uma redação que, como a do art. 29, *caput*, do CP, entende que “aquele que de todo modo concorre para o crime incorrerá nas penas a ele cominadas”.

Não há redação mais ampla do que a do nosso art. 29, *caput*, do CP. Diante de um Código que à primeira vista sequer distingue autor de partícipe, uma teoria que se proponha a esse fim pode apenas operar como *limitadora*, e não como *fundamentadora* de punibilidade. Caso o recurso à teoria tenha servido para fundamentar a punibilidade de algum acusado, terá ocorrido uma malversação do propósito a que se presta a teoria do domínio do fato. Outro aspecto digno de nota é a consideração, presente em alguns votos, de que a diferença fundamental entre autoria e participação só se revelaria na dosimetria da pena, em outras palavras, que a distinção entre autor e partícipe é uma questão de *merecimento de pena*.³⁷ Essa consideração é equivocada caso se parta da teoria do domínio do fato, e parece ter sido induzida pela redação do art. 29, *caput*, do CP, em cuja redação ingressou, na reforma da parte geral em 1984, a expressão “na medida de sua culpabilidade”.³⁸

Os dois problemas apontados se revelam na seguinte passagem do voto do Min. Celso de Mello, que, a despeito desses pontos problemáticos, realizou uma digressão bastante detalhada a respeito dos primórdios da teoria do domínio do fato: “Há que se destacar, ainda, por necessário, que a adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, da teoria do domínio do fato. Na realidade, uma teoria não exclui a outra, pois o reconhecimento de uma ou de outra apenas poderá influenciar no ‘quantum’ a ser definido na operação de dosimetria penal, nos termos do art. 29 do CP”³⁹ (f. 56.811).

36. Como o alemão; informações e transcrições dos dispositivos em GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 65 e s.

37. Roxin afirma com todas as letras que o conceito de autor é “indiferente em relação à culpabilidade” e também não é mera questão de merecimento de pena ou determinação judicial da pena, sendo antes uma categoria relacionada ao tipo, ROXIN, *Täterschaft*, p. 330 e s. Ver o estudo de Adriano Teixeira, neste volume.

38. Adriano Teixeira, neste volume.

39. E continua: “Nessa perspectiva, a teoria do domínio do fato – plenamente compatível com situações de normalidade institucional (não constitui teoria *ad hoc* nem de exceção) – não ofende o ordenamento brasileiro, eis que, além de se revelar compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu em tema e no tratamento jurídico do concurso de

Também na manifestação da Min. Rosa Weber é possível identificar os mesmos problemas (f. 56.841): “Refleti muito sobre a teoria do domínio do fato e me sinto muito confortável, porque, com todo respeito às compreensões contrárias, acredito que, ontem, o Min. Gilmar Mendes – se bem me recordo – ainda tenha lembrado a própria dicção do art. 29 do CP, em sua literalidade, que nos leva – e, pelo menos, como digo, na minha visão e respeitando as compreensões contrárias – a um entendimento de que é plenamente consentânea com o nosso direito posto, a teoria do domínio do fato, quando diz na literalidade, se me permite: ‘Art. 29. Quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas,’ – claro – ‘na medida de sua culpabilidade’. O que, depois, vai se refletir na dosimetria da pena”.

A passagem do voto do Min. Gilmar Mendes à qual se refere a Min. Rosa Weber denota exatamente o que foi dito acima, ou seja, que a adoção da teoria do domínio do fato como tese para fundamentação da responsabilidade, e não para a distinção entre autor e partícipe, além de errada, é desnecessária diante de nosso art. 29, *caput*, do CP: “Portanto, Sr. Presidente, a solução do caso não reclama grandes construções teóricas, na verdade, à luz do princípio da legalidade, a resposta está no art. 29 do CP ‘quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade’” (Min. Gilmar Mendes, f. 56.772). Nesse sentido parece ser também a manifestação do Min. Ricardo Lewandowski, em debate oral com a Min. Rosa Weber: “Eu concordo plenamente, quer dizer, eu também adoto, no meu cotidiano de magistrado, o art. 29, que diz respeito ao conluio de pessoas que cometem determinados crimes. Mas é que, se bastasse o art. 29, não haveria a necessidade de invocação dessa Teoria do Domínio do Fato ou Domínio Funcional do Fato” (f. 56.841 e ss.). Apesar de todas as manifestações a respeito da compatibilidade da teoria do domínio do fato com o art. 29, *caput*, do CP, a pergunta fundamental a respeito das razões de sua utilização persiste, como parece ter percebido, corretamente, o Min. Gilmar Mendes. Afinal, a utilização da teoria do domínio do fato, tal como construída pela ciência, seria em princípio desnecessária.

A teoria do domínio do fato é uma teoria *diferenciadora* e *restritiva* do conceito de autor. Ela é *diferenciadora*, pois crê ser necessária a distinção, já no plano do tipo, de níveis de intervenção no delito, ou seja, entre autor (imediato e mediato, além da coautoria) e partícipe (instigador e cúmplice). Ela é *restritiva*, pois entende que apenas o autor do delito é que viola a norma de conduta inscrita na parte especial do Código, e a punição da participação seria produto de uma norma extensiva da punibilidade. O conceito restritivo de autor é contraposto ao conceito *extensivo*, que entende que autores e partícipes violam a norma de conduta contida na parte especial, e que a menor punição da participação é uma decisão do legislador por

restringir a punição do partícipe.⁴⁰ A teoria diferenciadora é contraposta à teoria *unitária*, que sequer distingue entre autor e partícipe. A busca por critérios distintivos entre autor e partícipe é louvável e representa um esforço dogmático permitido pela redação de nosso art. 29, *caput*, do CP, mas não se pode utilizar a teoria do domínio do fato, de nenhuma forma e em linguagem bastante clara, para transformar o que seria absolvição em condenação. Caso tenha sido essa a intenção do STF, ocorreu, como já foi dito, uma malversação da teoria.

Que uma teoria diferenciadora, que parte de um conceito restritivo de autor, como a teoria do domínio do fato, é compatível com o art. 29, *caput*, do CP, parece indubitável.⁴¹ Uma distinção entre autor e partícipe não é nem proscrita e nem obrigatoriamente comandada por nosso Código – tal seria o caso, se nossos dispositivos contivessem definições de autor e partícipe, como ocorre no CP alemão.⁴² Há, é verdade, uma longa discussão sobre a vigência do princípio da legalidade em relação à parte geral do direito penal. Alguns autores defendem que o princípio da legalidade ou simplesmente não vale ou vale de modo menos intenso na parte geral,⁴³ de modo que haveria grande espaço para a criação jurisprudencial das categorias da parte geral, até o ponto em que essas categorias atingissem o *status* de direito costumeiro.⁴⁴ Não é preciso seguir nessa interessante discussão. O fato é que o art. 29, *caput*, do CP, não inviabiliza a adoção da teoria do domínio do fato, desde que corretamente compreendida.⁴⁵ O esforço deve ser no sentido de determinar exatamente os casos de autoria e de participação, e de compreender que a participação revela um conteúdo de injusto acessório em relação à autoria, e que, em razão disso – e não por ser mera questão de merecimento de pena, como foi indicado nos votos acima mencionados –, é que, em regra, deve haver uma diferença de pena entre o autor e partícipe.

Há autores entre nós que defendem de *lege lata* que nosso Código teria adotado uma “mescla entre a teoria unitária e a dualista (quer dizer: diferenciadora entre

40. É possível, pois, defender um conceito diferenciador e extensivo de autor. Corretamente, ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011, p. 47 e ss.

41. GRECO, *Cumplicidade através de ações neutras*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 11 e ss.

42. Ver nota de rodapé n. 35.

43. Sobre essa discussão ver WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1960, p. 14 e ss.; EB. SCHMIDT, *Die Sache der Justiz*, Göttingen, 1961, p. 32 e s.; HIRSCH, *Richterrecht und Gesetzesrecht*, JR 1966, p. 334 e ss., 336; ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., Berlin/New York, 1973, p. 24 ff., p. 31 ff. (há tradução brasileira de Luís Greco: ROXIN, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000); por último DANNECKER, *Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, FS-Otto, p. 25 e ss., 30 e ss.

44. Ver STRATENWERTH; KUHLEN, *Strafrecht*, AT, 6. ed., München, 2011, § 3, p. 37 e ss., p. 42 e ss.

45. Sobre o princípio da legalidade e o art. 29 ver a consideração de ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, p. 187.

autor e partícipe)”,⁴⁶ e que a teoria do domínio do fato seria plenamente compatível com o art. 29, *caput*, do CP.⁴⁷ Em 1984, com a inclusão da expressão “na medida da sua culpabilidade” teria ocorrido uma espécie de libertação da “camisa de força do simplismo causal”,⁴⁸ já que o art. 29 seria uma decorrência direta da defesa da teoria da equivalência das condições em matéria de causalidade, expressa em nosso art. 13, *caput*, do CP.⁴⁹ Nesse particular, recebemos direta influência italiana, desembaraçada em nossa alfândega pelas penas de Nelson Hungria.⁵⁰ Também na Itália, todavia, tenta-se buscar por via interpretativa, uma saída às injustiças decorrentes da bruta equiparação entre autor e partícipe sob o rótulo geral de “concorrentes”. Bettiol, por exemplo, refere há tempos a teoria do domínio do fato e reforça a importância do conceito de autor em contraposição ao de partícipe,⁵¹ buscando compatibilizar a lei italiana com um conceito restritivo de autor.⁵²

O tom de novidade em torno da teoria do domínio do fato é, em princípio, injustificado – já indicamos tratar-se de uma quinquagenária em sua formulação atual (2.). Logo após a reforma de 1984, já se falava no Brasil em “domínio do fato”, em “diferentes graus de participação”, em razão da expressão “na medida da sua culpabilidade” inserida no art. 29, *caput*, do CP. Ocorre que a expressão “domínio do fato” não era utilizada em sua acepção mais técnica.⁵³ A teoria do domínio do fato distingue autor de partícipe no plano do tipo, e não no grau de reprovação ou no merecimento de pena dos intervenientes. Chegou-se mesmo a afirmar: “O

46. BUSATO, *Direito penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 703 e s.

47. N. BATISTA, *Concurso de agentes*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 69 e ss.; REALE JR., *Instituições de direito penal*, 1. ed., Rio de Janeiro, 2002, vol. I, p. 316 e ss.; CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Rio de Janeiro/Curitiba, 2006, p. 351 e ss.; mais recentemente ver BUSATO, *Direito penal*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 708 e ss., p. 711 e s.

48. N. BATISTA, *Concurso de agentes*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 25 e s. Assim também REALE JR., *Instituições de direito penal*, 1. ed., Rio de Janeiro, 2002, vol. I, p. 319. Sobre a regra da comunicabilidade ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, p. 202 e ss.

49. Sobre a relação entre causalidade e a teoria da autoria e da participação ver as observações clássicas de SOLER, *Derecho penal argentino II*, 5. ed., 1987, Buenos Aires, p. 275 e ss., p. 282 e ss.

50. Ver a exposição de Fragoso em HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, arts. 11 a 27, Rio de Janeiro, 1978, vol. I, t. II, p. 624 e ss. Fragoso designa a teoria de Hungria, que se recusava a admitir distintas categorias de concurso na ação comum e que rejeitava, também, a teoria da acessoriedade da participação em sentido estrito, de “doutrina ortodoxa” (p. 624). Note-se que Fragoso já enunciava o critério do “domínio final do fato” como distintivo entre autoria e participação (p. 627).

51. BETTIOL, *Diritto Penale*, 7. ed., Padova, 1969, p. 509 e ss.

52. Idem; também PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale*, 7. ed., Milano, 2000, p. 535; NAPPI, *Guida al Codice Penale*, 2. ed., Milano, 2008, p. 585; MANTOVANI, *Diritto Penale*, 6. ed., Milano, 2009, p. 503

53. REALE JR.; DOTTI; ANDREUCCI; MORAES PITOMBO, *Penas e medidas de segurança no novo Código*, 2. ed., Rio de Janeiro, 1987, p. 181 e ss.

critério que, agora mais nitidamente, preside à configuração das circunstâncias do concurso de pessoas, que agravam a pena, é o *domínio do fato*⁵⁴ e também que: “Maior, todavia, a culpabilidade, quanto maior for o domínio do fato (...)”.⁵⁵ Por essa razão, a título de exemplo, o “induzimento” não poderia estar ao lado do “comando”.⁵⁶ Essa interpretação inicial, precursora em nosso direito, embora correta se bem compreendida, talvez induza ao equívoco de que a distinção entre autor e partícipe só seja relevante para a medição de pena. A distinção *pode ser* relevante para a medição de pena, mas como consequência de considerações anteriores ligadas ao injusto do autor e ao injusto do partícipe. Quem empresta a arma pratica injusto menor do que aquele que dispara mortalmente com as próprias mãos e, por isso, o segundo merece maior pena. É preciso separar o “grau de culpabilidade”, “o merecimento de pena”, da teoria do domínio do fato: aquelas duas considerações são apenas influenciadas por esta.

De minha parte, sou menos otimista do que parte de nossa doutrina em relação aos arts. 29, 30 e 31 do CP. Não consigo enxergar aqui um sistema de autoria e participação, muito menos extrair conclusões da utilização dos termos escolhidos pelo legislador. O termo “concorrente” (art. 29 do CP), em primeiro lugar, não parece significar autor em sentido técnico, mas sim participação em sentido amplo. Da mesma forma, o termo “participação de menor importância” (art. 29, § 1.º, do CP) não parece conter sentido técnico, e “participação”, aqui, não é cumplicidade ou instigação, mas, de novo, participação em sentido amplo.⁵⁷ Tampouco enxergo no art. 62, I, do CP, que dispõe sobre as agravantes na determinação judicial da pena, uma previsão da autoria mediata,⁵⁸ especialmente porque esse dispositivo diz que a

54. Idem, p. 182.

55. Idem, ibidem.

56. Idem, ibidem.

57. A teoria do domínio do fato surgiu em recente agravo regimental em recurso especial julgado pelo STJ, que parece ter entendido a “participação de menor importância” em sentido técnico, isto é, como cumplicidade ou instigação: “Não incide a minorante do art. 29, § 1.º, do CP, quando haja nítida divisão de tarefas entre os agentes envolvidos na prática delitiva, pois, cada qual possui o domínio do fato a ele atribuído, mostrando-se cada conduta necessária para a consumação do crime, situação caracterizadora de coautoria e não de participação de somenos importância” (AgRg no AREsp 163794/MS, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, publicado em 02.10.2013). A discussão é antiga, mas apreço agora no contexto da teoria do domínio do fato.

58. Busato realiza interessante esforço no sentido de enxergar nas agravantes no concurso de pessoas uma “matização” da teoria unitária adotada no art. 29, CP: BUSATO, *Direito penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 900. Ver também o esforço igualmente interessante de Gueiros Souza e Japiassú, que buscam ver no art. 62, I, CP uma espécie de reconhecimento da teoria do domínio do fato, GUEIROS SOUZA; JAPIASSÚ, *Curso de direito penal*, Rio de Janeiro, 2012, p. 292 e ss.

determinação judicial da pena e a distinção entre autor e partícipe é um problema de conteúdo do injusto, e não de merecimento de pena. É tarefa da doutrina e da jurisprudência desenvolver critérios para a fundamentação da distinção entre autor e partícipe, uma distinção que, se nosso legislador não realizou, também não proibiu. Apenas não me parece correto afirmar que o legislador *adotou* uma “teoria diferenciadora mitigada”, ou que fez “concessões”, na medida em que o legislador não fez simplesmente nada em termos sistemáticos. Apenas elencou diretrizes bem gerais e buscou se resguardar de determinados problemas – como, especialmente, a comunicação de circunstâncias pessoais no art. 30 do CP (abaixo, 3.6). Nada mais do que isso.

É possível enunciar uma primeira conclusão. É correto afirmar que a teoria do domínio do fato, como teoria que visa única e exclusivamente a distinguir autor de partícipe, é compatível com o art. 29, *caput*, do CP. Mas essa não é a pergunta fundamental que deve ser feita diante da decisão da APn 470. A pergunta correta é pelas *razões* da utilização da teoria do domínio do fato. É equivocado considerar a teoria do domínio do fato como uma tese que fundamenta a punição de um sujeito que, sem ela, seria absolvido, ou que a teoria diz apenas com a dosimetria ou com o merecimento de pena dos acusados. Diante de nossa regulação legislativa da autoria e da participação, a teoria do domínio do fato pode cumprir apenas uma *função limitadora da responsabilidade*, no sentido de determinar que aquele que seria, nos termos da lei, um “concorrente”, possa ser um “partícipe em sentido estrito (cúmplice ou instigador)”. Essa distinção encontraria, todavia, uma barreira noutra equívoco grave de nosso Código: não há redução de pena para a participação em sentido estrito, de forma que essa distinção perderia em muito o seu sentido.⁵⁹ De toda a forma, se o recurso à teoria do domínio do fato pareceu aos ministros do STF como instrumento necessário, tal se deveu a outras razões, que não à distinção entre autor e partícipe.

3.3 Confusão entre domínio do fato e domínio da organização

De novo, é preciso procurar as *razões* do recurso à teoria do domínio do fato. A maior confusão observável na decisão da APn 470 parece, realmente, ter sido entre gênero e espécie, ou seja, entre teoria do domínio do fato e teoria do *domínio da organização*. Como já afirmei, em conjunto com Greco, em outra sede e em maiores detalhes,⁶⁰ a ideia de domínio da organização é uma decorrência da ideia mais geral da teoria do domínio do fato, segundo a qual o autor é a “figura central do

59. Sobre a participação de menor importância me manifestarei abaixo (IV, 1). Ver a esse respeito também o estudo de Augusto Assis, neste volume.

60. GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 71 e ss., p. 89 e s.; ver também no Brasil BUSATO, *Direito penal*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 714 e ss.; B. CAMARGO, Sobre o domínio do fato

acontecer típico”.⁶¹ Há, segundo Roxin,⁶² três formas de “dominar o fato”, a saber: o domínio da ação, o domínio funcional do fato e o domínio da vontade. A vontade do executor imediato pode ser “dominada” nos casos em que ele é induzido a erro ou coagido, mas também nos casos do chamado “domínio da organização”. Nestes casos, o “homem de trás”, (a) por dominar um aparato organizado de poder desvinculado da ordem jurídica⁶³ e (b) possuir poder de mando, (c) pode emitir

no contexto da criminalidade empresarial, *RBCCrim* 102 (2013), p. 365 e ss., p. 382 e ss., p. 389.

61. GRECO; LEITE, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss., p. 71 e ss. Há várias informações no estudo de FIGUEIREDO DIAS, *Autoria e participação no domínio da criminalidade organizada: alguns problemas*, in: FIGUEIREDO DIAS, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, São Paulo, p. 355 e ss.
62. A teoria do domínio da organização é criação original de Roxin, publicada pela primeira vez em 1963. Em razão disso é que enuncio os critérios por ele estipulados. Naturalmente, há discussão posterior à publicação do artigo de Roxin a respeito dessa figura – mas anterior, não há: ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in: GA 1963, p. 193 e ss.; *Täterschaft*, p. 242 e ss.; *Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität*, in: SAMSON et alii (coords.), *Festschrift für Grünwald*, Baden Baden: Nomos, 1999, p. 549 e ss.; *Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Herzberg*, in: AMELUNG (coord.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000, p. 55 e ss.; *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, *NStZ Sonderheft für Schäfer*, München: Beck, 2002, p. 52 e ss. (há trad. brasileira, *Autoria mediata por meio do domínio da organização*, trad. Tavares Lobato, in: GRECO; TAVARES LOBATO (coords.), *Temas de direito penal. Parte geral*, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 323 e ss.); *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft* in: *SchwZStr* 125 (2007), p. 1 e ss. (há trad. brasileira, *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, trad. Aflen da Silva, *Revista Panóptica*, ano 3, vol. 17 (2009), p. 69 e ss.); *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, in: HOYER et alii (coords.), *Festschrift für Schroeder*, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 387 e ss.; *AT II*, § 25 nm. 105 e ss.; *Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru*, *ZIS* 2009, p. 565 e ss. (há trad. brasileira: *Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori*, trad. A. Leite, in *RBCC* 91, 2011, p. 11 e ss.); *Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft* in: AMELUNG et alii (coords.), *Festschrift für Krey*, Stuttgart: Kohlhammer, 2010, p. 449 e ss.; *Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, in: GA 2012, p. 395 e ss. *Ver sobre o desenvolvimento da discussão em detalhes* SCHÜNEMANN, *Schrumpfende Basis, wuchernder Überbau? Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren*, in: HEINRICH et alii (coords.), *Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin/New York: DeGruyter, 2011, p. 799 e ss., p. 799.
63. Roxin nega com veemência a aplicação dessa teoria a empresas e outras organizações estruturadas conforme o direito. O BGH e alguns autores, no entanto, aceitam essa extensão: *A favor* BGHSt 40, 218, 237; no mesmo sentido HEFENDEHL, *Tatherrschaft im Unternehmen aus kriminologischer Perspektive*, GA 2004, p. 575 e ss. (586); NACK, *Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe*, GA 2006, p. 342 e ss. *Contrário*, igualmente, SCHÜNEMANN, *Schrumpfende Basis, wuchernder Überbau? Zum Schicksal der*

ordens que serão cumpridas por executores fungíveis,⁶⁴ e é exatamente o domínio dessa estrutura organizacional com funcionamento automático que o transformaria, segundo Roxin, em autor mediato dos delitos perpetrados pelos executores imediatos. Haveria, assim, a figura do “autor por trás do autor”. Essa tese não é incontroversa,⁶⁵ e foi construída para casos em que a organização atua completamente apartada do direito, como estados totalitários, organizações criminosas, máfias etc. No interior dessas estruturas, diferentemente de o que ocorre em uma empresa, o superior tem a certeza de que ordens ilegais e criminosas serão cumpridas: sempre haverá um inferior servil e fungível. A ideia de domínio da organização percorreu trajetória internacional de enorme sucesso.⁶⁶ A teoria foi utilizada no jul-

Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren, FS Roxin, 2011, p. 799 e ss., p. 803. Em língua espanhola ver CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 305 e ss.

64. Sobre esse requisito há também larga discussão: ROTSCH, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?, ZStW 112 (2000), p. 518 e ss. (p. 527 e ss.); idem, *Neues zur Organisationsherrschaft*, NStZ 2005, p. 13 e ss. (p. 16); idem, “Einheitstäterschaft” statt Tatherrschaft, Tübingen: MOHR; SIEBECK, 2009, p. 324 e ss.; HERZBERG, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: AMELUNG (coord.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftätern in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, p. 33 e ss. (p. 37 e ss.); *Antwort auf die Anmerkung von Prof. Dr. Roxin*, no mesmo volume, p. 57 e ss. (p. 58 e ss.).
65. Vários autores recusam essa teoria: KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer, 1997, p. 510 e s.; JAKOBS, Anmerkung zu BGHSt 40, 228, in: NStZ 1995, p. 26 e s.; JESCHECK; WEIGEND, *Strafrecht AT* 5a ed. Berlin: DeGruyter, 1996, § 62 II 8 (p. 664 e s., 670); MURMANN, Tatherrschaft durch Weisungsmacht, in: GA 1996, p. 269 e ss. (p. 273 e ss., 275); ROTSCH, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen, in: NStZ 1998, p. 491 e ss.; OTTO, Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, Jura 2001, p. 753 e ss. (p. 756, 757); RENZIOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen: Mohr/Siebeck, 1997, p. 89. Ver as respostas de ROXIN, Täterschaft, p. 704 e ss.
66. Sobre a situação argentina, com ulteriores informações, ver AMBOS, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, GA 1998, p. 226 e ss. (p. 238). Sobre o caso Fujimori no Peru, ver os estudos publicados na ZIS 2009: ROTSCH (*Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus*, p. 549 e ss.), AMBOS (*Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. Peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori* p. 552 e ss.), ROXIN (*Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru*, p. 565 e ss.), SCHROEDER (*Tatbereitschaft gegen Fungibilität*, p. 569 e ss.), JAKOBS (*Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori* p. 572 e ss.), HERZBERG (*Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates*, p. 576 e ss.), CARO CORIA (*Sobre la punición del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal*, p. 581 e ss.), GARCIA CAVERO (*La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori*, p. 596 e ss.), MEINI

gamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori, em decisão dogmaticamente exemplar, que aplicou corretamente a teoria do domínio da organização.⁶⁷ A maior discussão atual é sobre se esse desdobramento da teoria do domínio do fato – que não se confunde, assim, com ela – pode ser aplicada também a sociedades ou pessoas jurídicas constituídas conforme o direito, como empresas e partidos políticos.⁶⁸

Um detalhe pode ser esclarecedor. Ministros do STF citaram indistintamente o termo “domínio final do fato”, atribuído corretamente a Welzel. Pois precisamente Welzel, a quem se atribui um dos grandes passos no desenvolvimento da teoria do domínio do fato, defendeu a ideia de domínio do fato sem defender a ideia de domínio da organização.⁶⁹ As ideias, embora ligadas pela relação gênero espécie, são independentes, e reduzir uma a outra significa desconhecer completamente o que se está a afirmar.

Aqui reside, provavelmente, a primeira pista da *verdadeira razão* do recurso dos ministros do STF à teoria do domínio do fato – em verdade, teoria do domínio da organização. Em vários momentos, nossos ministros fizeram referência à teoria do domínio do fato quando estavam, na verdade, querendo referir-se à teoria do domínio da organização, e assim acreditavam poder *fundamentar a punição de determinados acusados que gozavam de posições hierárquicas de destaque*. Sobre a confusão entre domínio do fato e domínio da organização na APn 470, é relevante ler a intervenção do Min. Ricardo Lewandowski, fl. 56.816 e ss.: “(...) eu não disse que a Teoria do Domínio do Fato se aplicaria apenas em momentos de anormalidade institucional. O que eu disse é que ela se aplica a situações excepcionais”. A sequência da manifestação do ministro confirma a confusão, na medida em que enuncia como requisito para aplicação da teoria do domínio do fato a ‘fungibilidade do agente imediato que perpetra o crime’ (f. 56.816 e ss.): “O que é esse requisito da fungibilidade? Segundo este requisito, o agente final, o agente imediato que perpetra o crime deve ser fungível, como acontece nas grandes organizações criminosas. Ou seja, eu disse, na minha fala, que esta é uma te-

(La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha, 07.04.2009 (Exp. a.v. 19 – 2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema p. 603 e ss.), PARIONA (La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori, p. 609 e ss.) e VAN DER WILT (On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori p. 615 e ss.). Sobre sua adoção no direito penal internacional ver AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin, 2002, S. 365 ff., S. 590 ff., S. 613.

67. Referências na nota de rodapé acima.

68. Sobre essa discussão GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 71 e ss.

69. So z. B. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlin: DeGruyter, 1969, p 98 e ss., p. 100; assim também JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, § 62 II 8 (p. 670).

oria que se aplica, por exemplo, aos crimes da máfia, a exemplo daquele que está na ponta final de todo o sistema. Digamos assim, aquele que trafica drogas, é um caso típico, o chamado ‘aviãozinho’ ou ‘mula’, ele pode ser fácil e simplesmente substituído por outro agente” (f. 56.816 e ss.). Corretamente, no entanto, o Min. Celso de Mello, f. 56.822 e ss.: “Essa orientação é consagrada pela doutrina e vem evoluindo no sentido de reconhecer, na discussão do tema pertinente ao concurso de pessoas, a noção de domínio da organização, que representa umas das vertentes em que se pluraliza a teoria do domínio do fato, notadamente como critério teórico, fundado no domínio da vontade, que permite formular o conceito de autor mediato, o qual, atuando na cúpula da organização criminosa, comanda a vontade do agente incumbido do cometimento direto da prática delituosa”. Novamente em debate oral com o Min. Celso de Mello (f. 56.838 e ss.), especialmente sobre o requisito da fungibilidade, afirmou o Min. Ricardo Lewandowski: “Mas, naquele momento em que me pronunciei, eminente Decano, eu disse que não via, no caso presente, o requisito da fungibilidade; muito pelo contrário, eu entendia que os réus tinham nome, sobrenome, RG e endereço, e a suposta propina foi sempre endereçada a presidentes e líderes de partidos. Portanto, não há falar aqui, pelo menos na minha visão, eminente Min. Celso de Mello, na presença do requisito da fungibilidade; e, por via de consequência, para mim, falta um dos requisitos essenciais, segundo a doutrina de Roxin, para aplicar a Teoria do Domínio do Fato” (f. 56.839). O Min. Ricardo Lewandowski absolveu o acusado José Dirceu pelo delito de corrupção ativa (f. 56.565 e ss.), afirmando que “a teoria do domínio do fato não se aplica ao caso sob exame” (f. 56.568 e ss.).

Nesse ponto, a confusão transita em julgado. “Teoria do domínio do fato”, nos trechos acima, é sinônimo de “teoria do domínio da organização”. É possível compreender o recurso à teoria do domínio da organização como uma tentativa de transformar em autores (mediatos) de delitos praticados no interior de estruturas organizacionais, aqueles que não cometem os fatos *com as próprias mãos*, mas por meio de outrem, ou, como veremos adiante (abaixo 3.4), aqueles que tinham conhecimento dos fatos e deveriam, em razão disso, evitá-los.

Ocorre que essa tentativa, além de demandar um esforço argumentativo ausente na decisão, só é compreensível a partir de um sistema diferenciador de autoria e participação. Afinal, se é correto dizer que a teoria do domínio da organização agrava a responsabilidade penal, é incorreto – o velho equívoco – afirmar que, com ela, se transforma, em bom português, absolvição em condenação. Sem a teoria do domínio da organização, e em um sistema que diferencia autor e partícipe, os “homens de trás” seriam instigadores dos delitos, ou seja, também seriam puníveis. O efeito jurídico da adoção da teoria do domínio da organização é transformar esses instigadores em autores mediatos. Intuitivamente, e é esse raciocínio que está por trás da teoria, seria incorreto afirmar que as ordens de extermínio de Hitler eram apenas atos de um instigador das execuções que se consumavam pelas mãos de

soldados obedientes já fora do *bunker*.⁷⁰ Em breve resumo, a adoção da teoria do domínio da organização apenas transforma cúmplices e instigadores em autores mediatos, e, além disso, não significa uma transferência de responsabilidade de baixo para cima, na medida e que os autores imediatos permanecem sendo autores (imediatos), e como tal devem ser apenados.

A confusão terminológica e material persiste em outros votos. O Min. Ayres Britto, ao se referir ao acusado José Dirceu (f. 56.180 e ss.), enunciou o conceito de autoria mediata: “Isto, em larga medida, pelo fundamento de que autor de um delito não é apenas o agente que realiza a figura típica, mas também aquele que detém o domínio da vontade e das ações daqueles que executam o núcleo objetivo do tipo penal”. E prossegue: “Ainda na fase pré-processual, consignei que a teoria do domínio do fato, na linha de votos que antecederam a minha manifestação, permitiria a compreensão da setorização das ações dos agentes listados na denúncia e a localização do divisor de águas entre aquelas condutas próprias do cargo e aquelas ilícitas, cometidas em razão do cargo (ou com o abuso dele). E o fato é que, a meu aviso, a relevância do papel desempenhado por José Dirceu no Governo Federal (ele era o 2.º homem mais poderoso do Governo) garantiria às instituições financeiras, e às agências de publicidade e propaganda participantes do esquema, que elas nunca seriam fiscalizadas (como de fato não o foram, até que o esquema fosse desvendado) e que também seriam beneficiadas (como foi o caso do BMG)” (f. 56.181 e ss.). “(...) Acresce que não há dúvidas razoáveis de que José Dirceu concorreu (e tinha pleno conhecimento) para os delitos impulsionados pelos agentes do núcleo político. Na verdade, a meu aviso, este primeiro denunciado detinha o controle finalístico sobre a ação dos denunciados integrantes dos núcleos financeiro e publicitário. Com efeito, o que se tem dos autos é que o denunciado José Dirceu tinha mesmo o domínio intelectual das ações dos demais acusados, naquilo em que dirigidas para o levantamento de numerário para o pagamento de dívidas e de ‘mesadas’ a parlamentares da base aliada” (f. 56.183). O Min. Ayres Britto, nas f. 56.585 e ss., refere-se novamente à teoria do domínio do fato e menciona, agora, a ideia de *fungibilidade*: “Agora, essa Teoria do Domínio do Fato pode ser compreendida no plano da fungibilidade, que é da substituição do agente, como também da infungibilidade: o agente não pode ser substituído. Então, quem não podia ser substituído nesse esquema, sob pena de fazer o esquema ruir? Quem era o regente da orquestra? O mais insubstituível ou infungível de todos. A Teoria do Domínio do Fato conduz, também, a esse raciocínio”. Vez mais, não é a teoria do domínio do fato que conduz a esse raciocínio, mas a teoria do domínio da organização.

Também o Min. Joaquim Barbosa fez referência à teoria do domínio do fato ao condenar José Dirceu pelo delito de corrupção ativa (destaquei, f. 56.226 e ss.): “A

70. Mais referências sobre a figura do domínio da organização em GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 71 e ss.

meu sentir, está comprovado que o acusado *José Dirceu* controlava os destinos da empreitada criminoso, especialmente mediante seus braços executores mais diretos, senhores *Marcos Valério* e *Delúbio Soares*, com a colaboração do denominado “núcleo financeiro”. *José Dirceu* detinha o domínio final dos fatos. *Em razão do cargo elevadíssimo* que exercia à época dos fatos, o acusado *José Dirceu* atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, executando os atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nítida definição”. Em um segundo momento, em manifestação oral, o Min. Joaquim Barbosa realizou outra afirmação relevante do ponto de vista da distinção entre autor e partícipe no direito penal (f. 56.842): “Senhor Presidente, já faz algum tempo que eu proferi o meu voto, precisamente uma semana, mas eu creio ter deixado bastante claro, bastante explícito que o autor intelectual, o mandante, o controlador, o organizador é autor, e não partícipe”. Uma consulta das fontes revelaria o contrário do que afirmou: para a teoria do domínio do fato, o “autor intelectual”, o “mandante”, são em regra partícipes (instigadores), e não autores.⁷¹

Bastam as citações. A repetida confusão conceitual ocorrida na APn 470 não significa mera disputa por palavras ou preciosismo conceitual de uma dogmática hiper-refinada. Ainda que assim o fosse, precisão conceitual é o que se espera de uma Corte Suprema. Nesse caso, no entanto, a utilização da categoria do domínio da organização exigiria do STF um esforço argumentativo duplo, inexistente na decisão da APn 470. O primeiro seria (a) o de explicar a pergunta relacionada à *legitimidade* da categoria do domínio da organização em organizações conforme ao direito, como é o caso da Casa Civil, órgão da Presidência da República, e o caso do Partido dos Trabalhadores, um partido político ainda existente e que assume, como todos, a forma de pessoa jurídica de direito privado (art. 1.º da Lei 9.096/1995). O segundo esforço (b) seria, por assim dizer, um *esforço de subsunção*. O STF teria de verificar se, superada a pergunta sobre a legitimidade da categoria, os seus requisitos acima mencionados estariam presentes no caso concreto. Nenhum dos dois esforços está presente na decisão da APn 470. A mera referência ao domínio da organização, que aparece sob o falseado manto de “teoria do domínio do fato”, é vazia de conteúdo e equivale à absoluta ausência de fundamentação.

3.4 *Domínio do fato, posição de comando e responsabilidade do superior por fato de terceiros*

Uma das maiores preocupações presentes na APn 470, como se viu, era a fundamentação da responsabilidade de acusados que detinham posição de destaque

71. Em favor do Min. Joaquim Barbosa, é possível dizer que esse pecado original se deve a D. de Jesus (cf. GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 83 e s.). A ciência brasileira, como afirmarei adiante, deve aproveitar essa oportunidade para reavaliar o seu papel.

em estruturas organizacionais (no governo, em partidos políticos, em bancos). A teoria do domínio do fato, tal como equivocadamente aplicaram alguns ministros do STF, parece ser aplicável apenas a esses casos, como se o autor imediato, aquele que aperta o gatilho, não possuísse, por sua vez, também o “domínio do fato”.⁷² O termo *domínio do fato* surge na decisão em contextos que tornam válida a seguinte (e equivocada) inferência: domínio do fato foi utilizado como um substituto para a afirmação de uma responsabilidade penal decorrente da posição hierárquica de determinado sujeito. O sujeito teria o domínio do fato porque estaria em posição de destaque em determinada estrutura hierárquica, e seria responsável por tudo o que ocorre abaixo dele. Esse modo de pensar, exposto de forma solta, é equivocado e nada tem a ver com a teoria do domínio do fato. Foi nesse sentido, todavia, que os ministros do STF parecem ter compreendido a teoria. Há uma série de concepções que buscam fundamentar a responsabilidade do superior, nenhuma delas, porém, possui o nome de “teoria do domínio do fato”.

Os Ministros do STF parecem ter amalgamado uma série de figuras, como, além do “domínio da organização” (acima 3.3), a *command responsibility*⁷³ do direito penal internacional ou a responsabilidade do superior por fatos de seus subordinados,⁷⁴ bastante discutida atualmente, e que não passa de uma imputação por omissão imprópria (art. 13, § 2.º, do CP), o que exige a fundamentação de uma *posição de garantidor do superior hierárquico*.⁷⁵ Esse problema foi recentemente-

72. Sobre o domínio da própria ação como exemplo clássico de domínio do fato GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 69.

73. WEIGEND, Zur Frage eines “internationalen” Allgemeinen Teils, in: SCHÜNEMANN et alii (coords.), *Festschrift für Roxin*, Berlin/New York: DeGruyter, 2001, p. 1375 e ss. (p. 1397); AMBOS, A parte geral do direito penal internacional, trad. Japiassu e Raiman, São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 347; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3. ed., München: Beck, 2011, § 7 nm. 59.

74. ROXIN, *Strafrecht*, II, § 32, nm. 133; BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, Berlin, 1993, p. 68 e s.; KARSTEN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*, p. 176 e ss., p. 179 e ss.; SPRING, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, Hamburg, 2009, p. 44, p. 55, p. 136 e ss., p. 238 e s.; SCHALL, *Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, FS-Rudolphi, 2004, p. 267 e ss.; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid, 2009, p. 50 e ss., p. 93 e ss.; WALTER, *Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 2000, p. 140 e ss., p. 144 e s., p. 155 f.; HSÜ, *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, Pfaffenweiler, 1986, p. 241 e ss., p. 250 e ss.; SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, Berlin, 2008, p. 105 e ss., p. 161 e ss.; SCHUBARTH, *Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn*, SchwZS 1976, p. 370 e ss.

75. KARSTEN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*, p. 174 e ss.; B. CAMARGO, Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial, RBC-Crim 102 (2013), p. 365 e ss., p. 382, p. 390 e ss.

te decidido pelo tribunal alemão, que problematizou se o superior teria o dever de evitar fatos puníveis cometidos pelos inferiores (BGHSt 57, p. 42 e ss.).⁷⁶ A distinção entre a forma comissiva e omissiva não é capricho dogmático. Além da necessidade da posição de garantidor (art. 13, § 2.º, do CP), que é de difícil fundamentação jurídica,⁷⁷ a causalidade e a imputação nos delitos omissivos diferem em parte daquelas presentes nos delitos comissivos.⁷⁸ A autoria e a participação, diz-se em geral, devem ser construídas de forma diversa nos delitos omissivos.⁷⁹ É preciso sempre, assim, identificar qual é a conduta, se comissiva, se omissiva, imputada ao sujeito. Dessa identificação pode depender a diferença entre uma condenação e uma absolvição.

A figura, por exemplo, da *command responsibility* ou responsabilidade do superior, foi desenvolvida no contexto dos e para os crimes do direito penal internacional. Até nesse contexto ela é duvidosa e a sua extensão a outros delitos seria de todo impossível.⁸⁰ Nesse contexto, aos acusados que gozavam de posição de comando e de coordenação foram adscritos deveres de controle e de observação. Essa categoria foi desenvolvida especialmente na decisão conhecida como Yamashita e foi igualmente utilizada no julgamento de Nürnberg.⁸¹ Em termos dogmáticos, o que ocorre é uma espécie de “ampliação do âmbito de responsabilidade”⁸² a partir do reconhecimento de uma punição por omissão do superior.⁸³ Segundo K. Ambos, por exemplo, trata-se de uma punição por omissão própria, decorrente da violação

76. A esse respeito os comentários de BÜLTE, *Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten*, NZWiSt 2012, p. 176 e ss.; MANSDÖRFER; TRUG, *Umfang und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, StV 2012, p. 432 e ss.; ROXIN, JR 2012, p. 303 e ss., p. 305 e ss.

77. Ver, além da nota anterior, os comentários gerais de KASISKE, *Wirtschaftsstrafrecht*, Stuttgart, 2013, p. 4 e ss. e WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, München, 2010, p. 47 e ss., p. 52 e ss.

78. Em detalhes, TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, p. 364 e ss.; p. 378 e ss. GRECO, *Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten*, ZIS 2011, p. 674 e ss. (disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2011_8-9_603.pdf]).

79. Assim o estudo clássico ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München, 1963, p. 162 e ss, p. 164 e s. No Brasil ver a monografia de TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 404 e ss.

80. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin, 2002, p. 666 e ss.

81. Idem, p. 97 e ss. Em detalhes, KARSTEN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*, Berlin, 2010, p. 29 e ss.

82. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, p. 101, p. 366 e s.

83. Idem, p. 106, p. 365, p. 667 e ss. Ver também BERSTER, *Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit*, München, 2008, p. 91 e ss.; GRIMMINGER, *Die allgemeine Unterlassungshaftung im Völkerrafrecht*, Frankfurt am Main, 2009, p. 101 e ss.

de um dever funcional.⁸⁴ São vários os problemas dessa categoria, como, por exemplo, se basta a exigência subjetiva de conhecimento potencial dos fatos cometidos pelos subordinados,⁸⁵ a exigência de um efetivo controle sobre o curso causal⁸⁶ etc. Há também a previsão no art. 28 do Estatuto de Roma, admitindo que superiores civis sejam responsabilizados,⁸⁷ mas exigindo maior cuidado na afirmação do elemento subjetivo (efetivo conhecimento dos fatos).⁸⁸ Sua pura e simples transposição seria problemática, e, aparentemente, sequer foi buscada pelo STF.

Sobre esse aspecto da utilização da “teoria do domínio do fato” para fundamentar, em verdade, uma imputação omissiva em relação aos sujeitos da cúpula, é interessante ver as considerações da Min. Rosa Weber sobre o núcleo financeiro e a responsabilidade dos dirigentes do Banco Rural pelo delito de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4.º da Lei 7.492/1986): “Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa” (f. 52.775); “Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: (a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; (b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma *presunção juris tantum de autoria*. Tais considerações são feitas em função da suscitada – e rechaçada – nulidade da denúncia por não individualizar as condutas dos delitos imputados aos dirigentes à testa da empresa, especialmente do Banco Rural. Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador” (destaquei, f. 52.776 e ss.). Nas páginas seguintes, a Ministra busca, de maneira correta, apontar as fraudes concretas nos empréstimos realizados, de certa forma, desdizendo o que acabara de afirmar. Para corroborar as suas ilações, a Min. Rosa Weber crê poder lançar mão de trechos da obra de Claus

84. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, p. 669 e s.

85. Idem, p. 147, p. 692 e ss.; KARSTEN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*, p. 43 e ss.

86. KARSTEN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*, p. 29 e ss., p. 59 e s.: a prova de um efetivo poder de comando é, em âmbitos não militares, como empresas, “difícil de se produzir”.

87. Idem, p. 29 e ss., p. 59 e s.

88. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, p. 506.

Roxin (f. 52.777). Ela entendeu ser “menos relevante a participação” (art. 29, 1.º, do CP) de Vinicius Samarane, que foi responsável pelo setor de *compliance* do Banco Rural, o que deveria se refletir na dosimetria da pena (f. 52.815). Em relação ao delito de lavagem de dinheiro, a Ministra afirmou: “Como visto, o fato de se tratar de empregada e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresária não afasta, isoladamente, o *domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade*[!],⁸⁹ cuja presença deve ser aferida tendo em vista a prova produzida em relação à real natureza de sua participação no ilícito, levando-se em conta o seu conhecimento dos fatos e a unidade de desígnios e vontades com os demais agentes” (destaquei, f. 52.870).

As dificuldades em torno da divisão de responsabilidade penal em estruturas complexas são conhecidas de todos.⁹⁰ Os mais intrincados dilemas começam após esse diagnóstico, isto é, na tentativa de fundamentação da autoria e da participação nos delitos cometidos a partir de uma estrutura organizacional, a chamada criminalidade de empresa. A simplificação dos problemas da imputação por crime omissivo impróprio (art. 13, § 2.º, do CP) nesses casos aparece de forma clara no caso da imputação de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4.º da Lei 7.492/1986) em face do *compliance-officer* do Banco Rural, Vinicius Samarane, presente no voto do Min. Luiz Fux: “Sem embargo da ausência de provas de que o réu tenha aprovado ou renovado os mútuos contratados pelo Banco Rural aceitando frágeis garantias dos devedores, bem como de que o 13.º réu tenha efetuado *ratings* (classificações) dos riscos de crédito dos mutuários ligados a Marcos Valério, a sua atuação no Banco Rural impõe a condenação pela prática do tipo veiculado pelo art. 4.º da Lei 7.492. A *condescendência do 13.º réu (Vinicius Samarane)* com a prática rotineira de lavagem de dinheiro conduz inexoravelmente à gestão fraudulenta. Nesse contexto, é de extremo relevo o fato de o réu Vinicius Samarane exercer, atualmente, o cargo de vice-presidente do Banco Rural, porquanto revela o profundo conhecimento das práticas de sua instituição, bem como a sua relação intestina com os administradores do referido banco. A atuação do réu no sentido de *permanecer inerte* diante dos saques ilícitos ocorridos em agências do Banco Rural caracteriza a conduta criminal de gestão fraudulenta. Por essas razões, o pedido de condenação do réu Vinicius Samarane em relação ao crime de gestão fraudulenta capitulado no art. 4.º da Lei 7.492/1986 deve ser julgado procedente” (destaquei, f. 54.348).

O Min. Luiz Fux, sem maiores referências, tocou em um dos pontos mais discutidos do direito penal econômico contemporâneo, a saber, a posição de garantidor

89. Não discorrerei sobre esse equívoco, qual seja considerar o domínio do fato um elemento da culpabilidade, pois ele, felizmente, permaneceu isolado e solitário.

90. Ver KASISKE, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 4 e ss. e TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2. ed., Köln/München, 2007, p.129 e ss.

da figura do *compliance officer*,⁹¹ discussão que tem aparecido sob a rubrica mais geral de *criminal compliance*.⁹² A figura do *compliance officer* em regra, mas não sempre, instalada em um escalão abaixo da cúpula de uma organização,⁹³ é responsável pela avaliação dos riscos jurídicos ligados a determinadas atividades, e deve estabelecer mecanismos de controles internos para evitar que daquela estrutura (ou no interior dela) ocorram fatos puníveis. A pergunta é se, caso surjam fatos puníveis, seria possível punir o *compliance officer* em forma omissiva pelos delitos praticados: caso funcionários corrompam ativamente funcionários públicos, a pergunta é se o *compliance officer* pode ser, em razão de uma suposta posição de garantidor, responsabilizado pelo delito de corrupção ativa (art. 331 do CP) na forma omissiva (art. 13, § 2.º, do CP). A maior dificuldade na fundamentação dessa posição de garantidor parece residir no fato de que, diferentemente dos sujeitos da cúpula, o *compliance officer* não possui poder de mando em relação aos subordinados – ao contrário, ele está, em regra, submetido ao poder de mando da cúpula –, possuindo apenas um dever de informação. A posição de garantidor dos superiores hierárquicos encontraria sua fundamentação precisamente nesse poder de mando, de modo que uma transferência da posição de garantidor para o *compliance officer*, sem a correspondente transferência do poder de mando, careceria de fundamento jurídico.⁹⁴ Nada disso, no entanto, encontra-se no voto do Min. Luiz Fux, que, apesar de utilizar a linguagem dos delitos de omissão, sequer fundamentou uma possível posição de garantidor do *compliance officer* do Banco Rural – de minha parte, sequer vi nesse trecho referência ao art. 13, § 2.º, do CP, o que é, no mínimo, assustador.

A vagueza com que se lança mão da teoria do domínio do fato escancara-se no seguinte trecho do Min. Ayres Britto (em suas considerações iniciais, f. 56.829): “O núcleo político tachado pelo Ministério Público como intelectual ou mentor da empreitada criminosa, claro que, dentro dele, com gradações de protagonizações, a legitimar a aplicação da teoria do domínio do fato para responsabilizar, de modo pessoal, porém graduado, os respectivos agentes”.

91. Ver o estudo fundamental de ROTSCH, *Criminal Compliance*, ZIS 2010, p. 614 e ss.

92. A esse respeito: BOTTKE, *Compliance – Oder: Normbefolgungsbereitschaft von und in Unternehmen*, FS-Stöckel, 2010, p. 43 e s.; MOMSEN, *Der ‘Compliance-Officer’ als Unterlassungsgarant*, FS-Puppe, 2011, p. 751 e ss.; BOCK, *Strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Problem der Rechtsicherheit*, Wistra 6/2011, p. 201; HEFENDEHL, *Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, JZ 2006, p. 121 e ss.; crítico a respeito da efetividade da *Compliance* para evitar delitos econômicos, SCHÜNEMANN, *Brennpunkte des Strafrechts in der entwickelten Industriegesellschaft*, in: HEFENDEHL (org.), *Empirische und dogmatische Fundamente. Kriminalpolitischer Impetus*, 2005, p. 361 e ss.

93. Ver KASISKE, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 18 e ss.

94. Assim KASISKE, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 18 e ss., p. 21.

A ideia de que a responsabilidade aumenta de acordo com a graduação da posição do sujeito e, com isso, à medida que o sujeito se distancia do fato concretamente praticado não pode ser deduzida da “teoria do domínio do fato”, como procedeu o Min. Ayres Britto. Para retirar tal conclusão, o Min. teria de ou (a) fundamentar a aplicação da teoria do domínio da organização a organismos privados estruturados conforme o direito; ou (b) fundamentar uma posição de garantidor, nos termos do art. 13, § 2.º, do CP, do superior em relação aos subordinados e condenar os superiores por delito omissivo; ou ainda (c) fundamentar uma forma clássica de autoria mediata, em razão de erro ou coação dos subordinados, e condenar os superiores por delito comissivo. Cada uma dessas vias exigiria a análise de requisitos diversos, e pode mesmo ser que os superiores, de fato, tivessem de ser punidos, mas as razões deveriam constar da decisão.

3.5 Conclusão provisória: a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato

É possível, com base em todas as referências acima mencionadas, enunciar, enfim, a *verdadeira razão* para os Ministros do STF terem, na APn 470, recorrido à teoria do domínio do fato: *o termo do domínio do fato serviu como fundamento da punição dos sujeitos que gozavam de determinadas posições de comando*. Essa é a razão pela qual os Ministros consideraram a teoria do domínio do fato supérflua em relação aos acusados que “sacavam quantias em dinheiro na boca do caixa”, quando na verdade não há provavelmente forma mais intensa de “dominar o fato” do que dominar a ação, do que praticá-la com as próprias as mãos.⁹⁵ Nem sequer redação amplíssima do art. 29 do CP permitira uma responsabilidade penal pela posição que se ocupa em determinada estrutura, na medida em que “ocupar uma posição” não significa “concorrer” para um delito.⁹⁶ É para preencher exatamente essa lacuna que alguns Ministros parecem ter recorrido, erroneamente, à teoria do domínio do fato. Foi para esse fim que a teoria foi utilizada, em clara malversação teórica. Essa a confusão suprema de nosso Supremo Tribunal, o pecado original que emerge da APn 470, nesse assunto.

4. OUTROS PROBLEMAS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO: DELITOS DE DEVER (“DELITOS ESPECIAIS”) E DOMÍNIO FUNCIONAL DO FATO (COAUTORIA)

A utilização equivocada da teoria do domínio do fato acima demonstrada deve constar no primeiro plano das preocupações da ciência e da prática judiciária. Hou-

95. GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 69.

96. Idem, p. 61 e ss., p. 87 e ss.

ve, no entanto, outras considerações a respeito da autoria e da participação que merecem, igualmente, atenção.

4.1 *Domínio do fato, delitos de dever e peculato (art. 312 do CP)*

Como se sabe, a teoria do domínio do fato não foi desenvolvida, por Roxin,⁹⁷ com pretensões de universalidade.⁹⁸ Ela não seria aplicável, especialmente, ao chamado grupo de *delitos de dever* (ou de infração de um dever).⁹⁹ Na nossa doutrina, conhecemos esses delitos como “delitos próprios” ou “delitos especiais”, ou seja, delitos que possuem uma restrição típica ao círculo de autores.¹⁰⁰ Nesses delitos, o fundamento da autoria não estaria no domínio do fato que exerce um autor qualquer, mas na violação de um dever que incumbe especialmente um sujeito em especial (a qualidade de funcionário público, o especial acesso ao bem jurídico ocasionado pela posição que ocupa etc.), e em razão disso é que apenas aquele que detém a qualidade exigida pelo tipo é que pode praticar o delito na condição de autor.¹⁰¹ N. Batista já esclareceu esse ponto entre nós desde a 1.^a edição de sua conhecida monografia em 1979: “o que importa é que a autoria, nesses casos, se subordina a

97. Deve-se distinguir entre as ideias centrais da teoria do domínio do fato e a conformação específica dada a essa ideia por Roxin. Evidentemente, Roxin não deu a primeira, nem a última palavra a respeito da teoria do domínio do fato. De todo modo, foi ele o maior artífice da teoria e, por exemplo, o verdadeiro criador da figura do domínio da organização. Os Ministros do STF, ao fundamentarem as suas posições, recorreram sempre às citações de Roxin, de forma que, como disse logo ao começo (l.), a minha tentativa é avaliar se das premissas teóricas oferecidas na decisão da APn 470 podem-se extrair as consequências jurídicas efetivamente retiradas.

98. GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 76 e ss.

99. ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011, p. 124 e ss.

100. BUSATO, *Direito penal*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 694 e s.; ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011, p. 109; ótima exposição em SOLER, *Derecho penal argentino* II, 5. ed., 1987, Buenos Aires, p. 295 e ss.

101. Por isso é que é equivocada a posição externada pelo Min. Napoleão Nunes Maia do STJ, ao julgar determinado crime tributário imputado a servidor público fazendários estadual: “Quanto ao primeiro ponto, conheço e reverencio o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à admissibilidade da coautoria e da participação nos chamados *crimes próprios* e, a princípio, também não via razão para tal orientação não ser igualmente aplicada ao crime contra ordem tributária” (voto-vista do Min. Napoleão Nunes Maia, No HC 121.408/SC, STJ, p. 8 do inteiro teor do acórdão). A coautoria em delitos especiais só é, em regra, possível caso ambos os coautores ostentem a qualidade exigida pelo tipo. O que pode ter ocorrido é que o Ministro tenha utilizado a expressão “coautoria” como sinônima de concurso de pessoas, tal como fazia de forma pouco técnica a redação original da parte geral do nosso CP de 1940. Corretamente contra a possibilidade coautoria sem que ambos os sujeitos sejam os “obrigados”, N. BATISTA, *Concurso de agentes*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 125.

esse elemento objetivo-pessoal”,¹⁰² e “nos crimes especiais, autor idôneo é apenas aquele vinculado ao dever”.¹⁰³ Também os delitos omissivos são delitos de dever, de modo que falar, por exemplo, em “domínio do fato” diante de um delito de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) é, em primeira vista, equivocado.¹⁰⁴ Do peculato (art. 312 do CP) só um funcionário público pode ser autor, o que, caso se diferencie autor de partícipe, não exclui a punição do *extraneus* por participação (instigação ou cumplicidade). O que o *extraneus* não pode ser, adotada a ideia de delitos de dever, é autor (imediato ou mediato).

O art. 29, *caput*, do CP, enuncia, como já foi visto (acima, 3.2), que todos que “concorrem” para o delito incorrem nas penas a ele cominadas. Assim, por óbvio, um *extraneus* não pode ser autor, sozinho, de um peculato, e cometeria, por exemplo, “apenas” uma apropriação indébita (art. 168 do CP). Caso, no entanto, um funcionário público esteja entre os “concorrentes”, o injusto do peculato está realizado, e todos os outros concorrentes praticam, assim, o peculato.¹⁰⁵ Haveria uma unidade no injusto (o injusto de peculato) e uma pluralidade de concorrentes, bastando que um deles possuísse a qualidade de funcionário público; seria essa “unidade no injusto” que permitiria que o *extraneus* “concorra” em delito próprio,¹⁰⁶ desde que, é claro, conhecesse a qualidade especial do concorrente qualificado.¹⁰⁷

Nesse particular, nossa regulação legislativa teve, como é sabido, clara inspiração italiana. Todavia, também entre autores italianos, e não apenas nos termos da chamada teoria dos delitos de dever, há uma impossibilidade de um *extraneus* ser autor de um delito especial, como esclareceu Grispiigni já em 1950: “(...) nei reati propri, nei quali l'extraneus può bensì essere istigatore o complice, ma mai coautore. Così nella corruzione passiva non è possibile raffigurare un coautore nell'extraneus perché l'accettazione deve essere posta in essere dal pubblico ufficiale corrotto”,¹⁰⁸ e mais recentemente Marinucci/Dolcini: “A nostro avviso, invece, autore di un reato proprio può essere soltanto l'intraneo: lo impone il principio

102. N. BATISTA, *Concurso de agentes*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 94 e ss.

103. Idem, p. 170: assim também ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011, p. 207; SOLER, *Derecho penal argentino II*, 5. ed., 1987, Buenos Aires, p. 295 e ss.

104. Ver GRECO; LEITE, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss., p. 76 e ss.

105. Ver SOLER, *Derecho penal argentino II*, 5. ed., 1987, Buenos Aires, p. 311.

106. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, vol. I., 3. ed., Padova, 1956, S. 392 f., S. 406; BATTAGLINI, *Diritto penale*, 3. ed., Padova, 1949, S. 459.; NAPPI, *Guida ao Código Penal*, 2. ed., Milano, 2008, S. 588 ff.; MANTOVANI, *Diritto penale*, 6. ed., Milano, 2009, S. 535 ff. DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, 1991, S.159 ff.

107. Sobre essa exigência subjetiva ver REALE JR., *Instituições de direito penal*, vol. I, 1. ed., Rio de Janeiro, 2002, p. 326.

108. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1950, S. 248.

di legalità”.¹⁰⁹ Parece ter sido a pena implacável de Manzini que prevaleceu entre nós e os reformadores de 1940 – afinal, a reforma de 1984 apenas acrescentou a expressão “na medida de sua culpabilidade” ao art. 29, *caput*, do CP. Manzini não destacava esse ponto, firme em sua afirmação de que vigia no Código Rocco o conceito unitário de autor: “(...) il Codice vigente non distingue tra le diverse forme di compartecipazione al reato”.¹¹⁰

O termo “concorrentes” presente no nosso art. 29¹¹¹ não deve ser interpretado aqui como “autores em sentido técnico”, mas como um supraconceito, característico de um sistema unitário. Desse modo, desde que haja entre todos os “concorrentes” um sujeito que detenha a qualidade exigida pelo tipo, todos incorrerão nas penas, por exemplo, do delito de peculato. O mais problemático nesse contexto é o art. 30 do CP, que trata da “comunicabilidade das circunstâncias”.¹¹² O art. 30 do CP cumpriria aqui, a meu ver, um papel equivocado. Equivocado, pois a expressão “comunicar a circunstância” significa adscrever a um sujeito a qualificação faltante (no caso, de funcionário público), ou seja, transformá-lo em *autor* idôneo do delito “especial” (ou de dever). Por essa via, o art. 30 do CP realiza justamente aquilo que deveria ser evitado: que um sujeito sem a qualificação exigida pelo tipo – exigência decorrente de uma decisão político-criminal do legislador – seja autor *em sentido técnico* do delito. Porque a punição como mero partícipe em sentido amplo (ou como “concorrente”, se assim se quiser) já era possível a teor da redação amplíssima do art. 29.

Seria relevante perguntar se não seria mais justo prever uma redução de pena para o partícipe *extraneus*. O particular que participa do injusto praticado pelo funcionário público realiza um injusto de menor gravidade do que este, já que parte do conteúdo de injusto da conduta está precisamente na violação de um dever funcional e, em razão disso, merece uma pena menor. Uma saída seria propor, como fez Ortiz, a aplicação do art. 29, § 1.º, do CP, que prevê a figura da “participação de menor importância”.¹¹³ Essa saída é, de *lege lata*, bastante inteligente, mas

109. MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 3. ed., Milano, 2009, S. 405.; siehe auch FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, 6. ed., Bologna, 2009, S. 525 ff.

110. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, 4. ed., Torino, 1961, S. 506 ff. Assim também ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 10. ed., Milano, 1987, S. 470 ff. Contra essa posição, CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Rio de Janeiro/Curitiba, 2006, p. 349.

111. Ver as magistrais considerações de BRUNO, *Direito penal*, t. 2, 3. ed., Rio de Janeiro, 1967, p. 262 e ss.

112. Ver REALE JR., *Instituições de direito penal*, vol. I, 1. ed., Rio de Janeiro, 2002, p. 325 CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Rio de Janeiro/Curitiba, 2006, p. 375 e s. Sobre os problemas da comunicabilidade das circunstâncias as ainda hoje atuais reflexões de SOLER, *Derecho penal argentino II*, 5. ed., 1987, Buenos Aires, p. 307 e ss.

113. ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011, p. 211 e ss.; de *lege lata* resta o art. 29, § 1.º, do CP, a participação de menor importância.

creio que não resolve o problema. Afinal, a peculiaridade dos delitos especiais ou delitos de dever¹¹⁴ é precisamente a de que, nesses casos, o grau de atuação ou o “domínio do fato” não são determinantes, e perdem importância se comparados à relação do autor com o dever que lhe incumbe. É exatamente esse fato que separa os chamados delitos de domínio dos delitos de dever.¹¹⁵ Assim, não é incomum que o *extraneus* participe tenha contribuição decisiva para o delito, e ainda assim não poderá ser considerado autor do delito.¹¹⁶ Ocorre que nesses casos tampouco seria possível falar em uma “participação de menor importância” nos termos do art. 29, § 1.º, do CP. O fato relevante é exatamente a ausência da qualidade exigida pelo tipo o elemento que, por si só, determinaria a existência de uma redução de pena, e não o grau concreto de participação, como dá a entender a redação desse dispositivo legal.

114. Como o leitor atento já percebeu, utilizo as expressões como sinônimas, pois não creio ser aqui o local para dar passos mais ousados em relação aos “delitos de dever”. O tema é complexo. Há vários trabalhos a esse respeito, além do de Ortiz: JOECKS in: JOECKS; MIEBACH (coords.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München: Beck, 2003 § 25 nm. 43; Heine, in: Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. ed., München: Beck, 2010, vor § 25 nm. 84; PARIONA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Baden Baden: Nomos, 2010, p. 71 e ss.; todos com ulteriores referências. Críticos SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar* § 25 nm. 43 e s.; J. H. CHEN, *Das Garantensonderdelikt*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 68 e ss., 108 e ss.; PIZARRO BELEZA, *Die Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten – Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft*, in: SCHÜNEMANN; FIGUEIREDO DIAS, *Bausteine eines europäischen Strafrechts*. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln etc., 1995, p. 267 e ss. (p. 271 e ss.); HOYER in: RUDOLPHI et alii (coords.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. ed., Köln: Luchterhand, 2000, § 25 nm. 22 e ss. Contrário a essa teoria, em Portugal, FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, p. 771. No Brasil, manifestou-se a esse respeito B. MOURA, *Autoria e participação nos crimes desde a empresa*, *Revista CEPPG* 25 (2011), p. 54 e ss. A escola de Jakobs erigiu essa categoria a uma das bases de sua teoria do injusto penal: JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. ed., Berlin/New York: DeGruyter, 1993, § 1 nm. 7, § 7 nm. 70 e s., § 21 nm. 115 e ss., § 29 nm. 57 e ss.; *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen: Schöningh Paderborn, 1996, p. 19 e ss.; *La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación*, trad. Cancio Meliá, in: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid 2001, p. 619 e ss.; SÁNCHEZ VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, p. 51 e ss. (*Delito de infracción de deber y participación*, Madrid: Marcial Pons, 2002); *Delito de infracción de deber*, in: MONTEALEGRE LYNETT (COORD.), *El funcionalismo en derecho penal*, vol. II, Bogotá: Externado, 2003, p. 273 e ss.; PERDOMO TORRES, *El concepto de deber jurídico, no mesmo volume*, p. 231 e ss. (248 e ss.); PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema jurídico-penal*, in: MONTEALEGRE LYNETT (COORD.), *El funcionalismo en derecho penal*, vol. I, Bogotá: Externado, 2003, p. 271 e ss. e ss. (p. 54 e ss.); MONTEALEGRE LYNETT; PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal*, Bogotá: Universidad Externado 2006, p. 49 e ss.

115. Sobre essa distinção GRECO; LEITE, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss., p. 75 e ss.

116. Parece ter sido esse o caso da APn 470, como demonstra o estudo de Augusto Assis, neste volume.

A expressão domínio do fato, corretamente, não apareceu no contexto do delito de peculato na APn 470,¹¹⁷ mas o fato de esse detalhe não ter sido sequer mencionado mostra que alguns Ministros do STF fizeram um uso bastante seletivo da teoria do domínio do fato, provavelmente reduzindo-a, como acima demonstrado, a um de seus desdobramentos, o domínio da organização, ou a toda forma de responsabilização de um sujeito que ocupa posição de destaque em uma organização. A teoria do domínio do fato, se adotada de forma geral para a distinção entre autor e partícipe, teria de ser aplicada em todos os delitos, e a sua exceção deveria ser justificada. Não se pode adotá-la parcial e seletivamente, assim como não se pode defender a teoria da possibilidade em relação ao dolo para uns delitos, e defender a teoria da indiferença, por exemplo, para outros.¹¹⁸ Ou seja: os Ministros que resolveram lançar mão da teoria do domínio do fato teriam de afirmar que o delito de peculato é um delito de dever, e a ele não se aplicaria o critério do domínio do fato. A exceção relacionada aos delitos de dever ou delitos especiais, como é o caso do peculato, estaria, sim, justificada, ao menos nos termos da formulação original de Roxin,¹¹⁹ mas essa explicação não se encontra na decisão, a qual sequer problematiza as questões relativas à autoria e à participação nos chamados delitos especiais ou de dever, e parece ter permanecido fiel às penas de Manzini, que inspiraram o Código italiano que inspirou nosso dispositivo. O *modernismo* da teoria do domínio do fato é substituído aqui pelo *conservadorismo* máximo. Manzini, não Roxin.

A razão para essa dupla face da decisão da APn 470, como já foi visto, é a utilização equivocada do termo “domínio do fato”. Em outras palavras, domínio do fato não é, para o STF, uma *teoria* para a distinção entre autor e partícipe no direito penal, mas uma *razão* que fundamentaria a punição de um sujeito em determinadas circunstâncias (3.4). Se é assim que o STF pretende, a partir de agora, utilizar o termo domínio do fato, mais honesto seria que *escolhesse outro nome* – admitindo, assim, que está livremente criando o direito, e não aplicando uma teoria científica –, ou que abrisse mão de buscar apoio na ciência jurídico-penal, na medida em que essa forma de argumentar não encontra precedente em lugar algum, muito menos em Roxin, utilizado largamente como supedâneo de autoridade pelos Ministros de nosso STF. Porque o STF é, sim, livre para interpretar as teorias jurídicas – que não são propriedade de nenhum jurista ou tribunal –, mas não é livre para tirar as conclusões que melhor lhes aprouver de uma teoria existente.¹²⁰ Poderiam nem se-

117. A esse respeito ver o estudo de Augusto Assis neste volume.

118. Sobre essas teorias ver GRECO, Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, in: PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, trad. Luís Greco, São Paulo, 2004, p. IX e ss.

119. Ver GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 76 e ss.

120. Em razão disso é que é que considero equivocada a opinião expressada por Ives Gandra Martins in: *Tendências/Debates, Jornal Folha de São Paulo*, 22.10.2013, acessível em:

quer ter mencionado a teoria do domínio do fato – para o fim a que se propuseram, bastava a referência ao art. 29, *caput*, do CP –, mas, uma vez mencionada, o mínimo exigido é a coerência e o respeito às premissas teóricas apresentadas. O mais honesto seria, então, conceder outro nome à concepção de alguns dos ministros do STF – um candidato seria *teoria do domínio da posição* –, mas então viria à tona o fato de que os Ministros não aduziram nenhum argumento em favor de um modelo de responsabilização pela posição, e contentaram-se em citar, como recurso à autoridade científica, a prestigiada teoria do domínio do fato.

4.2 Coautoria e domínio funcional do fato

Por vezes, deixamo-nos guiar por um pernicioso fetichismo de palavras. Tão logo surge um termo, esquecemos de observar e analisar o conteúdo que o integra, e logo tiramos conclusões do termo. Finalismo e funcionalismo são candidatos fortes a destilar esse mortal feitiço. Domínio *final* do fato e domínio *funcional* do fato nada têm a ver com o sistema de delito, finalista ou funcionalista, em que surgem. “Roxin é funcionalista, por isso sua teoria deve ser designada de domínio funcional do fato” seria uma forma pedestre de argumentar. Os ministros do STF não argumentaram, aparentemente, dessa forma, mas é saudável advertir em relação a essa utilização do termo.¹²¹ O domínio funcional do fato é a ideia reitora que fundamenta, nos termos da teoria do domínio do fato, a *coautoria* em direito penal, isto é, instaura a possibilidade da chamada *imputação recíproca*.

Em relação ao delito de lavagem de dinheiro, o Min. Luiz Fux recorreu ao termo do domínio funcional do fato, de maneira correta, ao dizer: “Já a atuação do 21.º réu (João Cláudio Genu) se encarta na hipótese de coautoria nos exatos limites da

[www1.folha.uol.com.br/opinioao/2013/10/1360084-ives-gandra-da-silva-martins-o-direito-e-a-liberdade-do-interprete.shtml] (acessado em: 19.12.2013). O consagrado jurista, lido por toda a nossa geração, afirma: “Em direito, não há marcas e patentes a serem preservadas, e a Min. Rosa Weber (Supremo Tribunal Federal), quando a ela se referiu, apresentou-a conforme sua leitura”. Caso um Ministro queira oferecer “a sua leitura” a uma determinada teoria deve deixar, então, esse fato claro e renunciar às citações dos autores que defendem “leituras diversas”. As referências a Roxin e à sua teoria do domínio do fato são usadas como argumentos de autoridade. A frase do jurista Ives Gandra Martins sugere que os Ministros são livres para atribuírem as leituras próprias sobre determinada categoria a um autor que defende concepção diversa, o que seria absurdo, ou ainda que seria possível se apropriar de um nome de uma determinada teoria e atribuir-lhe, todavia, conteúdo diverso. Não se pode atribuir a nenhum cientista uma concepção que ele nunca defendeu, quando mais para fundamentar uma condenação criminal, embora tenha se tornado corrente nos tempos atuais, especialmente nas redes sociais, a atribuição de citações a autores de forma equivocada. Quando esse empreendimento invadir as decisões judiciais, que encarceram homens de carne e osso, há muitos motivos para se assustar.

121. Essa advertência em GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 90.

teoria do domínio funcional do fato. Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores são aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal” (f. 55.674). O mesmo Ministro, em relação ao crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, enunciou os aspectos gerais do que ele chama de “coautoria funcional” (f. 54.300 e ss., f. 54.309 e ss.): “Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores seriam aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal. (...)”. “O domínio funcional do fato encontra sua aplicação por excelência na coautoria funcional. Segundo ela, a configuração da coautoria prescinde da realização por parte do agente de todos os elementos objetivos do tipo. Ao revés, revela-se suficiente que, na divisão prévia de tarefas, a conduta atribuída aos agentes seja imprescindível ao atingimento do fato punível. Isto significa dizer que não é exigida dos coautores a prática da conduta descrita no núcleo do tipo penal, mas tão somente que a fração do ato executório por eles praticadas seja indispensável, diante das singularidades do tipo penal e do caso concreto, para a consecução do ilícito penal. Daí é de que questionar. Como examinar se essa atuação, dentro da distribuição prévia de tarefas, é efetivamente essencial para a realização do delito? O equacionamento desta indagação é de suma importância, porquanto permite objetivamente aferir no caso concreto se a atuação do agente qualifica-se como hipótese de coautoria ou mera participação. E, como se sabe, são inegáveis os reflexos práticos desta distinção na vida dos acusados” (f. 54.311).

As afirmações acima não estão de todo incorretas, mas são imprecisas ou incompletas. A coautoria possui como requisitos a (a) decisão comum de praticar o fato e (b) uma contribuição individual relevante para a realização conjunta do plano idealizado.¹²² A verificação cumulativa desses dois requisitos concede aos coautores o *domínio funcional do fato* e instaura o que se conhece por *imputação recíproca*: o comportamento de um coautor é imputado ao outro coautor, surgindo um comportamento comum.¹²³ Afinal, nem todos os coautores realizam todas as condutas típicas. Esses requisitos são o fundamento e, ao mesmo tempo, o limite da coautoria – o excesso de um coautor, por exemplo, não pode ser imputado ao outro.¹²⁴ Na exposição do Min. Luiz Fux, faltou especialmente a referência ao problema fundamental da necessidade de exigir uma contribuição efetiva *na execução do delito* para que se possa afirmar a coautoria.¹²⁵ O Ministro afirma, corretamente, que os coautores “desempenham uma participação importante e necessária ao

122. ROXIN, Strafrecht II, nm. 188 e ss.

123. Idem, ibidem.

124. Idem, nm. 194 e ss.

125. Idem, nm. 198 e ss. Esse ponto é bastante controvertido. Vários autores e também a jurisprudência alemã consideram uma contribuição altamente relevante nos atos preparatórios

cometimento do ilícito penal". Essa pergunta é fundamental, pois um dos sujeitos que intervém no delito pode oferecer a sua contribuição ao plano comum na fase de atos preparatórios,¹²⁶ isto é, antes de iniciada a execução do delito. É preciso decidir a controvertida questão sobre se essa contribuição é suficiente para afirmar o domínio funcional do fato e, assim, a condição de coautor do sujeito. Mais fundamental é perceber que domínio funcional do fato é apenas uma ideia reitora, e é preciso atentar justamente para os requisitos que fazem essa espécie de domínio surgir: a mera referência ao termo domínio funcional do fato é insuficiente para *fundamentar* a coautoria em direito penal.

5. DOMÍNIO DO FATO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: TEORIA PROCESSUAL?

Além das confusões *materiais* em torno da teoria do domínio do fato, há uma desconfiança, já manifestada em alguns estudos,¹²⁷ de que tenha ocorrido, na APn 470, uma espécie de utilização *processual* da teoria do domínio do fato.

Não é preciso gastar em demasia a tinta da editora para discorrer sobre a obviedade de que toda teoria jurídica, dada a sua conformação, os seus critérios, instaura a necessidade de se produza prova dos elementos considerados relevantes: caso se defenda, por exemplo, a teoria da inevitabilidade na causalidade e imputação dos crimes omissivos, é preciso produzir prova no sentido de que a ação mandada teria, com probabilidade próxima da certeza, evitado o resultado que se produziu.¹²⁸ Só assim poder-se-á *condenar* o acusado. Esse é um ponto. Outro ponto é a força conformadora que o processo penal possui em relação ao direito penal, em alusão ao famoso estudo de Peters.¹²⁹ Por vezes, conformamos as teorias jurídico-penais para obter, por exemplo, facilitações na produção da prova: os crimes de perigo abstrato oferecem um bom exemplo a esse respeito. Essa facilitação pode ser mera consequência da teoria defendida ou pode ter sido perseguida já na formulação da teoria material. A despeito dessa discussão, o fato é que a teoria do domínio do fato não é uma teoria processual. Ela altera, evidentemente e como toda teoria jurídica, alguns requisitos que eventualmente devem ser objeto da produção probatória. Mas, de novo, *não é uma teoria processual*. Quem seria absolvido por ausência de provas sem ela, deve ser absolvido com ela.

como suficiente. Roxin, ao contrário, com base em sua teoria do domínio do fato, exige uma contribuição relevante nos atos executórios.

126. O Min. Luiz Fux parece, após, ter percebido esse detalhe, e fala, sem adentrar na disputa teórica, que o determinante é "a fração do ato executório por eles praticadas seja indispensável".

127. Ver a nota de rodapé n. 1

128. GRECO, ZIS 2011, p. 674 e ss.

129. PETERS, *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*, 1963.

Durante o julgamento da APn 470, houve uma série de manifestações a respeito da compatibilidade da teoria do domínio do fato com o *princípio constitucional da inocência*, como se lê, por exemplo, no voto do Min. Celso de Mello (f. 56.819 e ss.): “cabendo enfatizar, ainda, por necessário, que essa concepção doutrinária não se coloca em relação de antagonismo com o direito penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a presunção constitucional de inocência, inerente ao nosso modelo constitucional. Cabe insistir na observação de que a mera invocação da teoria do domínio do fato não basta, só por si, para exonerar o Ministério Público do gravíssimo ônus de comprovar, para além de qualquer dúvida razoável, e sempre com apoio em prova idônea, lícitamente produzida sob a égide do contraditório, a culpabilidade do réu, pois – nunca é demasiado reafirmá-lo – o princípio do estado de inocência, em nosso ordenamento jurídico, qualifica-se, constitucionalmente, como insuprimível direito fundamental de qualquer pessoa, que jamais se presumirá culpada em face de acusação penal contra ela formulada, tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado”. Também o Min. Ricardo Lewandowski tocou nesse ponto quando decidia a respeito do cometimento do delito de corrupção ativa pelo acusado José Dirceu (f. 56.565): “Incapaz, portanto, de comprovar as acusações lançadas contra *José Dirceu*, o Ministério Público recorre, num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada ‘teoria do domínio do fato’. Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo *Parquet* como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado. No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém”. Embora em contraposição quanto ao resultado nesse caso de corrupção ativa, do ponto de vista teórico também o Min. Gilmar Mendes reprimiu qualquer utilização da teoria do domínio do fato como substituta da ausência de provas (f. 56.771 e ss.): “Por fim, a despeito das observações do Ministro Revisor, observo que a teoria do domínio do fato não constitui uma retórica argumentativa estrangeira para abarcar situações carentes de prova ou justificativa para elastecer o conceito de autoria. (...) Observo, por fim, que, diferentemente do sustentado, a teoria do domínio do fato não é algo novo, casuisticamente empregado”. Essa repulsa do Min. Gilmar Mendes é justificada.

Foi, no entanto, a Min. Rosa Weber, às f. 56.845, quem escancarou a possibilidade da utilização processual da teoria do domínio do fato: “Em função ainda da teoria do domínio do fato. Pelo menos no meu voto, pela forma de julgamento segmentado, às vezes as premissas teóricas ficaram um pouco afastadas. O que aconteceu? Inúmeras defesas invocaram a inépcia da denúncia por falta de individualização das condutas. De fato, quando se tratava do núcleo político, havia nome,

endereço, telefone, CPF. Havia tudo. Agora, com relação ao núcleo operacional, especificamente ao núcleo societário, não só o Banco Rural, mas ainda com relação às empresas de Marcos Valério, no que dizia respeito a Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça. Só esse pequeno registro, porque não enfatizei”.

Seria impossível obter maior clareza (“a teoria do domínio do fato ajudava na argumentação (...”). Os autores preocupados em estudar a decisão judicial em toda a sua complexidade, como por exemplo Rottleuthner na Alemanha,¹³⁰ encontrariam aqui uma honestidade completa, uma declaração quase despidorada dos verdadeiros motivos da utilização da teoria do domínio do fato. Um alento, já que, em regra, as reais motivações permanecem inescrutáveis, revestidas que estão por argumentos de festim. O equívoco fundamental, a saber, o de confundir uma teoria jurídico-material com uma teoria jurídico-processual, encontra nessa passagem da Min. Rosa Weber sua feição mais acabada. E é justamente daqui que impende repetir, quantas vezes se fizer necessário, que a teoria do domínio do fato não é genuinamente uma teoria processual – ou seja, argumentar, por exemplo, em favor da aptidão de uma denúncia nos termos do art. 41 do CPP aludindo à teoria do domínio do fato é uma manipulação grosseira da teoria, um modo argumentativo a ser combatido.

O Min. Celso de Mello também enunciou, no contexto das afirmações sobre a teoria do domínio do fato, a inexistência de *responsabilidade penal objetiva* em nosso direito penal: “o sistema constitucional e com a regulação normativa, pelo Código Penal, do concurso de pessoas, e tendo em vista, sobretudo, o que venho de acentuar em torno da jurisprudência desta Corte que ampara, sem restrições quaisquer, a presunção constitucional de inocência, cabe repelir a alegação, de todo inadmissível, de que a teoria do domínio do fato poderia ensejar o reconhecimento da responsabilidade penal objetiva dos réus” (f. 56.821). Responsabilidade penal objetiva significa prescindir de dolo ou de culpa para a imputação de responsabilidade, e essa pecha pode ser atribuída à decisão da APn 470 caso se entenda, como parece ter sido o caso, que a mera posição do sujeito em determinada hierarquia é suficiente para fundamentar a sua responsabilidade penal na condição de autor de um delito.

A preocupação em exclamar repetidamente que a teoria do domínio do fato não é uma teoria processual, isto é, jamais supre provas ausentes, é produto da compreensão completamente equivocada da teoria, a qual, porém, se revelou nos votos

130. ROTTLEUTHNER, *Reicherliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, Frankfurt am Main, 1973.

de alguns Ministros na APn 470. Seria desnecessário advertir nesse sentido, caso a teoria fosse utilizada de maneira correta, a saber: como teoria que serve à distinção entre autor e partícipe, e não como teoria processualmente fundamentadora da punibilidade. Como o contexto por excelência de utilização da teoria foi a fundamentação da autoria de sujeitos que gozavam de especial posição hierárquica (acima 3.4), surgiu a justa desconfiança de que, talvez, o recurso à teoria do domínio do fato tenha sido uma vestimenta teórica, pretensamente em dia com a teoria do crime contemporânea, mas que serviria apenas para suplementar provas faltantes. Essa desconfiança, especialmente confirmada no voto da Min. Rosa Weber, tem toda a razão de ser – se, de fato, havia provas a sustentar as condenações é assunto que escapa à competência da ciência jurídica.¹³¹

6. CONCLUSÃO A RESPEITO DA AUTORIA E DA PARTICIPAÇÃO NA APn 470: DOMÍNIO DO FATO COMO PARÁFRASE E O DOMÍNIO DA POSIÇÃO

O STF fez uso de um método, cujos equívocos foram denunciados pelos teóricos da chamada jurisprudência dos interesses¹³² em contraposição à corrente contrária da época, a jurisprudência dos conceitos, a saber: o *método da inversão*.¹³³ O conceito de *domínio do fato* foi utilizado como termo vazio, descomprometido com o teor semântico que a ciência lhe emprestara ao longo de anos de discussão científica, e, em uma acrobacia interpretativa, retirou-se do conceito aquilo que nele se havia anteriormente colocado. Inventou-se um conteúdo para a ideia de domínio do fato – o de que a teoria do domínio do fato (melhor: *domínio da posição*) se prestaria

131. Como já afirmei – mas em assunto rumoroso nunca é demais –, minha base indutiva é a decisão publicada, e não os autos do processo. Desconheço, pois, as provas produzidas ao longo da instrução.

132. Defendida sobretudo por Phillipp Heck no final do século XX e começo do século XXI, e que entendia, a grosso modo, que o processo de obtenção do direito não se dava pela procura de representações gerais presentes desde sempre na comunidade, mas “por meio de uma ponderação dos interesses feita pelo juiz no caso concreto”, e isso não apenas nos casos de “preenchimentos de lacunas da lei” (HECK, *Interessenjurisprudenz und Gesetzesstreue*, in: ELLScheid; HASSEMER, *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, 1974, p. 32 e ss., p. 33). A tradução “jurisprudência dos conceitos” (*Begriffjurisprudenz*), embora difundida, não é de todo precisa, na medida em que “jurisprudência” nesse contexto quer dizer “ciência do direito” – jurisprudência no sentido de conjunto de decisões judiciais seria, em alemão, *Rechtsprechung*. A tradução é, também, equívoca, na medida em que pode significar que se tratava de uma teoria da “jurisprudência”, ou seja, da forma de decidir dos juízes, quando na verdade se tratava de uma teoria mais geral, que levava em conta também o trabalho legislador. Com esse esclarecimento, resolvi manter a tradução em razão de sua larga tradição em nosso vernáculo.

133. Ver em detalhes HECK, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, in: ELLScheid; HASSEMER, *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, 1974, p. 41 e ss., p. 42 e s.

a fundamentar a responsabilidade de um sujeito que ocupa posição de destaque em uma hierarquia – e, num segundo momento, deduziram-se as conclusões mais concretas do conceito forjado de domínio do fato: *como* a teoria do domínio do fato determinaria que sujeitos em posição de comando possuem o domínio do fato dos fatos puníveis que ocorrem abaixo deles, *então* os sujeitos que gozavam dessas posições e que contavam como acusados na APn 470 seriam autores dos fatos puníveis. Contra esse tipo de equívoco interpretativo devemos lutar incansavelmente.

Alguns Ministros de nossa Corte, sem meias palavras, inventaram de forma livre uma forma de conceber a autoria e a participação no direito penal, e, para conceder autoridade científica ao que acabaram de inventar, usurparam o nome de uma famosa e já clássica teoria, a teoria do domínio do fato. A teoria do domínio do fato no julgamento da APn 470, tal como ela foi concebida, não passou de uma *paráfrase*. Uma palavra anêmica, mas de consequências drásticas. Os juízes e tribunais que considerarem a expressão domínio do fato como suficiente para fundamentar a autoria de sujeitos acusados de delitos estarão eternizando um engodo. Tivessem os Ministros do STF dispensado a autoridade científica da teoria do domínio do fato e tentado fundamentar, com argumentos jurídicos, o que chamei de *teoria do domínio da posição*, e teríamos, quem sabe, a possibilidade de discutir a admissibilidade, os fundamentos e os limites dessa “espécie” de responsabilização penal.

7. DEPOIS DA APn 470: ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA DISTINÇÃO ENTRE AUTOR E PARTÍCIPE NO DIREITO PENAL E A LIÇÃO DA APn 470

Era penosa a missão do STF na APn 470, e há que se ter compreensão em relação às dificuldades e à alta responsabilidade da Corte. No limite das minhas forças, tive dificuldade para ler e apreender o conteúdo das mais de 8.000 páginas de decisão da APn 470: imagino a dificuldade dos magistrados para escrevê-las. A ciência, todavia, não existe para “render homenagens” e nem para destacar “o brilhantismo dos ministros” – frase que antecede, em regra, a crítica mordaz e desleal, como o abraço falso que antecede a punhalada –, mas para apontar sobriamente os méritos e defeitos de uma decisão judicial já tomada. Toda a tentativa acima empreendida foi no sentido de encontrar, nas por vezes desconexas manifestações individuais dos ministros, considerações generalizáveis, isto é, passíveis de serem aplicadas a outros casos concretos do porvir. Afinal, não há que se crer que a teoria do domínio do fato tenha sido mencionada de forma *ad hoc* apenas para a APn 470, e que nunca mais surja em decisões judiciais. Muito ao contrário (acima 2).

Justamente no sentido equivocadamente utilizado por alguns ministros do STF na APn 470 é que o termo domínio do fato tem invadido a prática forense, e já surge em decisões, por exemplo, do STJ. É emblemático nesse sentido o HC 260.390/PE, publicado em 19.11.2013. O delito imputado é o crime tributário previsto no art. 1.º da Lei 8.137/1991, ou seja, um delito especial, de dever, no qual seria,

aplicada corretamente a teoria, descabido falar em domínio do fato. Ocorre que o termo surge, repetindo o equívoco de alguns Ministros do STF, no sentido de fundamentar a punibilidade de um sujeito a partir da posição que ele ocupa em determinada estrutura hierárquica: “Esclarece, ainda, todo o *modus operandi* utilizado na prática dos crimes, inclusive com a inserção de croqui demonstrando toda a estrutura delituosa e os envolvidos na fraude, destacando que o denunciado era único sócio responsável pela administração da empresa, com poder de mando gerencial e tendo pleno *domínio dos fatos* praticados na contabilidade da empresa, sendo responsável pela ocorrência da redução indevida do tributo” (destaquei, p. 7 do voto da rel. Min. Marilza Maynard).

Há um alvissareiro alento vindo de uma decisão isolada do Min. Castro Meira, do STJ, na APn 439/MG. O Min. compreendeu a teoria do domínio do fato, ao contrário de alguns ministros do STF, da forma correta, isto é, como teoria para a distinção entre autores e partícipes: “Nem se diga que o caso viria a encontrar solução na denominada teoria do domínio do fato, pois esta não deve ser utilizada como elemento de imputação de responsabilidade, mas apenas para distinguir entre autores e partícipes” (p. 11 do voto).¹³⁴ Também o Min. Jorge Mussi, do STJ, parece não ter, corretamente, se contentado com mera indicação da posição de comando do acusado, e exigiu, para o recebimento da denúncia, a demonstração adicional que o acusado “possuía domínio do fato, ou seja, tinha conhecimento da conduta criminosa e, tendo o poder de impedi-la, não o fez” (p. 13 e ss. do voto no HC 34.997/RJ, publicado em 24.04.2013). Há, portanto, decisões que já demonstram uma percepção de que a utilização da teoria do domínio do fato por alguns dos ministros do STF foi equivocada.

A decisão da APn 470, repleta de imprecisões técnicas documentadas acima – das quais nenhuma decisão em temas tão controvertidos está livre –, representa um relevante ensejo para que, enfim, discutamos a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *A decisão não é um exemplo a ser seguido, mas é certamente um exemplo a nunca ser esquecido.* Se há algo de positivo do ponto de vista científico na decisão foi a tematização dos problemas da autoria e da participação, tema que, provavelmente pela redação de nosso art. 29 do CP e pela pena firme e influente de Nélson Hungria, andava relegado ao ostracismo. *Essa é a grande lição que devemos tirar da APn 470 em matéria de autoria e participação.* Temos a oportunidade, enfim, de iniciar uma profunda discussão sobre os fundamentos e limites da autoria e da participação no direito penal. O momento é de rememorar o esquecido convite que Bruno fez aos penalistas “para que se prossiga em especificar e caracterizar, como

134. O Min. Castro Meira lançou mão, para fundamentar a sua afirmação, de texto de Pierpaolo Bottini: BOTTINI, Aplicação da teoria do domínio dos fatos na APn 470, *Conjur*, 13.07.2013, acessível em: [www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470] (acessado em: 19.12.2013).

tão laboriosamente tem feito a ciência do Direito Penal, desde os práticos da fase intermediária, as situações que resultam, com reflexo na responsabilidade, no grau de participação real no atuar típico e da intensidade da deliberação no seu cometimento, sendo certo que a definição das categorias fundamentais da co-delinquência, na doutrina, representa, em relação à concepção unitária que vigorou em certo período, notável progresso científico”.¹³⁵ O primeiro passo é avaliar a discussão nacional, que já conta com interessantes estudos monográficos, como os pioneiros de Leiria,¹³⁶ Figueiredo Ferraz¹³⁷ e N. Batista,¹³⁸ o de Greco,¹³⁹ o de Souza Santos,¹⁴⁰ o de Ortiz¹⁴¹ e o ainda não publicado estudo de U. Gomes.¹⁴² Tentar extrair de nossos estudos um estado atual da discussão é o primeiro passo, o qual deve ser sucedido de uma percuciente análise da discussão internacional, para, enfim, enunciar critérios gerais que estejam cientificamente bem fundamentados e que sirvam à prática judiciária. A crítica à decisão serve essencialmente, pois, para indicar os rumos da discussão futura.

Afinal, a distinção entre autor e partícipe possui inegável plausibilidade cotidiana. Caso A empreste uma caneta para que B escreva uma carta injuriosa a C, nenhum homem do povo negará que as formas com que A e B intervieram na produção do delito são estruturalmente diversas. E o que dizer da mãe de A, senhora D, que deu a caneta de presente a A, sabendo de sua possível futura destinação? Ela, a senhora D, é tão “autora” da injúria quanto B? Não seria mesmo um direito dos cidadãos saber exatamente qual é o título de sua intervenção em um delito? Não se trata de rótulos dogmáticos sem importância prática, de mera filigrana jurídica – quem considera o empreendimento dogmático rigoroso um adorno de juristas de gabinete desconectados da realidade social percebeu, no mais tardar agora, com a decisão da APn 470, como faz falta uma ciência rigorosa.¹⁴³ A existência de uma ciência

135. BRUNO, *Direito penal*, t. 20, p. 264.

136. LEIRIA, *A autoria e a participação criminal*, 1974 (recentemente reeditado pela Nuria Fabris, Porto Alegre, em 2010).

137. FIGUEIREDO FERRAZ, *A co-delinquência no direito penal brasileiro*, São Paulo, 1976.

138. N. BATISTA, *Concurso de agentes*, amplamente citado nesse estudo.

139. GRECO, *Cumplicidade por meio de ações neutras*, já citado na nota de rodapé n. 40.

140. SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, São Paulo: Manole, 2004.

141. ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, amplamente citado.

142. U. GOMES, *O conceito de autor e a comunicação de circunstâncias pessoais*, Dissertação de Mestrado UERJ, 2013.

143. Algumas fontes buscadas pelo STF na doutrina, como, por exemplo, na monografia de Damásio de Jesus e no artigo de Lênio Streck publicado em site da Internet, também padecem de sérias imprecisões teóricas (sobre elas cf. GRECO; LEITE, O que é e o que não é a teoria do domínio do fato, RT 933, 2013, p. 61 e ss., p. 82 e ss., n. 91), de modo que também é o momento de a ciência fazer um *mea culpa*.

preocupada menos com divagações atmosféricas e mais com os problemas reais da teoria do delito talvez não tivesse evitado que a APn 470 contivesse equívocos de outras sortes, mas teria seguramente evitado que o nosso STF se sentisse tão livre para especular sobre categorias jurídicas a respeito das quais discute-se há mais de um século. Além da irrepreensível plausibilidade cotidiana da distinção entre autor e partícipe, a distinção contém consequências jurídicas práticas: a participação é acessória e, nos termos da chamada acessoriedade limitada,¹⁴⁴ necessita de um fato principal antijurídico, sem o qual deve permanecer impune; não pode haver autoria mediata, por sua vez, em determinados delitos, como os delitos de mão própria (o falso testemunho por exemplo); um *extraneus* não pode ser coautor de um delito especial, mas pode ser partícipe em sentido estrito (cúmplice e instigador) etc.

Alguns Ministros STF fizeram um esforço no sentido de buscar legitimidade científica para as suas decisões, mas cometeram um sem número de equívocos acima documentados, que, se não apagam o valor da atitude de buscar na ciência o fundamento de suas decisões, diminuem em muito o valor desta decisão para o futuro. Um equívoco especialmente grave foi a usurpação da teoria do domínio do fato para uma utilização a ela estranha: alguns ministros criaram uma teoria do *domínio da posição*, e anunciaram tratar-se da reativamente vetusta teoria do domínio do fato. A APn 470 deve ser, assim, não o precedente a fazer escola sobre a autoria e a participação no direito penal, mas o ensejo fundamental para a discussão desse tema. O que deve permanecer vinculante é a força e a correção dos argumentos, e não a graduação do tribunal que proclama a decisão. *A APn 470 não deve ser o fim, mas o começo do debate.*

8. CONCLUSÃO GERAL

A análise da decisão da APn 470 conduziu a alguns resultados, dos quais destacam-se especialmente dois: o da (a) a impossibilidade de que se considere essa decisão como um precedente a fazer escola (2, 4); e o de que (b) a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato não foi a necessidade de distinguir entre autor e partícipe no direito penal, mas a necessidade de fundamentar a responsabilidade daqueles que ocupam posição de comando, criando uma espécie de autoria por domínio da posição, que nada tem a ver com a teoria do domínio do fato (3, 5).

Na epígrafe acima transcrita (2), o Min. Ricardo Lewandowski, em alusão ao cenário que envolvia o Ato Institucional n. 5, cita frase atribuída a Pedro Aleixo, dirigida ao General Costa e Silva: “eu não estou preocupado com o uso que Vossa Excelência fará dele com suas honradas mãos, mas estou preocupado com o guarda da esquina”. Nunca me convenci da retidão dessa frase. Ao contrário, nela sempre senti um inconfessável tom aristocrata. Afinal, a medalha, a toga suprema e a investidura

144. Ver por todos CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, p. 364 e ss.

máxima, além de não imunizarem de equívocos, aumentam a responsabilidade caso eles surjam. Não devemos temer o uso da teoria do domínio do fato pelos guardas de esquina, desde que eles usem a teoria, ao contrário de alguns ministros do STF, de forma correta. Não há o que temer, especialmente na medida em que, diante de um Código cuja letra não distingue entre autor e partícipe, a teoria do domínio do fato pode apenas atuar como *limitadora* – transformando, em regra, o “concorrente” em partícipe em sentido estrito ou, no máximo, transformando em autor em sentido técnico quem já seria de todo modo “concorrente” – e não como *fundamentadora* – transformando absolvido em condenado – da responsabilidade penal.

É possível, ainda assim, que a criminalidade econômica se veja, a partir de agora, confrontada constantemente com o emprego equivocado da teoria do domínio do fato – o domínio da posição travestido de domínio do fato –, o que pode resultar em desalentadores resultados. O maior medo, no entanto, não reside na graduação da instância decisória, mas no outro polo, na graduação dos acusados. Há muitas razões para temer o uso da *teoria do domínio do fato* diante de acusados, não da classe dominante, mas dos desvalidos, que serão encarcerados dia após dia com base em uma *paráfrase*, tão vazia quantos os seus bolsos – e assim o *direito penal de autor*, especialmente presente no direito penal das drogas, terá encontrado na teoria do domínio do fato uma fiel irmã de passaporte tedesco falsificado. Também contra esse tipo de malversação teórica devemos lutar. Que esse medo encontra fundamento na realidade, comprova-o a leitura da ementa do HC 188.610/RJ, de relatoria da Min. Laurita Vaz e publicado em 16.10.2013, a respeito da prática do delito de tráfico de drogas praticado no interior de presídios: “ao contrário da tese da Defesa, a denúncia notícia que os Pacientes possuíam o domínio final do fato, pois receberiam a droga no interior do presídio, no momento da visita de suas mulheres, sendo certo que, por determinação destes, as corrés traziam consigo as drogas no interior de seus corpos, razão pela qual restou configurada, na hipótese, a agravante prevista no art. 62, II, do CP”.

A teoria do domínio do fato, tal como foi concebida originariamente na ciência jurídica, nada tem a ver com a decisão da APn 470. A teoria do domínio do fato, essa enxuta quinquagenária, não é novidade. A teoria do domínio do fato, tal como foi compreendida na APn 470, como *domínio da posição*, essa sim. Foram as honradas mãos de alguns dos Ministros de nosso STF que fizeram equivocado uso da teoria do domínio do fato, e os erros dos guardas da esquina, espalhados pelas comarcas e tribunais do país, não seriam mais do que o esgotamento e a eternização desse equívoco advindo do plenário STF.¹⁴⁵ Os autores mediatos do equívoco

145. Gostaria de rememorar as considerações feitas acima (II) a respeito da dificuldade de enunciar a posição do STF, razão pela qual sempre me refiro aos votos individuais dos Ministros. Houve ministros que não incorreram nos equívocos acima apontados, o que pode ser depreendido da omissão de seus nomes neste estudo.

seriam, fossem os juízes e tribunais meros instrumentos, os votos de alguns ministros STF. Há, no entanto, juízes e tribunais neste país, inclusive no próprio STF. Há também uma ciência, e a ela incumbe, agora mais do que nunca, oferecer suporte teórico às futuras decisões judiciais. Aparentemente, fracassamos até aqui. Dar um primeiro passo em um novo sentido – foi isso o que animou o presente estudo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A teoria do domínio do fato no concurso de pessoas, de Damásio E. de Jesus – *RBCCrim* 27/103 (DTR\1999\286);
- Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG, de André Luís Callegari – *RT* 933/111 (DTR\2013\3778); e
- O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal, de Luís Greco e Alaor Leite – *RT* 933/61 (DTR\2013\3797).

64882

O DELITO DE PECULATO NA APN 470 DO STF – "CASO MENSALÃO"

*THE CRIME OF FRAUD BY ABUSE OF POSITION IN THE CRIMINAL CASE APN 470,
JUDGED BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT – "MENSALÃO CASE"*

AUGUSTO ASSIS

Mestre e Doutorando pela Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O estudo analisa criticamente as imputações por peculato na APn 470 do STF, o denominado "Mensalão". O artigo problematiza a condenação do réu Henrique Pizzolato, à época dos fatos diretor de *marketing* do BB, por peculato omissivo doloso, e demonstra que o correto teria sido imputar-lhe a prática de peculato comissivo doloso. O trabalho analisa ainda, a partir da regulamentação de concurso de agentes do nosso Código, a possibilidade de condenar, a exemplo do que ocorreu na APn 470, como autor, pessoas que não detêm a qualidade de funcionário público elencada pelo tipo de peculato.

PALAVRAS-CHAVE: Mensalão – Peculato – Peculato-apropriação – Conceito de posse – Peculato-desvio – Peculato-furto – Concurso de agentes.

ABSTRACT: The study critically examines the charges for fraud by abuse of position in the Criminal Case "APn 470", judged by the Brazilian Supreme Court, called the "Mensalão" Case. The article discusses the sentencing of the defendant Henrique Pizzolato, who, at the time of the facts, was marketing director at a Brazilian public bank – Banco do Brasil –, for committing fraud by abuse of position by omission, and demonstrates that it would have been right to impute him the practice of active fraud by abuse of position. The paper also analyzes from the rules of complicity of the Brazilian Code the possibility of condemning, as has occurred in the Criminal Case "APn 470", as a perpetrator of the crime who does not have the quality of a public official listed by the crime of fraud by abuse of position.

KEYWORDS: Mensalão – Fraud by abuse of position – Concept of possession – Complicity.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. Breve panorama fático do item referente ao "Bônus de Volume" (item III.2 do acórdão) – 3. Fundamentação e estruturação dos votos – 4. A imputação: 4.1 Peculato-apropriação; 4.2 Peculato-desvio; 4.3 Peculato-furto – 5. Concurso de agentes (art. 29 do CP) na decisão – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho é,¹ assim como os demais trabalhos desse volume, um comentário ao acórdão da APn 470 do STF, o denominado “Mensalão”. O comentário tratará das imputações por peculato, art. 312 do CP. É possível que a escolha do tema cause, em um primeiro momento, certa estranheza ao leitor: primeiro, porque as condenações por peculato não estão entre os assuntos mais comentados pela mídia que cobre o julgamento; segundo, porque a decisão, ao analisar tais imputações, não trouxe nada inovador do ponto de vista científico. Todavia, uma das imputações por peculato objeto da decisão possibilita a problematização de aspectos importantes da dogmática do delito de peculato, especialmente atinentes ao conceito de posse. Decorre daí a opção pelo tema.

O acórdão da APn 470 foi dividido em diversos capítulos, a exemplo do que havia sido feito com a denúncia.² As imputações de peculato foram julgadas no capítulo III,³ no qual foram analisadas quatro imputações de peculato, divididas em três subgrupos: duas imputações foram incluídas no item III.1 (Câmara dos Deputados),⁴ uma no item III.2 (Bônus de Volume),⁵ e a quarta no item III.3 (Visanet).⁶ Por conta da complexidade das imputações, do número de votos e da limitação de espaço, o presente comentário cuidará de forma mais detida apenas da imputação por peculato analisada no item III.2. Serão feitas, no entanto, menções pontuais a outras partes do acórdão. A escolha de priorizar esse subitem deve-se ao fato de ali estar contido o caso com a imputação acima mencionada. O ponto II do presente comentário trará, assim, uma breve descrição fática do item referente ao Bônus de Volume.

Antes de fazer uma análise dogmática da referida imputação (ponto 4), entretanto, serão tecidas críticas à estruturação e à fundamentação dos votos (ponto 3). Apesar de nem todos os aspectos do ponto 4 terem relação direta com as imputações por peculato, é importante ressaltá-los, pois, como será demonstrado, parte das imprecisões que serão criticadas no ponto 3 tem algumas de suas causas nos problemas de estruturação e fundamentação dos votos.

Por conta do elemento objetivo “funcionário público” previsto no art. 312 do CP, o círculo de pessoas que podem praticar o delito de peculato está inicialmen-

1. Sempre que não houver indicação, a página citada se refere ao acórdão. Optou-se por citar a paginação do acórdão (disponível em: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf]), e não dos autos.

2. Assim a explicação do relator, p. 642.

3. No voto do Relator, p. 642 e ss.

4. No voto do Relator, p. 645 e ss.

5. No voto do Relator, p. 710 e ss.

6. No voto do Relator, p. 734 e ss.

te restrito a funcionários públicos.⁷ Entretanto, alguns dos Ministros condenaram indistintamente funcionários públicos e particulares como coautores do delito de peculato.⁸ Em decorrência disto, no ponto V serão feitas considerações acerca da aplicação das regras de concurso de agentes (art. 29 do CP) na decisão.⁹

Cumpra ainda mencionar que o presente trabalho, por se tratar apenas de um comentário de decisão, não tem a pretensão de estabelecer critérios gerais a respeito dos aspectos dogmáticos discutidos. O fato de que algumas das conclusões a que se chegará tenham caráter meramente provisório se deve, portanto, aos limites de um trabalho desse gênero.

2. BREVE PANORAMA FÁTICO DO ITEM REFERENTE AO "BÔNUS DE VOLUME" (ITEM III.2 DO ACÓRDÃO)

No ano de 2003,¹⁰ a Diretoria de *marketing* do Banco do Brasil, cujo cargo de diretor era ocupado pelo réu Henrique Pizzolato, firmou, após realizar processo licitatório, um contrato de prestação de serviços publicitários com a agência DNA Propaganda, administrada pelos réus da APn 470 Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach. Nesse contrato, previa-se que a DNA deveria repassar integralmente ao BB todos os valores referentes a "descontos especiais (além dos normais, previstos em tabela), bonificações, reaplicações, prazos especiais de pagamento e outras vantagens".¹¹

Entre os anos de 2003 e 2005, a DNA recebeu do BB valores destinados ao pagamento de determinados serviços, pagou os fornecedores e recebeu deles o valor correspondente ao bônus de volume de volta, de forma que possuía a obrigação contratual de transferi-los ao BB. No entanto, a agência de publicidade não o fez, apropriando-se dos valores como se a ela pertencessem. Com base nesses fatos, o STF, por unanimidade, condenou, como coautores do delito de peculato (art. 312 do CP), o diretor de *marketing* do BB, por ter praticado o comportamento omissivo (art. 13 do CP) de não fiscalizar a devolução dos valores por parte da DNA, e os

7. É possível que esse círculo de autores seja estendido aos particulares pelos arts. 29 e 30 do CP. Essa problemática será abordada no ponto 5.

8. Ministro Relator, p. 781.

9. Há, neste mesmo volume, um trabalho de *Alaor Leite* que trata da aplicação da teoria do domínio do fato na decisão, no qual a temática do concurso de agentes será analisada de forma mais aprofundada.

10. Para obter uma noção mais geral dos fatos, ver o trabalho de *Gustavo de Oliveira Quandt* [Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do "Mensalão" (APn 470/MG do STF)] nesse mesmo volume, em especial os pontos 1 e 2.

11. Cláusula 2.7.4.6 do referido contrato, transcrita na p. 712 do acórdão.

administradores da agência, por terem praticado a conduta comissiva de se apropriar dos valores.

3. FUNDAMENTAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DOS VOTOS

Conforme dito na introdução, o primeiro aspecto dos votos a ser criticado é a sua estruturação. Tome-se como exemplo o voto do relator. Após fazer uma breve síntese fática, similar à feita acima, o Ministro transcreve alguns trechos das peças da acusação e da defesa e já passa a analisar se os valores recebidos pela DNA a título de bônus de volume deveriam ou não ter sido repassados ao BB.¹² Após concluir que os valores deveriam ter sido repassados, o relator afirma: “a apropriação dos valores pela DNA consistiu, portanto, crime de peculato”.¹³

Independentemente de um delito de peculato ter sido efetivamente cometido, e de tal ocorrência ter sido demonstrada ao longo do voto, a relação de causa e efeito afirmada pelo Ministro está equivocada. Tal equívoco se deve ao fato de que se apropriar de valores de outrem é apenas um dos elementos do tipo de peculato, de forma que a afirmação desse elemento não é capaz de embasar, por si só, a constatação de cometimento do delito.

A afirmação apressada do relator remete, entretanto, a um equívoco anterior e mais grave: a ausência de menção aos elementos objetivos e subjetivos que devem estar presentes para que tal tipo seja preenchido. Afinal, sem determinar quais são esses elementos, não é possível estabelecer se ainda falta algo para que o cometimento do delito possa ser afirmado.

Outro problema de estruturação da decisão também decorre, de certa maneira, da ausência de referência inicial aos elementos do tipo.¹⁴ Tal problema consiste em não indicar a que elemento determinada argumentação está se referindo. Voltemos à passagem acima citada, em que o voto do relator discorre sobre a propriedade dos valores retidos pela DNA. Durante a fundamentação, o relator ressalta que seria indiferente se o bônus de volume não tivesse sido negociado diretamente pelo BB, como efetivamente ocorreu, e sim pela agência de publicidade, pois no sistema de direito público brasileiro não seria admissível que uma lei “transferisse, ao particular-intermediador, além do pagamento previsto em contrato, descontos e outras vantagens (...)”.¹⁵ Logo após, o voto menciona que outra agência de publicidade

12. P. 709 e ss.

13. P. 713. Na sequência dessa afirmação, o Relator continua argumentando no sentido de que os valores retidos pela DNA são públicos, e assevera mais uma vez que “houve, irrecusavelmente, crime de peculato na sua apropriação” (p. 716).

14. E também dos requisitos elencados pela teoria do delito como um todo para que alguém possa ser responsabilizado criminalmente pelo cometimento de um fato típico.

15. P. 717.

controlada pelos sócios da DNA, a SMP&B, transferia os bônus de volume para a Câmara dos Deputados.¹⁶

A princípio, as informações trazidas pelo voto do relator teriam apenas a finalidade de demonstrar que os valores pertenciam à Administração Pública. Porém, os trechos acima mencionados indicam que o Ministro buscava também ressaltar que os réus tinham conhecimento de que deveriam transferir os valores ao BB – no primeiro caso, porque o sistema de direito público brasileiro, sob nenhuma hipótese, admitiria que eles retivessem tais recursos, e, no segundo, porque eles mesmos haviam transferido o bônus de volume aos cofres públicos em situação análoga. Portanto, o voto pretendia não apenas fundamentar a natureza pública dos recursos, mas também afirmar a presença do elemento cognitivo, indispensável para a existência de dolo.

A consequência imediata de não esclarecer a que elemento típico o desenvolvimento de determinada argumentação se dirige é a ausência de um espaço específico para afirmar a realização de alguns desses elementos. A fundamentação do dolo, acima referida, serve de exemplo. Não há um tópico específico destinado a esse fim. Dentro da subdivisão existente no voto “concurso de agentes”,¹⁷ em meio a afirmações aparentemente desvinculadas¹⁸ sobre uma quantia em dinheiro paga pelo réu Cristiano Paz ao réu Henrique Pizzolato, sobre o dever do réu Henrique Pizzolato de fiscalizar o cumprimento do contrato firmado entre a DNA e o BB, e sobre a posse dos recursos apropriados, para mencionar apenas algumas, surge a afirmação de que “no âmbito criminal a omissão do réu Henrique Pizzolato foi *comprovadamente dolosa*”.¹⁹

Por conta da ausência de maiores explicações acerca da finalidade das informações trazidas, o trecho acima transcrito acaba tendo caráter constitutivo e não declaratório. Ou seja, a argumentação que o precedeu não esclareceu ter havido dolo, com o que essa declaração teria servido apenas à conclusão do esclarecimento. O “esclarecimento” de que o réu Henrique Pizzolato agiu com dolo coube à afirmação em si. A utilização de um advérbio imponente e do “negrito” realçam essa constatação. Isso significa que a estruturação utilizada pelo relator não permite saber exatamente qual/quais dos elementos fáticos serviu/serviram para embasar a sua convicção acerca do elemento típico subjetivo.

A argumentação esparsa dificulta, portanto, a visualização e a compreensão da fundamentação desenvolvida, prejudicando, assim, a análise e a consequente crítica das conclusões alcançadas.²⁰ O resultado disso para o caso concreto é que se

16. P. 718.

17. P. 720.

18. Uma vez que o voto não faz referência à fundamentação de qual elemento típico as afirmações se dirigem.

19. P. 726. As palavras estão em negrito no acórdão.

20. Soma-se a isso outro fator. A exemplo da ausência de referência inicial aos elementos do tipo, não houve referência ao conceito de dolo, nem aos requisitos de sua existência. Dessa

torna mais fácil afirmar equivocadamente a presença de um elemento típico em realidade inexistente.²¹ É o que se buscará demonstrar a seguir.

4. A IMPUTAÇÃO

4.1 *Peculato-apropriação*

A modalidade de peculato imputada aos réus é a que a doutrina costuma denominar de peculato-apropriação.²² Nela, o funcionário público se apropria de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, cuja posse de-

forma, cabem aqui as considerações feitas anteriormente de que, sem essa referência inicial, é mais difícil estabelecer se ainda falta algo para que a presença do dolo possa ser afirmada. A consequência concreta dos problemas apontados pode ser visualizada na própria decisão ora analisada. Afinal, a fundamentação do dolo nas condutas dos sócios da DNA, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, é bastante questionável. E isso é assim, pois a decisão não especificou o que cada sócio fazia na empresa, quem era o responsável por fiscalizar o contrato com o BB, quem firmou o acordo com o diretor de *marketing* do BB, Henrique Pizzolato, para que este permanecesse indiferente em relação à omissão do repasse do bônus de volume para o BB – considerações como essas foram feitas pelas defesas dos réus (cf. p. 711). É possível que algumas dessas considerações fossem dispensáveis para fundamentar o dolo, entretanto, para fazê-lo a decisão teria que percorrer caminho similar ao percorrido por Camargo em seu artigo (CAMARGO, Beatriz Corrêa. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. *RBCCrim* 102/390 e ss.). Seria necessário questionar qual dos sócios teria se apropriado dos valores. O que tiver deles se apropriado, terá realizado uma conduta comissiva. Os que não tiverem se apropriado poderiam ser condenados por omissão. O dever de garante consistiria em evitar práticas criminosas relacionadas à atividade da empresa cometidas em seu contexto. Para que o dolo pudesse ser afirmado, os sócios teriam de ter conhecimento das infrações (sobre isso: CAMARGO, Beatriz Corrêa. Op. cit., p. 392). Como a questão referente à obrigatoriedade de repassar o bônus de volume para o Banco do Brasil é controversa, é possível que os sócios nem sequer conhecessem tal obrigação – talvez apenas quem conhecesse o contrato de forma mais detalhada pudesse identificar tal obrigação. A Min. Rosa Weber informa, em seu voto, por exemplo, que quem assinou o contrato por parte da DNA não foi nenhum dos réus, mas o diretor operacional da agência (p. 1149). Outro aspecto a ser mencionado é que aqui há um elemento objetivo do tipo específico, os valores subtraídos têm de estar em posse de um funcionário público. Os administradores da DNA precisariam saber, portanto, que a apropriação dos valores ocorreu com o consentimento do réu Henrique Pizzolato, caso contrário, a circunstância de caráter pessoal, mencionada no art. 30 do CP, não poderia se comunicar e os sócios poderiam ser punidos apenas por apropriação indébita (sobre a necessidade de que o particular tenha conhecimento da circunstância especial do funcionário público: CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3, p. 465).

21. Sobre a importância da aplicação da teoria do delito para evitar conclusões equivocadas, ver ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2006. vol. I, § 7, nm, 39.
22. Por todos: CAPEZ, Fernando. Op. cit.

tém em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio. Em relação aos elementos objetivos do tipo – funcionário público e dinheiro, valor ou outro bem móvel –, não há margem para dúvida. Henrique Pizzolato era, à época dos fatos, diretor de *marketing* do BB e, assim, funcionário público segundo o art. 327, § 2.º, do CP, que equipara funcionário de sociedade de economia mista a funcionário público;²³ já o bônus de volume está abarcado, ao menos, pelo termo “valores”.²⁴ O mesmo não pode ser dito, entretanto, sobre a posse.

Apesar de não ter sido problematizada nesse subitem do voto,²⁵ é possível que resida na afirmação da existência de posse dos valores o maior entrave dogmático para a condenação de Henrique Pizzolato, e consequentemente dos demais réus, nos termos em que pronunciada. E isto, pela seguinte razão: a acusação, baseada em uma apuração realizada pelo Tribunal de Contas da União, imputa a Henrique Pizzolato a prática de peculato omissivo, uma vez que este não fiscalizou o cumprimento da cláusula contratual que obrigava a DNA a transferir os valores recebidos a título de bônus de volume para o BB. Todos os votos mencionam também, de forma mais ou menos clara, que este teria sido o comportamento típico realizado por Henrique Pizzolato.²⁶ Como já foi dito, o BB repassava para a DNA o valor integral

-
23. Gustavo de Oliveira Quandt, em artigo nesse mesmo volume, analisa de forma detida o conceito de funcionário público. Ele conclui que, de fato, não há entrave para considerar o então diretor de *marketing* do BB, o réu Henrique Pizzolato, funcionário público. No entanto, Quandt demonstra que a mesma conclusão não valeria para qualquer funcionário de empresas de economia mista. Ou seja, a subsunção ao conceito de funcionário público trazido pelo art. 327 do CP nem sempre será tão simples quanto a princípio aparenta. Sobre isso ver o ponto 4 de seu artigo.
24. Ainda que tenha sido bastante discutida na decisão, uma vez que foi um dos argumentos trazidos pela defesa, – no subitem “Visanet”, a natureza pública ou privada dos valores é irrelevante. E isso é assim, pois o tipo fala expressamente em valores públicos ou privados, não havendo sequer margem para a discussão se apenas a apropriação de valores públicos poderia configurar peculato (sobre os limites da interpretação legal, ver: ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2006. vol. I. § 5, Nm. 28; PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2008. p. 64 e ss. O entendimento dos Ministros nesse aspecto foi, portanto, correto. A discussão acerca da obrigatoriedade de a DNA repassar os valores referentes ao bônus de volume ao BB não será analisada de forma mais detida no presente comentário. No entanto, os argumentos trazidos pela decisão, no sentido de que essa obrigação efetivamente existia, soam convincentes.
25. Segundo infere-se do acórdão, a ausência de posse foi alegada pela defesa no subitem Visanet. A posse, no caso julgado no subitem Visanet, não parece, porém, controversa.
26. Ministro Relator, p. 722 e ss. O Ministro Revisor não indicou expressamente qual foi a conduta praticada, mas condenou por peculato omissivo (cf. p. 913; Min. Rosa Weber, p. 1154; Min. Luiz Fux, p. 1571; Min. Dias Toffoli, p. 1705). No sentido acima referido, a Min. Cármen Lúcia estruturou o seu voto melhor do que o Ministro Relator, no entanto, não mencionou de forma clara qual teria sido a conduta praticada pelo réu Henrique

para o pagamento de determinado serviço, a DNA pagava os fornecedores, recebia deles o valor correspondente ao bônus de volume de volta e deveria transferir esse valor para o BB. Isso significa que, no momento da omissão imputada ao réu Henrique Pizzolato, os valores pertencentes ao BB estavam com a DNA.

A questão que se coloca é, portanto, se o réu Henrique Pizzolato tinha posse, na acepção do termo contido no tipo de peculato, dos valores no momento em que a DNA deles se apropriou. A resposta a essa pergunta depende do conceito de posse. A definição recorrentemente mencionada pela doutrina foi inicialmente introduzida por *Hungria* e denota que a posse mencionada pelo tipo de peculato deve ser compreendida de maneira ampla.²⁷ Essa amplitude abarca a detenção e a posse indireta. A posse indireta é definida por *Hungria* como o poder de disposição exercível por intermédio de ordens, requisições ou mandados;²⁸ e por *Fragoso* como a capacidade de livre disposição.²⁹ Um exemplo de posse indireta citado com

Pizzolato, mas, a exemplo dos demais Ministros, condenou-o por peculato omissivo doloso (cf. p. 1821 e ss.; Min. Cezar Peluso, p. 2228). O Min. Gilmar Mendes também estruturou, no sentido acima referido, o seu voto melhor do que o Ministro Relator, e mencionou que a conduta realizada teria sido omissiva (cf. p. 2380; Min. Ayres Brito, p. 2485).

27. Assim, HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. vol. IX, p. 324 e ss.; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito penal, parte especial*. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 3, p. 268; DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 3562; NORONHA, Magalhães. *Direito penal, parte especial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 4, p. 217; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte especial*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. vol. 3. p. 527; BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 1097.
28. Assim, *Hungria*; Definição similar também é utilizada na Espanha, assim Muñoz Conde "(...) bastando con la posibilidad de disposición meramente jurídica. Es indiferente por ejemplo que el funcionario tenga la llave de la caja de caudales o que pueda sacar esos caudales de la cuenta bancaria mediante cheques, etc." (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte especial*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blach, 1995. p. 843); Berenguer "En la medida en que jurídicamente tenga la obligación de cuidarlos, o lo que es lo mismo, un especial deber de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas" (BERENGUER, Enrique Orts. *Compendio de derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. p. 215); e Agapito "Que los caudales estén a su cargo supone disponibilidad o poder del funcionario sobre el destino de dichos caudales, aunque ello no necesariamente implique que el funcionario los tenga de forma tangible (...)" (AGAPITO, Luis Roca. *El delito de maversación de caudales públicos*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999. p. 152; e também em Portugal, assim Cunha "quando o agente pode dispor do bem ou conseguir a sua detenção material mediante um acto para o qual tem competência em razão das suas funções (...)" (DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Comentário conimbricense, Código Penal, parte especial*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. t. III, p. 694).
29. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. 2, p. 398.

frequência pela doutrina é o do chefe da repartição que pode emitir ordens acerca da alocação de determinado recurso.³⁰

Está claro que o réu Henrique Pizzolato não tinha a posse “direta”³¹ dos valores referentes ao bônus de volume quando a DNA deles se apropriou. Para que a conduta possa ser imputada da maneira que foi na decisão, é necessário entender que a relação do diretor de *marketing* com os valores é subsumível ao conceito de posse indireta.

Uma vez que as definições recorrentes na doutrina não são muito detalhadas, não é possível extrair diretamente delas a resposta para essa questão. Elas podem, contudo, ao lado da análise de alguns exemplos, servir de ponto de partida para a resolução do problema.

Todas as conceituações de posse indireta trazidas realçam que ela está presente quando o funcionário público pode dispor dos bens sem que alguém lhe ofereça resistência. Isto ocorre, para utilizar o exemplo acima citado, quando o chefe da repartição emite ordens a outros funcionários públicos sobre a alocação de recursos. Como a ordem foi emitida de forma competente no interior do órgão administrativo, há meios eficazes e céleres que garantem que ela será cumprida.³²

A mesma característica da ausência de resistência está presente nos casos em que os valores estão alocados em uma conta bancária, pois apesar de poderem estar sob a custódia de organizações externas ao órgão administrativo em questão, o funcionário competente para tanto pode manejar os valores sem precisar da anuência de ninguém.³³

Já no caso ora analisado, a situação parece diversa. A partir do momento em que o BB transferiu os valores para a DNA, a única medida ao alcance do réu Henrique Pizzolato, enquanto responsável por fiscalizar a execução do contrato, era a de solicitar que a DNA cumprisse as suas obrigações contratuais e repassasse os valores obtidos a título de bônus de volume ao BB. No entanto, caso a DNA se recusasse a repassar os valores, por exemplo, por entender que os valores recebidos a título de

30. A menção a essa situação está, por todos, em: MIRABETE, Julio Fabbrini; Fabbrini, Renato N.Op. cit., p. 268.

31. Material, na terminologia adotada por: DA CUNHA, Paulo Ferreira. Op. cit., p. 694

32. Essa era a situação existente antes de os valores serem transferidos do BB para a DNA. É claro, portanto, que nesse momento o réu Henrique Pizzolato detinha a posse indireta dos valores.

33. Essa é a situação existente no subitem “Visanet”. Os valores pertencentes ao BB estavam alocados no fundo Visanet, de forma que cabia somente ao BB decidir sobre a sua alocação. O réu Henrique Pizzolato, como representante externo do BB, poderia decidir o destino dos valores sem resistência dos administradores do fundo Visanet, e assim emitiu autorizações para que os valores fossem transferidos para a DNA.

bônus de volume pertenciam a ela – como foi efetivamente alegado pelos réus nos autos –, a questão teria que ser decidida em juízo.

O fato de o BB ter transferido os valores a uma empresa privada que possui, portanto, as suas próprias regras internas e a sua própria hierarquia parece consistir, assim, em um obstáculo à livre disposição destes. Dessa forma, não é correto afirmar que o réu detinha a posse indireta dos valores no momento em que a DNA deles se apropriou.

A conclusão a que se chegou também é reforçada por outras considerações. Suponha-se que, em um contrato firmado entre um ente público e um ente privado, fique estabelecido que o ente público colocará à disposição do ente privado veículos de sua propriedade para que a empresa privada realize determinados serviços. O órgão público designa um funcionário para fiscalizar o cumprimento do contrato. Seria correto afirmar que o funcionário público responsável pela fiscalização do cumprimento do contrato detém a posse indireta dos veículos, de forma que poderia cometer um peculato omissivo caso os veículos fossem subtraídos pela empresa?

Nesse caso, parece mais claro que os funcionários não tinham posse indireta dos bens de que se apropriaram os particulares. A relação dos funcionários públicos com os bens é, entretanto, similar à que existia entre o réu Henrique Pizzolato e os valores recebidos pela DNA a título de bônus de volume. Afinal, em ambos os casos, o funcionário público tinha o dever de fiscalizar o repasse de bens à Administração Pública, mas não tinha meios para obter a posse direta destes sem resistência. Estes exemplos corroboram, portanto, o entendimento de que o mero fato de fiscalizar a utilização de bens, valores ou dinheiro não basta para que a posse indireta possa ser afirmada.³⁴

Por fim, é interessante observar que tampouco os Ministros afirmaram em seus votos que o réu Henrique Pizzolato tinha posse dos valores no momento em que a DNA deles se apropriou. Os poucos que buscaram demonstrar que o elemento objetivo da posse havia sido preenchido referiram-se à posse que existia antes de os valores serem repassados à DNA.³⁵ Assim fez o relator, que, após transcrever a cláusula contratual que dispunha que os serviços da DNA seriam pagos com recursos “consignados na dotação orçamentária de publicidade e propaganda”, conclui que “o réu era detentor da posse da dotação orçamentária destinada àquele contrato, bem como era responsável pela fiscalização dos serviços contratados, e nessa função tinha o dever de impedir a apropriação dos recursos pela agência DNA Propaganda.”³⁶

34. Outro fator que corrobora esse entendimento é o de que, caso se interprete o conceito de posse de forma muito abrangente, o delito de peculato “invadiria” o âmbito regulativo de outros delitos funcionais, como o da prevaricação (art. 319 do CP), por exemplo.

35. Assim os Ministros Joaquim Barbosa, p. 722, e Luiz Fux, p. 1571.

36. P. 722 do acórdão, os realces estão no original.

O relator tem razão ao afirmar que o réu Henrique Pizzolato gerenciava os valores alocados em sua dotação orçamentária e que por isso tinha posse dos valores – essa situação amolda-se ao conceito de posse indireta. Porém, para que a conduta seja típica, todos os elementos do tipo devem estar presentes no momento da realização da conduta.

Dessa forma, haveria três possibilidades de imputar ao réu Henrique Pizzolato a prática do delito previsto no art. 312 do CP pelos fatos narrados. A primeira, já descartada, seria afirmar que ele tinha posse indireta dos valores no momento em que a DNA deles se apropriou. A segunda seria afirmar que a conduta típica ocorreu o mais tardar quando os valores foram transferidos para a DNA, ou seja, enquanto o réu ainda tinha a posse destes (peculato-desvio). A terceira seria afirmar que o réu efetivamente não tinha posse dos valores no momento em que a DNA deles se apropriou, mas que a conduta praticada não se amolda ao *caput* do art. 312 do CP, e sim ao seu § 1.º, que não tem entre os seus elementos objetivos a posse (peculato-furto). A segunda e a terceira alternativas serão analisadas a seguir.

4.2 *Peculato-desvio*

No tópico acima foi defendida a posição de que o réu Henrique Pizzolato somente teve posse indireta dos valores em questão até tê-los transferido para a agência de publicidade DNA. A única forma de lhe imputar a prática do delito previsto no *caput* do art. 312 do CP é, portanto, afirmar que a conduta típica praticada ocorreu até a transferência dos valores. Como a apropriação destes não ocorreu enquanto eles estavam sob a administração de Pizzolato, a conduta típica não pode ter consistido em não fiscalizar corretamente os valores. Isso significa que a conduta típica realizada pelo diretor de *marketing* do BB somente pode ter sido comissiva.

Pelo que se infere do acórdão, a única medida comissiva tomada pelo réu Henrique Pizzolato em relação aos valores de que os sócios da DNA posteriormente se apropriaram foi transferi-los à agência de publicidade. Seguindo essa linha de imputação, esta conduta de transferir teria, portanto, que ser a conduta típica. Tal conduta amoldar-se-ia, por sua vez, à segunda espécie de peculato próprio, a denominada pela doutrina de peculato-desvio.³⁷

O verbo desviar deve ser, segundo a literatura, compreendido como dar “à coisa destinação diversa da exigida, em proveito próprio ou de outrem”.³⁸ É nesse ponto que surge a primeira questão a ser contornada. Afinal, o repasse dos valores à agên-

37. O Min. Cezar Peluso afirma, em alguns trechos do seu voto, que o réu Henrique Pizzolato teria desviado os valores referentes ao bônus de volume, p. 2228, entretanto, logo após, p. 2229, afirma que ele deixou de impedir o desvio, e o condenou por peculato omissivo, com o que fica claro que o termo “desvio” não foi utilizado de forma técnica pelo Ministro.

38. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 269.

cia estava previsto no contrato firmado entre o BB e a DNA, após esta ter vencido o processo licitatório realizado, e era, portanto, a “medida exigida” do funcionário público. Ao menos aparentemente. Dos autos infere-se que a partir de determinado momento, a “medida exigida” seria não transferir os valores para a DNA.

Para que a prática de peculato possa ser imputada ao réu nos moldes ora analisados, cabe demonstrar quando e por que transferir os valores deixou de ser a “medida exigida”. O acórdão traz alguns elementos que poderiam indicar que o réu Henrique Pizzolato já sabia, à época da assinatura do contrato, que a DNA se apropriaria dos valores referentes ao bônus de volume.

O principal deles é o trazido pelo voto do Min. César Peluzo, que afirma que o réu Henrique Pizzolato tinha profunda ligação com o Partido dos Trabalhadores e que ele teria sido escolhido para esse cargo justamente para permitir o desvio de valores do Banco do Brasil, utilizados posteriormente para a compra de votos no Congresso Nacional.³⁹ Entretanto, o acórdão não permite que se tenha certeza dessa afirmação; menos ainda que se saiba se a finalidade da nomeação do réu Henrique Pizzolato teria sido especificamente possibilitar a apropriação dos valores recebidos a título de bônus de volume.⁴⁰ Por fim, independentemente de a afirmação estar correta, fato é que ela não basta para tornar o repasse indevido.

Para que o primeiro repasse autorizado pelo réu pudesse ser considerado um desvio de valores, seria necessário afirmar que o contrato firmado entre o BB e a DNA era irregular. No que tange ao aspecto temporal, tal afirmação seria possível, pois o procedimento licitatório foi realizado em 2003, após a nomeação do réu Henrique Pizzolato para o cargo de diretor de *marketing*, portanto. Não há no acórdão, todavia, elementos que indiquem algum tipo de fraude no procedimento licitatório.⁴¹

Transferir os valores para a DNA deixou de ser a medida administrativa exigida e passou a poder ser caracterizada como desvio a partir do momento em que a DNA não repassou os valores recebidos a título de bônus de volume para o BB. Afinal, além de ter a obrigação de exigir o cumprimento da cláusula contratual que previa o repasse dos valores ao BB, o réu Henrique Pizzolato tinha a obriga-

39. P. 2.229 do acórdão.

40. A decisão analisa também o desvio de outros valores pertencentes ao Banco do Brasil, valores do fundo Visanet. Seria possível que a nomeação tivesse ocorrido apenas para possibilitar o desvio desses valores, que eram muito mais vultosos do que os referentes ao bônus de volume.

41. Salvo engano, isso tampouco foi indicado por algum dos Ministros. O Min. César Peluzo afirma apenas que o contrato foi desvantajoso em diversos aspectos para o Banco do Brasil (p. 2226), o que não configura o tipo penal em questão. Para obter uma noção mais geral da acusação, ver o trabalho de *Gustavo de Oliveira Quandt* nesse mesmo volume, em especial os pontos 1. e 2.

ção de não enviar à agência recursos que em situações análogas não haviam sido devolvidos.

Caso se entenda, entretanto, que o diretor do BB não poderia simplesmente parar de fazer os repasses previstos em contrato, uma conduta comissiva que possa ser compreendida como desvio nos termos do art. 312 do CP há de ser identificada, o mais tardar, na ação de renovar o contrato de prestação de serviços publicitários com a DNA, a despeito da ausência de repasse dos valores obtidos a título de bônus de volume.⁴²

Os elementos trazidos pelo acórdão permitem, portanto, concluir que teria sido possível imputar ao réu Henrique Pizzolato um peculato próprio, na modalidade de peculato-desvio. O fato de a decisão não o ter feito decorre, aparentemente, do seu apego à apuração do TCU, que serviu de base para o oferecimento da denúncia. Assim, a exemplo de o que foi feito pelo TCU, o acórdão não atentou para a questão da existência de posse dos valores objeto do delito no momento da prática da conduta apontada como infratora do dever funcional. Diferentemente do TCU, o acórdão não imputava apenas uma infração de dever funcional, mas um delito de peculato.

É de se imaginar que tal equívoco tenha ao menos uma de suas razões nos problemas estruturais acima mencionados, pois, como se disse, a ausência de menção expressa ao elemento típico a que determinada argumentação está se referindo facilita a afirmação de elementos inexistentes.

4.3 *Peculato-furto*

A última possibilidade de imputar o delito previsto no art. 312 do CP ao réu Henrique Pizzolato também partiria do pressuposto de que ele não tinha posse dos valores no momento em que a DNA deles se apropriou. Ao contrário da situação analisada no tópico anterior, no entanto, ele tampouco teria posse dos valores no momento em que praticou a conduta típica. Uma conduta com essas características teria que se enquadrar obrigatoriamente no § 1.º do art. 312 do CP. Imputar a prática do denominado peculato-furto no caso ora analisado sofreria, porém, dois empecilhos.

O primeiro advém de um entendimento segundo o qual os valores subtraídos, apesar de não precisarem estar em posse do funcionário público que pratica a conduta, precisam estar sob a guarda da Administração Pública no momento da subtração.⁴³ Como já foi mencionado, os valores recebidos a título de bônus de volume

42. Em investigação posterior, o TCU considerou tal renovação irregular por diversos outros motivos. A menção às demais irregularidades importa, entretanto, mais na análise do elemento subjetivo do que na determinação da conduta realizada.

43. Assim: MIRABETE, Julio Fabbrini; Fabbrini, Renato N. Op. cit., p. 272 e s. Alguns autores não mencionam esse requisito, tampouco afirmam que ele seria desnecessário, como:

estavam em posse da DNA no momento em que foram apropriados. Segundo essa concepção, uma imputação por peculato-furto esbarraria, assim, em um entrave semelhante ao existente na imputação por peculato-apropriação.

O presente trabalho não está em condições de fundamentar com maior profundidade a opção por um dos dois entendimentos. Ainda assim, a exigência de que os valores estejam sob a guarda da Administração Pública parece justificar-se. A escolha do legislador pelos verbos *subtrair*, ou *concorrer para que seja subtraído*, é um indicativo para tanto, pois denota que o terceiro envolvido, provavelmente um particular, tampouco estará em posse do bem. Fosse outra a intenção do legislador, teria sido melhor acrescentar a apropriação, caso em que o tipo teria, com isso, redação similar à seguinte: “concorrer para que seja subtraído ou para que alguém dele (dinheiro, valor ou bem) se aproprie”.

Esse apontamento conduz ao segundo entrave. No presente caso, o funcionário público que não detinha posse dos bens, o réu Henrique Pizzolato, não permitiu que os controladores da agência de publicidade subtraíssem os valores referentes ao bônus de volume, mas, sim, que deles se apropriassem. Afinal, a DNA tinha posse dos valores. A questão reside, portanto, em determinar se pode-se considerar que concorrer para que alguém se aproprie dos bens preenche o dispositivo previsto no § 1.º do art. 312 do CP, ou se tal interpretação violaria o princípio da legalidade, em sua dimensão da proibição de analogia. À resolução desse problema, porém, não se tentará dar qualquer contribuição própria.⁴⁴

5. CONCURSO DE AGENTES (ART. 29 DO CP) NA DECISÃO

O delito de peculato é um delito especial.⁴⁵ Isso significa, conforme mencionado, que ele não pode ser praticado por qualquer pessoa, mas apenas por aqueles que detêm a qualidade especial elencada pelo tipo, no caso do art. 312 do CP, a de funcionário público. A possibilidade de punir pessoas que não detêm tal caracte-

CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 465; e BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...* cit., p. 45 e s.

44. Cabe apenas mencionar uma discussão similar existente em torno do tipo de peculato na Espanha. O verbo nuclear do art. 432.1 do CP espanhol é “sustraer”. A posição amplamente majoritária na doutrina e jurisprudência espanholas defende, no entanto, que o termo não deve ser interpretado em seu significado gramatical, mas sim ser compreendido como sinônimo de “apropiación”. Assim: BERENGUER, Enrique Orts. Op. cit., p. 216; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 843 e s.; e *Agapito* com ampla documentação bibliográfica (AGAPITO, Luis Roca. Op. cit., p. 167 e ss.).

45. Dentre as nomeações possíveis para essa categoria de delitos, optou-se por delitos especiais, pois ela parece ser a nomeação mais neutra (a exemplo do que fez: ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCrim, 2011. p. 166). Isso não deve ser compreendido, entretanto, como a aceitação ou a negação de qualquer teoria.

rística a partir desses tipos, a exemplo de o que foi feito na decisão ora analisada, demanda, portanto, uma explicação.

A doutrina amplamente majoritária na Alemanha e na Espanha defende que apenas podem ser autores dos delitos especiais as pessoas que possuem tais características; elas recebem a denominação de *intranei*.⁴⁶ A punibilidade dos agentes que não as possuem, denominados *extranei*, a partir desses tipos é, quando aceita, explicada, pela maior parte dos autores, com auxílio da ideia da acessoriedade da participação.⁴⁷ Dessa forma, o *extraneus* não seria punido por violar uma norma que se dirige diretamente a ele, até porque ela não o faz, mas por participar da violação da norma realizada pelo detentor da qualidade especial.

O aproveitamento dessas considerações no momento da aplicação da lei brasileira é dificultado pela confusa redação dos arts. 29 e 30 do CP.⁴⁸ A começar pela possibilidade de distinguir autores e partícipes. O art. 29 do CP estabelece que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Essa redação indicaria que o Código não faria distinção entre autor e partícipe. Entretanto, ela tampouco define como autor quem, de qualquer modo, concorre para o crime.⁴⁹ Em resumo, é correta a ideia de que o art. 29 do CP não impossibilita a distinção entre autor e partícipe.⁵⁰ Assim, seria possível defender a posição

46. Ver também nota 57. Sobre a aceitação da teoria: SCHÜNEMANN, Bernd. *Leipziger Kommentar, StGB*. 12. ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2006. vol. 1, § 25, Nm. 44, nota 76. Sobre essa concepção ver: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. RT 933/76 e ss. Parte da doutrina exige que, para além da existência da qualidade especial, outros elementos – como por exemplo a ideia de domínio –, devem estar presentes para que o agente possa ser considerado autor. Assim: ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices, la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 124 e ss.; no Brasil essa posição é defendida por: ORTIZ, Mariana Tranchesi. Op. cit., p. 133 e ss. A indispensabilidade da presença do elemento especial para a configuração da autoria é, entretanto, questionada com menos frequência.

47. Assim: SCHÜNEMANN, Bernd. Op. Cit., vor § 26, Nm. 14 e ss., e § 28, Nm. 1 e ss.

48. Ortiz também ressalta que a redação do art. 30 do CP é pouco clara (ORTIZ, Mariana Tranchesi. Op. cit., p. 202).

49. Bruno diz que enxergar no art. 29 do CP uma definição de autor não seria “realmente muito exato”, mas que, caso tal fosse feito, nosso código adotaria uma concepção extensiva de autor. BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral. Fato punível*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2, p. 265, n. 7; similar assim a crítica de: BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 36.

50. Acerca dos argumentos, veja-se os defensores dessa posição: BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 44 e s.; GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 11 e s.; ORTIZ, Mariana Tranchesi. Op. cit., p. 74 ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 1, p. 570.

dominante na Alemanha e Espanha, de que autor apenas pode ser o detentor da qualidade especial. Outra dificuldade originada pela redação do nosso Código é compreender a relação existente entre os arts. 29 e 30 do CP. Este último estabelece que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. As dúvidas que surgem da interpretação conjunta de ambos os artigos são as de saber se o art. 30 do CP permite que se castigue como partícipe quem, de acordo com o art. 29 do CP, sequer poderia ser punido; se o art. 30 do CP permite que se castigue como autor quem, de acordo com o art. 29 do CP, seria apenas punido como partícipe; ou se o art. 30 do CP não altera em nada o conteúdo do art. 29 do CP nesse aspecto.⁵¹

A primeira hipótese não parece estar correta, pois a expressão “concorrer de qualquer forma” parece abarcar também a ideia de acessoriedade, de forma que uma norma similar à seguinte estaria implícita no enunciado: “concorrer como partícipe para a violação de dever alheia”. Segundo esse entendimento, seria possível punir um *extranei* como partícipe apenas com base no art. 29 do CP.

A segunda parece ser a que mais faz sentido, estritamente do ponto de vista da relação dos dois artigos. No entanto, além de inviabilizar a distinção entre autor e partícipe nos delitos especiais, essa hipótese poderia gerar um conflito interpretativo com as normas da parte especial em que o legislador optou por delimitar o círculo de destinatários,⁵² como é o caso dos crimes praticados por funcionários contra a Administração Pública.

Por fim, a terceira hipótese esvaziaria de sentido a relação dos arts. 29 e 30 do CP no aspecto sob exame. Como o art. 30 do CP ainda serviria para limitar a comunicabilidade de determinadas circunstâncias pessoais – como a reincidência, o motivo torpe etc. – tal interpretação é plausível. A menção à comunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal elementares do delito teria apenas como finalidade, segundo esse entendimento, não dar margem para que o art. 30 do CP acabasse por restringir a interpretação do art. 29 do CP em relação à punibilidade do *extraneus* nos delitos especiais, ou seja, que o art. 30 do CP não acabasse por inviabilizar a punição do *extraneus* mesmo a título de partícipe.

No acórdão da APn 470, os réus que não possuíam a qualidade de funcionário público foram condenados como coautores do delito de peculato.⁵³ Alguns dos Ministros fizeram apenas menção ao art. 29 do CP,⁵⁴ possivelmente por entenderem

51. Sobre isso ver também *Alaor Leite*, em artigo publicado neste mesmo volume.

52. Assim: ORTIZ, Mariana Tranches. Op. cit., p. 71 e ss. (205). Uma das críticas é a de que a previsão de tal expansão genérica na parte geral violaria o princípio da legalidade. Anotação similar faz SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., vor § 25, Nm. 7 e ss.

53. Voto do Relator, p. 781.

54. Por exemplo, o Ministro Revisor ao condenar o réu Marcos Valério por peculato, p. 926.

que este artigo classifica como autor todo aquele que concorre para o crime.⁵⁵ De acordo com essa concepção, haveria um único injusto, praticado pelo *intranei*, para o qual os demais teriam concorrido, o que os tornaria portanto autores. Outros Ministros fizeram menção à cláusula de comunicabilidade prevista no art. 30 do CP.⁵⁶

Diante do cenário nebuloso que envolve a distinção entre autor e partícipe no nosso Código, seria injusto exigir que os Ministros tivessem adotado posição diversa, ou seja, que tivessem condenado os particulares como partícipes, e não como autores. Talvez os Ministros, principalmente os que mencionaram apenas o art. 29 do CP, pudessem ter apenas esclarecido as razões pelas quais o fizeram.

É preciso reconhecer, ademais, que eventual esforço argumentativo dos Ministros a fim de distinguir autores e partícipes teria sido em vão. Isso é assim, pois o grande problema de ordem prática do nosso Código em matéria de autoria e participação não tem como ser contornado: o problema reside na cominação de penas iguais, no âmbito do injusto, a todos aqueles que concorrem para a realização do delito.⁵⁷

A única possibilidade de diferenciar a pena de autores e partícipes residiria na previsão de redução de pena para a participação de menor importância, consignada no § 1.º do art. 29 do CP. Da simples leitura desse dispositivo não é, entretanto, nem sequer possível afirmar que o termo *participação* tenha sido empregado de forma técnica, em referência ao partícipe. Significa dizer que a diminuição de pena poderia ser aplicada também a autores. Além disso, por não falar simplesmente em *participação*, mas em *participação de menor importância*, esse dispositivo não poderia ser aplicado a qualquer modalidade de participação. Exemplos de casos de participação que não se enquadrariam nessa modalidade, pois neles o particular tem uma atuação decisiva – que lhe conferiria “domínio do fato”, caso o delito praticado fosse de domínio, e não de dever –,⁵⁸ propiciam justamente os delitos es-

55. Assim o faz boa parte da nossa doutrina desde: HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. I, t. II, p. 398 e ss.; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 355 e ss.; atualmente: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 115 e ss.

56. Por exemplo, o Min. Luiz Fux ao condenar o réu Marcos Valério por peculato, p. 1550.

57. Bruno também indica que esse seria o problema da nossa regulamentação (BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 280); Schünemann, ao criticar o conceito unitário de autor, também indica que não há razão para distinguir autor de partícipe se não houver previsão de penas distintas, LK, vor § 25, Nm. 5; similar: ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8. ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2006. p. 451.

58. Ver também notas 44 e 45. Conforme dito, o trabalho tenta manter-se neutro em relação à adoção de determinada teoria da autoria e participação. A afirmação de que a teoria do domínio do fato não se aplica aos delitos de dever foi embasada na posição do autor que deu à teoria os contornos que conhecemos, Roxin. Segundo ele, o que fundamenta

peciais. A participação dos *extraneus* nos crimes de peculato julgados na APn 470 é uma demonstração disso. Afinal, neles foram os particulares, e não os funcionários públicos, que se apropriaram dos valores.⁵⁹

Dessa forma, é provável que eventual tentativa de aplicar o referido dispositivo a qualquer tipo de participação, e contornar, assim, a problemática ausência de distinção das penas de autores e partícipes no plano do injusto, exceda os limites da interpretação legal,⁶⁰ e seja, portanto, incorreta.⁶¹

6. CONCLUSÃO

A análise da decisão no que concerne às imputações por peculato evidenciou que foram cometidos diversos equívocos técnicos. A começar pela estruturação dos votos, que não indicam em abstrato quais elementos devem ser preenchidos para que o tipo de peculato seja realizado e em vários momentos nem sequer fazem menção a qual elemento típico determinada argumentação está se referindo (ponto 3).

A consequência dos problemas de estruturação pôde ser logo identificada nos contornos da condenação por peculato referente à apropriação dos valores recebidos a título de bônus de volume estabelecida na decisão. Os Ministros condenaram o réu Henrique Pizzolato por peculato omissivo doloso por não ter fiscalizado o repasse dos valores recebidos pela DNA ao BB. Eles não atentaram, todavia, para o fato de que o então diretor de *marketing* do BB não tinha posse dos valores – elemento objetivo do delito previsto no *caput* do art. 312 do CP –, no momento em que a DNA deles se apropriou (ponto 4.1). Tecnicamente, correto teria sido, portanto, condená-lo por peculato comissivo doloso por ter repassado os valores à DNA, mesmo sabendo que a agência deles se apropriaria (ponto 4.2).

a autoria nesses delitos não é o domínio do fato, mas a violação do dever. Dessa forma, podem apenas ser autores aqueles que detêm a qualidade especial elencada pelo tipo. ROXIN, Claus. *Täterschaft...* cit., p. 352 e ss., p. 353; ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Munique: C. H. Beck, 2003. vol. II, § 25 nm. 14; ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 34 e ss. Sobre isso ver também: GRECO, LUÍS; LEITE, Alaor. Op. cit., p.76 e ss.; e artigo de Alaor Leite nesse mesmo volume. A afirmação segue correta para os autores que exigem para além da violação de dever, a existência de domínio. Afinal, a concepção por eles defendida apenas permite que o *intranei* não seja considerado autor, e não que o *extranei* o seja (sobre isso ver nota 44).

59. Sobre esse tema ver também o artigo de Alaor Leite nesse mesmo volume.

60. Sobre esse limites, SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., § 28, Nm. 3; ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., vol. I, § 5, Nm. 28; PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 64 e ss.

61. Ortiz defende, entretanto, que a participação do *extraneus* em delito especial será sempre de menor importância (ORTIZ, Mariana Tranchesi. Op. cit., p. 211 e ss.).

Poder-se-ia arguir que as considerações acima feitas padecem de preciosismo. Afinal, em ambas as alternativas o réu Henrique Pizzolato teria sido condenado pelo delito previsto no *caput* do art. 312 do CP. Uma simples variação hipotética do caso “bônus de volume” denota, entretanto, que uma tal arguição estaria incorreta. No caso decidido no acórdão, o resultado prático de ambas as alternativas é idêntico porque foram realizados diversos repasses do BB para a DNA. Com isso, a conduta do réu Henrique Pizzolato de repassar os valores para a DNA, que da(s) primeira(s) veze(s) era a conduta contratualmente exigida, e, portanto, atípica, tornou-se uma conduta típica, porque subsumível ao elemento objetivo do tipo “desvio”, a partir do momento em que a DNA não transferiu o bônus de volume ao BB. Houvesse, contudo, um só repasse do BB para a DNA, a alternativa utilizada na decisão seguiria conduzindo à condenação desse réu por peculato omissivo doloso, enquanto a alternativa aqui defendida passaria a conduzir à sua absolvição por peculato doloso comissivo. A aplicação correta da dogmática do delito de peculato decidiria nesse caso hipotético, mas altamente plausível, sobre a condenação ou a absolvição criminal do réu.⁶²

Em relação ao concurso de agentes, concluiu-se que, com base na regulação do nosso Código, a condenação como coautores de peculato de funcionários públicos e particulares não pode ser considerada equivocada. A despeito disso, teria sido recomendável, pelos motivos há pouco mencionados, que os votos tivessem indicado as razões de não terem feito distinção entre autores e partícipes (ponto 5).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAPITO, Luis Roca. *El delito de maversación de caudales públicos*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999.
- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BERENGUER, Enrique Orts. *Compendio de derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Tratado de direito penal, parte especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral. Fato punível*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2.
- CAMARGO, Beatriz Corrêa. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 102. p. 365-400. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2013.

62. Sobre a importância de uma aplicação correta da dogmática e sobre a relação entre ciência e jurisprudência ver: LEITE, Alaor; ASSIS, Augusto. O erro. Especial foco no erro de proibição. In: BUSATO, Paulo (org.). *Teoria do delito, série direito penal baseado em casos*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 299 e s.

- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3.
- DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Comentário conimbricense, Código Penal, parte especial*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. t. III.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Lições de direito penal, parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. 2.
- GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 61-92. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. vol. IX.
- _____. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. I, t. II.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal, parte especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 5.
- LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 106. p. 47-90. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2014.
- _____; ASSIS, Augusto. O erro. Especial foco no erro de proibição. In: BUSATO, Paulo (org.). *Teoria do delito, série direito penal baseado em casos*. Curitiba: Juruá, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito penal, parte especial*. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 3.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte especial*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- NORONHA, Magalhães. *Direito penal, parte especial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 4.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- ORTIZ, Mariana Tranches. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCrim, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte especial*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. vol. 3.
- PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2008.
- QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do “Mensalão” (APn 470/MG do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 106. p. xx-xx. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2014.

- ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices, la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Munique: C. H. Beck, 2003. vol. II.
- _____. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2006. vol. I.
- _____. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8. ed. Berlim: De Gruyter Recht, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Leipziger Kommentar, StGB*. 12. ed. Berlim: De Gruyter Recht, 2006. vol. 1.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na Ordem Normativa Brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – RCP 10/211 (DTR\2009\35);
- O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no caso Mensalão, de Guilherme de Souza Nucci – RT 933/221 (DTR\2013\3784);
- Os crimes econômicos na APn 470/MG: dificuldades e desafios, de Luciano Anderson de Souza – RT 933/317 (DTR\2013\3786); e
- "Quadrilha" de mensaleiros? Algumas considerações sobre o delito de quadrilha ou bando e sua distinção com o concurso de agentes na Teoria Jurídica do Delito, de Gisele Mendes de Carvalho – RT 933/207 (DTR\2013\3783).

64823

COMPETÊNCIA PENAL *RATIONE FUNCIONAE* DO STF

BRAZILIAN SUPREME COURT'S *RATIONE FUNCIONAE* CRIMINAL JURISDICTION

DIOGO MALAN

Doutor em Direito Processual Penal pela USP. Professor-adjunto de Processo Penal da FND/UFRJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMD: Estudo sobre aspectos político-criminais da competência penal *ratione functionae* do STF, à luz das garantias do devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Competência penal *ratione functionae* – Competência penal originária – Supremo Tribunal Federal – Devido processo legal – APn 470/MG.

ABSTRACT: Study on criminal policy aspects of the Brazilian Supreme Court's *ratione functionae* criminal jurisdiction, in light of due process of law guarantees.

KEYWORDS: *Ratione functionae* criminal jurisdiction – Original criminal jurisdiction – Brazilian Supreme Court – Due process of law – APn 470/MG.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Competência penal *ratione functionae* do STF: breves notas históricas – 3. Segue: conceito, natureza jurídica e fundamentação juspolítica – 4. Segue: críticas pontuais com fundamento no devido processo legal – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO¹

A enorme reverberação midiática do julgamento da Ação Penal Originária 470/MG (doravante APn 470/MG)² colocou em relevo o instituto jurídico-constitucional do foro *ratione functionae* no Supremo Tribunal Federal (doravante STF), estendendo o debate sobre sua legitimidade ética e política – em regra circunscrita à dogmática processual penal – aos meios de comunicação de massa e à opinião pública em geral.³

1. O autor gostaria de agradecer ao amigo Renato Stanziola Vieira pela gentil leitura de versão anterior do presente artigo, assim como pelas preciosas críticas e sugestões enviadas.
2. STF, APn 470/MG, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22.04.2013.
3. Privilégio ambíguo. *Folha de S. Paulo*, Editorial, 11.07.2013. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2013/07/1309316-editorial-privilegio-ambiguo.shtml]. Acesso em: 28.11.2013; AMORIM, Silvia. Sem foro privilegiado, impunidade cresce, avaliam especialistas. *Jornal O Globo*, País, 12.07.2013. Disponível em: [oglobo.globo.com/pais/sem-foro-privilegiado-impunidade-cresce-avaliam-especialistas-9022096]. Acesso em: 28.11.2013.

Curioso notar que os discursos político-criminais sobre o tema em digressão oscilam entre as defesas da *abolição* completa do instituto e da sua *manutenção*, nos mesmos moldes normativos delineados pelo legislador constituinte de 1988.

Essas defesas estão lastreadas em argumentação heterogênea, abarcando tanto o discurso técnico-científico (v.g., hermenêutica constitucional; dogmática processual penal etc.) quanto argumentação baseada no senso comum teórico sobre a criminalidade (*everyday theories*), não raro de conotação alarmista (v.g., crítica à *impunidade* supostamente reinante no Brasil etc.).

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é circunscrito à breve análise do instituto jurídico-constitucional do foro *ratione functionae* no STF, na perspectiva histórico-dogmática.

É lícito supor que esse enfoque pode fornecer o senso de perspectiva necessário para viabilizar reflexão político-criminal mais aprofundada e equilibrada acerca da legitimidade ética e política do instituto em digressão.

Para tanto, optou-se pela divisão do presente labor em três partes.

Na primeira, será brevemente exposta a evolução histórica do foro *ratione functionae* no STF, no âmbito do constitucionalismo brasileiro.

Na segunda, será abordado o perfil dogmático do objeto de estudo, em todas as suas principais nuances (*conceito; natureza jurídica; fundamentação juspolítica*).

Na terceira e última, serão tecidas críticas pontuais à atual conformação jurídico-constitucional e legal do objeto de estudo eleito, com fundamento na cláusula do devido processo legal e seus corolários.

Portanto, por limitações de tempo e espaço será imprescindível fazer *recorte epistemológico* excludente de todas as demais questões atinentes ao foro em análise.

2. COMPETÊNCIA PENAL *RATIONE FUNCTIONAE* DO STF: BREVES NOTAS HISTÓRICAS

O instituto do foro *ratione functionae* foi haurido da cultura jurídico-constitucional ibérica, mais especificamente das Constituições espanhola de 1812 e portuguesa de 1822 (art. 191, I), com destaque para a Carta Magna lusitana de 1826 e seu Ato Adicional de 1832 (art. 131, § 2.º).⁴

O art. 163 da Constituição Política do Império do Brasil (1824) instituiu o *Supremo Tribunal de Justiça*, sediado na capital e composto por Juizes Letrados, promovidos dos tribunais de segunda instância (*Relações*) por critério de antiguidade.

4. BELÉM, Orlando Carlos Neves. *Do foro privilegiado à prerrogativa de função*. Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro, PUC-Rio, 2008. p. 86.

Esse tribunal possuía competência originária para “conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Províncias” (art. 164, II).

A ausência do Imperador nesse catálogo de detentores de foro *ratione functionae* se explica pelo fato de ele ser considerado pessoa “inviolável” e “sagrada”, portanto insusceptível de sofrer qualquer responsabilização jurídico-penal (art. 99).

Já os arts. 55 e 56 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891) mudaram a denominação da Corte para *Supremo Tribunal Federal* e instituiu composição de quinze Juízes nomeados pelo Presidente da República, dentre cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

O art. 59, I, *a* e *b* atribuía à Corte competência originária para julgar o Presidente da República, os Ministros de Estado e os Ministros diplomáticos, nas acusações de crimes comuns. O procedimento criminal era regulamentado pelo Dec. 27/1892.

Por sua vez, os arts. 73 e 74 da Carta Política de 1934 alteraram novamente o nome do Tribunal para *Corte Suprema*, reduzindo sua composição para onze Ministros nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos entre 35 e 65 anos e de “notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores”.

Nesse mesmo ensejo houve significativa ampliação da competência originária da Corte em matéria penal, estendida a crimes comuns imputados ao Presidente da República, Ministros da Corte Suprema, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Juízes dos Tribunais Federais e das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, Ministros do Tribunal de Contas, Embaixadores e Ministros diplomáticos (art. 76, I, *a* e *b*).

A Carta da ditadura do Estado Novo varguista (1937) em seus arts. 97 e 98 restabeleceu a denominação *Supremo Tribunal Federal* e manteve a composição de 11 ministros nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal (órgão substitutivo do Senado Federal), dentre brasileiros natos entre trinta e cinco e cinquenta e oito anos, além de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Como manifestação típica da centralização autoritária de poderes no Executivo em voga, tal Carta restringiu a autonomia do Tribunal ao prever que seu presidente e vice-presidente – até então eleitos por seus pares – passariam a ser nomeados pelo Presidente da República.⁵

O art. 101, I, *a* e *b*, manteve praticamente idêntica competência criminal originária da Corte, malgrado excluindo o Presidente da República e sujeitando-o

5. COSTA, Emilia Viotti da. *STF. O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p. 68.

a julgamento perante o Conselho Federal, depois de declarada a procedência da acusação por dois terços de votos da Câmara dos Deputados (art. 86).

A subsequente Lei Magna de 1946 manteve o nome do Tribunal e composição de onze Ministros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (arts. 98 e 99).

O art. 101, I, *a, b e c*, manteve o rol anterior de detentores do foro *ratione functionae*, abrangendo o Presidente da República, os Ministros do próprio Tribunal, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os Juizes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente.⁶

Após, o art. 6.º do Ato Institucional 2/1965 aumentou a composição do Tribunal de onze para dezesseis Ministros, garantindo-se assim a maioria de votos favorável ao regime ditatorial militar instituído no ano anterior.

A Carta autoritária do regime militar (1967) manteve o nome, a composição de dezesseis Ministros e os critérios de nomeação dos Ministros do Tribunal (art. 113).

O catálogo de agentes políticos sujeitos à competência penal originária da Corte elencava o Presidente da República, os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, Juizes Federais, membros dos Tribunais Superiores da União, Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal e da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 114, I, *a e b*).⁷

O Ato Institucional 6/1969 reduziu a composição do Tribunal de dezesseis para onze Ministros (art. 1.º).

O novo regime instituído pela EC 1/1969 manteve nome, composição do Tribunal e critério de nomeação dos Ministros (art. 118).

Os integrantes do Congresso Nacional foram acrescentados ao rol agentes políticos com foro *ratione functionae* no STF, somando-se ao Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, membros dos Tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, Ministros do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 119, I, *a e b*).

6. MARQUES, José Frederico. *Observações e apontamentos sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal*. Tese de Livre-Docência, São Paulo, USP, 1961. p. 43 e ss.

7. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Ed. RT, 1970-1974. vol. 4, p. 18 e ss.

Com o advento da redemocratização do País, a Magna Carta de 1988 também manteve o nome e a composição da Corte, escolhida pelo Presidente da República, após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal, dentre cidadãos entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/1988).

Sua competência originária em matéria penal ora engloba crimes comuns imputados ao Presidente e Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, Procurador-Geral da República, Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, *b e c*, da CF/1988, este na redação da EC 23/1999).⁸

Frise-se que o foro *ratione functionae* no STF também se estende aos titulares dos seguintes cargos: Secretarias da Presidência da República, Advogado-Geral da União, Chefe da Casa Civil da Presidência da República, Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Chefe da Controladoria-Geral da União e Presidente do Banco Central do Brasil, os quais foram equiparados aos Ministros de Estado pelo art. 25, parágrafo único, da Lei 10.683/2003 (na redação da Lei 12.462/2011).

Ante o exposto é lícito concluir que o foro *ratione functionae* no STF é instituto profundamente arraigado no caldo cultural do constitucionalismo brasileiro desde a Carta Imperial de 1824, independentemente da sucessão de regimes políticos de matizes ora autoritários, ora democráticos.⁹

Também se constata que o catálogo de agentes políticos detentores de foro criminal no STF sofreu *processo expansivo e praticamente ininterrupto*, ao longo dos sucessivos regimes constitucionais brasileiros.

De fato, tal catálogo originalmente era bastante restrito, porquanto circunscrito a Ministros de Estado, Juizes das Relações, diplomatas e Presidentes de Províncias.

O regime constitucional de 1934 expandiu esse catálogo consideravelmente, agregando-lhe o Presidente da República, Ministros da Corte Suprema, Procurador-Geral da República, Juizes dos Tribunais federais e das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e Ministros do Tribunal de Contas.

A EC 1/1969 também ampliou o catálogo em apreço, incluindo os Deputados e Senadores.

8. BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988-1997. vol. 4, p. 160 e ss.

9. Para análise mais aprofundada dessa sucessão, ver: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 10. ed. Brasília: Ed. OAB, 2008.

Finalmente, a Carta Democrática de 1988 efetuou nova expansão do foro *ratione functionae* no STF, estendendo-o aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Após, a Lei 10.683/2003 ainda conferiu *status* ministerial a diversos cargos vinculados à estrutura administrativa da Presidência da República.

3. SEGUE: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUSPOLÍTICA

Com a crescente complexidade das causas penais, razões de ordem prática exigem a distribuição constitucional e legal da jurisdição criminal entre órgãos cada vez mais numerosos e diversificados. Os limites impostos a cada Juiz ou Tribunal, em decorrência da sobredita divisão de trabalho, denotam o conceito jurídico de *competência*.

Esta última pode ser conceituada como sendo o “poder de julgar destinado pela lei a ser exercido sobre certas matérias, somente em certos lugares e apenas em relação à determinada fase processual”.¹⁰

Tradicionalmente a repartição da jurisdição criminal é feita com base em três grandes critérios: (a) características da infração penal imputada (*competência material*); (b) local do cometimento do crime (*competência territorial*); (c) função a ser desempenhada em determinada fase procedimental ou ato processual (*competência funcional*).¹¹

A principal nota distintiva da competência em matéria penal é seu cariz *inalterável* em face de mudança superveniente dos critérios legais de fixação (*princípio da perpetuatio jurisdictionis*), e *improrrogável* pela vontade individual ou conjunta dos sujeitos processuais. Daí decorre que a violação dos regramentos processuais penais de fixação da competência acarreta sempre *incompetência absoluta* do julgador.¹²

Assim, a competência do STF para julgar os crimes comuns imputados aos agentes políticos referidos no art. 102, I, b e c, da CF/1988 se consubstancia em critério de *competência material*, fixado pelo legislador constituinte em razão da *dignidade da função pública* exercida pelo acusado.

Não se trata de *prerrogativa profissional* inerente ao cargo propriamente dita, e sim de critério de fixação de competência baseado no cargo público ocupado pelo

10. MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millenium, 2000. p. 39-40.

11. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1981. p. 328 e ss.

12. MAIER, Julio. *Derecho procesal penal (parte general, sujetos procesales)*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. t. II. p. 508 e ss.

acusado.¹³ Por tal motivo, ora não será usada a denominação *foro por prerrogativa de função*.

A denominação *foro privilegiado*, malgrado também seja relativamente usual, é tecnicamente incorreta.

Isso porque a cláusula da isonomia de tratamento perante a lei processual penal, sem distinções de qualquer espécie (art. 5.º, *caput*, da CF/1988), torna materialmente inconstitucional a dispensa de quaisquer *privilégios* a determinado acusado, inclusive a instituição de *juízo ou tribunal de exceção* para julgá-lo.

Vale dizer: é constitucionalmente *ilegítimo* qualquer critério de fixação da competência baseado em característica *pessoal* (v.g., parentesco; condição socioeconômica; filiação político-partidária; título nobiliárquico; círculo de relações pessoais etc.) do acusado (o chamado *foro ratione personae*).

Historicamente sempre houve vedações expressas ao *foro privilegiado* nas Constituições brasileiras, como demonstram o art. 179, XVII, da Carta de 1824, o art. 72, § 23, da Carta de 1891, o art. 113, § 25, da Carta de 1934, o art. 141, § 26, da Carta de 1946 e o art. 153, § 15, da Carta de 1967.

Assim, a legitimidade constitucional da competência penal originária do STF reside em fundamento ético-político diverso: a *dignidade da própria função pública* exercida pelo acusado (o denominado *foro ratione functionae*).¹⁴

A razão legislativa (*ratio legis*) que conduz à instituição do foro em apreço se consubstancia em *dúplice finalidade*: (a) evitar a subversão da hierarquia político-institucional; (b) garantir tanto o acusado quanto a Administração da Justiça Criminal, “protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores”.¹⁵

Nessa toada, o *foro ratione functionae* protege valores sociais relevantes, relacionados à *segurança, imparcialidade e independência no exercício da jurisdição criminal*, ao impedir que ocupantes de cargos públicos relevantes sejam processados e julgados pelos seus próprios subalternos, evitando-se, assim, represálias destes e influências ou pressões exercidas por aqueles.¹⁶

Também há quem relacione a sobredita razão legislativa à *própria independência funcional* no exercício das atribuições ínsitas a cargo público, cuja dignidade e importância conferem ao respectivo titular o *foro ratione functionae*.

13. KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 27.

14. TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 2, p. 169 e ss.

15. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da competência pela prerrogativa de função. RT 809/397-410.

16. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. II, p. 295 e ss.

Destarte, trata-se de garantia *de mão dupla*, tornando o órgão jurisdicional menos susceptível à influência política exercida quer pelo acusado em benefício próprio, quer por terceiros contra este último.¹⁷

Na feliz síntese do Min. Vitor Nunes Leal:

“A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado.”¹⁸

Em suma: tratando-se de acusados cujos cargos públicos gozam de relevância político-institucional ímpar no âmbito da estrutura administrativa do Estado brasileiro, o foro *ratione functionae* se reveste de importante dimensão protetora contra “ilegítimas injunções políticas que poderiam gerar injustiças e perseguições nos respectivos julgamentos”.¹⁹

Via de consequência há imediato deslocamento da competência do STF para o Juízo de primeira instância, quando o acusado deixa seu cargo público.

Esse entendimento – sufragado pelo STF no verbete sumular n. 451,²⁰ no cancelamento do seu enunciado sumular n. 394²¹ e no julgamento da ADIn 2.797/DF²² – é o único compatível com a sobredita ligação umbilical entre o instituto do foro *ratione functionae* e seu fundamento ético-político na *dignidade da função pública*, não na pessoa do acusado.

17. DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência penal originária: uma perspectiva jurisprudencial crítica*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180 e ss.

18. STF, Rcl 473/GB, Pleno, rel. Min. Vitor Nunes Leal, DJU 08.06.1962.

19. MOREIRA, Rômulo de Andrade. A competência por prerrogativa de função. RCP 1/198-218.

20. “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”. Verbetes sumular aprovado na sessão plenária de 01.10.1964.

21. “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. Verbetes sumular aprovado na sessão plenária de 03.04.1964 e revogado em 25.08.1999 (STF, Pleno, QO no Inq 687/SP, Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 09.11.2001).

22. STF, ADIn 2.797/DF, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006.

Por conseguinte, ao que tudo indica o legislador constituinte instituiu a competência penal originária do STF com base na *presunção* de que há maior grau de *independência* e *imparcialidade* dos Ministros da Corte Suprema, em relação aos seus colegas integrantes de órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior.²³

Nada obstante, trata-se de *presunção* que pode ser questionada, à míngua de pesquisa técnico-científica ou empírica a embasá-la.

Ademais disso, o respeito às garantias processuais penais do acusado não decorre da *hierarquia* do julgador, e sim de fatores diversos: (a) critérios legais de seleção, nomeação e remoção do Magistrado; (b) grau de proteção político-institucional, jurídica e fática dele contra interferências externas; (c) institutos assecuratórios da sua imparcialidade; (d) estrutura do processo criminal etc.²⁴

É bem verdade que tampouco há embasamento técnico-científico ou empírico para se urdir *presunção* inversa, no sentido de haver maior grau de *independência* e *imparcialidade* dos órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior à Suprema Corte.

Portanto, afigura-se *problemática* a discussão político-criminal acerca da conveniência da manutenção do foro *ratione functionae* no STF, à míngua de lastro científico para os argumentos pró-abolição ou pró-manutenção.

De toda sorte, é lícito supor que os Ministros da Câmara Alta – por estarem no ápice da carreira funcional – de fato tendem a possuir maior grau de imunidade a pressões políticas externas, se comparados aos seus colegas em começo de carreira.

A investigação preliminar das infrações penais imputadas a detentores de foro *ratione functionae* no STF é feita nos autos de inquérito policial, presidido por Delegado de Polícia Federal e controlado externamente pelo Procurador-Geral da República.

O papel do Ministro Relator se circunscreve à autorização daquelas medidas cautelares sujeitas à cláusula da *reserva de jurisdição*.²⁵

Na fase judicial da persecução penal o rito procedimental a ser observado é aquele regulamentado pelos arts. 1.º e ss. da Lei 8.038/1990 e arts. 230 e ss. do RISTF. Por força dos arts. 230, *in fine*, e 239 deste último, o Estatuto Processual Penal é aplicável subsidiariamente.

23. “O foro por prerrogativa de função (competência *ratione personae*) funda-se na utilidade pública e na maior independência dos tribunais superiores para o julgamento de determinadas pessoas que exercem cargos e funções de especial relevância” (OLIVEIRA, Roberto da Silva. *Competência criminal da justiça federal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 54).

24. GARCÍA, Luis. La competencia originaria de la Corte Suprema en casos penales: ¿privilegio o disminución de garantías? *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 9/1701-1725.

25. CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 185 e ss.

4. SEGUE: CRÍTICAS PONTUAIS COM FUNDAMENTO NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Não se vislumbra qualquer *inconstitucionalidade* na norma que instituiu a competência penal originária do STF (art. 102, I, *b* e *c*, da CF/1988).

Isso porque se trata de norma oriunda do Poder Constituinte *Originário*, insusceptível ao controle da constitucionalidade por força da rigidez e unidade hierárquico-normativa do texto constitucional.²⁶

Tampouco se vislumbra ofensa ao princípio da igualdade perante a lei processual penal, sem distinções de qualquer natureza (art. 5.º, *caput*, da CF/1988).

Isso porque o fator de discriminação eleito pelo legislador constituinte – a *dignidade da função pública* exercida pelo acusado – guarda correlação lógica com a desigualdade de tratamento resultante: a fixação do foro *ratione functionae* no STF

Conforme já demonstrado no item 3, *supra*, a sobredita correlação tutela valores constitucionais relevantes, vinculados à *segurança* e *independência no exercício da jurisdição criminal*.²⁷

Por derradeiro, o foro em digressão também é compatível com a cláusula do Juiz Natural (art. 5.º, LIII, da CF/1988), que protege o acusado de escolhas discricionárias do julgador que sejam pautadas por critérios discriminatórios.

Essa garantia tem como fundamento axiológico o sobredito princípio da isonomia e proíbe discriminações consistentes: (a) na instituição de *tribunais de exceção* para julgar determinados grupos sociais, étnicos ou políticos, sem as garantias mínimas do processo penal justo (art. 5.º, XXXVII, da CF/1988); (b) na substituição casuística, norteadas por critérios de conveniência política, do Juiz predeterminado por lei para julgar determinada causa criminal.

Portanto as normas sobre competência devem estabelecer, com lastro em *parâmetros gerais, abstratos e impessoais*, o critério de fixação da competência, o grupo de causas criminais afeto a determinado órgão jurisdicional e o fator de coligação.²⁸

O foro em exame não ofende o núcleo essencial da garantia do Juiz Natural porquanto se trata de critério de fixação de competência objetiva, em razão da qualidade da parte.

26. STF, ADIn 815/DF, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, DJ 10.05.1996.

27. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 37 e ss.

28. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre-docência, São Paulo, USP, 2010. p. 141 e ss.

Conforme leciona Gustavo Badaró, nesse caso há uma regra geral, abstrata e predeterminada por lei, malgrado condicionada a fato superveniente: *o acusado em regra será julgado por órgão jurisdicional de primeira instância, exceto se vier a assumir cargo público detentor do foro ratione functionae*.²⁹

Logo, a denominação “foro privilegiado”, além de tecnicamente incorreta, também é enganosa.

Isso porque ela dá a entender que os titulares de foro *ratione functionae* supostamente gozariam – no que tange às garantias inerentes ao devido processo penal – de tratamento mais benéfico por parte do sistema de administração da justiça criminal, em relação aos demais acusados.

Nada obstante, é lícito supor que é exatamente o contrário que ocorre no País, como ilustram duas questões pontuais: as significativas restrições causadas pelo foro em tela aos direitos fundamentais do acusado: (a) ao duplo grau de jurisdição; (b) ao contraditório e à imediação na produção da prova oral em Juízo.

Malgrado o primeiro sobredito direito fundamental não esteja explicitado na Carta de 1988, a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos (do-ravante CADH) ao nosso ordenamento jurídico interno³⁰ tornou estéril a discussão doutrinária acerca de haver ou não previsão *implícita* dessa garantia na Constituição *formal*.³¹

Com efeito, a CADH assegura a toda pessoa acusada o direito, em plena igualdade, à seguinte garantia mínima: “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (art. 8.2.h). Assim, trata-se de garantia incorporada à Constituição *material* por força do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988.

A garantia em apreço é de titularidade *exclusiva* da pessoa acusada da prática de infração penal, não sendo extensível ao Estado e seus órgãos de persecução penal.³²

29. Idem, p. 433 e ss.

30. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, tendo entrado em vigor internacionalmente em 18.07.1978, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74. A Carta de Adesão do Governo Brasileiro ao Pacto de São José foi depositada em 25.09.1992, tendo ele passado a vigorar no Brasil nessa mesma data, conforme seu art. 74.2. A promulgação no Brasil se deu pelo Dec. 678/1992. O Estado brasileiro aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Decreto Legislativo 89/98.

31. Sobre tal polêmica doutrinária, ver: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 114 e ss.

32. JUGO, Gabriela. El derecho de recurrir de la sentencia penal condenatoria y los instrumentos internacionales de derechos humanos. In: GARCÍA, Luís M. (coord.). *Los derechos humanos en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 2002. p. 249-297.

Com efeito, a garantia do duplo grau de jurisdição deve ser interpretada à luz da dimensão *substancial* do Juiz Natural, cuja estrutura normativa é integrada pelo princípio da identidade física do Juiz.

Parte-se da premissa que somente o julgador que presenciou os atos processuais penais de produção de provas e debates, tendo tido contato direto e pessoal com as fontes de prova, partes e acusado, é mais capaz de compreender o contexto histórico-social do caso penal para fins de solucioná-lo adequadamente.³³

Tais premissas corroboram a conclusão de que o direito ao duplo grau de jurisdição, tal qual hoje consagrado no sistema internacional de tutela dos Direitos Humanos, é essencialmente um *direito fundamental unilateral (de titularidade exclusiva do acusado)*. Assim, o recurso manejado pela parte acusadora de sentença absolutória caracteriza violação à proibição de dupla persecução penal pelo mesmo fato (*ne bis in idem* processual).³⁴

Quanto ao seu *objeto*, a garantia em exame assegura a impugnação da *sentença condenatória*, assim entendido o provimento jurisdicional definitivo que aprecia o mérito da causa.³⁵

O *alcance* da garantia em tela consiste no efeito devolutivo pleno do recurso, viabilizando-se assim o controle da *legalidade* e *razoabilidade* da condenação e/ou da dosimetria da pena. O primeiro aspecto engloba tanto a legalidade *formal* (es-correita aplicação da lei penal e processual penal) quanto a *supranacional* (adequação ao sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos). Por outro flanco, o segundo aspecto abarca a *coerência* e *lógica* do raciocínio judicial ao valorar elementos de prova, apreciar argumentos das partes etc.³⁶

Quanto à *espécie* de recurso manejável, independentemente de sua qualificação jurídico-formal o importante é que o recurso cabível proporcione ao condenado *efetiva oportunidade* de reexame da condenação ou da pena aplicada.³⁷

No que tange ao órgão *destinatário* do recurso, prevalece o entendimento de que cada Estado-parte tem discricionariedade para estruturar sua respectiva organização judiciária e subsistema processual penal recursal. Nessa toada, a garantia em digressão não implica necessariamente que o recurso seja apreciado por tribunal

33. PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: BONATO, Gilson (org.). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 105-119.

34. MAIER, Julio. La impugnación del acusador: ¿un caso de ne bis in idem? *Revista de Ciencias Penales* 12/10-15.

35. JUGO, Gabriela. El derecho de recurrir... cit., p. 267 e ss.

36. Idem, p. 273 e ss.

37. Idem, p. 277 e ss.

hierarquicamente *superior*, e sim tribunal *distinto* e dotado de poderes jurisdicionais para *reformular* a sentença impugnada.³⁸

Não obstante, há importante *leading case* do STF³⁹ assentando que o julgamento criminal em única instância (sem previsão de recurso ordinário) previsto na Carta Magna não foi ab-rogado pela CADH.

Esse entendimento foi mantido em outra decisão posterior à vigência da EC 45/2004, que atribuiu *dignidade normativa constitucional* às convenções internacionais sobre Direitos Humanos aprovadas na forma do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988.⁴⁰

Essa conjuntura é agravada pelo fato de haver regramentos legais ordinários sobre conexão e continência que podem atrair para o STF o julgamento de corréus desprovidos de foro *ratione functionae* nessa Corte Alta.

Assim dispõe o verbete sumular n. 704: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.⁴¹

Trata-se de fonte de grande insegurança jurídica, porquanto o desmembramento do processo em relação aos sobreditos corréus vem sendo decidido pelo STF de forma *casuística* e *discricionária*, com lastro em dispositivo (art. 80, *in fine*, do CPP) de constitucionalidade duvidosa, porquanto redigido em termos excessivamente *ambíguos* e *porosos*, sem qualquer referencial semântico seguro.⁴²

Após os debates suscitados pelo julgamento da APn 470/MG, esse precedente da Suprema Corte passou a sofrer intensa barragem de artilharia doutrinária crítica.⁴³

Para tanto se aduz que a instituição de competências criminais originárias no Texto Magno, ou a falta de previsão legal do cabimento de recursos ordinários nessas hipóteses, não constituem pretextos legítimos para se autorizar lesão ao núcleo essencial do direito ao duplo grau de jurisdição.

Ademais disso, alega-se que o texto do art. 8.2.h da CADH não contém quaisquer ressalvas, motivo pelo qual o direito do acusado ao duplo grau de jurisdição é de natureza *absoluta*.

38. Idem, p. 282 e ss.

39. STF, RHC 79.785/RJ, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002.

40. STF, AgRg no AgIn 601.832/SP, 2.ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 03.04.2009.

41. Aprovado na sessão plenária de 24.09.2003.

42. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Ação Penal 470/DF e a garantia do juiz natural. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 242/2-3.

43. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por desrespeito à regra do duplo grau de jurisdição. RT 933/455-468; SARLET, Ingo Wolfgang. A Convenção de São José da Costa Rica e o direito (e garantia) ao duplo grau de jurisdição. *Boletim Informativo Ibraspp* 3/13-15.

Também se assevera que o Estado brasileiro, ao ratificar a Convenção em apreço, tampouco fez qualquer ressalva quanto à incidência do seu art. 8.2.h às hipóteses de foro *ratione functionae* no STF.⁴⁴

Além disso, pontua-se que no precedente *Barreto Leiva vs. Venezuela*⁴⁵ a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH) assentou o entendimento de que malgrado o Estado-parte tenha certo grau de discricionariedade para regulamentar o exercício do direito ao recurso, não pode criar restrições ou requisitos que violem a própria *essência* do direito ao duplo grau de jurisdição (§§ 88-91).

Por derradeiro, também se ressalva que o reconhecimento pelo STF da natureza *supralegal* das normas convencionais sobre Direitos Humanos deve levar à prevalência do direito ao duplo grau de jurisdição sobre as normas de conexão e continência previstas no Código de Processo Penal (arts. 76 e 77).

O fato é que inexistente até a presente data julgamento da CIDH acerca da compatibilidade do foro *ratione functionae* previsto na Lei Maior pátria e o direito convencional “de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (art. 8.2.h da CADH).

É improvável que a CIDH, mesmo que venha a reconhecer violação ao art. 8.2.h da CADH durante o julgamento da APn 470/MG pelo STF, *declare nulo* tal julgamento ou o *reforme*.

Mais plausível é que a Corte de São José da Costa Rica determine ao Estado brasileiro – à semelhança do capítulo dispositivo da sentença proferida no *caso Barreto Leiva vs. Venezuela* – que: (a) assegure aos acusados o direito de recorrer do acórdão condenatório; (b) reforme sua legislação interna para garantir o direito ao duplo grau de jurisdição aos detentores de foro *ratione functionae* no STF; (c) publique a decisão da Corte na imprensa oficial e em periódico de grande circulação; (d) pague indenização pecuniária aos condenados.

De lege ferenda, possível solução seria reforma regimental feita pelo STF para instituir: (a) competência criminal originária afeta a órgão fracionário (Turma); (b) cabimento de recurso ordinário do acusado para o Tribunal Pleno, considerando-se impedidos os Ministros que atuaram no primeiro julgamento.⁴⁶

Embora a rigor o art. 8.2.h da CADH exija o direito do acusado a recorrer “a juiz ou tribunal superior” (portanto *diverso*), e não “a órgão diverso do mesmo tribu-

44. A única ressalva do Dec. 678/1992 foi a seguinte declaração interpretativa, contida em seu art. 2.º: “O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado”.

45. CIDH, caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, sentença de 17.11.2009. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf]. Acesso em: 16.08.2013.

46. TOURINHO FILHO, Fernando. *Da competência pela prerrogativa...* cit., p. 401.

nal”, no precedente *Barreto Leiva vs. Venezuela* a CIDH incidentalmente declarou que a precitada repartição de competência a princípio é *compatível* com o direito convencional em digressão.⁴⁷

Outra solução – de trâmite legislativo substancialmente mais complexo, porquanto a exigir emenda constitucional – seria instituir *foro alternativo*, de livre escolha do acusado: julgamento originário no STF ou em primeira instância. A escolha da primeira opção acima caracterizaria *renúncia tácita e voluntária* do acusado à garantia do duplo grau de jurisdição.⁴⁸

Essa alternativa, malgrado estranha à tradição do nosso constitucionalismo, é comum em outros países. Por exemplo: nos Estados Unidos da América o acusado pode optar entre o julgamento pelo Tribunal do Júri ou por Juiz singular (*bench trial*), conforme o art. 23(a) das *Federal Rules of Criminal Procedure*.

Possível objeção à solução ora cogitada seria a natureza *pública e indisponível* dos interesses ínsitos à repartição constitucional da competência em matéria penal, portanto infensa a quaisquer *renúncias* ou *modificações* por decisão da parte.⁴⁹

Não obstante, o atual tratamento jurisprudencial do *foro ratione functionae* já comporta significativo grau de discricionariedade do acusado quanto à escolha do Juízo competente para julgá-lo. Isso porque mero *ato unilateral de vontade* do acusado – consubstanciado em renúncia ao seu cargo público – tem por consequência jurídica o imediato deslocamento da competência do STF para a primeira instância.⁵⁰

Noutro giro, é digna de destaque a problemática da restrição às garantias do contraditório e da imediação ensejada pela produção da prova oral nos julgamentos de competência originária do STF

47. “(...) Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso” (CIDH, caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* cit., § 90).

48. Nesse sentido: GARCÍA, Luis. La competencia originaria... cit., p. 1724-1725. Não obstante, este autor guarda ressalvas quanto à legitimidade de *renúncias a direitos fundamentais individuais*, discussão que malgrado fascinante infelizmente não há como aprofundar nos estreitos limites do tema ora proposto.

49. GUARNERI, Giuseppe. Verbete “Competenza in materia penale”. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. vol. 8, p. 98-106.

50. Em sentido contrário: STF, APn 396/RO, Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 27.04.2011. Com merecidas críticas a essa decisão, ver: MOREIRA, Rômulo de Andrade. A competência por prerrogativa de função e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* 65/221-232.

O contraditório pode ser conceituado como a conjugação de *informação com reação*: trata-se da “ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los”.⁵¹

A doutrina mais abalizada aduz que a garantia do contraditório não pode ter vigência formal, devendo ser efetivo e estimulado pelo Juiz. Um dos mais importantes reflexos dessa concepção substancial do contraditório é que ele é verdadeira *condição de validade da prova penal*.⁵²

Tal aspecto do contraditório guarda íntima relação com o chamado *princípio da imediação*: só podem ser valorados pelo Magistrado na sentença os elementos probatórios que tiverem sido produzidos em sua presença e com participação ativa das partes processuais.

À minguia de qualquer dessas condições, o dado é inidôneo para servir ao convencimento do julgador. Essa impossibilidade de valoração é natureza *absoluta*, pois a ausência de contraditório atinge a própria *essência* do elemento de convicção: não se trata só de prova ilegítima – isto é, uma prova obtida com a inobservância de norma procedimental – mas de verdadeira *não prova*.⁵³

Nesse sentido, o chamado *contraditório para o elemento de prova* (*contraddittorio per l'elemento di prova*), ou *contraditório forte*, se estende ao momento da *obtenção* do dado cognoscitivo no qual se baseará a decisão judicial (v.g., presença e participação ativa do Juiz Natural e das partes na colheita das declarações testemunhais).⁵⁴

A imediação, por sua vez, é garantia constitucional *implícita* decorrente do regime e dos princípios constitucionais (art. 5.º, § 2.º), sendo conseqüência lógica das garantias do *contraditório* e da *oralidade*.⁵⁵

Trata-se de princípio que impõe *relação de proximidade intelectual* entre julgador, partes processuais, elementos e fontes de prova oral.

Seu objetivo é permitir que tanto os responsáveis por influenciar o convencimento judicial quanto o responsável pelo acerto do caso penal tenham *contato direto, pessoal, livre de interferências externas e em unidade espaço-temporal* com toda a constelação de questões fáticas e jurídicas relevantes para a adjudicação da causa.

-
51. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973. p. 82.
 52. GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 17-44.
 53. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 169.
 54. UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000. p. 57.
 55. PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 17/113-169.

Via de consequência, a mediação impõe que a prova oral chegue ao conhecimento do julgador sem sofrer alterações decorrentes da interposição de terceiros, as quais podem deformar ou falsificar – de modo consciente ou inconsciente – o grau de credibilidade ínsito a cada elemento probatório declarativo.⁵⁶

Segundo Paolo Tonini a mediação tem função instrumental, tutelando três interesses distintos: (a) autenticidade dos elementos de prova, que pode ser comprometida caso eles sejam transmitidos por terceiros, ou reduzidos a termo sem as devidas cautelas; (b) qualidade da valoração judicial acerca da credibilidade das fontes e elementos de prova; (c) contraditório, mais especificamente o direito de a parte adversa inquirir a pessoa que prestou declarações testemunhais anteriormente ao julgamento.⁵⁷

A mediação está implicitamente consagrada no art. 8.1 da CADH, que assegura a toda pessoa o 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 penal formulada contra ela”.

A CIDH vem dando interpretação extensiva ao dispositivo supratranscrito, reconhecendo verdadeiro direito do acusado à *participação no processo*.⁵⁸

Assim, o art. 8.1 da CADH, ao prever o direito do acusado “de ser ouvido por um juiz ou Tribunal competente”, assegura audiência *justa e oral*, enquanto componente indissociável de qualquer noção civilizada de devido processo legal.⁵⁹

A uma, pois os dispositivos análogos dos principais tratados de direitos humanos (arts. 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos, 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos) todos asseguram o direito do acusado a ser ouvido *publicamente*.

Tal publicidade, sendo instrumento de controle democrático das decisões judiciais, pressupõe que o acusado seja ouvido pelo juiz competente durante audiência estruturada à luz do *princípio da oralidade*.⁶⁰

56. GOMES, Décio Luiz Alonso. *Mediação processual penal: definição do conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro*. Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2013. p. 15 e ss.

57. TONINI, Paolo. Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 35/1137-1141.

58. DI STASI, Angela. *Il diritto all'equo processo nella Cedu e nella Convenzione americana sui diritti umani: analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 104 e ss.

59. VILLADIEGO BURBANO, Carolina. La oralidad en la justicia civil como elemento del debido proceso: un enfoque de derechos humanos. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas* 10/15-26.

60. Idem, p. 17-18.

A duas, porque o art. 8.1 da CADH consagrou a imediação na medida em que o direito a “ser ouvido por um juiz ou Tribunal competente” pressupõe audiência oral, durante a qual haja *interação direta e pessoal* entre acusado e julgador.

Seu fundamento político-crimal é o repúdio a práticas judiciais autoritárias, consistentes na *mediação* entre Juiz Natural e partes por terceiros (órgãos auxiliares da Justiça) responsáveis por interrogar o acusado e colher testemunhos, documentando tais atos em “expediente” escrito que servirá à formação do convencimento judicial. As sobreditas práticas fraudam o direito do acusado “de ser ouvido” pelo Juiz competente, e não por destinatário de delegação de poderes, nem pela leitura judicial da documentação de interrogatório feito por terceiro.

A imediação também pode ser inferida a partir da necessidade de audiência pública, contraditória e oral, durante a qual o acusado tenha a oportunidade de “inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos” (art. 8.2.f da CADH).⁶¹

A três, porquanto a redação em inglês do art. 8.1 da CADH faz referência expressa ao *direito a uma audiência (right to a hearing)* do acusado.

Tal norma convencional exclui a possibilidade de o acusado “ser ouvido por um juiz ou Tribunal competente” mediante simples leitura judicial de suas declarações reduzidas a termo, pois não faria o menor sentido atribuir ao art. 8.1 da CADH âmbito de proteção normativa variável, conforme o idioma usado pelo legislador.⁶²

Não obstante, hoje é prática recorrente que Ministros Relatores de processos criminais de competência originária do STF deleguem sua competência para presidir 100% dos atos de produção da prova oral a Juizes Federais de primeira instância.

Trata-se de providência prevista no art. 9.º, § 1.º, da Lei 8.038/1990, em textual: “O relator poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem”.

Em sentido semelhante, os arts. 21-A e 239, § 1.º, do RISTF facultam ao Relator delegar a prática de atos processuais penais de instrução a Juizes ou Desembargadores de outro Tribunal, que tenham competência territorial para tanto.

Malgrado se trate de mera faculdade discricionária do Ministro Relator, *na prática* tal delegação se tornou a *regra*, enquanto a produção da prova oral na própria Corte Suprema é *excepcional*.

61. Idem, p. 18-19.

62. Idem, p. 20-21.

Ao apreciar questão de ordem nos autos da APn 470/MG, a Suprema Corte decidiu que a delegação dos interrogatórios dos réus a Juízes Federais de primeira instância, escolhidos mediante sorteio não se vicia a garantia do Juiz Natural.⁶³

Para tanto, o Ministro Relator aduziu que a precitada delegação tem amparo legal e regimental, além de ser amplamente usada pelos Tribunais para racionalizar seus trabalhos. Ele também redarguiu que se trata de medida compatível com o teor do art. 8.1 da CADH porquanto os acusados foram interrogados por Juízes imparciais, independentes e competentes por ato legal de delegação.

Entretanto, a matéria foi apreciada pelo STF exclusivamente sob a perspectiva da cláusula do Juiz Natural, silenciando o acórdão em apreço quanto à sobredita garantia constitucional da imediação.

O núcleo essencial desta última dificilmente pode deixar de ser sevidado por delegação de competência tão *ampla e irrestrita* que abarque a *íntegra* dos atos de produção da prova oral na fase de instrução.

Como aduz Luis García: “Esta falta de base legal compromete la garantía del juez natural cuando la delegación de las facultades instructorias es total, y por esta vía se saca al imputado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18 CN), o, en otros términos, cuando se priva al imputado del derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, establecido con anterioridad por la ley (arts. 8.1 CADH y 14.1 PIDCP). No se trata del caso de la comisión rogatoria para la realización de uno o varios actos singulares, sino de una delegación amplia de poderes de instrucción”.⁶⁴

Ante o exposto, é lícito concluir que a competência originária do STF em matéria penal enseja significativas restrições ao direito fundamental do acusado ao julgamento justo (*fair trial*), notadamente seus corolários do duplo grau de jurisdição, do contraditório e da imediação.

5. CONCLUSÃO

A competência criminal *ratione functionae* do STF remonta à cultura jurídica ibérica e está profundamente arraigada no constitucionalismo brasileiro desde a Carta imperial de 1824, sobrevivendo à sucessão de regimes políticos de inspiração ora autoritária, ora democrática.

63. “Questão de ordem. Ação penal originária. Interrogatório. Juiz natural. Ofensa. Inocorrência. Possibilidade de delegação. Constitucionalidade. A garantia do juiz natural, prevista nos incs. LIII e XXXVII do art. 5.º da CF, é plenamente atendida quando se delegam o interrogatório dos réus e outros atos da instrução processual a juízes federais das respectivas Seções Judiciárias, escolhidos mediante sorteio. Precedentes citados” (STF, Pleno, QO na APn 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 14.03.2008).

64. GARCÍA, Luis. La competencia originaria... cit., p. 1713.

O catálogo constitucional de agentes políticos titulares de foro criminal no STF sofreu *processo expansivo e praticamente ininterrupto* ao longo dos sucessivos regimes constitucionais brasileiros.

No seu voto sobre a questão de ordem relativa ao desmembramento da APn 470/MG o Min. Celso de Mello salientou tal *paradoxo institucional*: não obstante seu discurso republicano, o legislador da Carta de 1988 ampliou excessivamente as hipóteses de foro *ratione functionae* no STF, conferindo-lhe verdadeiro tratamento *aristocrático*.

A competência originária do STF para julgar crimes comuns imputados aos agentes políticos arrolados no art. 102, I, *b e c*, da CF/1988 traduz critério de *competência material*, instituído em razão da *dignidade da função pública* exercida pelo acusado.

Sua relevante finalidade político-institucional é assegurar os interesses públicos relevantes ínsitos à *segurança, imparcialidade e independência no exercício da jurisdição criminal*, atuando como *garantia bilateral* – na feliz expressão do Min. Vitor Nunes Leal – ao instituir Juiz Natural mais imune a influências políticas exercidas a favor ou contra os interesses do acusado.

Não se trata de prerrogativa profissional inerente ao cargo propriamente dita, nem de privilégio instituído em razão de características pessoais do acusado, motivo pelo qual na perspectiva técnico-processual o termo foro *ratione functionae* parece ser mais adequado do que foro *por prerrogativa de função*, foro *ratione personae* ou foro *privilegiado*.

O respeito à garantia do processo penal justo (*fair trial*) independe da *hierarquia* do julgador, dependendo de fatores distintos, relacionados a critérios legais de seleção, nomeação e remoção do Magistrado, seu grau de proteção político-institucional, jurídica e fática contra interferências externas, os institutos assecuratórios da sua imparcialidade, a estrutura do processo criminal etc.

Não obstante, é plausível supor que os Ministros da Suprema Corte de fato tendem a possuir maior grau de imunidade a pressões políticas externas do que juízes de primeira instância.

O foro *ratione functionae* no STF enseja significativas restrições à cláusula do devido processo penal, notadamente aos direitos fundamentais “de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (art. 8.2.h da CADH) e “de ser ouvido, 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 penal formulada contra ela” (art. 8.1 da CADH).

Esse problema é sensivelmente agravado por dois fatores: (a) a atração de corréus sem foro *ratione personae* para o STF quando há conexão ou continência – hoje feita de modo *casuístico, discricionário* e com fundamento em dispositivo (art. 80, *in fine*, do CPP) redigido em termos excessivamente ambíguos e porosos; (b)

a delegação de competência tão *ampla* e *irrestrita* que abarca a *íntegra* dos atos de produção da prova oral na fase de instrução (art. 9.º, § 1.º, da Lei 8.038/1990 c/c arts. 21-A e 239, § 1.º, do RISTF).

Essa conjuntura pode vir a caracterizar ato ilícito perante o ordenamento jurídico internacional, ensejando a aplicação de sanções ao Estado brasileiro pela CIDH.

De lege ferenda é recomendável a reforma da atual regulamentação do foro *ratione functionae* no STF.

Tal reforma legislativa pode considerar as seguintes possibilidades: (a) limitar o catálogo constitucional de titulares do foro *ratione functionae* aos mais importantes agentes políticos: Presidente da República, respectivos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Ministros do STF e Procurador-Geral da República; (b) afetar regimentalmente a competência criminal originária do STF a órgão fracionário (Turma), criando-se recurso ordinário do acusado para o Tribunal Pleno; (c) instituir *foro alternativo* de livre escolha do acusado: julgamento originário no STF ou em primeira instância; (d) inserir no art. 79 do CPP *causa de separação obrigatória de processos* entre acusados com e sem foro *ratione personae* no STF; (e) limitar consideravelmente a delegação de competência prevista no art. 9.º, § 1.º, da Lei 8.038/1990 e nos arts. 21-A e 239, § 1.º, do RISTF, proibindo-se que ela possa se estender à *íntegra* dos atos de produção da prova oral na fase de instrução.

De toda sorte é imprescindível o amadurecimento e aprofundamento do debate acerca do instituto em digressão – substituindo-se o discurso alarmista e baseado em senso comum teórico sobre a criminalidade (*everyday theories*) sobre a *impunidade* supostamente reinante no Brasil por discussão sobre a compatibilidade entre o foro *ratione functionae* no STF e o direito fundamental do acusado a um julgamento justo (*fair trial*).

6. BIBLIOGRAFIA

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

AMORIM, Sílvia. Sem foro privilegiado, impunidade cresce, avaliam especialistas. *Jornal O Globo*, País, 12.07.2013. Disponível em: [oglobo.globo.com/pais/sem-foro-privilegiado-impunidade-cresce-avaliam-especialistas-9022096]. Acesso em: 28.11.2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Ação Penal 470/DF e a garantia do juiz natural. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 242. p. 2-3. São Paulo, jan. 2013.

_____. *Garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre-docência, São Paulo, USP, 2010.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. II.
- BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988-1997. vol. 4.
- BELÉM, Orlando Carlos Neves. *Do foro privilegiado à prerrogativa de função*. Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro, PUC-Rio, 2008.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 10. ed. Brasília: Ed. OAB, 2008.
- CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- COSTA, Emilia Viotti da. *STF O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001.
- DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência penal originária: uma perspectiva jurisprudencial crítica*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DI STASI, Angela. *Il diritto all'equo processo nella Cedu e nella Convenzione americana sui diritti umani: analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*. Torino: Giappichelli, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1981.
- GARCÍA, Luis. La competencia originaria de la Corte Suprema en casos penales: ¿privilegio o disminución de garantías? *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. n. 9. p. 1701-1725. Buenos Aires, sep. 2006.
- GOMES, Décio Luiz Alonso. *Imediação processual penal: definição do conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro*. Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2013.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: _____. *No-vas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GUARNERI, Giuseppe. Verbete "Competenza in materia penale". *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. vol. 8.
- JUGO, Gabriela. El derecho de recurrir de la sentencia penal condenatoria y los instrumentos internacionales de derechos humanos. In: GARCÍA, Luís M. (coord.). *Los derechos humanos en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 2002.
- KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- MAIER, Julio. *Derecho procesal penal (parte general, sujetos procesales)*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. t. II.
- _____. La impugnación del acusador: ¿un caso de *ne bis in idem*? *Revista de Ciencias Penales*. n. 12. p. 10-15. San José, dic. 1996.
- MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millenium, 2000.

- _____. *Observações e apontamentos sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal*. Tese de Livre-Docência, São Paulo, USP, 1961.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por desrespeito à regra do duplo grau de jurisdição. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 455-468. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. A competência por prerrogativa de função. *Revista de Ciências Penais*. vol. 01. p. 198-218. São Paulo: Ed. RT, jul. 2004.
- _____. A competência por prerrogativa de função e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. n. 65. p. 221-232. São Paulo, dez.-jan. 2011.
- OLIVEIRA, Roberto da Silva. *Competência criminal da justiça federal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 17. p. 113-169. São Paulo, out.-dez. 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Ed. RT, 1970-1974. vol. 4.
- PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: BONATO, Gilson (org.). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- Privilegio ambíguo. *Folha de S. Paulo*, Editorial, 11.07.2013. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/07/1309316-editorial-privilegio-ambiguo.shtml]. Acesso em: 28.11.2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Convenção de São José da Costa Rica e o direito (e garantia) ao duplo grau de jurisdição. *Boletim Informativo IBRASPP*. vol. 3. p. 13-15. São Paulo, 2012.
- TONINI, Paolo. Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. n. 35. p. 1137-1141. Milano, 1992.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 2.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da competência pela prerrogativa de função. *Revista dos Tribunais*. vol. 809. p. 397-410. São Paulo: Ed. RT, mar. 2003.
- UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000.
- VILLADIEGO BURBANO, Carolina. La oralidad en la justicia civil como elemento del debido proceso: un enfoque de derechos humanos. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*. n. 10. p. 15-26. México, ene.-jun. 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores, de Alberto Zacharias Toron e Roberto Delmanto Júnior– *RBCCrim* 4/150 (DTR\1993\454).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo exclusivo web: JRP\2012\38665.

64884

UNIDADE DE JULGAMENTO, IGUALDADE DE TRATAMENTO E O JUIZ NATURAL: ENTRE PONDERAÇÕES, ACOMODAÇÕES E ADEQUAÇÕES CONSTITUCIONAIS

*UNITY OF JUDGEMENT, EQUALITY OF TREATMENT AND THE NATURAL JUDGE:
BETWEEN PONDERATIONS, ACCOMMODATION AND CONSTITUCIONAL ADJUSTMENTS*

EUGÊNIO PACELLI

Doutor e Mestre em Direito. Procurador Regional da República no DF.

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: O texto aborda uma das diversas questões jurídicas levantadas no julgamento da APn 470, pelo STF, a partir da identificação de possíveis e necessárias distinções conceituais que devem ser feitas em relação aos dois critérios mais importantes de alteração de competência da legislação processual penal brasileira. Nele, busca-se demonstrar por que a reunião de processos para a unidade de julgamento de vários fatos e diferentes autores em um mesmo Tribunal pode encontrar fundamento na ordem constitucional. Para isso, faz-se necessária a distinção entre a unidade e a pluralidade de fatos delituosos, recorrendo-se, também à complexidade dos comportamentos imputados na acusação como razão de justificação para um único e mesmo julgamento. Procura-se demonstrar, finalmente, que o julgamento criminal realizado diretamente nos Tribunais não implica violação material do princípio do duplo grau de jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Continência – Conexão – Duplo grau de jurisdição – Juiz natural – Unidade e separação de processos – Unidade de julgamento.

ABSTRACT: This article approaches one of the many questions that rose during the trial of AP (Criminal Action) 470, judged by the STF (Supreme Federal Court), from the identification of possible and necessary conceptual distinctions that must be made within two of the most important criteria used to alter the competence in Brazilian criminal process's legislation. The objective is to attempt to demonstrate why the reunion in a single Court of several processes that revolves around different facts and different defendants can be legitimated by the constitutional order. For that, it's imperative to distinguish between unity and plurality of delictual acts, also recurring to the complexity of such criminal actions as justification for a single and only trial. Finally, it aims to demonstrate that criminal judgments made directly in Courts do not implicate in any material violation of the "double-degree of jurisdiction" principle.

KEYWORDS: Continnence – Connection – "Double-degree of jurisdiction" – Natural judge – Special venue – Unity and separation of processes – Unity of judgment.

SUMÁRIO: I. Introdução – II. Síntese da decisão e das respectivas fundamentações – III. Constituição, direitos e garantias na pluralidade do Estado de Direito – IV. O juiz natural – V. Unidade da função jurisdicional – VI. Das regras de alteração de competência no CPP – VII. Alguns pontos de chegada – VIII. Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO

O convite a essa publicação, mais que pessoalmente honroso ao articulista, assentava-se em premissa muito mais elevada: o exercício de cidadania. Trata-se de discutir um pequeno recorte dentre os diversos temas tratados no julgamento da APn 470/MG pelo STF. Nossa missão foi avançar sobre a parte da decisão que cuidou da manutenção do julgamento coletivo de todos os corréus em um mesmo processo, sob a mesma jurisdição. Unidade de processo e unidade de julgamento, enfim. Decisão essa proferida em Questão de Ordem levantada ao início do julgamento do mérito das acusações.

Exercício de cidadania sim, na medida em que se põe sob os holofotes de outra instância, que não o Poder Judiciário, uma decisão de grande repercussão em toda a sociedade brasileira, independentemente – e, um pouco, já com elas! – das objeções cabíveis quanto à *espetacularização* midiática que acompanhou o julgamento. Agora e aqui, portanto, já como dever de ofício.

Iniciamos com a seguinte questão: o juiz natural se põe a salvo de qualquer exceção na concretização dos processos judiciais penais? Constituiria ele um princípio constitucional *soberano*, superior a quaisquer outras incidências normativas?

A(s) resposta(s) ao dilema reclama o ingresso, no debate, de outras importantes questões próprias da dogmática processual penal, e tem como substrato de fundamentação argumentações de fundo constitucional.

Parece-nos curioso, à partida, que a doutrina brasileira não se ocupe e nem se preocupe muito com uma distinção aparentemente óbvia que deveria e deve ser feita em relação ao, (a) significado/conceito, e (b) a justificação/explicação, que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras processuais de *conexão* e de *continência*, sobretudo, no processo penal brasileiro, em que há diferentes critérios de distribuição da jurisdição.

Com efeito, e, na linha do (bem ou do mal) dito popular, *uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa!* Parece irrecusável, por exemplo, que há *unidade de conduta* na continência (art. 77, I e II, do CPP), e *pluralidade* delas na conexão (art. 76, I, II e III, do CPP). Diferenças radicais, particularmente para os propósitos do texto que se segue.

Adiante-se que nossa conclusão é no sentido de que a nossa E. Corte acertou na recusa à separação dos processos, no que diz respeito à identidade de ações imputadas a vários corréus e àqueles comportamentos que se entrelaçavam a outros na configuração dos delitos então imputados.

Não nos interessa, aqui, traçar quadro comparativo em relação a outros julgados daquela Corte, a fim de se comprovar, ou não, a coerência do Tribunal no trato da matéria. Até por que semelhante tarefa exigiria o avanço sobre detalhes tão minuciosos de diferentes imputações, no tempo e em processos diversos, que não conseguiríamos cumprir o calendário e a agenda que nos foi repassada.

Perde-se, com isso – reconhecemos – a possibilidade de ampliação do horizonte crítico a respeito das fundamentações utilizadas no citado julgamento, sobretudo no que toca ao plano de mérito.

Todavia, e, em outra ponta, como nos limitaremos à questão da unidade do julgamento em casos de continência, e, excepcionalmente, de algumas poucas situações de conexão, nossas conclusões de ordem teórica e dogmática não serão afetadas pela ausência de tal abordagem. Ou seja, a nosso aviso, e, em tese, se a Suprema Corte deu tratamento diferente à hipóteses iguais, como sustentam alguns, teria ela incorrido em erro! Erro somente constatável por aqueles que se detiveram em profundidade ao exame dos autos nos processos com decisões dissidentes.

Mas, em um ou em outro exemplo, qualquer que seja o paradigma da decisão a ser analisada, haverá erro na determinação da separação de processos nos casos de unidade de conduta, consoante os precisos termos do art. 77, I e II, do CPP.

E que não se pense – senão como respeito ao subscritor do texto, pelo menos em homenagem à pouca complexidade do tema – que estamos a fazer prevalecer normas de legislação ordinária sobre conteúdos de origem constitucional, como é o caso do juiz natural. Em hipótese nenhuma e em nenhuma hipótese: nossos argumentos e o fundamento em torno do qual orbitam se originam também na Constituição da República. Evidentemente.

II. SÍNTESE DA DECISÃO E DAS RESPECTIVAS FUNDAMENTAÇÕES

1. Está faltando esse texto (da síntese da decisão e das respectivas fundamentações). Vejamos, então, em que consistiu a aludida decisão acerca da manutenção da unidade de julgamento para os diversos corréus, a maioria dos quais sem prerrogativa de função no STF.

É da ementa (parte dela) que se extrai o seguinte:

Decisão: “O Tribunal, por maioria, rejeitou a questão de ordem suscitada da tribuna pelo advogado Márcio Thomaz Bastos, ratificada pelos advogados Marcelo Leonardo e Luiz Fernando Sá e Souza Pacheco, de desmembramento do processo, para assentar a competência da Corte quanto ao processo e julgamento dos denunciados que não são detentores de mandato parlamentar, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (revisor) e Marco Aurélio (...). Plenário, 02.08.2012”.

Ao que facilmente se conclui, tratava-se de argumentação acerca de suposta impossibilidade de julgamento de corréus não detentores de foro privativo no STF, ao fundamento de que, se assim se procedesse, ter-se-ia por violado o princípio do juiz natural. Argumentação *a desoras*, obviamente, ou, em bom português, em homenagem à preferência de estilo linguístico de um dos eminentes magistrados da Corte, argumentação de *última hora*, aos 46 minutos do último tempo.

O que, aliás, não significa nenhum demérito a quem a suscitou – uma das partes, por seu ilustre patrono – já que o defensor deve mesmo se esmerar na proteção dos interesses de seu constituinte.

O que surpreendeu e surpreende até hoje foi o *processamento* da questão de ordem pela Presidência do Tribunal, como se, de fato, uma delas (questão) ali estivesse presente. Não bastasse a posição já dominante naquela Corte sobre ser possível o processo e o julgamento contra pessoas não detentoras de foro privativo naquela Casa, em casos de continência (e até de conexão!), a questão já havia sido enfrentada e *repelida* pelo Tribunal, muito tempo antes. Relembre-se que a APn 470/MG remonta ao ano de 2007! E, ao propósito, tal entendimento consta de Súmula da jurisprudência daquela Casa, a saber, a de n. 704, que tem a seguinte redação: Súmula 704: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

Mas, para afastar a força de tais objeções, o eminente revisor, Min. Ricardo Lewandowski, buscou apoio na literalidade de algumas *máximas* processuais da tradição de nossa jurisprudência e doutrina, todas de longa data e, contudo, de pertinência duvidosa.

Com efeito, brandiu-se, então, que:

a) a questão ali levantada não estaria preclusa por se tratar de matéria de *ordem pública*, que pode ser conhecida *a qualquer tempo*;

b) a fundamentação constitucional então levantada não havia sido ainda enfrentada pelo Tribunal, o que, pelos dois motivos – natureza constitucional do argumento e não apreciação da questão no julgamento – justificava o conhecimento e o julgamento da questão de ordem.

E, mais, já agora no plano do mérito, chegou-se à conclusão da necessidade de separação dos processos, mantendo-se ali, na Corte, apenas as acusações processadas contra aqueles com foro privativo no STF.

Vamos por partes e em ordem, colhendo-se do voto do eminente revisor:

c) a competência em razão da função, que é excepcional, não pode ser interpretada de forma ampliativa, mas, ao contrário, de forma restritiva; apenas aqueles que detêm determinadas funções terão prerrogativa de foro, a fim de evitar que decisões venham a comprometer a ordem democrática;

d) o STF, reiteradamente, tem desmembrado os procedimentos penais, determinando a remessa ao Juízo competente, quanto àqueles que não detêm prerrogativa, com fulcro no art. 80 do CPP; sempre que decidiu pelo não desmembramento, observa-se que assim o fez por argumentos de “natureza casuística”;

e) a prorrogação legal de competência, como a continência e a conexão, não podem ampliar as regras constitucionais de competência, devendo incidir apenas em sentido horizontal, nunca vertical;

f) a possibilidade de decisões conflitantes não é justificativa bastante para o não desmembramento, como vem decidindo o STF, porque essa possibilidade pode ocorrer em qualquer desmembramento e em qualquer instância, vale dizer, o risco de decisões contraditórias não faria da reunião dos processos uma mera faculdade (art. 80 do CPP);

g) o art. 78, III, do CPP não foi recepcionado pela Constituição ao preceituar que “no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação”, em especial nos casos em que a competência for estabelecida de forma taxativa pela própria Constituição;

h) como exemplo, observe-se a edição, pelo STF, da Súmula 721, com o seguinte teor: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual”;

i) o julgamento, pelo STF, de quem não detém de prerrogativa de função fere o princípio do duplo grau de jurisdição, com assento constitucional (segundo o revisor, inserto no art. 5.º, LIV e LV, da CF), contido no art. 8.º, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada no Brasil pelo Dec. 678/1992 (c/c art. 5.º, § 2.º, da CF); a exceção a esse princípio somente é aceitável aos casos em que a própria Constituição estabelece a prerrogativa, ou seja, por opção do próprio constituinte, que não pode ser chamada de arbitrária, pois fundamentada em razão da ocupação de cargos públicos específicos e de maior relevo.

Mais adiante, e em reforço de sua argumentação, honrou-nos com citação de trabalho de nossa autoria, *in verbis*:

“Diante dessa realidade, segundo Eugênio Pacelli:

‘Optou-se, então, pela eleição de órgãos colegiados do Poder Judiciário mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira.’”

“Eugênio Pacelli de Oliveira, nessa linha de raciocínio, explica o seguinte:

‘(...) a subtração ao juiz cuja competência seja prevista na Constituição, é dizer, o seu afastamento por quaisquer critérios que não constituam exceção de natureza constitucional, configurará sempre violação à regra do juiz natural, seja como instituição do juiz ou tribunal de exceção, maculando-se a impessoalidade que devem imperar na distribuição de jurisdição, seja como inadequação do serviço estatal prestado.’”

2. Como se sabe, a tese e respectivos fundamentos não foram acatados após longos e calorosos debates, exceção feita ao Min. Marco Aurélio.

O relator, Min. Joaquim Barbosa, repeliu a tentativa de separação dos processos, encarecendo que:

a) a questão já fora amplamente debatida pelo Plenário sendo decidido pelo não desmembramento do processo, por três vezes; o CPC diz que a mesma questão não será debatida 3, 4, 5 vezes;

b) Suscitou a vinculação da Corte à Súmula 704, cujo texto vimos de reproduzir, linhas antes.

Fizeram coro à Sua Excelência, a Min. Rosa Weber, assentando que “essa questão já foi apreciada por três vezes, neste Plenário; o processo é uma marcha no tempo. Há um instituto que aqui se opera, o da preclusão. O direito é ciência cultural, o que oportuniza sempre indagação e aprofundamento na matéria, mas não se pode, no mesmo processo, voltar atrás; a marcha é para frente”, e, também, o Min. Luiz Fux, o Min. Toffoli, a Min. Carmen Lúcia, o Min. Gilmar Mendes, o Min. César Peluso, o Min. Celso de Mello e o Min. Ayres Britto, então Presidente da Corte.

Na ocasião, o ilustre relator também nos honrou com transcrição de texto de nossa lavra:

“Leio, a propósito, as lições de Eugênio Pacelli, *verbis*:

‘Em uma ação penal da competência originária dos tribunais de segunda instância, por exemplo, não se poderá alegar violação ao duplo grau de jurisdição, pela inexistência de recurso cabível. O referido órgão colegiado, nessas situações, estará atuando diretamente sobre as questões de fato e de direito, realizando, então, a instrução probatória e o julgamento. Estará garantido, portanto, o reexame da matéria por mais de um único juiz (a pluralidade de decisão, pois), sobretudo quando a competência para o julgamento for atribuída ao Plenário do Tribunal. De todo modo, o afastamento da exigência do duplo grau em tais casos decorreria da própria Constituição’ (*Curso de processo penal*, 11. ed., p. 722).

III. CONSTITUIÇÃO, DIREITOS E GARANTIAS NA PLURALIDADE DO ESTADO DE DIREITO

3. Importa-nos nesse ponto ressaltar alguns dos principais aspectos de uma ordem constitucional que tenha pretensões democráticas, iniciando com o mais visível deles: o pluralismo político.

De fato, sabido que nas Constituições do Estado moderno, quando forjadas por um poder efetivamente constituinte, estará sempre presente a diversidade de pretensões individuais e coletivas, até por razões demasiado humanas, o acolhimento de tantos interesses distintos somente será e é possível no plano da abstração normativa.

Mais ainda: apenas em documentos de conteúdo eminentemente políticos e com efetivas preocupações sociais, como é o caso das Constituições de Corte democrática e de perfil republicano, nas quais não há espaço para o dirigismo ou para o protagonismo estatal, a determinar, de cima para baixo, a concessão de direitos e

as *preferências* de grupos ou classes que compõem o cenário constituinte. Deve-se acolher a diversidade, a variedade de interesses e, enfim, o pluralismo na formação do Estado e da sociedade então e assim organizada.

Ocorre que o acolhimento de ordens tão variadas de interesses sempre determinará um horizonte normativo de inevitáveis conflitos, quando da satisfação concreta de um ou de outro, ou, mais claramente, de um *em face* do outro. Liberdade de imprensa, por exemplo, constitui direito de todos, no proveito do interesse público. De outro lado, a *honra* e a *imagem* constituem patrimônio individual bem delimitado ou personalizado. Nada obstante, também os direitos individuais apresentam dimensão coletiva e difusa, na medida em que o respeito a eles produz resultados para além dos respectivos titulares, dado que o atendimento das necessidades de cada um haverá de resultar na satisfação geral de todos.

Nessa quadra do desenvolvimento do direito constitucional, e, antes dele, da teoria e da filosofia do direito, não há mais lugar para a afirmação apriorística da prevalência do interesse público sobre o privado e nem do coletivo sobre o individual. Há entre todos eles, por assim dizer, relação de *reciprocidade* e de *complementariedade*, que os conduz à convergência para o mesmo endereço: o direito à coexistência nos níveis mais elevados possíveis de atendimento aos interesses gerais.

No âmbito do direito *aplicado*, isto é, naqueles casos em que os dissensos e os conflitos entre pessoas e/ou entre grupos são de tamanha envergadura que exigem a intervenção de um terceiro – em posição de objetivo desinteresse –, a jurisdição estatal é convocada a *concretizar* as soluções mais adequadas a cada um deles (dissensos). A divulgação de fatos e de nomes das pessoas envolvidas pode constituir, em tese, o livre e regular exercício da liberdade de imprensa. Do outro lado da *prensa* (no sentido de mídia, em geral), porém, haverá aquele que, citado na reportagem ou publicação, entenda-se em condições de impedir a exposição de sua imagem, à compreensão de que teria, também ele, direito constitucional a ser protegido.

4. O segundo aspecto a ser abordado, então, e ainda relativamente à Constituição e aos direitos subjetivos nela garantidos, diz respeito aos métodos ou às possibilidades jurídicas dessas soluções de conflitos ou de tensões entre normas (jurídicas) que, menos eventualmente que se pensa, podem se fazer presente em um mesmo contexto fático e em níveis semelhantes de subsunção ao caso concreto.

E quando isso ocorrer no plano das normas constitucionais, a questão que se porá, então, dirá respeito aos critérios de escolha da norma de preferência, isto é, daquela mais adequada a resolver o dissenso, sem prejuízo algum à validade e ao alcance da outra, cuja aplicação tenha sido afastada.

E o problema efetivamente existe, a partir da consideração de que:

a) Todas as normas envolvidas são válidas e vigentes, reclamando ambas a aplicação ao caso concreto, se admitido que as duas podem se subsumir nos fatos submetidos à jurisdição;

b) Os tradicionais critérios da cronologia, da hierarquia e da especialidade são insuficientes para a solução da questão, dado que as normas envolvidas tem a mesma origem (constitucional), são contemporâneas e não guardam relação de especialidade ou de generalidade.

Quais seriam, então, as normas constitucionais que teriam fundamentado a decisão da Suprema Corte na citada APn 470/MG? E, mais que isso, quais seriam aquelas outras que, por sua pertinência, *deveriam* ter sido também abordadas e/ou utilizadas naquele julgamento?

IV. O JUIZ NATURAL

5. Na certeza de que sequer se fazem necessárias quaisquer incursões na retrospectiva histórica do princípio do juiz natural, e, por isso, limitando-nos a definir os contornos mais evidentes de sua configuração na ordem jurídica nacional, pode-se afirmar que a proibição do juiz ou do Tribunal de Exceção (art. 5.º da CF) constituiria o seu núcleo essencial.

De fato, e como ocorre em relação às demais funções da Administração Pública, também a jurisdição há de se orientar por critérios de absoluta impessoalidade. Nesse passo, a *cegueira* da Justiça seria a sua primeira virtude, se bem compreendida como distanciamento prévio em relação ao objeto de seu julgamento, o que incluiria, em consequência, a sua desvinculação com os interesses das partes.

Juiz ou Tribunal de Exceção será sempre aquele órgão da jurisdição constituído *após* a prática do crime e *sem obediência* aos limites gerais de fixação das funções jurisdicionais. De exceção será também o juiz ou o tribunal que vierem a ser compostos por órgãos não integrantes do Poder Judiciário, ou não investidos regularmente na respectiva função.

Tanto bastaria para se delimitar em cores mais vivas a importante função atribuída ao princípio do juiz natural, indispensável ao funcionamento da Justiça no Estado de Direito.

Mas, o ordenamento brasileiro não se contentou com a vedação do juiz ou do Tribunal de Exceção, na medida em que, ao dispor sobre o Poder Judiciário, repartiu em várias especialidades a função jurisdicional, atribuindo a órgãos diversos a competência para a apreciação de determinadas causas. Daí falar-se em competência *por matéria* e em competência *por prerrogativa de função* no âmbito da jurisdição criminal. O critério territorial, isto é, a definição da competência segundo o lugar do crime não tem foro constitucional, prestando-se mais a resolver questões de conveniência da instrução criminal. Exatamente por isso, não integra o conceito e nem apresenta as mesmas consequências do princípio do juiz natural.

Dispõe a Constituição da República que o juiz natural para o processo e o julgamento de membros do Congresso Nacional nos crimes comuns é o STF, consoante

o disposto no art. 102, I, *b*. Em princípio, portanto, o afastamento daquele foro para os citados congressistas implicaria violação do juiz natural, com afetação do *grau de jurisdição* assegurada a tais ocupantes de tão relevantes cargos.

6. De outro lado, e já agora, surgiria a necessidade de se enfrentar a questão atinente à possibilidade, ou não, de aquela Corte poder julgar também pessoas que não tem ali o seu juiz natural, por não exercerem quaisquer das funções e/ou cargos assinalados no citado art. 102 da CF.

É dizer, para tais pessoas a previsão constitucional da respectiva jurisdição não se consolidaria na *prerrogativa de função*, e, sim, *por matéria*, segundo a natureza do crime. Tratando-se de crime *federal*, ou seja, daqueles submetidos à respectiva jurisdição, por força do art. 109 da CF, a competência seria do juiz federal de 1.º grau; se *estadual*, do juiz de direito, se *eleitoral*, do juiz eleitoral e, se militar, da Justiça Militar (da União ou dos Estados, a depender da infração e da atividade desenvolvida pela agente).

Surgiria, portanto, a dúvida acerca da possibilidade de, em relação a essas pessoas, haver violação ao princípio do *duplo grau* de jurisdição e ao do juiz natural.

A resposta é negativa, segundo nos parece, em especial no que toca ao juiz *natural*. É que, embora outro seja o juiz apontado na Constituição da República, o julgamento diretamente por um Tribunal, sobretudo quando Superior (STF e STJ), não constitui exceção alguma, no sentido específico do conceito de *juiz ou Tribunal de Exceção*. Pressupõe-se, ao contrário, que os Tribunais sejam integrados por magistrados com maior experiência judicante que os juízos singulares. Não bastasse, o julgamento nos tribunais é feito por órgãos *colegiados*, qualificando ainda mais as decisões (em tese, é claro).

De modo que, em princípio, o deslocamento do juiz natural instituído em razão da *matéria* para outro (juiz também natural), fixado por *prerrogativa de função*, não oferece desdobramentos relevantes no que toca ao devido processo legal constitucional, na medida em que se estaria alterando o julgamento do caso penal de um juiz *singular* para um tribunal, *colegiado*.

A exceção correria por conta do Tribunal do Júri, competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Nessa hipótese, ser julgado por um órgão orientado pela livre apreciação jurídica do fato, isto, por um órgão composto por pessoas sem formação jurídica, mas com legitimidade constitucional para decidir sobre o *justo* e sobre o *injusto*, é mesmo diferente de ser julgado por qualquer Tribunal integrado por juízes togados. E não há como estabelecer um critério decisivo para as eventuais preferências dos acusados em uma ou em outra instância: tanto o Júri quanto os tribunais estão sujeitos a erros. O problema do Júri é a absoluta ausência de controle quanto às razões de sua decisão, já que eles não estão obrigados a fundamentá-las.

Precisamente por isso, a jurisprudência do STF prefere determinar a separação obrigatória de processos quando um dos acusados tiver foro privativo em tribunais

nos crimes dolosos contra a vida. Compreensível, mas, ainda assim, discutível, na medida em que se autoriza a possibilidade de decisões absolutamente distintas para um mesmo fato, como sói ocorrer nos casos de *continência* (e não de *conexão*!).

Já no que diz respeito à possível violação ao duplo grau de jurisdição, não parece haver dúvidas quanto ao fato da evidência de tal conclusão, dado que aquele que não tem foro privativo perderá a possibilidade de ser julgado *duas vezes*, por órgãos e em jurisdições *distintas*. A questão, porém, não acaba aqui. Nas ações penais originárias os tribunais apreciam inteiramente toda a matéria de fato e de direito, além de exercerem o poder de controle jurisdicional das decisões dos juízes de primeiro grau, competentes originariamente em razão da matéria. A exigência do duplo grau, portanto, se encontra ao nível da jurisdição *ordinária*, de modo a permitir o reexame de uma decisão de um juiz singular por um órgão colegiado.

Mais se dirá sobre tais questões, quanto ao tempo de nossas conclusões.

V. UNIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

7. Na vertente da proibição do juiz ou do tribunal de exceção, o princípio do juiz natural nada mais faz que consagrar a garantia da impessoalidade da Administração Pública, de modo a evitar possíveis manipulações arbitrárias da jurisdição e de preservar o distanciamento objetivo do juiz em relação aos fatos e às partes, para muito além das conhecidas causas de impedimento, de suspeição e de incompatibilidade do magistrado com e no processo (arts. 112, 252, 253 e 254 do CPP).

Já em relação aos fundamentos para a instituição de foros por prerrogativa do cargo exercido, o que se pretende assegurar é a simetria *funcional* entre o grau de jurisdição com competência originária para o processo e aquela (função) exercida pelo acusado, que devem situar-se em níveis assemelhados de posições hierárquicas no Poder Público.

Assim, os membros do Congresso Nacional, que representam o nível mais elevado do Poder Legislativo nacional, serão julgados pelo Tribunal que ocupa o mesmo grau de relevo no âmbito do Poder Judiciário (o STF).

Se a competência por *matéria* cuida de diferentes níveis de *especialização* da jurisdição, aquela fixada em razão da *função* exercida pelo acusado tem outra fundamentação, qual seja a de *equivalência* de escalonamento na estrutura do respectivo Poder. Do ponto de vista abstrato, não há qualquer dúvida quanto à especialização intrínseca dos tribunais – de todos eles – para a apreciação de qualquer matéria criminal.

Essa conclusão fica muito mais clara quando se pensa na competência criminal *originária* dos Tribunais Superiores. A competência do STF para julgar deputados federais e senadores não decorre da *matéria criminal* sob exame. A natureza do crime a eles imputados é indiferente para a fixação daquele foro. Tanto poderá ser eleitoral, quanto estadual, federal ou até militar o crime a ser ali apreciado. Do mes-

mo modo, a competência do STJ para o julgamento dos governadores dos Estados não depende da espécie de delitos a eles atribuídos.

Note-se também que a Constituição da República assegura o foro dos Tribunais de Justiça dos Estados para o julgamento dos juízes de direitos até mesmo quando se tratar de crimes de natureza *federal* (art. 96, III). Se não nos parece uma boa política criminal (na perspectiva processual), por que, na prática, tais Tribunais tendem a se *especializar* por matéria (nos crimes *estaduais*), a fonte da escolha vem da Constituição da República. O que faz com que tenhamos que aceitar a ideia no sentido de que todos os tribunais *deveriam* se especializar nas mais diferentes matérias criminais. Do contrário, como aceitar que um juiz de direito ou outro que tenha foro ali, nos Tribunais de Justiça, sejam ali julgados em *matéria federal*??? E o mesmo valeria para a competência dos Tribunais Regionais Federais nos julgamentos de crimes estaduais cometidos por juízes federais ou por outras pessoas que ali tem seu foro privativo.

Teríamos, então, e, inevitavelmente, que *rejeitar* a opção constitucional, dando-a por inválida em face da própria Constituição, em seu contexto mais geral sobre o exercício da jurisdição, o que, convenhamos não parece tarefa fácil, além de contrariar rigorosamente toda a jurisprudência de todos os nossos tribunais.

Tudo isso vem a propósito do seguinte: a função jurisdicional é uma só, enquanto manifestação do Poder Judiciário na solução dos conflitos. Pode-se dizer, assim, que a jurisdição é *una*, ainda quando repartida a competência de seus órgãos entre diferentes juízes e tribunais. A divisão de tarefas por matérias (trabalhista, militar, eleitoral, comum – federal e estadual) tem o único objetivo de *otimizar* o exercício do aludido Poder, por meio da *especialização* dos juízos, sempre com o objetivo de enriquecer e qualificar a distribuição de Justiça.

A garantia do juiz natural por matéria penal traduz a preocupação com o grau de especialidade de determinados delitos, assegurando ao jurisdicionado o julgamento por magistrado que lida cotidianamente com tais questões. O juiz federal não é superior ao juiz de direito – e nem o contrário –, mas a garantia de um e de outro como o juiz natural para a apreciação do crime federal e do estadual decorre exatamente do fato da especialização por matéria determinada pela repartição constitucional da competência jurisdicional.

E quanto aos foros privativos por prerrogativa de função, o fundamento, repita-se, *não é o da especialidade*, mas da relevância do cargo ocupado pelo acusado, a exigir uma instância do Judiciário de mesma equivalência funcional. Deferência bastante discutível, mas feita por quem podia fazê-lo: o constituinte. No entanto, semelhante critério somente pode ser explicado a partir de um pressuposto lógico: o de que todos os Tribunais devem ser *também especializados* em *toda* a matéria criminal, sem o que os foros privativos seriam um grande risco para aqueles que gozam de tais prerrogativas. Riscos esses que não alcançariam aqueles que tem como foro em razão da função o STJ e o STF, cuja competência recursal já inclui a

especialização em todo tipo de delitos (federal, estadual, eleitoral, militar e dolosos contra a vida).

Mas, fato é que, enquanto manifestação definitiva do direito a ser aplicado (a jurisdição), deve-se evitar ao máximo a possibilidade de decisões diferentes para *a mesma situação de fato* no âmbito da *mesma jurisdição criminal*. Divergências na responsabilização civil e penal podem ocorrer mesmo, diante das peculiaridades das respectivas regras de imputação. Porém, e para reduzir tais inconvenientes, há previsão legal de condicionamentos entre as instâncias cíveis e criminais, conforme o disposto no art. 935 do CC/2002, e arts. 65, 66 e 67 do CPP.

Daí, a importância de se distinguir os conceitos e as consequências entre a conexão e a continência, ambas reguladas no CPP (arts. 76 e 77), na medida em que tratam de questões evidentemente diferentes.

VI. DAS REGRAS DE ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA NO CPP

8. Em princípio, uma vez distribuído o processo, não haveria razão alguma para se afastar aquele juízo previamente fixado segundo as determinações legais pertinentes. É dizer: determinada a competência pela distribuição, que razões poderiam justificar a sua alteração?

De se ver, de início, que a matéria atinente à modificação de competência jurisdicional não tem foro na Constituição.

A rigor, parece justificadamente deduzível do conjunto de regras processuais que cuidam das alterações de competência no velho Código de Processo Penal, que o que se tinha ali em mira, prioritariamente, era a competência *territorial*, e, secundariamente, a competência em razão da matéria ou por exercício de função. De todo modo, e à vista da ausência de poderes onipotentes ou videntes do legislador responsável pelo CPP de 1941, não se pensava então no atual modelo de distribuição de competência realizada na Constituição da República de 1988.

Ensinam os doutos que mesmo a regra contida no art. 78, III, do CPP, que trata da prevalência da jurisdição *mais graduada*, nada tinha que ver com a competência originária dos tribunais.¹

E, mais importante que isso, a legislação ordinária da época não estava atrelada às eventuais determinações constitucionais que pudessem impedir a modificação de jurisdições pela diferença hierárquica entre as diferentes normas (Lei e Constituição). É certo, por exemplo, que as Constituições brasileiras de 1934 e de 1937 – anteriores ao Código de 1941 – já contemplavam os foros privativos por prerrogativa de função (em número muito mais reduzido que agora, é certo!).

1. BUENO, Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. Edição anot., atual. e compl. por José Frederico Bueno Marques. São Paulo: Ed. RT, 1959. p. 152-153.

O quadro geral das regras de alterações de competência permanece até hoje o mesmo, consoante o disposto no art. 76 e ss. do CPP. E com uma agravante que incidirá sobre suas disposições: a Constituição da República regulou diversas questões atinentes à competência por matéria e por prerrogativa de função, normas estas que, em princípio, não poderão ser afastadas pelos critérios *ordinários* do CPP. Mas que, excepcionalmente, poderão ter aplicação também nesse campo, desde que adequadas e justificadas por outras considerações igualmente de índole constitucional.

Vejam os hipóteses de conexão e de continência, a chave para a solução das questões levantadas nesse trabalho.

a) A conexão

9. Como já salientado, o que caracteriza a conexão, por primeiro, é a *pluralidade* de ações, que podem ou não ter sido praticadas pelo mesmo agente. Quando realizadas pelo mesmo autor, o ponto de ligação entre as condutas será exatamente essa circunstância, acrescida do fato de haver uma interdependência entre elas, como se vê do disposto no art. 76, II, do CPP, em que se afirma que haverá conexão quando, diante da apontada pluralidade de ações, *houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas*.

Em tais hipóteses, bem se vê, não haveria a necessidade de reunião dos respectivos processos (em que se apura cada uma das infrações), no que diz respeito à questão *probatória*. No entanto, estando eles reunidos, bem e melhor poderá o magistrado aferir do grau de responsabilidade penal do agente, ao exame das circunstâncias subjetivas presentes nas ações subsequentes.

De outro lado, as demais situações de conexão reguladas no CPP estão *conectadas* – passe a redundância! – com a facilitação da instrução criminal, em proveito do procedimento, portanto, e com a qualidade da prova obtida pela reunião dos processos. A *unidade* do processo, assim, favorecerá a *unidade* do julgamento. É ver o quanto se contém nas hipóteses do art. 76, I e III, do CPP:

“Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II – (...)

III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.”

Resulta de tudo isso a conclusão, bastante visível, de que as regras de conexão buscam unicamente a otimização da persecução penal, primeiro ao nível do proce-

dimento, facilitando a colheita da prova e evitando a reiteração de atos de instrução (prova testemunhal, por exemplo), e, depois, permitindo ao juiz uma visão mais ampla das responsabilidades penais eventualmente presentes. E precisamente por isso é que se deve afastar a reunião de processos em razão de conexão quando estiver em jogo a possível violação ao princípio do juiz natural. O proveito da instrução (do processo) não vale o risco da jurisdição (da Constituição). Como regra!

Todavia, exceções estão presentes em todo o direito e sempre se justificarão quando as peculiaridades e singularidades do caso concreto indicarem a necessidade de superação ou de afastamento do critério geral. Seria o caso, por exemplo, de hipóteses envolvendo o foro privativo por prerrogativa de função, em que alguns dos réus não ostentassem o mesmo *status* processual ou que o tivessem em menor grau de hierarquia jurisdicional, como pode ocorrer entre membros do Congresso Nacional e Governadores de Estados, cuja competência para o processo e julgamento seria do STF e do STJ, respectivamente. Nesse exemplo, aquele que tem foro privativo no STJ teria diminuído em algum nível as suas garantias judiciais acaso viesse a ser julgado diretamente no STF?

Para logo, note-se que nas ações penais originárias não se aplica a exigência do duplo grau de jurisdição. Eventuais impugnações somente terão lugar, quando cabíveis, pela via *extraordinária*, casos do recurso especial, na competência recursal do STJ, e do recurso extraordinário, para o STF. Ao propósito, reputamos absolutamente inválidos, por incompatibilidade com a Constituição e com a Lei 8.038/1990, os embargos infringentes previstos no art. 333 do RISTF. Esta Corte, entretanto, vem de afirmar a recepção do citado recurso em embargos opostos na mesma APn 470/MG, por apertada maioria (6 x 5). Toda a fundamentação com a qual julgamos ter demonstrado o equívoco da Suprema Corte em relação a essa questão se encontram em nosso *Curso de processo penal*, 18. ed., Atlas, no prelo, para 2014, no Capítulo referente aos embargos infringentes previstos no art. 609 do CPP. Não nos parece adequado voltar ao tema nesse pequeno espaço.

Por outro lado, de todo criticável a Súmula 122, do STJ, ao dispor que no concurso entre a competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual prevaleceria a da primeira. Aqui não se cuida de prerrogativa de função, mas de conexão entre fatos da competência da jurisdição dos Estados e da jurisdição federal. Não vemos razão alguma que justifique o afastamento do juiz natural, *em razão da matéria*, para o fim unicamente de facilitação da instrução e proveito do procedimento. As regras da conexão não deveriam se sobrepor às funções do juiz natural, de índole constitucional.

b) A continência

10. A mais importante regra de modificação de competência que se tem notícia no processo penal é a da *continência*, cuja configuração não parece muito ajustada

àquela já conhecida do processo civil, em que tem lugar uma relação de *continente* a *conteúdo*, via da qual o objeto de um processo, por ser mais amplo que o do outro, justificaria a sua reunião.

No processo penal, o que caracteriza a continência é a *unidade de condutas*, que ocorre tanto em relação ao concurso de pessoas na prática de um ou de mais crimes, quanto nas hipóteses de concurso formal de crimes, na *aberratio ictus* e no resultado diverso do pretendido (arts. 70, 73 e 74, todos do CP). É o que se deduz do texto do art. 77 do CPP, a dizer que:

“Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I – duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II – no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1.º, 53, segunda parte, e 54 do CP” (atuais arts. 70, 73 e 74 do CP).

Ocorre que a reunião de processos, ou, melhor dizendo, a unidade de processo para que se realize a unidade de julgamento em tais situações não busca fundamentação em mero proveito procedimental ou na facilidade da instrução criminal.

Para muito além, trata-se de imposição decorrente de princípio geral do direito, verdadeiro postulado político da democracia: a igualdade de tratamento a todos pela Administração Pública, em todos os seus níveis. Tratando-se da possibilidade de imposição de graves consequências jurídicas em razão da prática de um mesmo e único fato, considerado aqui na sua singularidade subjetiva (pluralidade de agentes), deve o direito oferecer a mesma resposta, na medida, é claro, das respectivas culpabilidades.

Parece-nos mesmo inaceitável que o Estado apresente soluções diferentes para responsáveis pelos mesmos fatos. E, mais, que tais soluções decorram da mera existência de instâncias privativas para o julgamento de determinados ocupantes de cargos públicos. Se os Tribunais ocupam posição hierarquicamente superior aos juízos singulares, não há como sustentar a necessidade de separação de processos com base em tal fundamento. A pessoa sem foro privativo que é *originariamente* julgado nos Tribunais de 2.º grau teria também ali o órgão competente para apreciar o seu *recurso* se processado na 1.ª instância. O problema, em si, na verdade, é a *existência* das ações penais originárias nos tribunais e não a reunião dos processos naqueles foros. Culpe-se o constituinte e não a unidade da jurisdição!

É claro que o risco de decisões contraditórias sobre o mesmo fato também estará presente na previsão atual de duplicidade de apreciação da matéria por instâncias diferentes da jurisdição. Um fato ilícito poderá produzir a responsabilização de seu autor tanto no âmbito civil quanto no penal. E, eventualmente, também no administrativo, permanecendo, em todo o caso, o mesmo e único fato. Culpe-se, então, a legislação nacional que até hoje não entendeu pela necessidade da apreciação conjunta da responsabilidade civil e da criminal no mesmo Juízo! Diversos países contemplam a unidade de jurisdição, cível e criminal, exatamente para evitar so-

luções diferentes para o mesmo fato. E a competência deverá ser do juízo criminal por razões evidentes, ligadas ao modelo de afirmação da certeza judicial, no que já se convencionou chamar de *verdade real* ou *material*, que nada mais traduz senão a amplitude do campo probatório no processo penal.

De outro lado, é verdade também que nosso CPP prevê hipóteses em que a separação dos processos se apresente como alternativa ao magistrado, mesmo em se tratando de continência, conforme se vê do disposto no art. 80, e, especificamente, quando se tratar de grande número de acusados e *para não lhes prolongar a prisão provisória*. A norma está a se referir às situações em que a demora na tramitação do processo, em razão do elevado número de réus, possa permitir a indevida prorrogação da prisão de alguns deles ou de todos.

Cabe assinalar, contudo, que o dispositivo é de 1941 e já perdeu sua eficácia no tempo, sobretudo porque, desde a Constituição de 1988, e, particularmente, desde a Lei 12.403/2011, toda prisão dependerá de ordem judicial escrita e fundamentada, além do fato, de todo relevante, que, embora não haja prazo certo para o término da instrução criminal, ressalvadas algumas disposições esparsas sobre a instrução criminal (arts. 400 e 412 do CPP, este último específico do Tribunal do Júri) e os prazos para a prática de determinados atos processuais (encerramento de inquérito e oferecimento de denúncia), já se consolidou o entendimento no sentido de limitar a duração máxima da prisão até a fase final da instrução (aproximadamente 85 dias, em regra, dependendo do procedimento). Também a Lei 12.850/2013 prevê o prazo máximo de 120 dias para o encerramento da instrução, nos procedimentos relativos às organizações criminosas, e prorrogáveis por igual período, no caso de demora não imputável ao Estado (art. 22, parágrafo único).

Assim, a quantidade de acusados no processo não determinará o prolongamento da prisão provisória, impondo-se o seu *relaxamento* quando estiverem superados os prazos legais e aqueles construídos pela jurisprudência. Por isso, pensamos que não se deve aplicar a regra do art. 80 nas hipóteses de continência, ao menos como regra, deixando às exceções a justificativa para o risco de decisões distintas para acusados de um mesmo fato.

Como é o caso, por exemplo, daquelas (exceções) contidas no art. 79, I e II, do CPP, a cuidar de hipótese de superveniência de incapacidade de um dos réus e de incidentes no Tribunal do Júri. Também poderá haver o julgamento posterior de corréu que não tenha sido incluído na peça acusatória e cuja autoria e/ou participação fosse desconhecida àquele tempo. São situações em que a separação dos processos é perfeitamente justificável, sob pena de paralisação completa da jurisdição. Relembre-se, ainda, e ao propósito, que nos casos de revelia de um dos acusados, incidirá a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP, ressalvados unicamente os processos relativos aos crimes de lavagem de bens e valores (Lei 9.613/1998, com redação dada pela Lei 12.683/2012).

Fora dessas situações, portanto, em que a separação dos processos nas hipóteses de continência encontra amparo na preservação do devido processo legal e na regularidade do exercício da função jurisdicional, não se deve proceder ao desmembramento de processos continentes. O afastamento da unidade de processos e, sobretudo, do julgamento, deve ser sempre excepcional, a fim de se evitar que a mesma jurisdição criminal produza decisões divergentes sobre o mesmo fato. Em sentido contrário, veja-se a posição de Maria Lúcia Karam,² na qual, contudo, não se aprecia a distinção de tratamento entre conexão e continência.

VII. ALGUNS PONTOS DE CHEGADA

11. Em tempo de conclusões, não vemos como negar o acerto da decisão da Suprema Corte em manter ali a unidade de processo e de julgamento na APn 470/MG, para o que se arrolam algumas sínteses de todas as questões que foram aqui abordadas.

a) Inúmeros eram os fatos, como inúmeros também eram os imputados, de tudo se extraíndo a conclusão da existência de uma pluralidade de condutas alegadamente interligadas, seja pela imputação do concurso de pessoas, seja pela vinculação de motivações e finalidades desejadas, conforme alegado na acusação. Nada diríamos, por óbvio, acerca da pertinência ou da procedência das alegações ali contidas, já que o exame detido e pormenorizado dos autos constituiu prerrogativa daqueles que nele atuaram;

b) Estavam presentes, portanto, nas imputações e nos votos vencedores, tanto a ocorrência de conexão entre os mais variados fatos, quanto a continência em relação a tantos outros;

c) Questões e incidentes de fundo constitucional, de fato, podem e devem ser alegados a *qualquer tempo*. Mas não a *todo tempo*! Uma vez decidida pelo Tribunal a questão suscitada, não há razão alguma para a ela se voltar, sobretudo porque, tratando-se da jurisdição *originária* do STF, qualquer decisão acerca da separação ou da manutenção da unidade do processo e do julgamento terá enfrentado e repellido a fundamentação constitucional pertinente (ainda que não alegado um ou outro *fundamento* ou um ou outro *argumento*). E isso na medida em que se trata da determinação do alcance do princípio do juiz natural e da exigência, ou não (Súmula 704 do STF) do duplo grau de jurisdição para aqueles que não tem ali o seu foro privativo. Tem-se, portanto, preclusão *pro judicato* da matéria, a impedir a sua rediscussão;

d) A interpretação constitucional no Estado Democrático de Direito, orientada pelo pluralismo e pela realização dos direitos fundamentais, é refratária à absoluti-

2. KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 67.

zação dos princípios, nada autorizando a articulação de uma hierarquia ou de uma escala axiológica entre eles, sobretudo, no que tange aos princípios que orbitam em torno do devido processo legal;

e) O julgamento de quem não tem foro privativo, quando realizado diretamente pelo Tribunal com hierarquia jurisdicional e competência *recursal* sobre a 1.^a instância, nem passa perto de atingir a ordem democrática; pelo contrário, permite que os Tribunais Superiores apreciem também a matéria de fato, normalmente reservada às instâncias ordinárias;

f) A separação de processos prevista no art. 80 do CPP, como regra, se refere aos casos de conexão e não àqueles de continência. As demais hipóteses do art. 79 do CPP, poderão se aplicar também à continência, justificando-se por necessidade de preservação do devido processo legal e de regularidade do exercício da jurisdição, princípio e postulado indeclináveis do Estado de Direito;

g) A jurisprudência do STF, segundo o disposto na Súmula 704, é no sentido da ausência de violação ao devido processo legal quando reunidos os processos daqueles que tem foro privativo nos tribunais e daqueles que não o tem. Se não se tem aqui um *fundamento* de direito, quando nada demonstra a coerência da decisão de manutenção dos processos naquela Corte, na APn 470/MG. A garantia do *duplo grau* de jurisdição diz respeito à exigência de revisão do julgado de 1.^o grau por órgão colegiado dos Tribunais, o que justifica a validade intrínseca das ações penais originárias, ainda que não se mostrem a melhor alternativa para o julgamento de autoridades do Poder Público.

12. Dentre tantas curiosidades no citado julgamento, uma delas, e especificamente em relação ao tema aqui abordado, chama a atenção: em alguns cantos da vida política e mesmo no ambiente jurídico, os foros privativos por prerrogativa de função vinham sendo entendido, modernamente, como *privilégio* daqueles ocupantes de determinados cargos públicos. Sustentava-se, e com alguma insistência, a desigualdade de tratamento em relação aos demais jurisdicionados, que se veriam em situação desfavorável aos titulares do citado foro.

Agora, quando algumas condenações começam a surgir no âmbito dos Tribunais Superiores, surpreende a mudança de posição: agora, quem se vê em situação desfavorável seriam as autoridades com foro privativo e não mais os cidadãos comuns. E, por isso, levá-los (os cidadãos) aos tribunais nas ações originárias seria estender a mesma desvantagem a eles, não possuidores do *ex-privilégio* do foro.

Talvez surja daí o óbvio: o fim das ações originárias nos tribunais para os crimes comuns. E que se aproveite também para fazer renascer a competência do Júri para todas as autoridades públicas. E, por fim, que os juízes, em todas as instâncias, sejam apenas Juízes e não Desembargadores e Ministros, afinal, privilégios e prerrogativas sempre se confundem aos olhos da cidadania.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BUENO, Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. Edição anot., atual. e compl. por José Frederico Bueno Marques. São Paulo: Ed. RT, 1959.
- CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. I.
- KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. IV.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Brasília/São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi Ltda., 1983.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O duplo grau de jurisdição e juiz natural na APn 470/MG, de Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antonio Ferreira Lima – RT 933/93 (DTR\2013\3805); e
- O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no caso mensalão, de Guilherme de Souza Nucci – RT 933/221 (DTR\2013\3784).

64896

PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL E A UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS COLHIDOS EM COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

*TRANSFERRED EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS AND THE USE
OF INFORMATION COLLECTED FROM PARLAMENTARY COMMITTEES OF INQUIRY*

GUSTAVO BADARÓ

Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O artigo tem por objeto o acórdão do STF da APn 470/MG, na questão relativa ao valor que os elementos de informação produzidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito podem ter no processo penal. A análise é feita a partir dos requisitos da prova emprestada para, então, distinguindo as provas pré-constituídas das provas constituídas, verificar o valor dos elementos de informação produzidos nas CPI's, ante a necessidade de observância do contraditório na produção da prova no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Comissões Parlamentares de Inquérito – Prova emprestada – Valoração da prova.

ABSTRACT: The article aims at the judgment of the Supreme Court of Criminal Action 470/MG, the question concerning the value that the information produced by the Parliamentary Committees of Inquiry may have in criminal proceedings. The analysis is based on the requirements of transferred evidence, then, distinguishing the real evidence and oral evidence, check the value of the information produced in the PCI's, against the need to respect the adversarial presentation of evidence in criminal proceedings.

KEYWORDS: Parliamentary Committees of Inquiry – Transferred evidence – Value of proof.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O tratamento do tema no acórdão – 3. Da prova emprestada: conceito e requisitos de admissibilidade – 4. Das provas pré-constituídas e provas constituídas: diferenças quanto ao regime do contraditório – 5. Os elementos informativos das CPI's e sua utilização como prova emprestada – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Entre os diversos temas de processo penal tratados no acórdão da APn 470/MG, será analisada a possibilidade de os elementos de convicção colhidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito serem valorados como prova em processo penal.

No aresto em comento foram mencionadas três Comissões Parlamentares de Inquérito: a CPMI dos Correios, a CPI dos Bingos e a CPMI da Compra de Votos, que, em função do apelido dado para a prática, ficou conhecida como “CPI do Mensalão”. Houve, também, referência à CPI do Banestado.

De se ressaltar que, durante o julgamento, o tema não foi debatido em profundidade por todos os ministros, embora enfrentado, expressamente, por quatro julgadores. Prevaleceu o entendimento de que as provas colhidas em investigações preliminares, no caso, em Comissões Parlamentares de Inquérito, são validamente utilizáveis em posterior processo penal, se neste forem submetidas ao contraditório e confirmadas por outras provas.

Como já afirmamos em outro artigo sobre o mesmo aresto, a escolha de um tema envolvendo a valoração da prova traz uma dificuldade adicional. O STF, tem a função precípua de valorar leis e sua compatibilidade ou não com a Constituição Federal. Trata-se, pois, de função hermenêutica. Neste caso, porém, exerce anormalmente a função de julgador de um processo penal, sendo chamado também a realizar uma atividade *heurística* de reconstrução dos fatos a partir da prova produzida. Evidente que o STF não está acostumado com a atividade de reconstrução histórica dos fatos, valorando provas para decidir, entre as diversas afirmações contrárias sobre um fato, qual delas encontra maior suporte e confirmação nos meios de prova produzidos.¹

Além disso, o tema toca diretamente o coração da atividade probatória: prova é todo meio produzido em contraditório de partes, e perante o juiz imparcial. Evidente que, não se trata de regra absoluta ou inquebrantável, mas qualquer restrição indevida a sua aplicação pode levar a uma errônea reconstrução histórica dos fatos, comprometendo a legitimidade da decisão, principalmente no caso de decisões condenatórias.

2. O TRATAMENTO DO TEMA NO ACÓRDÃO

Antes de analisar os fundamentos teóricos do tema, é preciso expor o que sobre ele se decidiu no “acórdão do mensalão”. Optou-se pela transcrição integral, seja porque tais passagens não são muito longas, seja para que não haja qualquer dúvida sobre a posição de cada um dos ministros.

Princiando pelo voto do relator, o Min. Joaquim Barbosa, ao apreciar a preliminar envolvendo a possibilidade de valoração das provas produzidas na fase de investigação, manifestou-se sobre o tema em item específico: “(B.8. Provas produzidas na fase de investigação – f. 52.698/52.696)”, que se reproduz na integralidade:

1. BADARÓ, GUSTAVO. O alibi do acusado e o *in dubio pro reo* no acórdão da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 251-272. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013.

“A prova a ser considerada no julgamento criminal é aquela realizada sob o contraditório, conforme estabelecido expressamente no art. 155 do CPP.

Isso não significa que o juiz não possa considerar, na formação de seu convencimento, elementos informativos colhidos na fase de investigação criminal. O que se exige é que tais elementos informativos sejam, na fase judicial, submetidos ao contraditório.

Assim, documentos e perícias produzidos na fase de investigação podem ser utilizados na formação da convicção judicial se submetidos ao contraditório no curso da ação penal. No tocante aos documentos, suficiente a ciência das partes quanto à sua existência, de modo a permitir a impugnação específica ou a contra-prova. O mesmo se diga quanto à prova pericial, desde que franqueados o questionamento, a complementação do laudo, a oitiva dos peritos e a apresentação de pareceres técnicos.

A questão é mais problemática no que diz com a prova oral. Depoimentos prestados na fase da investigação, em inquérito policial ou por Comissão Parlamentar, devem ser renovados em Juízo, possibilitando às partes o exame direto e o cruzado. Vencida essa condição, ou seja, oportunizado o exame direto e cruzado pelas partes em Juízo, as declarações pretéritas, prestadas na fase da investigação, podem ser consideradas para a valoração das provas, especialmente para eventuais questionamentos acerca da credibilidade de seu conteúdo em caso de alterações de versão.

Aliás, o cotejo dos depoimentos do acusado e das testemunhas na fase de investigação com aqueles colhidos na fase judicial é muito comum na prática forense.

Eventual contradição deve ser resolvida à luz do restante do conjunto probatório, inviável adotar fórmula única, muito embora, em princípio, tenha maior valor o depoimento prestado em Juízo.

A consideração das declarações pretéritas não é vedada pelo art. 155 do CPP, que proíbe apenas ao juiz fundamentar sua decisão ‘exclusivamente’ nos elementos informativos colhidos na investigação.

Portanto, na espécie, as provas produzidas na fase da investigação, submetidas que foram, de modo geral, ao contraditório, podem ser validamente valoradas para o julgamento que se enceta. A avaliação de eventuais exceções há de ser feita em concreto.”

Também no voto do Min. Luiz Fux houve preocupação destacada com o tema, que foi objeto de análise em tópico denominado “As provas colhidas em investigações preliminares e o contraditório”:

“O contraditório e a prova representam binômio inseparável, o que foi objeto de todas as sustentações. Nesse contexto, há que se enfrentar o tema da eficácia das provas colhidas em procedimentos preliminares de investigação, como Comissões Parlamentares de Inquérito e inquéritos policiais.

As CPI's são comissões temporárias do Legislativo nacional, destinadas à apuração de dados relativos a fatos determinados e relevantes, com o fito de posterior promoção da responsabilidade cível, criminal e política de eventuais envolvidos. De acordo com a doutrina do insigne jurista Luís Roberto Barroso, a fórmula 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais', constante do art. 58, § 3.º, da CF/1988, 'atribui às comissões parlamentares de inquérito competências instrutórias amplas, que incluem a possibilidade de (i) determinar diligências, (ii) convocar testemunhas (que têm o dever de dizer a verdade, sob pena de crime de falso testemunho), (iii) ouvir indiciados (quando estes não optem pelo silêncio), (iv) requisitar documentos públicos, (v) determinar a exibição de documentos privados, (vi) convocar ministros de Estado e outras autoridades públicas, (vii) realizar inspeções pessoais, transportando-se aos locais necessários' (*Temas de direito constitucional*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 138).

O inquérito policial é um procedimento administrativo pré-processual que tem por objetivo colher elementos aptos à formação da *opinio delicti* do órgão acusador sobre a autoria e a materialidade do crime, seja pela sua configuração, seja pela sua não ocorrência. Precisamente em razão desse viés unilateral, como preleciona Bruno Bodart, 'a participação do investigado no procedimento pré-processual não se fundamenta no princípio do contraditório' (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito policial, democracia e Constituição – Modificando paradigmas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. III. ano 2. p. 133. Rio de Janeiro, jan.-jul. 2009).

Os elementos amealhados no curso desses procedimentos preliminares, todavia, não ficam permanentemente alijados da apreciação judicial em futuro processo.

A uma, porque estes elementos podem ser confirmados, sob o crivo do contraditório, no curso do processo penal, adquirindo, desse modo, a eficácia necessária para embasar um decreto condenatório. É o caso, deveras comum, da testemunha que ratifica em juízo todas as declarações prestadas em sede preliminar, oportunidade na qual o réu exerce em plenitude o seu direito de defesa. A prova, para todos os efeitos, passa a ser processual, na esteira da jurisprudência deste STF (v. HC 83.348, 1.ª T., j. 21.10.2003, rel. Min. Joaquim Barbosa).

A duas, em razão da expressa exceção contida na parte final do art. 155 do CPP, que autoriza que o magistrado fundamente a sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação quando cuidar-se de 'provas cautelares, não repetíveis e antecipadas'.

Por fim, há que se ter em mente que o mesmo art. 155 do CPP apenas proíbe que o juiz fundamente 'sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação', não impedindo a utilização de elementos pré-processuais quando acompanhados e corroborados por provas produzidas em juízo. Esta também a pacífica jurisprudência deste Pretório Excelso, como se nota a partir dos seguintes julgados:

‘Os elementos colhidos no inquérito policial podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementados por outros indícios e provas obtidos na instrução judicial. Precedentes.’ (HC 104.669, 1.^a T., j. 26.10.2010, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

‘Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e prova que passam pelo crivo do contraditório em juízo.’ (HC 102.473, 2.^a T., j. 12.04.2011, rel. Min. Ellen Gracie, – assim também, AgRg no RE 425.734, 2.^a T., j. 04.10.2005, rel. Min. Ellen Gracie).

Superadas as questões prejudiciais probatórias, passo às premissas teóricas referentes aos delitos em espécie.”

A questão também foi tratada pelo Min. Marco Aurélio:

“No tocante a problemática do inquérito, indago: seria o inquérito um simples penduricalho, algo sem significado maior, a ponto de alijar-se do cenário jurídico todos os elementos coligidos nesta fase? A resposta é negativa. Tem-se o aproveitamento do que lançado nesse estágio. Se, de um lado, é certo que não se pode chegar à condenação a partir das peças coligidas, de outro lado, não menos correto é que essas podem compor a formação de ideia sobre a procedência ou improcedência da acusação.

O que digo sobre os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito ou da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito? Os poderes da CPI, isso está na Constituição Federal, não são os inerentes à autoridade policial, mas às autoridades judiciais. (...).

Afirmo, Presidente, que indícios não merecem a apoteose maior, mas também não merecem a excomunhão. Não é dado alijar os indícios quando julgamos um processo-crime. Devemos considerá-los, fazendo-o, também, presentes os elementos probatórios, alcançados na instrução desse mesmo processo-crime.

A visão há que ser conjunta, e Vossa Excelência tem uma frase que lançou, penso, no Eleitoral, remetendo sempre ao conjunto da obra. Portanto, nós, magistrados, julgamos a partir de um conjunto – como disse – de elementos. Somam-se os elementos para chegar-se à conclusão sobre a procedência ou a improcedência da imputação” (f. 54.030/54.031).

Por fim, e mais sucintamente, as provas produzidas nas CPI’s foram mencionadas pelo Ministro Ayres Britto:

“o processo penal é o *locus* da produção probatória, pois serviente do contraditório e da ampla defesa. O que, a meu juízo, também não impede o magistrado de reforçar a sua convicção com elementos legitimamente produzidos na fase investigatória (Inquérito, CPI) ou mesmo em outras esferas de apuração (TCU, Banco Central). Mecanismos de investigação de fatos e responsabilidades que têm expresso assento constitucional” (f. 56.171).

Dos passos do acórdão acima transcritos,² observa-se que, com alguma variação de terminologia, considerou-se, sem maiores distinções entre elementos de provas decorrentes de fontes pessoais e os elementos de fontes reais, que os elementos de prova obtidos em comissões parlamentares de inquérito podem ser utilizados com prova em processo penal, desde que neste sejam submetidos ao contraditório judicial.

Além disso, acresceu-se que, embora os elementos produzidos em CPI's não sejam, por si só, aptos a fundamentar um juízo de certeza, além de qualquer dúvida razoável, necessário para uma condenação penal, teriam eles a forma de "indícios", que corroborados por outras provas judiciais, poderiam levar a uma condenação.

O fundamento legal para tanto foi o art. 155 do CPP, que disciplina quais as provas que podem ser valoradas pelo juiz, para a formação do seu livre convencimento e, em especial, qual o limite para a utilização dos elementos de informação produzidos no inquérito policial. Foi constante a analogia entre os elementos produzidos no inquérito policial, com os elementos obtidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

3. DA PROVA EMPRESTADA: CONCEITO E REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Obviamente, como se trata de elementos de informação produzidos em Comissões Parlamentares de Inquérito, seu transporte para processos judiciais – no caso, para processo penal de competência originária do STF – e posterior valoração pelo magistrado se dará por meio da chamada prova emprestada.

Nesse ponto, não cabe qualquer analogia com a situação do inquérito policial em relação ao processo penal que dele se origina. Isso porque, o inquérito policial integra a persecução penal, sendo sua fase preliminar. Já as Comissões Parlamentares de Inquérito, embora tenha finalidade investigatória, não se consubstanciam em instrumento de investigação criminal, mas de investigação de fato certo e determinado, politicamente relevante, inserido no âmbito da atividade fiscalizatória do Poder Legislativo.

Com relação aos elementos do inquérito policial, a questão de sua valoração ou não no posterior processo penal não envolve o problema da prova emprestada. As

2. Em vários passos do acórdão, os Ministros transcreverem trechos de depoimentos de testemunhas e corréus perante as CPI: Min. Joaquim Barbosa (f. 53.583, 53.656, 55.110, 55.111, 55.114, 55.124, 55.125, 55.126, 55.148, 55.165, 55.166, 55.192, 55.208, 55.241, 55.256, 55.257, 56.239, 56.246, 56.282, 56.285/56.286, 56.287, 56.310/56.311, 56.321/56.322, 56.334/56.335, 57.395/57.396, 57.403, 57.415); Min. Ricardo Lewandowski (f. 55.376, 55.377, 55.506, 55.507); Min. Ayres Britto (f. 56.149/56.151, 56.185, 56.186, 56.187), Cármen Lúcia (f. 56.748, 56.749, 56.755); Min. Luiz Fux (f. 57.619, 57.609, 57.643 e 57.675).

discussões, quando existentes, do ponto de vista doutrinário são sobre a conveniência ou não do seu desentranhamento dos autos do processo.

Diversamente, no que diz respeito aos elementos de informação colhidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, como não se trata de investigação processual penal, sua eventual utilização em processo penal terá que ser analisada sob a ótica da prova emprestada, o que implica uma primeira dificuldade: não há definição legal dos requisitos para a produção e valoração da prova emprestada no ordenamento jurídico brasileiro,³ ficando a matéria restrita ao debate doutrinário e jurisprudencial.

A prova emprestada é a prova produzida em um determinado processo e, depois, trasladada, na forma documental, para outro processo. No segundo processo, em que se junta a prova emprestada, embora trasladada na forma documental, ela terá o valor probante originário (por exemplo: de prova testemunhal, de laudo pericial etc.).

Do ponto de vista doutrinário, embora com alguma variação entre os autores, tem se exigido, para que a prova originária de um processo possa ser validamente trasladada para outro processo, a observância dos seguintes requisitos: (1) que a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante juiz natural; (2) que a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; (3) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; (4) que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo.

O primeiro requisito que tem sido exigido pela doutrina para que prova produzida em um processo possa ser validamente utilizada em outro processo é que tenha sido produzida *na presença do juiz natural*.⁴

Tal exigência não significa que, em ambos os processos, o juiz deva ser o mesmo. Não se trata de identidade física do juiz. O juiz natural, nesse contexto, deve

3. O Anteprojeto de Projeto de Código de Processo Penal apresentado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado e que deu origem ao PLS 156/2009 também não tratava da prova emprestada. Todavia, durante a sua tramitação perante o Senado, foi aprovada emenda que passou a disciplinar a matéria, nos seguintes termos:

“Art. 166. Admite-se a prova emprestada, quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada.

§1.º Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou remessa de cópia autenticada.

§ 2.º Após a juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar.”

4. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova emprestada. O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 58; _____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 119.

ser entendido como sinônimo de autoridade judiciária, isto é, um sujeito legalmente investido do poder jurisdicional. Obviamente, não se poderá emprestar provas produzidas perante autoridades não jurisdicionais, com as resultantes de processos administrativos (por exemplo: processos administrativos disciplinares), de inquéritos policiais por fatos diversos, ou em processos arbitrais.⁵ E, no caso, como se verá, também não se admite a produção de uma prova decorrente de uma fonte pessoal, mediante a colheita unilateral de declarações, perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito, mas sem a presença de autoridade jurisdicional.

O segundo requisito é o respeito ao contraditório.⁶ Não basta que no segundo processo a prova, ou melhor, o documento por meio do qual será trasladada a prova do processo originário venha a ser submetido a posterior contraditório judicial. No caso de fontes de provas constituenda, normalmente decorrentes de fontes pessoais, cuja produção do meio de prova correspondente deve ocorrer em contraditório (por exemplo: oitiva de uma testemunha, da vítima ou de corréu), é necessário que, em ambos os processos, o contraditório tenha se desenvolvido entre as mesmas partes, no processo originário e no segundo processo.⁷ Existe, por outro lado, corrente menos rigorosa quanto aos requisitos subjetivos de validade da prova emprestada, considerando necessário apenas que a parte contra a qual vai ser utilizada a prova tenha sido parte no primeiro processo.⁸

5. Em sentido contrário, para Ada Pellegrini Grinover (*Prova emprestada...* cit., p. 58), a necessidade de respeito ao juiz natural significa que o juiz do processo em que foi produzida a prova originária seja o mesmo juiz do processo em que se vai trasladar a prova emprestada, posto que deve se tratar do juiz competente. No mesmo sentido posicionam-se Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (*As nulidades ...* cit., p. 119-120), que acrescentam: “a rigor, para o transporte puro e simples de uma prova, de um processo para outro, seria necessário que o contraditório no processo originário tivesse sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa (entendendo-se, com o termo ‘juiz’, não a pessoa física investida na função, mas o órgão jurisdicional constitucionalmente competente)”.
6. Aliás, em relação à prova emprestada Eduardo Couture (*Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 160) assevera que “el problema no es tanto un problema de formas de la prueba, como un problema de garantías del contradictorio”. Evidente que a exigência de respeito ao contraditório – assim como a necessidade de produção perante o juiz natural – deve ser interpretada de forma diversa no que diz respeito às provas pré-constituídas, que não são produzidas em contraditório, mas apenas submetidas ao contraditório posterior, como se verá no item 5.
7. Nesse sentido: ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, [s.d.]. vol. IV, p. 62; ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991. vol. II, p. 233. Na doutrina estrangeira é o posicionamento de LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. Firenze: Fratelli Camelli, 1914. vol. I, p. 14-15.
8. Nesse sentido manifestam-se: MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. vol. II, p. 307-308; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Pro-*

Ora, para que seja assegurado o direito de inquirir testemunhas, no caso de prova testemunhal emprestada, é fundamental que a parte tenha participado, inclusive com direito a reperguntas, da oitiva no processo originário, posto que, a toda evidência, no segundo processo, o testemunho será juntado na forma de documento, sendo inviável a inquirição. Sem a possibilidade de inquirição no processo originário e no processo que recebeu a prova emprestada, a violação ao art. 8 (2) (f), da Convenção Americana de Direitos Humanos é evidente.

É da essência das fontes de provas orais que sua produção se dê em contraditório perante o juiz. Para estas, exige-se, pois, que sejam *produzidas em contraditório judicial*.⁹ Já em relação às fontes de provas reais, que preexistem ao processo (por exemplo: uma carta, ou extrato bancário, ou um contrato) o que se tem é a juntada de um documento aos autos do processo, sendo *submetido ao contraditório* de partes, mas a sua produção não se dará em contraditório. Neste caso, não há porque não se admitir a utilização, como prova emprestada, de documento que tenha sido originariamente juntado em um processo administrativo e que seja posteriormente trasladado, como prova emprestada, para um processo jurisdicional. No segundo processo, o documento será *submetido ao contraditório* de partes. Seria admissível, por exemplo, que se utilizasse como prova emprestada um contrato entre o acusado e uma instituição financeira, que seja trasladado de um processo administrativo perante o Bacen ou a Comissão de Valores Mobiliários, ou mesmo um recibo ou extrato comprovantes de depósitos bancário entregues uma Comissão Parlamentar de Inquérito.

O terceiro requisito é que o *objeto da prova seja o mesmo* em ambos os processos. Por exemplo, não se pode emprestar uma prova produzida em um processo civil sobre guarda de filho, em que se fez prova de que o pai, por usar substância entor-

va emprestada ... cit., p. 62; CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 197; TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*. vol. 91. p. 95. São Paulo: Ed. RT, jun.-set. 1998. Nesse último sentido, decidiu o STF:

"(...) III. Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório – ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural – é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de prover a *prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la* só tem relevo, se se cuida de prova que – não fora o seu traslado para o processo – *nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes*." (STF, RE 328.138, 1.^a T., j. 16.09.2003, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.10.2003, p. 21 – d.n.).

9. Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (*As nulidades* ... cit., p. 119) "se a prova emprestada foi indevidamente transportada para o segundo processo, em violação ao princípio do contraditório, configurará *prova ilícita*" (destaques no original).

pecente, não poderia ter a guarda da criança, para demonstrar que o acusado era usuário de drogas, em um processo penal.¹⁰

Finalmente, o *quarto requisito* é que *âmbito da cognição judicial* deve ter sido o mesmo em ambos os processos e, conseqüentemente, o exercício do contraditório seja de intensidades equivalentes. Não se pode aceitar, por exemplo, que uma prova produzida em um processo cautelar, com cognição sumária, seja trasladada para um processo penal condenatório, de cognição plena. Obviamente, tal restrição não diz respeito às medidas cautelares de produção antecipada de prova, nem aos chamados meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica.

Além desses aspectos, é necessário que no processo anterior, em que foi originariamente produzida, a prova tenha *obedecido todos os requisitos legais*. Por outro lado, como será trasladada na forma documental, é preciso que o seu ingresso no processo de destino se dê com observância das regras sobre produção de prova documental.¹¹ Evidente, pois a prova a se trasladada deve ser uma prova validamente produzida.¹² Não se transportam provas ilícitas ou ilegítimas.

Por outro lado, a *prova produzida no processo originário deve ser trasladada em sua integralidade para o processo de destino*.¹³ Ou seja, não se pode pretender transportar apenas parte da documentação do meio de prova, o que impediria uma valoração completa do mesmo.¹⁴ Assim, por exemplo, no caso de transporte de uma prova pericial, não se pode levar apenas o laudo inicial, deixando de transportar

-
10. Nesse sentido: AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no cível e comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1966. vol. 1, p. 314; Paulo Rangel. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 446. Já para Camargo Aranha (*Da prova...* cit., p. 255) basta que os fatos sejam semelhantes. Em sentido parcialmente contrário, Eduardo Talamini (*Prova emprestada...* cit., p. 103), embora reconhecendo tal necessidade, entende que não se trata de um requisito específico da prova emprestada, mas de um pressuposto genérico de pertinência e relevância de qualquer meio probatório.
 11. Como explica Ada Pellegrini Grinover (*Prova emprestada...* cit., p. 63): “Outros requisitos existem, no campo da legalidade da prova. São eles: (a) a observância dos princípios que regem a prova, vista em sua natureza jurídica original (prova testemunhal, depoimentos pessoais etc.), tanto no processo primitivo como no segundo processo; (b) a observância dos princípios que regem a prova documental, no processo em que a prova foi transportada”.
 12. Nesse sentido: RANGEL, Paulo. *Direito...* cit., p. 446; TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada...* cit., p. 102.
 13. GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Dissertação de Doutorado, São Paulo, USP, 2013. p. 273.
 14. Sobre as condições extrínsecas do documento, Carl Joseph Anton Mittermaier (*Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1871. p. 458) já advertia que, “para ganhar a confiança, deve ser apresentado inteiro, sem o menor vestígio de alteração ou de mutilação; se tiver numerosas riscaduras, se linhas inteiras houverem

a resposta a quesitos complementares ou os esclarecimentos orais dos peritos. No caso de uma prova testemunhal, não será admissível juntar apenas o termo em que consta o depoimento, mas não se levar a parte em que houve a contradita e o seu resultado. Se houve a instauração de um incidente de falsidade documental em relação a um documento juntado aos autos, não se pode trasladar para outro processo apenas o documento em si.

Em suma, para que a prova emprestada possa ser admitida é necessário que no processo originário ela tenha sido produzida perante um autoridade investida da função jurisdicional, em contraditório de partes, ou ao menos dele tendo participado o sujeito contra quem se pretende fazer valer a prova no processo ao qual será trasladada. Além disso, é necessário que o processo originário e o processo derivado tenham o mesmo nível de cognição e de possibilidade de exercício do contraditório, e vertam sobre o mesmo *thema probandum*. Por fim, é de se exigir que no processo originário a prova tenha sido lícita e legitimamente produzida e que o ato de documentação em que se registrou tal prova seja integralmente transportado para o processo derivado.

Obedecido esses requisitos uma prova produzida em um processo poderá ser trasladada para outro processo.

4. DAS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS E PROVAS CONSTITUENDAS: DIFERENÇAS QUANTO AO REGIME DO CONTRADITÓRIO

A análise da admissão da prova emprestada no processo penal não chegará a resultados satisfatórios ao se buscar uma única teoria geral comum a todos os meios de provas. Para tanto, porém, não é necessário que se estabeleçam regimes especiais para cada um dos meios de prova.

Tomando como parâmetro as diferenças quanto ao exercício do contraditório, é suficiente distinguir as *provas pré-constituídas* e as *provas constituendas*. Isso porque, a distinção entre a natureza das fontes de prova não tem razão de ser em si, mas enquanto implicam diferentes modalidades de produção do meio de prova.¹⁵ As provas pré-constituídas dizem respeito a fontes de conhecimento pré-existent

sido apagadas, se metade do documento houver sido arrancado, é logo tido por imprestável”.

15. Como explica Franco Cordero (*Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963. p. 55) quanto a estrutura do ato aquisitivo, “prove che preesistono nella realtà extraprocessuale, si contrappongono quelle formate nel processo”. Tal classificação é mais relevante, para fins de prova emprestada do que a distinção comum nos clássicos entre provas reais e pessoais. Por exemplo, Jeremías Bentham, (*Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971. vol. I, p. 30) segundo a fonte da prova provenha de pessoas ou coisas, as provas são pessoais ou reais.

ao processo, enquanto que as *constituendas* são constituídas e produzidas com atos do processo.¹⁶ As *provas constituendas* se formam no âmbito do processo, enquanto que as *provas pré-constituídas* existem fora do processo, em procedimentos extra-processuais.¹⁷

As *provas constituendas*, como, por exemplo, aquelas decorrentes de fontes de provas pessoais (por exemplo: vítimas e testemunhas), têm sua produção no curso do próprio processo, exigindo a realização de atividade processuais das partes e do juiz, bem como demandando tempo para sua produção em contraditório. Já as *provas pré-constituídas*, como os documentos, são simplesmente juntadas aos autos do processo, já tendo sido criadas previamente e extra-autos. Justamente por isso, o juízo de admissibilidade e o procedimento de produção de tais provas são diversos.

Aliás, nesse ponto, o próprio ordenamento jurídico diferencia o regime legal de admissão da prova documental, dos demais meios de prova.¹⁸ Justamente por se tratar de prova pré-constituída, é desnecessário um prévio juízo de admissibilidade, não havendo necessidade sequer de se perquirir sobre a relevância do documento.¹⁹ A prova documental é diretamente produzida, isto é, juntada aos autos na própria petição, na qual, impropriamente, “se requer a juntada” de algo que já se está juntado aos autos. No máximo, há um juízo *a posteriori*, em razão de alegações de inadmissibilidade da prova documental, mas por critérios jurídicos de exclusão, como, por exemplo, se tratar de uma carta obtida por meios ilícitos.

Quanto ao momento de produção da prova documental, há ampla liberdade probatória das partes para a juntada de documentos em qualquer fase do processo.²⁰ Mesmo no regime processual civil, em que há uma limitação quanto ao momento

16. COMOGGIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino: Utet, 1998. p. 8.

17. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 352.

18. No processo penal, ante a sua evidente relevância, o legislador preestabelece a necessidade de oitiva da vítima, que não se confunde com testemunha e, sequer, precisa ser arrolada. O art. 201, *caput*, do CPP prevê que: “Sempre que possível, o *ofendido será qualificado e perguntado* sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações” (destaquei). Mesmo se tratando de provas constituendas, diante da sua inquestionável relevância, posto que a vítima sempre terá algo a esclarecer sobre o modo, o momento ou o autor do delito, o legislador determina a oitiva da vítima.

19. Somente quanto ao documento cuja juntada tenha sido determinada *ex officio* pelo juiz é que se exige o juízo lógico de relevância. O art. 234 do CPP prevê que: “Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a *ponto relevante da acusação ou da defesa*, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”. (destaquei).

20. No regime do Código de Processo Penal, o art. 231 prevê que: “Salvo os casos expressos em lei, as *partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo*” (destaquei).

procedimental da juntada de documentos,²¹ a jurisprudência tem sido bastante restritiva quanto à aplicação de tal dispositivo, exigindo apenas que os documentos essenciais devem ser juntados com a petição inicial, nos termos do art. 283 do CPC, sendo permitida a juntada posterior de outros documentos.

A mesma liberdade, porém, não existe para a produção da prova decorrente de fonte pessoal, sujeita a limites legais de admissibilidade e produção bem mais rígidos.²² Há restrição legal quanto ao momento de requerimento da prova oral, o número de testemunhas e o rito para a produção da prova testemunhal.

Quanto a este último aspecto, Comoglio assevera que a oralidade da produção do depoimento, em contraditório de parte, na presença do juiz, “configura um denominador mínimo de *forma oral* e de controle dialético”, que não pode ser “substituído por uma equivalente *forma de depoimento escrito*, realizado fora do contraditório”.²³

Porém, embora seja inegável a importância do contraditório, possibilitando às partes uma interlocução prévia sobre tudo aquilo que possa interferir na decisão judicial, sendo considerado um elemento estrutural do processo, ele não deve ser considerado uma “condição geral e absoluta para utilização do meio de prova”.²⁴ Como explica Taruffo, a regra segundo a qual a prova deve se formar em contraditório vale somente *no processo*, ou seja, para as *provas constituendas*, que propriamente são criadas no processo; já para as outras provas, isto é, as *pré-constituídas*, o importante é que seja garantido o contraditório, não para a

21. O art. 396 do CPC dispõe que: “Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações”.

22. Usa-se aqui a distinção tal qual exposta por Michele Taruffo (*La prova dei fatti giuridici* cit., p. 441): prova real é aquela constituída de uma coisa, documental é aquela constituída de um documento (mas qualquer coisa pode ser um documento) e pessoal é aquela fornecida por uma pessoa.

23. COMOGGIO, Luigi Paolo. *Le Prove civile ...* cit., p. 259-260. Tal posicionamento, contudo, do ponto de vista do direito posto italiano, não mais vigora diante da reforma do Código de Processo Civil promovida pela Lei 69/2009, que nos arts. 257-bis e 103-bis, das disposições transitórias, passou a admitir, em relação à prova testemunhal, a possibilidade de um depoimento por escrito. Como explica Riccardo Crevani (*La prova testimoniale*. In: TARUFFO, Micheli (coord.). *La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 363-364) a razão de tal novo instrumento foi atender a necessidade de “accelerare il tempi della giustizia civile”, ainda que “al fine di ottenere tempi più veloci e più certi per la definizione dei giudizi, sia sacrificabile, al meno in parte, il principio dell’contraddittorio in relazione al momento della formazione della prova testimoniale”. No processo penal brasileiro, o depoimento escrito é possível nos casos previstos no parágrafo único do art. 221 do CPP, em que o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do STF poderão optar pela prestação de depoimento por escrito.

24. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 403.

formação da prova,²⁵ mas para a sua valoração.²⁶ Neste caso, basta que as provas pré-constituídas sejam submetidas ao contraditório, antes da decisão judicial.²⁷

É exatamente no sentido acima que deve ser interpretado o *caput* do art. 155 do CPP²⁸ que, com base na garantia do contraditório, distingue entre *prova, produzida em contraditório*, de um lado, e *elementos informativos colhidos na investigação*, produzidos na fase policial, sem a dialética de partes, de outro. Não se confundem, pois, atos de prova e atos de investigação.

A necessidade de que os meios de prova decorrente de fontes pessoais sejam produzidas em contraditório decorre do valor heurístico de tal garantia. O contraditório, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários,²⁹ representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade.³⁰ Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade.³¹ As

25. Os documentos, explica Francesco Carnelutti (*La prova civile*. 2. ed. Roma: Edizioni Dell'Ateneo, 1947. p. 291) “è una prova che no si fa sotto gli occhi di chi ne usa”.

26. Idem, ibidem, p. 403.

27. Carlo Taormina (*Il regime della prova nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 2007. p. 390) chega mesmo a dizer que a juntada do documento aos autos é “a forma típica de processualização da prova documental”.

28. Sobre o novo dispositivo, GOMES FILHO, Antonio Magalhães (Provas... cit.. p. 249) destaca que: “A verdadeira *pedra angular* da nova disciplina da prova penal trazida pela Lei 11.690/2008 é a vinculação do próprio conceito de *prova* à observância do *contraditório*” (destaques no original).

29. DE LUCA, Giuseppe. Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. ano. 35. p. 1261. Milano: Giuffrè, ott.-dic. 1992.

30. Cf. CALAMANDREI, Piero. La dialetticità del processo. In: _____. *Opere giuridici*. Napoli: Morano, 1965. vol. I, p. 682; FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998, p. 763; BARGI, Alfredo *Procedimento probatorio e giusto processo*. Napoli: Jovene, 1990. p. 92; FERRUA, Paolo. Contraddittorio e verità nel processo penale. In: _____. *Studi sul processo penale – Anamorfose del processo accusatorio*. Torino: Giappichelli, 1992. vol. II, p. 76; COMOGLIO, Luigi Paolo; ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, 1993. p. 481; UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In: _____. *Verso un “giusto processo” penale*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 90; 98. Na doutrina pátria, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar. In: _____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 313; TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista do Advogado*. n. 61. p. 92. São Paulo: AASP, nov. 2000.

31. UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000. p. 36. O contraditório, para Antonio Magalhães Gomes Filho (A

opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros.³²

A distinção entre provas “produzida em contraditório” e provas “submetidas ao contraditório”, segundo Ubertis, equivale às expressões “contraditório *sobre a prova*” e “contraditório *para a prova*”, que implicam, respectivamente, um contraditório *fraco* e um contraditório *forte*.³³

A observância do contraditório, no caso, em sua face mais forte e eficiente, além de uma escolha epistemológica, trata-se, também, de uma imposição que o legislador ordinário não pode deixar de acolher em relação à produção da prova oral, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8.º (2) (f), prevê que o acusado tem o “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

O dispositivo convencional assegura o direito ao confronto, com inspiração da VI Emenda da Constituição dos EUA, cuja ideia central, no dizer de Malan, “é a seguinte: o *right of confrontation* impõe que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma *pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição* deste último. Logo, a declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições”.³⁴

motivação das decisões penais. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 39) possui “um valor *heurístico*, constituindo a mais adequada *metodologia* para a completa apuração dos fatos”.

32. Nesse sentido: ZAPPALÀ, ENZO. Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio. *Diritto Penale e Processo*. n. 7. p. 886-893. Milano: Ipsos, 1998. p. 888; e Gomes Filho, Antonio Magalhães. *A motivação...* cit., p. 39. Segundo Karl Popper (*A miséria do historicismo*. Trad. de Octany S. da Mota e Leônidas Hegenbert. São Paulo: Ed. Cultrix/Ed. USP, 1980. p. 104-105) “exatamente porque nosso objetivo é o de formular teorias tão perfeitas quanto possível, devemos submetê-las a testes tão severos quanto possível, ou seja, devemos tentar identificar erros que nelas se contenham, devemos tentar falseá-las. (...). Com efeito, se não formos críticos, sempre encontraremos aquilo que desejamos: buscaremos e encontraremos confirmações, e não procuraremos nem veremos o que possa mostrar-se ameaçador para as teorias que nos agradam”.

33. UBERTIS, Giulio. Giusto processo e contraddittorio in ambito penale. In: _____. *Argumenti di procedura penale II*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 17-18) que exemplifica: quando basta o *contraddittorio sull'elemento di prova* o juiz pode valorar um depoimento feito sem a sua presença; enquanto no *contraddittorio per l'elemento di prova* o juiz somente pode valorar um dado cognitivo produzido através da participação das partes no momento em que a testemunha presta seu depoimento.

34. MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal de partes: “right of confrontation” na produção da prova oral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 79-80. E, em outra passagem, especifica o conteúdo de tal direito, com base na lição de Stefano Maffei: “O direito ao confronto possui

Além de assegurar o direito de produzir as suas provas e participar da produção, em confronto, das provas da parte contrária, o direito ao confronto fortalece o sistema acusatório.

Enquanto no método inquisitório a busca da verdade é conduzida unilateralmente, de forma epistemologicamente comprometida, por um inquisidor que busca, a todo custo, a confirmação de uma verdade por ele pré-estabelecida e escolhida, no sistema acusatório, informado pelo contraditório, a reconstrução histórica dos fatos é baseada em um confronto dialético entre as provas produzidas pelas partes na presença do juiz, permitindo um resultado imparcial e de melhor qualidade.³⁵

Por todo o considerado, a prova testemunhal deve ser produzida em contraditório, o que não se confunde com a mera submissão, a posterior, de uma prova produzida inquisitorialmente, a um contraditório diferido. A garantia da defesa está na institucionalização do poder de confrontação da acusação por parte do acusado.³⁶

No processo acusatório, o acerto do fato deve ocorrer segundo um modelo dialético, e sob esse perfil, no que diz respeito às provas constituídas, decorrentes de fontes pessoais, “a oralidade é funcional ao contraditório, porque permite o máximo de dialeticidade processual”.³⁷

5. OS ELEMENTOS INFORMATIVOS DAS CPI'S E SUA UTILIZAÇÃO COMO PROVA EMPRESTADA

Estabelecidas as premissas acima, é possível analisar o valor dos elementos informativos colhidos pelas comissões parlamentares de inquérito e sua valoração em processo penal, a partir da distinção entre provas pré-constituídas, de um lado, e constituídas, de outro.

Toda vez que se trate de uma prova pré-constituída, como o contraditório não é necessário para a formação de tal prova, bastando que, para que possa ser valorada, seja submetida, posteriormente, ao contraditório judicial, é perfeitamente possível

um conteúdo normativo multifacetado, se consubstanciando no direito fundamental do acusado: (i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal; (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas; (v) a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal; (vi) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal. A esse rol parece razoável acrescentar o direito do acusado a se comunicar de forma livre, reservada e ininterrupta com o seu defensor técnico, durante a inquirição das testemunhas” (idem, p. 87).

35. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas ... cit., p. 251.

36. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*... cit., p. 130.

37. TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2000. p. 75.

ao juiz penal valorar provas pré-constituídas, como, por exemplo, contratos, recibos, cartas e extratos bancários que tenham sido obtidos por comissões parlamentares de inquéritos. Fundamental, apenas, que tais documentos sejam, no curso do processo penal, submetidos ao contraditório. Embora o Código de Processo Penal não tenha regra expressa, deve ser aplicado, por analogia, o art. 398 do CPC, que prevê a manifestação da parte contrária, no prazo de cinco dias, toda vez que uma das partes junte documento aos autos, o que é uma decorrência do princípio do contraditório.

Já no caso de provas constituídas, que devem ser produzidas em contraditório de partes, perante o juiz da causa, em regra, não será possível a utilização, em processo penal, de um elemento gnosiológico decorrente de fonte pessoal colhida em comissão parlamentar de inquérito. Isso porque a oitiva de tal pessoa perante a comissão não se terá dado em contraditório de partes e perante um juiz terceiro e imparcial, mas de forma inquisitória, sem contraposição de quem quer que seja, e perante um agente político, naturalmente interessado no resultado da investigação.

Quando muito, tal depoimento poderá servir de confronto, com outro prestado em contraditório de partes perante o juiz, para, a partir de contradições e divergências de conteúdo, dar-se maior, menor ou mesmo nenhum peso, por falta de credibilidade do depoente, ao conteúdo do depoimento. Jamais, porém, se poderá optar por uma cômoda aceitação da versão proferida inquisitorialmente na comissão de inquérito, ao invés do depoimento de conteúdo diverso prestado em contraditório de partes.³⁸ Seria ignorar totalmente o potencial heurístico do contraditório, em quanto mecanismo dialético de verificação da resistência de hipóteses conflitantes.

A única exceção em que se poderia admitir a valoração de um elemento de prova pessoal (por exemplo: o depoimento de uma testemunha), ou seja, de uma prova constituída, obtido por uma comissão parlamentar de inquérito e, portanto, sem contraditório de partes, como prova a ser valorada no processo penal, seria no caso de a fonte de *prova irrepetível*,³⁹ fazendo incidir a exceção da parte final do *caput* do art. 155 do CPP.⁴⁰

38. Para Fernanda Regina Vilares (*Processo penal: reserva da Jurisdição e CPIs*. São Paulo: ÔnixJur, 2012. p. 193) “a prova produzida no decorrer dos trabalhos de um inquérito parlamentar em sentido estrito será apenas uma forma de demonstrar fatos, de aclarar pontos de controvérsia, mas não poderá ser utilizada com o escopo de promover uma condenação judicial, seja ela cível ou penal”.

39. Nesse sentido, *idem*, p. 200.

40. Em relação às provas produzidas pelas CPIs, não há que se cogitar das exceções da *prova antecipada* e da *prova cautelar*. Isso porque, não há partes na CPI, sendo inviável, portanto, antecipar o contraditório. Além disso, o presidente de uma CPI não pode ser equiparado a um juiz de direito, sujeito terceiro e imparcial, perante o qual tal prova possa ser produzida antecipadamente. Como explica Ubertis (*Giusto processo e contraddittorio... cit.*, p.

Trata-se de hipótese de contraditório impossível, em razão de causas que incidem externamente sobre a fonte de prova, impedindo sua aquisição processual em contraditório. A impossibilidade pode decorrer de causa natural (por exemplo: a morte da testemunha) ou de um comportamento ilícito do acusado ou de terceiro (por exemplo: violência, ameaça, suborno ou mesmo assassinato do depoente).

Prevalece o posicionamento no sentido de que a irrepetibilidade que autoriza a valoração judicial do elemento de prova colhido sem contraditório é aquela que decorre de fatores imprevisíveis, quando da sua obtenção. Isso porque, se era previsível a ocorrência de fator externo que poderia tornar irrepetível o ato (por exemplo: a morte da testemunha enferma), o correto é produzir antecipadamente a prova, nos termos do art. 225 do CPP.⁴¹

A distinção entre prova irrepetível e prova antecipada tem relevantes efeitos práticos. Na prova irrepetível, não houve contraditório na sua produção e não poderia haver, porque a fonte de prova, por fatores imprevisíveis, não mais está disponível. Já na prova antecipada, fatores previsíveis do risco de indisponibilidade da fonte de prova justificaram sua produção antecipada, mas em contraditório de partes e perante um juiz. Na prova irrepetível não há contraditório; na antecipada, há contraditório realizado antes do momento normal.

Mesmo assim, nessa hipótese, ainda que se admita que esse elemento de informação produzido em ausência de contraditório possa ser valorado pelo juiz no momento de formação do seu convencimento, é questionável seu valor. Seria possível condenar um acusado, com base exclusivamente em um elemento de informação colhido por uma comissão parlamentar de inquérito (por exemplo: o depoimento de uma testemunha), cuja posterior produção em contraditório judicial mostre-se impossível (por exemplo: porque a testemunha faleceu)?

A parte final do *caput* do art. 155 do CPP parece indicar no sentido de uma resposta positiva: “O juiz *formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial*, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, *ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*”. Ou seja, para a formação do convencimento judicial, são valoráveis apenas as provas produzidas em contraditório. Os elementos de informação não contraditórios, colhidos no inquérito policial, não têm valor pleno, somente sendo dotados de força corroborativa, quando existentes outras provas no mesmo sentido, adquiridas em contraditório. Por outro lado, no caso das três exceções – provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis – não se exige a confirmação por

12-13) onde não há possibilidade de defesa, não há espaço para uma dialética de partes contrapostas, que somente pode se desenvolver perante um sujeito “terzo e imparziale”. Sobre a prova pericial produzida nas CPI's, o tema será tratado ao final do presente item.

41. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova... cit., p. 254.

outros meios, sendo tais elementos bastantes em si para uma condenação, porque ressaltados na parte final do referido dispositivo legal.

Em suma, o Código de Processo Penal autoriza a valoração judicial da prova irrepetível (*rectius*: do ato de investigação realizado sem contraditório, cuja fonte tornou-se indisponível, sendo irrepetível a produção do meio de prova correspondente).

Todavia, se tal posição for aceita sem ressalvas, haverá violação da garantia do art. 8 (2) (f) da CADH, pois o acusado poderá ser condenado, exclusivamente, com base em um depoimento de uma testemunha que não estava presente no Tribunal, não lhe sendo dada oportunidade de inquiri-la. Preferível, portanto acolher a solução intermediária quem vem sendo adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que considera incompatível com o art. 6.º (3) (d) da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴² uma condenação penal fundada exclusivamente ou de forma preponderante em depoimentos prestados antes da fase judicial, sem observância do contraditório.⁴³

Cabe observar que regime equivalente ao do Tribunal de Estrasburgo é aplicado nos EUA, em que mesmo havendo expressa previsão do *right of confrontation* na VI Emenda – *in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witness against him* –, entende-se que quando a testemunha é “indisponível” (*unavailable*) para depor e tal condição é causada diretamente ou indiretamente pelo acusado (por exemplo: em razão de ameaças ou mesmo de tê-la matado), é possível valorar o seu depoimento prestado anteriormente, e sem o confronto da parte contrária.⁴⁴

42. O referido dispositivo consagra o direito do “acusado a interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.

43. CEDH, Caso Barberá, Messegué e Jabardo c. Espanha, sentença de 06.12.1988.

44. Quanto à chamada testemunha indisponível, seu conceito é encontrado no art. 804 (a) das *Federal Rules of Evidence* que, embora com vistas à disciplina da *hearsay witness*, mas tratando da indisponibilidade da fonte original da informação para depor pessoalmente no julgamento, o art. 804 (a) das *Federal Rules of Evidence* prevê as situações fáticas que estão incluídas no conceito de indisponibilidade da testemunha, que ocorre quando esta última: (a) é dispensada pelo juiz de depor, por haver privilégio testemunhal (*testimonial privilege*); (b) se recusa a depor, não obstante ordem do juiz; (c) não se recorda dos fatos; (d) não pode depor, por motivo de morte ou de enfermidade física ou mental; (e) está ausente, e a parte processual proponente da prova não conseguiu forçar a testemunha a comparecer por notificação, ou por quaisquer outros meios razoáveis. O dispositivo, porém, expressamente prevê que a testemunha não será considerada indisponível, caso as circunstâncias acima mencionadas decorram decorrentes de atitudes da própria parte proponente da prova, com o objetivo precípua de impedir que a testemunha compareça ou deponha. Em seguida, são definidas as exceções a *rule against*

Finalmente, não se pode admitir que os depoimentos prestados perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito, e depois reduzidos a termos, sejam juntados ao processo penal como se prova documental fosse e, neste caso, sob essa nova roupagem – de prova pré-constituída –, simplesmente bastaria submetê-los ao contraditório. Impossível aceitar, em relação às fontes de prova orais, a utilização das *provas anômalas*, isto é, de declarações escritas de fontes de prova oral como se depoimento fossem.⁴⁵ A toda evidência, esta troca de etiquetas não é suficiente para transformar uma prova constituída em pré-constituída.

6. CONCLUSÃO

A prova emprestada deve observar os seguintes requisitos: (1) que a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante juiz natural; (2) que a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; (3) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; (4) que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo. Além disso, deve ser validamente produzida no processo originário e trasladada integralmente para o processo de destino.

As provas pré-constituídas dizem respeito a fontes de conhecimento pré-existent ao processo, sendo criadas em procedimentos extraprocessuais. Posteriormente, são apenas juntadas aos autos e submetidas ao contraditório.

As provas constituídas são constituídas e produzidas com atos do processo, sendo formadas em contraditório de partes e perante um juiz terceiro e imparcial.

As provas pré-constituídas obtidas por comissões parlamentares de inquérito, desde que posteriormente submetida a contraditório de partes em processo judicial, poderão ser valoradas pelo juiz na sentença penal.

hearsay, sendo que das mais relevantes para o tema, destacam-se a : (a) depoimento anterior, prestado quer no mesmo processo quer em processo diverso, *caso* a parte processual contra a qual tal prova será produzida já tenha tido uma oportunidade e similar motivo para inquirir o autor desse depoimento; (b) depoimento oferecido contra parte processual que concorreu para a prática de ato ilícito que acarretou a indisponibilidade do depoente para testemunhar (*forfeiture by wrongdoing*). Para uma análise da *forfeiture doctrine*, na doutrina nacional, cf.: SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 78-89, com profunda explicação do caso *Crawford vs. Washington*, julgado pela Suprema Corte dos EUA.

45. Sobre a impossibilidade de utilização de declarações escritas de testemunhas, como se documento fosse, cf.: BADARÓ, Gustavo. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada e declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 351-362.

No caso de obtenção, por comissão parlamentar de inquérito, de elementos de prova decorrentes de fontes pessoais, em especial de depoimentos de testemunhas, estes não poderão ser valorados pelo juiz. No processo penal, a prova testemunhal é espécie de provas constituídas, que deve ser formadas em contraditório de partes, e na presença de um julgador imparcial que julgará a causa. Sem isso, impossível sua valoração como prova emprestada.

A única exceção em que se pode admitir que um elemento de informação decorrente de fonte pessoal (prova constituída), obtido por uma comissão parlamentar de inquérito, seja valorada no processo penal, é no caso de a fonte de prova irrepetível.

No caso de uma prova irrepetível, por ser produzida sem contraditório de partes, e com baixo potencial heurístico, a condenação penal não poderá ter por fundamento exclusivo ou preponderante tal elemento gnosiológico, sob pena de violar o art. 8.º (2) (f) da Convenção Americana de Direitos Humanos.

7. BIBLIOGRAFIA

- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no cível e comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1966. vol. 1.
- ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, [s.d.]. vol. IV.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Manual de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: RT, 1991. vol. II.
- BADARÓ, Gustavo. O álibi do acusado e o *in dubio pro reo* no acórdão da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 251-272. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013.
- _____. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada e declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- BARGI, Alfredo. *Procedimento probatorio e giusto processo*. Napoli: Jovene, 1990.
- BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971. vol. I.
- CALAMANDREI, Piero. La dialetticità del processo. In: _____. *Opere giuridici*. Napoli: Morano, 1965. vol. I.
- CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 2. ed. Roma: Edizioni Dell'Ateneo, 1947.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civile*. Torino: Utet, 1998.
- _____; ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1993.
- CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963.

- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- CREVANI, Riccardo. La prova testimoniale. In: TARUFFO, Micheli (coord.). *La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2012.
- DE LUCA, Giuseppe. Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. ano. 35. p. 1255-1276. Milano: Giuffrè, ott.-dic. 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998.
- FERRUA, Paolo. Contraddittorio e verità nel processo penale. In: _____. *Studi sul processo penale – Anamorfosi del processo accusatorio*. Torino: Giappichelli, 1992. vol. II.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- _____. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar. In: _____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Prova emprestada. O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Dissertação de Doutorado, São Paulo, USP, 2013.
- LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. Firenze: Fratelli Camelli, 1914. vol. I.
- MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal de partes: “right of confrontation” na produção da prova oral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. vol. II.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1871.
- POPPER, Karl. *A miséria do historicismo*. Trad. de Octany S. da Mota e Leônidas Hegenbert. São Paulo: Ed. Cultrix/Ed. USP, 1980.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo* vol. 91. p. 95. São Paulo: Ed. RT, jun.-set. 1998.
- TAORMINA, Carlo. *Il regime della prova nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 2007.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.
- TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista do Advogado*. n. 61. São Paulo: AASP, nov. 2000.

UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In: _____. *Verso un "giusto processo" penale*. Torino: Giappichelli, 1997.

_____. Giusto processo e contraddittorio in ambito penale. In: _____. *Argomenti di procedura penale II*. Milano: Giuffrè, 2006.

_____. *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000.

VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva da Jurisdição e CPIs*. São Paulo: ÔnixJur, 2012.

ZAPPALÀ, Enzo. Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio. *Diritto Penale e Processo*. n. 7. p. 886-893. Milano: Ipsoa, 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O direito brasileiro atravessado pelo julgamento do mensalão: do "livre convencimento" aos dilemas da continuidade do positivismo, de Lenio Luiz Streck – RT 933/297 (DTR\2013\3785);
- Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública, de Antonio do Passo Cabral – RT 933/131 (DTR\2013\3779); e
- Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG, de Alamiro Velludo Salvador Netto – RT 933/47 (DTR\2013\3795).

64882

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. A PROPÓSITO DO JULGAMENTO DO "MENSALÃO" (APn 470/MG DO STF)

*SOME CONSIDERATIONS ON THE CRIMES OF ACTIVE AND PASSIVE BRIBERY
REGARDING THE JUDGMENT GIVEN IN "MENSALÃO" (CRIMINAL CASE 470/MG)*

GUSTAVO DE OLIVEIRA QUANDT
Defensor Público Federal.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo analisa os aspectos mais relevantes do julgamento da APn 470/MG no STF (mensalão), relativos aos crimes de corrupção ativa e passiva.

PALAVRAS-CHAVE: APn 470/MG – "Mensalão" – Corrupção ativa – Corrupção passiva – Funcionário público – Ato de ofício.

ABSTRACT: The article analyzes the most relevant aspects concerning the crimes of active and passive bribery in the judgment given in Criminal Case 470/MG (mensalão) by the Brazilian Supreme Federal Court.

KEYWORDS: Criminal Case 470/MG – "Mensalão" – Active bribery – Passive bribery – Public official – Official act.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os atos de corrupção discutidos na APn 470/MG – 3. A vantagem indevida – 4. O conceito de funcionário público "para os efeitos penais" – 5. Corrupção e ato de ofício: 5.1 Corrupção passiva e ato de ofício potencial; 5.2 Conceito de ato de ofício; 5.3 Determinação do ato de ofício potencial – 6. Considerações finais – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O STF julgou, ao longo dos anos de 2012 e 2013, um processo penal de notoriedade sem precedentes em sua história – a APn 470/MG,¹ mais conhecida como

1. O acórdão da APn 470/MG é citado na versão disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494]. Acesso em: 02.07.2013. Os acórdãos de que tomamos conhecimento por repositórios e manuais são citados com indicação dessa fonte; os demais foram localizados com as ferramentas de pesquisa das páginas dos respectivos tribunais na Internet.

“processo do ‘mensalão’”.² Nele eram imputadas, a algumas dezenas de pessoas, dentre as quais políticos de grande projeção e influência – aos quais se deve justamente a repercussão do caso – sete figuras delituosas: corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta de instituição financeira e formação de quadrilha. Todo o esquema criminoso descrito no acórdão certamente caberia num conceito amplo de corrupção,³ e foi aos crimes denominados de corrupção pelo Código Penal que o processo foi mais imediatamente associado, devendo-lhes o próprio epíteto que recebeu: o “mensalão”⁴ seria o pagamento de vantagem indevida para que deputados votassem segundo os interesses do grupo patrocinador da propina, isto é, o pagamento da verba com que os corruptores teriam comprado os votos dos deputados corrompidos – o pagamento ou a própria verba.⁵ Assim, nada mais justo que dedicar algumas linhas aos aspectos centrais dos crimes de corrupção ativa e passiva, em especial aqueles que tiveram algum destaque no julgamento da APn 470/MG.

2. OS ATOS DE CORRUPÇÃO DISCUTIDOS NA APn 470/MG

A denúncia e o acórdão do “mensalão” descrevem três situações distintas de corrupção: a entrega de dinheiro ao então presidente da Câmara dos Deputados para

2. Embora o título de “maior escândalo de corrupção da história do Brasil” seja discutível, o caso decerto não tem rivais em termos de divulgação. A conhecida revista semanal *Veja* dedicou nada menos que 12 capas ao processo nos anos de 2012 e 2013 (edição 2.265, de 18.04.2012; 2.272, de 06.06.2012; 2.280, de 01.08.2012; 2.285, de 05.09.2012; 2.287, de 19.09.2012; 2.290, de 10.10.2012; 2.291, de 17.10.2012; 2.319, de 01.05.2013; 2.339, de 18.09.2013; 2.340, de 25.09.2013; 2.348, de 20.11.2013; 2.349, de 27.11.2013).
3. Como aquele utilizado no subtítulo da RBCCrim 89 (mar.-abr. 2011): “edição especial – corrupção”, que incluía, por exemplo, um estudo de Fabián Caparrós sobre lavagem imprudente de dinheiro (p. 131).
4. Não encontramos essa curiosa palavra em nenhum dicionário tradicional, e o Caudas Aulete Digital (<http://aulete.uol.com.br/mensalão>, acesso em 03.12.2013) parece tê-la assimilado justamente em razão dos fatos julgados na APn 470/MG. O uso dela para denominar o pagamento regular de propina aos deputados é creditado, no acórdão, ao réu Roberto Jefferson (p. 2471), mas o próprio a atribuiu ao ex-Ministro das Comunicações Miro Teixeira (p. 2007), que igualmente negou a paternidade do neologismo (p. 4938). O termo foi traduzido como “grande pagamento mensal” em alguns jornais estrangeiros (*grösse Monatslohn* no *Frankfurt Allgemeiner* [www.faz.net/aktuell/politik/ausland/korruptions-skandal-in-brasilien-prozess-um-den-grossen-monatslohn-11840684.html], acesso em: 03.12.2013 e *big monthly allowance* no *New York Times* [www.nytimes.com/2013/04/07/world/americas/brazil-opens-inquiry-into-vote-buying-claims.html], acesso em: 03.12.2013), mas a imprensa de língua espanhola preferiu manter o nome original [http://elpais.com/tag/caso_mensalao/a/], acesso em: 03.12.2013; [www.lanacion.com.ar/1495409-brasil-en-vilo-por-el-juicio-del-siglo], acesso em: 03.12.2013).
5. Embora haja, no processo, outras acusações de corrupção ativa e passiva sem relação direta com a compra de votos, cf. item 2 abaixo.

que favorecesse o grupo publicitário que venceria a licitação realizada por aquele órgão e, posteriormente, auferiria vantagens indevidas na vigência do contrato;⁶ a entrega de dinheiro ao então diretor de *marketing* do Banco do Brasil S.A., o qual transigiria com a apropriação indevida de valores do banco pelo mesmo grupo publicitário⁷; e, por fim, o emprego de parte das vantagens indevidas obtidas nos crimes anteriores para a compra de votos de parlamentares – o “mensalão”.⁸ Todas essas situações foram julgadas pelo STF como configuradoras dos crimes de corrupção ativa e passiva (ainda que alguns imputados tenham sido absolvidos por ausência de provas).

Os comentários a seguir se concentram nos três grandes eixos dos crimes de corrupção ativa e passiva: a vantagem indevida, a figura do funcionário público e o ato de ofício relativo à função pública ao qual se deveria o pagamento.

3. A VANTAGEM INDEVIDA

Nas três situações de corrupção discutidas no acórdão da APn 470/MG, a vantagem indevida consistia em dinheiro em espécie e transferências bancárias. Dessa forma, uma das discussões pertinentes ao conceito de vantagem indevida – se deve ser patrimonial ou se pode ter outra natureza – não teve lugar no julgamento.⁹ No entanto, o caráter necessariamente indevido da vantagem, ou sua correlação com a função dos corrompidos¹⁰ foi discutido em termos um pouco turvos.

Alguns réus alegaram que as vantagens por si pagas ou recebidas se deviam a acertos de contas relativos a despesas eleitorais – ou, mais abreviadamente, “caixa dois de campanha eleitoral”. Segundo pensamos, a tese corresponde a dizer que os pagamentos não correspondiam a vantagem indevida, nem se relacionavam à função pública exercida por seus receptores. Ao cuidar dessa alegação, o acórdão insiste em vários pontos¹¹ que a destinação da propina recebida é irrelevante para a caracterização dos crimes de corrupção passiva e ativa. Cremos que essa forma de refutação é defeituosa, pois corresponde a retorquir à afirmação de que

6. Essa imputação foi descrita no item III.1 da denúncia e por esse número é identificada ao longo do acórdão. As vantagens indevidas em questão foram tratadas como peculato pelo STF.

7. Imputação descrita no item III.3 da denúncia. Também a apropriação desses valores consistiria, segundo o acórdão, peculato; vide, no entanto, os comentários de Augusto Assis neste volume.

8. Item VI da denúncia.

9. Sobre o tema: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. 2, n. 1088, p. 418.

10. V. item 5 adiante.

11. A começar pela ementa (p. 11-12).

o pagamento *não era propina*, que a destinação da propina era irrelevante, incorrendo em petição de princípio e transformando equivocadamente um problema probatório¹² num problema material: descremos que algum réu tenha afirmado que a propina muda de natureza (ou seja, que deixa de ser propina) em razão da destinação que lhe é dada. De toda forma, o acórdão, em seus vários votos, fundamentou extensamente a conclusão de que os pagamentos se deviam, sim, à qualidade de funcionário público dos destinatários e aos atos de ofício que compunham seu plexo de atribuições – ou seja, que eles constituíram propina. Assim, embora a imperfeição do acórdão da APn 470/MG neste ponto não chegue a lhe custar a validade, não escondemos o receio de que esse tipo de raciocínio viciado, se alastre na jurisprudência dos demais tribunais – sob o argumento de que foi utilizado pelo próprio STF no julgamento do “mensalão” – com efeitos profundamente nocivos.¹³ Imagine-se o caso em que um funcionário público é acusado de receber dinheiro em razão da função, e alega em sua defesa que a vantagem percebida era o pagamento por um bem que ele havia vendido a outrem, sem relação alguma com sua qualidade de funcionário público ou os atos de ofício de seu mister: é evidente que a simples afirmação da irrelevância da destinação da propina não seria um fundamento hábil para afastar a tese de defesa, uma vez que, como dito anteriormente, a tese consiste exatamente em dizer que o dinheiro recebido *não era propina*.

Feitas essas considerações, passemos um assunto referido apenas de passagem no acórdão da APn 470/MG, mas merecedor de atenção mais detida do que em geral vem recebendo: o conceito de funcionário público.

4. O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO “PARA OS EFEITOS PENAIS”

Por questões práticas, o Código Penal prevê separadamente a corrupção ativa e a passiva.¹⁴ De toda forma, é certo que ambas as infrações – corrupção ativa e

12. A valoração probatória realizada no acórdão não merecerá maior consideração aqui, exceto quanto ao fato de que a palavra *alibi* (“em outro lugar” em latim) foi empregada 81 vezes – em todas elas como sinônimo de “tese de defesa”, e em nenhuma delas no sentido próprio do termo, que é o de alegação de negativa de autoria baseada no fato de que o acusado estaria *em outro lugar* no momento dos fatos.

13. Esse temor foi demonstrado pelo Min. Mendes a propósito do tema discutido no item 5.1 *infra*: “Penso que é muito importante assentar as bases teóricas deste julgamento, inclusive pela repercussão dos precedentes da Corte nas demais esferas do Poder Judiciário” (p. 4361).

14. Tal cisão é político-criminalmente necessária para que se possam punir não apenas a corrupção bilateral (ou seja, aquela em que tanto o particular como o funcionário estão implicados), como também a oferta e a solicitação de vantagem recusadas, respectivamente, pelo funcionário e pelo *extraneus*; tal resultado dificilmente se atingiria com a incrimi-

passiva – exigem, cada uma à sua maneira, a figura do *funcionário público*: naquela, como destinatário da oferta ou promessa de vantagem; nesta, como solicitante ou receptor dessa mesma vantagem ou aceitante de promessa dela.

Na realidade, o funcionário público é figura central do Título XI da Parte Especial do Código Penal (*Dos crimes contra a Administração Pública*), pois, além de ser o sujeito ativo de virtualmente todas as infrações do seu Capítulo I (*Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em geral*), é referido ainda em delitos de outros capítulos, como resistência, desobediência, desacato, tráfico de influência e corrupção ativa (arts. 329 a 333 do CP). Também em outros setores o Código Penal lhe faz referência (art. 141, II: aumento de pena dos crimes contra a honra praticados contra funcionário público, em razão de suas funções). Em razão disso, o Código Penal conceitua expressamente em seu art. 327 o funcionário público, para os efeitos penais.

No julgamento da APn 470/MG, o STF deu de barato a condição de funcionário público para os efeitos penais das pessoas que receberam vantagem indevida. E o fez corretamente, pois não existe dúvida alguma de que os membros do Poder Legislativo são funcionários públicos para os efeitos penais;¹⁵ quanto ao diretor de *marketing* do Banco do Brasil, sociedade de economia mista instituída pelo Poder Público Federal,¹⁶ aplica-se diretamente o § 2.º do art. 327, o qual dispõe que “a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo [Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral] forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de *direção* ou assessoramento de órgão da administração direta, *sociedade de economia mista*, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”. No entanto, um exame da jurisprudência e da doutrina sugere que não é apenas nos casos evidentes que a condição de funcionário público é afirmada sem maiores reflexões.

É pacífico que a noção de funcionário público, no Direito Penal, não se vincula aos conceitos mais próximos do Direito Administrativo e Constitucional, como os

nação simultânea da corrupção ativa e passiva em uma fórmula unitária. Nesse sentido, SMANIO, Gianpaolo Poggio. Análise da decisão da APn 470/MG pelo STF referente aos crimes contra a Administração Pública – Corrupção passiva e ativa – Elementos do tipo penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 195. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013, com referências. V., sobre a questão, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 5, p. 84, com referências.

15. Vigorosamente nesse sentido, já HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. IX, n. 156, p. 402, nota 53.

16. Segundo divulgado na página do Banco do Brasil na internet, a União detinha, em junho de 2013, 58,3% das ações do banco [www.bb.com.br/portalbb/page3,136,3595,0,0,1,8.bb?codigoMenu=204&codigoNoticia=11380&codigoRet=1251&bread=5]. Acesso em: 31.10.2013.

de servidor público ou empregado público, sendo mais abrangente do que eles¹⁷ ou mesmo que sua reunião. Do ponto de vista da clareza e precisão conceitual, cremos que o Direito Penal acabou se beneficiando com o progressivo abandono, naqueles outros ramos do Direito, da expressão *funcionário público*,¹⁸ que hoje é utilizada apenas no Código Penal: a ressalva “para os efeitos penais”, contida no art. 327, tornou-se ociosa,¹⁹ pois atualmente a qualidade de *funcionário público* (com essa denominação) é sempre *para os efeitos penais*.²⁰ Contudo, essa definição meramente negativa de *funcionário público* – segundo a qual o conceito *não se confunde*, com o de *servidor* ou *agente público* – ou mesmo a proclamação de que a noção de *funcionário público* é *mais ampla* do que a de *servidor público*, constituem apenas uma aproximação carente de detalhamento: as afirmações de que a área ocupada pela Amazônia não corresponde exatamente ao (ou *não se confunde* com o) território do Estado do Amazonas, ou de que o gênero *música erudita* é *mais amplo* que a espécie *ópera*, não valem como definições de Amazônia ou de música erudita. Em particular, a premissa de que o conceito de *funcionário público* é mais extenso do que o de *servidor público*, por exemplo, proporciona apenas um núcleo mínimo de abrangência do conceito, mas não lhe fornece quaisquer limites exteriores.

Assim, a fixação do conceito de *funcionário público* deve partir necessariamente da exegese do art. 327 do CP, o qual não segue um sistema uniforme, cada uma de suas partes adotando distinto critério: o *caput* e o início do § 1.º procuram apreender em poucas palavras o universo de pessoas que intervêm na Administração Pú-

17. Ilustrativos dessa afirmação, extremamente frequente na doutrina, HUNGRIA, Nelson. Op. cit. na nota 15, vol. IX, n. 156, p. 401; BENTO DE FARIA, Antonio. *Código Penal (comentado)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959. vol. 7, n. 262, p. 125; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. n. 48.1, p. 798.
18. Comparem-se o título que precede o art. 156 da Constituição de 1937 (Dos funcionários públicos) e a denominação da Seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição vigente (Dos servidores públicos civis, rebatizada para “Dos servidores públicos” pela EC 19/1998, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa ou “emendão”). Vejam-se ainda as observações de PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 3, p. 653.
19. Razão pela qual será, no mais das vezes, omitida no texto a partir deste ponto.
20. Essa nossa opinião provavelmente não conta com muitos adeptos. Rui Stoco e Tatiana de O. Stoco tacham a terminologia do “vetusto e desatualizado” Código Penal de “antiga e incorreta” (em FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (orgs.). *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 1467, art. 317). O projeto de Código Penal em tramitação no Senado Federal (PLS 236/2012) não apenas substitui a expressão “funcionário público” por “servidor público” como ainda suprime a ressalva de que a definição contida no Projeto (art. 282) é específica do Direito Penal. Já a vigente Lei de Licitações praticamente repete o art. 327 do CP, mas para definir o “servidor público” (art. 84). No entanto, seguimos crendo que utilizar denominações distintas para conceitos diversos não é vetusto, desatualizado e muito menos incorreto.

blica, e a doutrina usualmente apresenta definições de cargo, emprego e função,²¹ cuja reunião forneceria a noção de funcionário público. A segunda parte do § 1.º, incluída pela Lei 9.983/2000, volta-se a alcançar certas hipóteses de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, valendo-se da expressão “atividade típica da Administração Pública”. Por fim, o § 2.º, acrescentado pela Lei 6.799/1980, institui uma causa de aumento de pena em que se indicam de forma mais casuística do que no *caput* as pessoas que a merecerão.²²

A interpretação desse art. 327 é mais difícil do que parece.²³ O STF, como dito, concluiu tranquila e acertadamente que o diretor de *marketing* do Banco do Brasil é funcionário público. Contudo, a atribuição dessa mesma qualidade a um empregado comum de empresa estatal²⁴ demanda algum esforço.²⁵ Diz o *caput* do art. 327 do CP: “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

21. V., por exemplo, PRADO, Luiz Regis. Op. cit. na nota 18, p. 653; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 1203, art. 327, nota 209; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4, p. 118; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. na nota 14, p. 152; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 928, art. 327; COSTA JR., Paulo José; COSTA, Fernando José da. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1124.

22. Este último dispositivo contém grave imperfeição, que é omitir os dirigentes de *autarquias* (PRADO, Luiz Regis. Op. cit. na nota 18, p. 660; FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Crimes contra a Administração – Atualização e reforma penal – Por uma atualização forma e substancial do capítulo dos crimes contra a Administração Pública*. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 301. São Paulo: Ed. RT, 2010, publicado originalmente na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 32. p. 55. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000).

23. Contra a imagem tranquila oferecida por alguns manuais e Códigos comentados, valem ainda hoje as considerações de Heleno Cláudio Fragoso: “O conceito de funcionário público para os efeitos penais oferece dificuldades que a doutrina e a jurisprudência, entre nós, não têm enfrentado como seria necessário, havendo comumente interpretação superficial, incorreta e apressada de nossa lei”. (*Jurisprudência criminal*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1979. vol. 2, n. 250, p. 537). Veja-se, porém, a nota 73 adiante. Feliciano, por sua vez, crê que o art. 327 do CP, em lugar de “coibir a polêmica judicial, acabou por fomentá-la” (op. cit. na nota 22, p. 292). Por fim, Casolato advertiu que “a expressão ‘funcionário público’ não é, decididamente, daquelas cuja conceituação venha despida de divergências” (A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 416. São Paulo: Ed. RT, 2010 (publicado originalmente na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 22. p. 89. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998).

24. Designação genérica das espécies *empresa pública* e *sociedade de economia mista* (v. nota 26 abaixo).

25. E foi vigorosamente impugnada por FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit. na nota 23, n. 250, p. 537, entre outros.

Poder-se-ia supor que todo o empregado de empresa estatal ocupa “emprego público”. Sucede que essa expressão tanto se pode interpretar extensivamente, como qualquer vínculo empregatício com a *Administração Pública* direta e indireta, que compreende as empresas estatais, as quais são pessoas jurídicas de direito privado,²⁶ como de forma mais restrita, significando apenas o vínculo com uma pessoa jurídica de *Direito Público* (os entes políticos – União, Estado, Município e Distrito Federal – suas autarquias, fundações públicas e agências). Assim, considerando-se apenas os termos *cargo* e *emprego*, é questionável se o empregado do Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Petrobrás, Casa da Moeda e outras empresas estatais são funcionários públicos. É certo que a Constituição da República alude a empregos públicos (art. 37, I, da CF/1988) e parecia proscrever o regime de emprego nas pessoas jurídicas de *Direito Público*,²⁷ previsões das quais se poderia extrair, por eliminação, que emprego público é o emprego em pessoas jurídicas de direito privado integrantes da *Administração Pública*, como as empresas estatais. No entanto, a vedação do regime de emprego nas pessoas jurídicas de *Direito Público* não existia em Constituições anteriores – a de 1946 aludia expressamente a “emprego em entidade autárquica” em seu art. 141, § 31 – e os antigos empregados das pessoas jurídicas de *Direito Público* não foram automaticamente desvinculados com o advento da atual Constituição Federal.²⁸ Assim, não nos parece que a terminologia da Constituição Federal vigente auxilie na interpretação da locução “emprego público”, a qual permanece dúbia.²⁹

Destarte, ainda que os principais problemas apareçam na interpretação do conceito de função pública, as noções de cargo e emprego também podem oferecer suas dificuldades,³⁰ que as definições oferecidas pela doutrina³¹ não são capazes de arrostar completamente. Quanto à função pública,³² é pacífico o reconhecimento

26. Cf. art. 5.º, II e III, do Dec.-lei 200/1967.

27. Art. 39 da CF/1988. Esse dispositivo foi alterado pela EC 19/1998, mas o STF suspendeu cautelarmente a modificação (ADI n. 2.135/DF, ainda em tramitação).

28. Não apenas não foram desvinculados como obtiveram, nas hipóteses do art. 19 do ADCT, estabilidade no serviço público.

29. Sobre o problema do âmbito de aplicação do regime de emprego na *Administração Pública*, veja-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 263, item VI/18.

30. Em sentido contrário, reconhecendo-as apenas quanto à função pública, o acórdão proferido pelo STJ no RHC 1.208 (6.ª T., j. 18.06.1991, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

31. V. referências na nota 21.

32. Concordamos com Nelson Hungria (op. cit. na nota 15, n. 156, p. 400), Heleno Cláudio Fragoso (op. cit. na nota 9, n. 1051, p. 385,), Luiz Regis Prado (op. cit. na nota 18, p. 653), Paulo José Costa Jr. e Fernando José da Costa (op. cit. na nota 21, p. 1123), e José Henrique Pierangeli (op. cit. na nota 17, n. 48.1, p. 1000), entre outros, na avaliação de que o conceito central do art. 327 do CP é a *função pública*; em nossa opinião, o cargo

da existência de algumas delas que não se compreendem nos conceitos de cargo ou emprego, como as de jurado (art. 436 ss. do CPP), mesário (art. 120 e ss. do Código Eleitoral) e tabelião (art. 236 da CF/1988; art. 3.º da Lei 8.935/1994).³³ No entanto, o desafio é extrair, desse núcleo de consenso,³⁴ algum critério que permita dirimir as dúvidas relativas a outras posições, tendo-se em vista a imensa variedade de formas de colaboração dos indivíduos com a Administração Pública.³⁵

Voltemos ao exemplo dos empregados das empresas públicas. Um setor da jurisprudência os trata como funcionários públicos em razão da equiparação instituída no § 1.º do art. 327 do CP, que alude a “entidade paraestatal”: “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”. Assim decidiu o STJ em relação a um empregado do Banco do Brasil no julgamento do RHC 11.691;³⁶ idêntica orientação fora adotada pelo STF no HC 79.823 em relação a empregado da empresa pública Petrobrás,³⁷ oportunidade em que se registrou o grande desencontro no uso da expressão “entidade paraestatal” no Direito Administrativo e a necessidade de interpretá-la de acordo com as finalidades do art. 327 do CP.³⁸ Da

e o emprego são simplesmente considerados, *ex vi legis*, postos de exercício de uma tal função. Em outras palavras, cremos que a melhor interpretação do Código Penal é de que todo aquele que ocupa cargo ou emprego público necessariamente exerce função pública (dispensada ou mesmo vedada qualquer avaliação das exatas atribuições do cargo ou emprego), sem prejuízo da existência das funções públicas que não correspondem a cargo ou emprego. Em sentido próximo, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. na nota 23, n. 250, p. 538.

33. Entre vários outros, vejam-se BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. na nota 14, p. 153, e PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. na nota 17, p. 800.
34. Consenso, aliás, que mais se aproxima da simples repetição do rol oferecido há mais de meio século por Nelson Hungria (cf. nota 85 adiante), com um ou outro acréscimo: comparem-se MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código Penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. n. 327.1, p. 1846, e NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. na nota 21, art. 327, p. 1203, nota 210, os quais coincidem inclusive na menção de figuras inusitadas, como o inspetor de quartelão.
35. Variedade esta talvez se tenha acentuado com o fenômeno das “parcerias”, pelas quais os particulares e entidades privadas colaboram com o Poder Público em regime de franquia, convênio, terceirização de mão-de-obra etc. Vejam-se adiante as observações sobre o § 1.º do art. 327 do CP. Sobre o tema em geral, é muito proveitosa a obra de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
36. 6.ª T., j. 21.02.2002, rel. Min. Vicente Leal.
37. HC 79.823, 1.ª T., j. 28.03.2000, rel. Min. Moreira Alves. Esse acórdão é citado no voto da Min. Cármen Lúcia na APn 470/MG (p. 1823).
38. Sobre a diversidade de sentidos com que a expressão “entidade paraestatal” vem sendo empregada, consulte-se DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São

mesma forma, ao julgar o RHC 1.469, o STJ considerou funcionário público o chefe da divisão financeira de uma autarquia estatal, em razão do disposto no § 1.º do art. 327 do CP em sua redação original;³⁹ já no voto-vista do RHC 1.371, são invocados tanto o § 1.º como o § 2.º⁴⁰ do art. 327 do CP para se considerar funcionário público o delegado regional do Banco Central do Brasil.⁴¹ Por fim, há decisões que parecem considerar suficiente o *caput* do art. 327 para tratar como funcionários públicos os empregados de empresa estatal.⁴²

Infelizmente, esse cuidado de indicar qual trecho do art. 327 do CP faz de alguém um funcionário público nem sempre é observado pela jurisprudência: na prática, parece prevalecer a tendência de supor que o art. 327 do CP é autoexplicativo, de insistir que o conceito de funcionário público “do Direito Penal” é diverso dos conceitos análogos do Direito Administrativo e mais abrangente que esses⁴³ – como se tal afirmação fornecesse, por si só, os contornos do primeiro – e

Paulo: Atlas, 2013. n. 11.1, p. 551. Especificamente em relação ao art. 327, § 1.º, do CP, CASOLATO, Roberto Wagner Battochio. Op. cit. na nota 23, p. 421. Negando aos empregados das empresas estatais a qualidade de funcionário público, os acórdãos publicados na RT 591/321 e RJTJSP 76/299 (cf. FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (orgs.). Op. cit. na nota 20, CD-ROM de jurisprudência, art. 327, item 15.06) – o que importa dizer que tais precedentes tomaram a expressão “entidade paraestatal” em sentido mais estrito e excludente das figuras típicas da Administração Pública indireta (art. 4.º do Dec.-lei 200/1967).

39. 6.ª T., j. 16.10.1991, rel. Min. Carlos Thibau.

40. O argumento que se baseia no § 2.º do art. 327 do CP para demonstrar que todo empregado de empresa estatal, é funcionário público (v., por exemplo, MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit. na nota 34, , n. 327.2, p. 1848), consideramo-lo inconclusivo. Embora pareça plausível, à primeira vista, que a previsão de um aumento de pena para o diretor da empresa estatal implique que o empregado comum dessa mesma empresa seja funcionário público (de modo que o empregado comum incorre nas penas normais do crime que cometer, e o diretor incorre na pena ampliada), o fato é que a afirmação da qualidade de funcionário público do diretor e a negação dessa mesma qualidade ao empregado comum não é incompatível com a existência da dita causa de aumento. A suposição em contrário de NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. na nota 21, art. 327, p. 1204, nota 212, desconsidera que outros dispositivos da legislação penal preveem causas de aumento ou de diminuição que suprimem elementos da forma simples do crime. Um exemplo notável é a denúncia caluniosa privilegiada (art. 337, § 2.º, do CP), que, diferentemente da forma simples do delito, não exige que o fato falsamente imputado seja criminoso (mas apenas contravencional). Assim, a resposta do problema do empregado da empresa estatal deve ser buscada no *caput* e no § 1.º do art. 327, e não no § 2.º.

41. 6.ª T., j. 26.05.1992, rel. Min. Carlos Thibau. O voto-vista era do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, que repete a argumentação no HC 1.294, 6.ª T., j. 23.06.1992, e no HC 1.351, 6.ª T., j. 04.08.1992, todos de sua relatoria.

42. STJ, HC 22.611, 6.ª T., j. 16.12.2004, rel. Min. Hamilton Carvalhido.

43. Na doutrina, a ênfase na abrangência do conceito legal de funcionário público encontrou sua expressão máxima em Rui Stoco e Tatiana de O. Stoco: “deve-se buscar o conceito e

de concluir, sem maiores delongas, que tal ou qual pessoa é funcionário público.⁴⁴ Assim, no CComp 2.806, o STJ simplesmente pontuou que os empregados da Caixa Econômica Federal são funcionários públicos, aludindo genericamente ao art. 327 do CP.⁴⁵

Como dito,⁴⁶ o conceito central do art. 327 do CP é o de função pública, a qual seria exercida, segundo o STJ pelo empregado de empresa privada prestadora de serviços à polícia federal (repcionista terceirizado).⁴⁷ Contudo, o Dec. 2.271/1997, que “dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências”, estabelece que “no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as *atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares* aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”, e que “as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, *recepção*, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta” (art. 1.º, *caput* e § 1.º). Isso porque, como se sabe, um dos requisitos da terceirização de mão de obra na Administração Pública é que se trate de uma função periférica, de mero apoio às atividades finalísticas do órgão.⁴⁸

o alcance de servidor público no art. 327 do CP, *que é o mais amplo possível*” (em FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (orgs.). Op. cit. na nota 20, p. 1467, art. 317, sem grifos no original; v. também os comentários ao art. 327 do CP, p. 1524). Abstraido o problema da inviabilidade lógica de um conceito “o mais amplo possível”, percebe-se que a proclamação é puramente retórica e não ajuda nada: dizer que se adota *o conceito mais amplo possível de música erudita* não esclarece, em absoluto, se ele abrange, por exemplo, os musicais da Broadway ou os tangos de Ernesto Nazareth.

44. Veja-se o otimismo da fundamentação do REsp 466.357 (5.ª T., j. 28.09.2004, rel. Min. Gilson Dipp) e do CComp 26.424 (3.ª Seção, j. 22.05.2002, rel. Min. Gilson Dipp), ou na ementa do REsp 762.249: “a simples leitura do conceito de funcionário público adotado antes mesmo da complementação realizada pela Lei 9.983/2000, revela que todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública, estão incluídos no conceito de funcionário público para fins penais” (5.ª T., j. 02.02.2006, rel. Min. Gilson Dipp). Tal afirmação é indiscutível em face da lei; o grande problema, que o acórdão parece reputar inexistente, é justamente determinar o que são “cargo”, “emprego” e “função pública”.

45. 3.ª Seção, j. 19.03.1992, rel. Min. Cernicchiaro.

46. Nota 32.

47. RHC 9.602, 6.ª T., j. 23.05.2000, rel. Min. Hamilton Carvalhido. Esse acórdão, de fundamentação bastante breve e consistente praticamente de transcrições, é um exemplo acabado de suposição de que o problema dos limites exteriores do art. 327 do CP simplesmente não existe.

48. Detalhadamente sobre a questão, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. na nota 35, p. 215 e ss., cap. 10.

Todavia, aceita essa premissa e admitida a regularidade de determinada hipótese de terceirização, a afirmação de que o empregado terceirizado exercia *função pública* se torna bastante discutível e praticamente deduz a função pública do *local de trabalho*: é funcionário público todo aquele que trabalha em repartição pública, ainda que suas atribuições se limitem a preparar e servir o indefectível *cafezinho*. A máxima segundo a qual “estagiário de repartição ou empresa pública é funcionário público”, geralmente enunciada sem qualquer atenção às exatas atividades desempenhadas pelo estagiário,⁴⁹ talvez se deva a essa noção quase *espacial* de funcionário público.

A dificuldade de se definir *função pública* não é resolvida pela invocação do velho lugar-comum,⁵⁰ segundo o qual *função pública* não se confunde com *múnus público*. Essa distinção é mais aparente do que real e apenas permite que se legitime qualquer decisão intuitiva: para afastar a incidência do art. 327 do CP, diz-se que se tratava de mero *múnus*, e para aplicá-lo, declara-se haver autêntica *função pública*. No RHC 1.208 do STJ,⁵¹ o paciente era acusado de calúnia por um perito judicial, e se discutia a legitimação ativa para a ação penal em questão.⁵² Nesse julgamento, manteve-se a orientação do STF de considerar-se funcionário público o perito oficial, porque ele atua *no interesse da Justiça*. No entanto, o STJ negou ao advogado dativo atuante em processo criminal a qualidade de funcionário público,⁵³ embora tal profissional desempenhe (ao menos nos casos de réu pobre), uma atividade expressamente cometida ao Estado pela Constituição da República,⁵⁴ e sem a qual

49. STF RHC 54.197, 2.^a T., j. 09.03.1976, rel. Min. Moreira Alves, (RTJ 77/791); STJ, HC 52.989, 5.^a T., j. 23.05.2006, rel. Min. Felix Fischer, (o qual alude ao acórdão do STF); em *obiter dictum*, o REsp 1.303.748, 6.^a T., j. 25.06.2012, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, citado por GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 950, art. 312.

50. Utilizado já por HUNGRIA, Nélson. Op. cit. na nota 15, n. 156, p. 402, e encontrado em toda parte (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit. na nota 34, n. 327.1, p. 1846; GRECO, Rogério. Op. cit. na nota 49, p. 1000, art. 327; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. na nota 17, n. 48.1, p. 800; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. na nota 9, n. 1051, p. 385; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. na nota 14, p. 153; PRADO, Luiz Regis. Op. cit. na nota 18, p. 655; CASOLATO, Roberto Wagner Battochio. Op. cit. na nota 23, p. 419).

51. V. nota 30.

52. Tema subjacente ao verbete n. 714 da jurisprudência do STF: “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do Exercício de suas funções”. Sobre esse enunciado, vejam-se as interessantes considerações de OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2010. n. 5.6.4, p. 138.

53. RHC 3.900, 6.^a T., j. 12.09.1994, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Registre-se a divergência do Min. Adhemar Maciel, que considerava funcionário público o advogado dativo.

54. Art. 5.^o, LXXIV, da CF/1988.

o processo penal entraria em crise sempre que o réu permanecesse revel,⁵⁵ razões pelas quais essa atividade nos parece de evidente *interesse da Justiça*.⁵⁶ Nesse último julgamento, o STJ baseou-se em alguma medida na distinção entre função pública e *múnus público*; no entanto, no RHC 1.208 supracitado, relatado pelo mesmo ministro, a distinção havia sido reputada irrelevante para o Direito Penal. O antigo síndico do processo de falência⁵⁷ também atuava no interesse da Justiça, e predominava o entendimento de que ele não era funcionário público;⁵⁸ o síndico era justamente um dos exemplos de Hungria do tal *múnus público*.⁵⁹ Em outro julgamento, no qual havia convênio entre o poder público e o advogado privado que, remunerado pelo Estado, atuava em favor dos necessitados, o STJ reconheceu a este a qualidade de funcionário público,⁶⁰ afirmando que o convênio transformava o advogado *dativo*, executante de um *múnus*, em advogado *público*, titular de uma *função*. É difícil dizer se, para aquele tribunal, a existência de convênio realmente era decisiva, ou se a superação do entendimento anteriormente adotado no julgamento do RHC 1.208 foi simplesmente disfarçada de *distinguishing*. Nota-se

55. Em razão da impossibilidade de se julgar alguém sem que lhe seja assegurada defesa técnica: art. 263 do CPP; art. 8.º, 2, e, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), (integrado ao Direito brasileiro pelo Dec. 678/1992).

56. Observe-se que esse interesse se deduz, no caso concreto, da necessidade da presença de um advogado para que o processo possa prosseguir legitimamente e não seja unilateralmente paralisado pelo réu, e não da afirmação geral de que “o advogado é indispensável à administração da justiça” (art. 133 da CF/1988). O texto não pretende sugerir que todo advogado é funcionário público, mas apenas que o advogado dativo no processo criminal age “no interesse da justiça”. Por outro lado, é evidente que a atuação do perito oficial se distingue da do advogado dativo na o primeiro não vincula a nenhuma das partes, ao passo que último, uma vez nomeado pelo juiz, assume um compromisso com a parte que defende. No entanto, duvidamos que essa diferença seja relevante para a aplicação do art. 327 do CP. Em tom questionador do “interesse público” da atuação do perito judicial – ao menos quando comparado com outros agentes que, no entanto, não vem sendo considerados funcionários públicos – FELICIANO, Guilherme Guimarães. Op. cit. na nota 22, p. 295.

57. A Lei de Falências vigente (Lei. 11.101/2005) substituiu o *síndico* da falência e o *comissário* da concordata (hoje, recuperação judicial) da lei anterior pelo *administrador judicial*.

58. Ao que nos consta, a única voz contrária era a do comercialista Rubens Requião (*Curso de direito falimentar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. n. 194, p. 214). O STJ, julgando o HC 2.904 (6.ª T., j. 29.11.1994, rel. Min. Adhemar Maciel), nada disse sobre a imputação de corrupção passiva ao comissário de concordata (v. nota 57); ainda que esse não fosse o mote da impetração, cremos que o STJ deveria ter concedido ordem de *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2.º, do CPP) caso entendesse que o comissário não é funcionário público.

59. Op. cit. na nota 15, n. 156, p. 403.

60. RHC 8.954, 6.ª T., j. 07.11.2000, rel. Min. Hamilton Carvalhido. Em sentido semelhante, mas com menos ênfase no convênio, STJ, RHC 17.321, 5.ª T., j. 28.06.2005, rel. Min. Felix Fischer.

ainda que o próprio acórdão da APn 470/MG, em numerosas passagens, denomina *múnus* a função pública dos funcionários condenados.⁶¹ Por fim, uma visão de conjunto das conclusões alcançadas na doutrina e jurisprudência com a aplicação da dicotomia “função *versus* *múnus*” prontamente revela seu pouco valor: segundo ela, o recepcionista e o estagiário exercem função pública, mas o administrador da falência, não.⁶²

Como dito anteriormente, a 2.^a parte do § 1.^o do art. 327 do CP segue estrutura diversa da do *caput*; inclui algumas hipóteses bastante razoáveis, como a de empresa privada responsável pela fiscalização do trânsito: não há dúvida de que o empregado de tal empresa que solicitar dinheiro para destruir a fotografia comprobatória da travessia do sinal vermelho comete corrupção passiva.⁶³ No entanto, da mesma forma como “atividade paraestatal”, a expressão “atividade típica da Administração Pública” é ambígua. Tal como ocorre com o conceito de função pública, aqui o perigo é se considerar funcionário público todo empregado terceirizado, o que oneraria o servente que varre o chão da repartição com um discutível dever de fidelidade à Administração Pública, sem qualquer contrapartida. O principal âmbito de aplicação do dispositivo é a relevante questão prática dos médicos de clínicas e hospitais privados conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS), que indevidamente exigem dinheiro dos pacientes: o STJ havia decidido, antes da modificação do § 1.^o do art. 327 do CP, que os médicos do SUS não eram funcionários públicos,⁶⁴ mas também havia decisões em sentido contrário, baseadas naquela suposta noção autoexplicativa de funcionário público, “que não é a mesma do Direito Administrativo” e por isso parece ser capaz de abranger qualquer coisa.⁶⁵ Após a alteração do § 1.^o, algumas decisões se basearam expressamente nele.⁶⁶ As decisões

61. V., entre outras passagens: “*múnus público*” nos votos dos Min. Fux (p. 1523 e 1530) e Cármen Lúcia (p. 1822, citando Rui Stoco); “*múnus constitucional*” no voto do Min. Barbosa (p. 3687); “*múnus parlamentar*” no voto do Min. Gilmar Mendes (p. 8196).

62. A jurisprudência fornece outros exemplos bastante discutíveis de pessoas que exerceriam função pública, como o vigilante noturno privado – sob o fragilíssimo pretexto de que a atividade “é supervisionada e diretamente controlada pela Polícia do Estado” (RT 370/188, citada em MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit. na nota 34, n. 327.1, p. 1847).

63. Em precedente anterior à mudança de redação do § 1.^o do art. 327 pela Lei 9.983/2000, o STJ decidiu que o empregado de agência franqueada dos Correios não era funcionário público (CComp 27.074, 3.^a Seção, j. 14.06.2000, rel. Min. Felix Fischer).

64. RHC 8.267, 6.^a T., j. 27.04.1999, rel. Min. Vicente Leal.

65. RHC 8.174, 5.^a T., j. 18.02.1999, rel. Min. Edson Vidigal; RHC 7.966 e 8.271, 5.^a T., j. 18.05.1999, rel. Min. Gilson Dipp. Posteriores à mudança legal, mas relativas a casos anteriores: REsp 466.357 (5.^a T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 28.09.2004) e 714.236 (5.^a T., j. 19.05.2005, rel. Min. Felix Fischer).

66. REsp 331.055, 6.^a T., j. 26.06.2003, rel. Min. Paulo Medida.

anteriores à modificação do § 1.º do art. 327 do CP se pautavam no fato de que a prestação da saúde é uma função do Estado. Mas esse argumento torna praticamente ociosa a modificação operada pela Lei 9.983/2000 (que incluiu entre os funcionários públicos aqueles que trabalham para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública)⁶⁷ e implica considerar funcionário público o motorista de ônibus da empresa concessionária do serviço público essencial de transporte coletivo (art. 30, V, da CF/1988). Tal extensão pode conduzir a resultados insatisfatórios em relação ao desacato, à desobediência ou à causa de aumento de pena dos crimes contra a honra (art. 141, II, do CP).

A aplicação do § 1.º do art. 327 do CP aos crimes em espécie também é capaz de gerar dúvidas. Se o empregado da empresa conveniada para fiscalização do trânsito se apropria do computador portátil da empresa, ele comete apropriação de bem particular no exercício de sua função, o que constituiria peculato (art. 312 do CP).⁶⁸ No entanto, o prejuízo daí decorrente sequer afeta a Administração Pública, pois obviamente não integra o cálculo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado entre a administração e a prestadora de serviços nem atinge a confiança da população na máquina estatal; de outra parte, o dever de fidelidade violado foi aquele, de cunho privado, existente entre empregador e empregado, e não um dever especial do agente em relação à Administração Pública.

A noção de prejuízo à Administração Pública também é usada, às vezes, como critério de delimitação do conceito de funcionário público: em processo no qual atuamos, o presidente de uma associação de pais e mestres foi condenado em primeira instância por peculato, sob o argumento de que era funcionário público por-

67. Em sentido próximo ao texto, o STF reconheceu que, antes da modificação do § 1.º do art. 327 do CP, o médico conveniado ao SUS não era funcionário público: “a equiparação a servidor público de quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública somente ocorreu com a vigência da Lei 9.983/2000, sendo descabido entender-se implícita a abrangência do preceito, considerada a redação primitiva, no que alcançados os servidores públicos e os exercentes de cargo, emprego ou função em entidade paraestatal” (HC 83.830, 1.ª T., j. 09.03.2004, rel. Min. Marco Aurélio). No mesmo sentido, o HC 87.227, 2.ª T., j. 21.03.2006, rel. Min. Ellen Gracie. Na doutrina, veja-se BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. na nota 14, p. 154. No entanto, o TRF-2.ª Reg. decidiu expressamente que as modificações introduzidas no art. 327 do CP pela Lei 9.983/2000 eram “meramente interpretativas” e de eficácia *ex tunc* (RSE 199951107591163, j. 26.10.2005, publicado na JSTJ 197/464 e citado em MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit. na nota 34, item 327.2, p. 1850). Outros precedentes são indicados em GRECO, Rogério. Op. cit. na nota 49, p. 1002.

68. Apreciando o problema da competência para processar e julgar o feito, o STJ considerou funcionários públicos federais os fiscais ambientais credenciados pelo Ibama (HC 47.364, 6.ª T., j. 04.04.2006, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa).

que administrava verbas públicas.⁶⁹ No entanto, a ideia de prejuízo poderia servir unicamente como limitação ao art. 327 do CP, e não como critério decisivo de sua interpretação. Do ponto de vista literal, é certo que uma associação, tal como definida na lei civil (art. 53 e ss. do CC/2002), não constitui “empresa prestadora de serviço” (art. 327, § 1.º, 2.ª parte, do CP), pois associação e empresa são noções mutuamente exclusivas: esta tem fim lucrativo, e a primeira, não.⁷⁰ De toda forma, o critério do manuseio de dinheiro público origina um raciocínio circular no crime de peculato: o sujeito é considerado funcionário público porque gere dinheiro público, e comete peculato porque se apropria do dinheiro público que geria na qualidade de funcionário. Com isso, toda a apropriação indébita de dinheiro público se converte automaticamente em peculato.

A fim de contornar as dificuldades expostas, poder-se-ia buscar, entre os crimes que têm como elementar a figura do funcionário público, algum que funcionasse como teste, ou prova dos nove, desse conceito. Uma hipótese interessante seria o desacato: funcionário público seria o sujeito suscetível de figurar como sujeito passivo desse delito. No entanto, notáveis vozes defendem que o § 1.º do art. 327 do CP não se aplica aos crimes em que o funcionário público é o ofendido.⁷¹ Muito embora o STF já tenha repellido tal interpretação,⁷² o fato é que ela demonstra, em certa medida, que um critério unitário tenderia a obscurecer as especificidades e a *ratio legis* de cada infração que pressupõe de alguma forma um funcionário público.

Assim, em que pese o otimismo de algum autor,⁷³ os conceitos de cargo, emprego, função, entidade paraestatal e atividade típica da Administração Pública permanecem obscuros, daí decorrendo a falta de contornos seguros para o conceito de funcionário público. Cremos que se impõe a urgente revisão do tema pela doutrina e jurisprudência, com particular atenção a alguns cuidados. Em primeiro lugar, é

69. Deixamos de fornecer maiores detalhes do caso porque a apelação nele interposta ainda não foi julgada.

70. Naturalmente, pode-se discutir se o Código Penal, ao falar de *empresa*, tem em vista apenas as sociedades empresárias, tal como conceituadas na lei civil (art. 981 e ss. do CC/2002), ou abrange outras figuras, como as associações e fundações em geral, definidas no Código Civil, ou as Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), regidas pelas Leis 9.637/1998 e 9.790/1999, respectivamente.

71. V., por exemplo, DELMANTO, Celso et al. Op. cit. na nota 21, p. 931, art. 327. Em sentido contrário, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. na nota 9, n. 1051, p. 386.

72. No HC 79.823, já referido no texto. Anteriormente, no RE 107.813 (2.ª T., j. 14.03.1986, rel. Min. Francisco Rezek), o STF havia considerado “quando menos razoável” a orientação diferenciadora.

73. Heleno Cláudio Fragoso (que escreveu, conceda-se, antes da alteração do § 1.º do art. 327 pela Lei 9.983/2000) supunha que “o Código Penal, afastando as controvérsias, determinou com segurança o que se deve entender, para os fins do direito penal, por funcionário público” (op. cit. na nota 9, n. 1051, p. 384). Veja-se, porém, a nota 23.

preciso reconhecer que o art. 327 do CP não é autoexplicativo, e que, com algumas poucas exceções (como a dos membros dos poderes da República, como parlamentares e chefes do Poder Executivo), a noção de função pública é tudo menos óbvia, o mesmo tanto se podendo dizer da “atividade típica da Administração Pública”. Um problema cuja existência não se reconhece dificilmente recebe boa solução.⁷⁴ Um excelente começo seria deixar de fingir que a afirmação de que “função pública não se confunde com múnus público” resolve alguma coisa e rever criticamente as conclusões atualmente fundamentadas nessa distinção.⁷⁵ Outra boa iniciativa seria apurar, em cada caso, quais as efetivas atribuições do empregado terceirizado e do estagiário, antes de se afirmar sem mais que são funcionários públicos.

Em segundo lugar, a grande variedade de situações em que se discute a aplicação do art. 327 do CP sugere a necessidade de se distinguirem algumas questões, sob pena de se sobrecarregar o conceito de funcionário público. Normalmente, interessa ao réu restringir esse conceito, para arguir a atipicidade do fato ou afastar uma causa de aumento de pena; às vezes, porém, convém-lhe ampliá-lo, como no caso da imputação do crime de desobediência, o qual, segundo a jurisprudência dominante, não se verifica quando a ordem desatendida era inerente às funções do funcionário público.⁷⁶ Do ponto de vista processual, o réu pode invocar para si a qualidade de funcionário público para exigir a aplicação do art. 514 do CPP, e discutir a condição de funcionário público da vítima em razão do já referido problema da legitimidade ativa para a propositura da ação penal.⁷⁷ Por fim, a qualidade de funcionário público federal pode ser determinante da competência da Justiça Federal.⁷⁸

74. “A maior das astúcias do Diabo é persuadir-vos de que não existe” (BAUDELAIRE, Charles. *Pequenos poemas em prosa: XXIX – O jogador generoso*. Trad. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em *Charles Baudelaire: poesia e prosa*, Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995. p. 315).

75. De toda forma, a revisão desse rol de pessoas que exercem múnus público, fornecido por Nelson Hungria (v. nota 85 adiante), é dificultada em razão do previsto no art. 168, § 1.º, II, do CP. Esse dispositivo manda aumentar as penas da apropriação indébita cometida pelo tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial, o que sugere fortemente que esses sujeitos não cometem peculato – certamente o crime mais relevante a lhes ser imputado como funcionários públicos, e que recebe tratamento muito mais severo do que a apropriação indébita agravada. A escolha entre (1) considerar todos esses sujeitos (ou a alguns deles) funcionários públicos com tratamento privilegiado no peculato, (2) excluí-los da própria noção de funcionário público, deixando-os à margem da punição da corrupção passiva, ou (3) buscar-se alguma outra solução – tal escolha escapa ao modesto âmbito deste trabalho.

76. STF, RHC 64.142, 2.ª T., j. 02.09.1986, rel. Min. Célio Borja.

77. Cf. nota 52.

78. Cf. verbete n. 254 da súmula de jurisprudência dominante do extinto TFR: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionados”.

Como dito, convém separar os problemas. Essa última questão – da competência – talvez pudesse ser resolvida sem necessidade de qualificação do agente como funcionário público. No HC 47.364, julgado pelo STJ e já referido acima,⁷⁹ é duvidoso que a afirmação da qualidade de funcionário público do agente fosse indispensável para o reconhecimento de que o crime imputado foi cometido, em tese, “em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas” (art. 109, IV, da CF/1988), uma vez que o verbete n. 254 da súmula de jurisprudência do TRF punha uma condição suficiente, mas não necessária, para a determinação da competência da Justiça Federal, e que os crimes imputados não eram funcionais.

Curiosamente, em um tema em que a separação dos problemas é mais discutível, a jurisprudência tem-na feito sem peias, ao criar exceções à aplicação do art. 514 do CPP. Assim, a notificação do denunciado para responder antes do recebimento da denúncia à acusação por crime funcional, prevista naquele artigo, seria dispensável quando a denúncia fosse precedida de inquérito policial,⁸⁰ ou quando houvesse a imputação conjunta de crimes comuns⁸¹ (isto é, não funcionais).

Mas também no campo material é possível separarem-se aspectos diversos da questão. A maior parte dos crimes que de alguma forma referem a funcionário público – como sujeito ativo (exemplo: peculato), passivo (exemplo: desacato) ou em outra posição (exemplo: corrupção ativa) – exige uma relação entre o fato e as funções do funcionário público; do contrário, toda apropriação indébita cometida por funcionário público seria peculato, e toda injúria a funcionário público seria qualificada (art. 140 c/c art. 141, II, do CP). Pois bem: essa indagação sobre o exercício de função pública pelo sujeito, voltada a determinar se ele é funcionário público, deve ser feita separadamente, e segundo critérios geralmente diversos, da indagação concernente à relação entre o fato e as funções do agente. Além disso, essa última investigação teria de seguir diretrizes próprias para cada tipo de delito. Cremos que tal separação tenderia a proporcionar soluções mais satisfatórias para alguns dos exemplos expostos ao longo do texto:

(1) o empregado da empresa que celebrou convênio com os órgãos de trânsito para manter os radares fixos de controle de velocidade (“pardais”), é funcionário público, por força do art. 327, § 1.º, segunda parte, do CP mas a subtração de um bem dessa mesma empresa não ocorre “valendo-se de facilidade que lhe proporcio-

79. Nota 68.

80. Verbetes n. 330 da súmula de jurisprudência do STJ: “É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do CPP, na ação penal instruída por inquérito policial”. Deve-se observar que o STF desautorizou tal entendimento ao julgar o HC 85.779 (j. 28.02.2007, rel. Min. Cármen Lúcia).

81. STF, HC 95.542, 1.ª T., j. 09.12.2008, rel. Min. Ricardo Lewandowski; STJ, HC 164.643, 5.ª T., j. 25.09.2012, rel. Min. Laurita Vaz, ambos com indicações de precedentes.

na a qualidade de *funcionário* [público]", razão pela qual não deve ser considerada peculato: a qualidade de que o sujeito abusa é de empregado da empresa, e não de *longa manus* da Administração Pública. Já a solicitação por esse mesmo funcionário de alguma vantagem para eliminar uma fotografia comprobatória do excesso de velocidade de um motorista constituiria corrupção ativa.

(2) o empregado da Caixa Econômica Federal é sempre funcionário público, e quando desvia dinheiro no exercício da função, comete peculato. No entanto, se um cliente do banco o insulta em razão de sua recusa em receber o pagamento de dívida vencida estampada em boleto de outro banco,⁸² tal injúria não é praticada "contra funcionário público, em razão de suas funções", uma vez que a qualidade de *empregado de banco oficial* é irrelevante no caso. Com isso se evita que o empregado da Caixa Econômica Federal, do Banco do Brasil ou de outro banco estatal recebam proteção penal mais intensa do que os bancários em geral. Tal solução parece-nos mais convincente do que a aplicação do § 1.º do art. 327 do CP apenas para o sujeito ativo, aplicação esta que cria problemas quanto ao crime de corrupção ativa (em que o funcionário público não é agente, mas simples destinatário da oferta ilícita).

Essa desvinculação da interpretação do art. 327 do CP e dos tipos penais que de alguma forma aludem a funcionário público já vem sendo feita para alguns dispositivos incriminadores que mencionam unicamente o *cargo*, como é o caso dos arts. 312, *caput* (peculato), 323 (abandono de função) e 325 (violação de sigilo funcional), todos do CP. De fato, se a palavra cargo fosse interpretada nesses dispositivos da mesma forma como o é na exegese do art. 327 do CP,⁸³ seria forçoso concluir que o empregado público, ou aquele que exerce função sem ocupar cargo (no sentido do art. 327 do CP), não comete violação de sigilo funcional nem peculato; no entanto, não têm faltado condenações por peculato de empregados de empresas públicas.⁸⁴ Isso somente é possível porque o termo cargo, no art. 312, vem sendo interpretado diversamente da mesma palavra no art. 327 do CP.⁸⁵

82. É notório que, após o vencimento, esses boletos geralmente não podem ser pagos em qualquer banco, mas apenas naquele que o emitiu.

83. V. nota 21 acima.

84. Referências em MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit. na nota 34, n. 312.1, p. 1769 e 1770.

85. Alguns (poucos) autores alertam para o fato de que os crimes citados referem apenas a cargo, mas acabam interpretando o termo em sentido ampliativo, abrangente de todas as formas de ocupação de função pública. Guilherme Guimarães Feliciano, por exemplo, considera que "seria impensável, por exemplo, imaginar-se que o agente público exercente de função, mas sem cargo, não pudesse cometer o delito de peculato" (op. cit. na nota 22, p. 302). Para uma análise do problema em relação ao art. 325 do CP, vejam-se Rui Stoco e Tatiana de O. Stoco, em FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (orgs.). Op. cit. na nota 20, p. 1504-1505, art. 323; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. na nota 14, p. 132. O tema também é

Sem dúvida, conservam-se várias dificuldades, como definir se o recepcionista da Polícia Federal é funcionário público, e, em caso positivo, se ele pode ser vítima de desacato. De toda forma, cremos que a compreensão desses problemas aumenta se eles forem desvinculados e enfrentados cada um a seu tempo e modo.

5. CORRUPÇÃO E ATO DE OFÍCIO

Dos aspectos centrais dos crimes de corrupção ativa e passiva, o que mais exigiu a atenção do STF no julgamento da APn 470/MG foi a relação entre a vantagem indevida e o ato de ofício, à qual se dedica o presente tópico.

5.1 *Corrupção passiva e ato de ofício potencial*

Como já observado,⁸⁶ a lei brasileira divide a corrupção em ativa e passiva, ainda que cominando as ambas a mesma pena.⁸⁷ Em todo o resto, porém, o STF parece tratar as duas figuras delituosas como verso e reverso da mesma moeda; em especial, transporta para o crime de corrupção passiva, que não a prevê, a exigência legal contida no art. 333 do CP de que a vantagem indevida guarde relação com algum ato de ofício do funcionário público corrompido.⁸⁸ Tal orientação, que aproxima os arts. 317 e 333 do CP ao exigir para os dois – e não apenas para o segundo, tal como sugere o texto legal – que a vantagem indevida prometida, solicitada etc. se relacione a algum ato de ofício do funcionário público, foi firmada no julgamento da APn 307/DF (caso Collor),⁸⁹ reiteradamente mencionado no acórdão da APn 470/MG, e constitui um dos pontos mais obscuros este último.

mencionado por Nélson Hungria (op. cit. na nota 15, n. 135, p. 340), mas o tratamento dispensado ao problema é decepcionante: após salientar que a lei alude a cargo e não ao exercício de função pública, lembra que cargo não se confunde com múnus e exclui do conceito de cargo aquelas mesmas pessoas identificadas como exercentes de simples múnus: tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamentário, depositário (algumas delas são repetidas nos comentários ao art. 327 – v. nota 50 adiante). No entanto, se o múnus é exterior ao conceito amplo de funcionário público, obviamente o será também à específica modalidade “ocupante de cargo”. Com isso, a questão, tão logo denunciada, é varrida para debaixo do tapete.

86. Nota 14.

87. A identidade já existia na redação original do Código e foi mantida pela Lei 10.763/2003, que ampliou as penas desses crimes.

88. “Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (...).”

89. STF, APn 307/DF, 2.^a T., j. 13.12.1994, rel. Min. Ilmar Galvão. Vigorosamente nesse sentido, já FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. na nota 23, vol. 1, n. 114, p. 285. Na APn 470/MG, cita-se frequentemente o parecer de Julio Fabbrini Mirabete apresentado na APn 307/DF, que acreditamos ser aquele publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 4.

Tal obscuridade é denotada pelos desencontros dos ministros em relação aos votos uns dos outros. O relator, e vários outros ministros, enfaticamente se propuseram a manter a orientação firmada no julgamento da APn 307/DF, e exigiram, para o reconhecimento do crime de corrupção passiva, que a vantagem solicitada ou recebida se relacionasse com a possível prática ou omissão de algum ato de ofício pelo funcionário corrupto ou corrompido. No entanto, não exigiam que o ato de ofício efetivamente fosse omitido ou praticado, conforme o caso, bastando-se com a perspectiva dessa prática ou omissão de ato de ofício.⁹⁰ Boas sínteses dessa orientação foram oferecidas pelo Min. Mendes e pelo Min. Fux, respectivamente: “é indispensável *ato de ofício em potencial* para configuração do crime de corrupção passiva, apesar de não ser necessária sua efetiva prática pelo corrupto”;⁹¹ “o ato de ofício funciona como elemento atrativo ou justificador da vantagem indevida, mas jamais pressuposto para a configuração da conduta típica de corrupção”.⁹²

Os Ministros Lewandowski e Toffoli, no entanto, supuseram – ao nosso ver, erradamente⁹³ – que seus colegas, afastando-se da orientação precedentemente firmada na APn 307/DF, dispensavam essa referência ao ato de ofício em potencial.⁹⁴

p. 94. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1993, reproduzido na *Revista dos Tribunais*. vol. 834. p. 741. São Paulo: Ed. RT, abr. 2005, e compilado em FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 335. São Paulo: Ed. RT, 2010. .

90. Os Ministros Fux e Mendes falaram em “ato de ofício em estado potencial” (p. 1522) e “ato de ofício em potencial” (p. 4631). O Min. Lewandowski, embora interpretando os votos dos colegas de forma diversa da do texto, e por nós criticada, também se valeu dessa eloquente expressão “ato potencial” (p. 3730).
91. Cf. p. 4361, sem grifos no original. O trecho, naturalmente, tinha em vista a solicitação ou recebimento de vantagem para a *prática* de um ato, e exigiria pequena adaptação para as hipóteses de corrupção para *omissão* ou *retardamento* desse ato.
92. Cf. p. 1522.
93. Os Ministros supracitados decerto conquistaram a adesão de Gianpaolo Poggio Smanio (op. cit. na nota 14), que igualmente parece ter interpretado os votos vencedores como indiferentes a qualquer relação entre a vantagem indevida e algum ato de ofício, ainda que potencial. No entanto, o texto do autor é ambíguo a respeito, ora parecendo exigir o ato de ofício em potencial (item 3, último parágrafo), ora o dispensando (item 6 c). Assim como sucedeu no acórdão da APn 470/MG, cremos que lhe faltou justamente distinguir a exigência de um ato de ofício (ainda que potencial) da *determinação* desse ato de ofício. Sobre essa questão, v. adiante o texto, especialmente o item 5.3.
94. Extrai-se do voto de Lewandowski (p. 3729 e 3730): “O Plenário desta Corte, todavia, por sua douta maioria, ao apreciar a mesma matéria nesta APn 470/MG, externou um entendimento mais abrangente, assentando ser suficiente, para a configuração do tipo previsto no art. 317 do CP o mero recebimento de vantagem indevida, por funcionário público, dispensando-se a precisa identificação do ato de ofício. E mais: dispensou, também, a necessidade de indicação da relação entre o recebimento da vantagem por parte do servidor e a prática de determinado ato funcional. Basta, pois, segundo entende a Corte,

Os demais ministros, por sua vez, repeliram a afirmação de que se distanciavam da orientação firmada na APn 307/DF, insistindo que exigiam, sim, o ato de ofício em potencial.⁹⁵

Essa aparente divergência tem duas causas visíveis. A primeira é a imprecisão com que a exigência do ato de ofício potencial foi expressa ao longo dos votos. A advertência, em si correta, de que a efetiva prática do ato de ofício que motivava a solicitação ou recebimento da vantagem⁹⁶ era desnecessária,⁹⁷ foi feita em algumas passagens de forma ambígua, permitindo a interpretação de que nem sequer o ato de ofício potencial seria necessário para a corrupção passiva.⁹⁸ Assim, a frase da min. Weber “a indicação do ato de ofício não integra o tipo legal da corrupção passiva”,⁹⁹ frase esta que tanto pode se referir à literalidade do art. 317 do CP – que efetivamen-

para a caracterização do delito de corrupção passiva, que se demonstre o recebimento de vantagem indevida, subentendendo-se a possibilidade ou a perspectiva da prática de um ato comissivo ou omissivo, não identificado, presente ou futuro, atual ou potencial, desde que este esteja na esfera de atribuições do funcionário público”. O Min. Toffoli, por sua vez, declarou (p. 4225): “Como já decidido por este Plenário em capítulo anterior, no que inclusive fiquei vencido, a corrente majoritária formou-se no sentido de ser despidenda a existência do ato de ofício para a tipificação do crime de corrupção passiva, bastando, para tanto, que a vantagem seja oferecida em razão do exercício de cargo público. A partir desta premissa, curvo-me a essa orientação e, doravante, passo a orientar o teor deste meu voto nesse sentido.” O trecho é repetido quase literalmente nas p. 4285 e 4350.

95. Vejam-se os debates orais nas p. 4008 e 4963 e os votos do Min. Celso de Mello, p. 4476, e do Min. Mendes, p. 4361, cit.: “Insisto nesta reafirmação, Sr. Presidente, mormente em face da observação do eminente Ministro Revisor de que a Corte reviu seu posicionamento e abandonou a exigência do ato de ofício. Não é esta minha compreensão. Penso que é muito importante assentar as bases teóricas deste julgamento, inclusive pela repercussão dos precedentes da Corte nas demais esferas do Poder Judiciário. A Jurisprudência firmada na APn 307/DF permanece, portanto, inalterada: é indispensável ato de ofício em potencial para configuração do crime de corrupção passiva, apesar de não ser necessária sua efetiva prática pelo corrupto”.
96. Ou, acrescentamos uma vez mais, a efetiva omissão do ato cuja abstenção motivava a solicitação ou recebimento da vantagem.
97. No acórdão, mencionou-se reiteradamente que a efetiva omissão, retardamento ou prática irregular do ato de ofício é causa de aumento de pena (p. 1126, 1290, 1952, 4080, 4516 etc.), de modo que não integra o tipo básico. O argumento aparece com muita clareza no voto do min. Marco Aurélio (p. 2416).
98. O tipo da corrupção ativa, como já dito no texto, alude expressamente ao ato de ofício potencial (art. 333 do CP).
99. Cf. p. 1099. Outra passagem do voto da ministra que contribui para a ideia de abandono do entendimento firmado na APn 307/DF é aquela em que se afirma que “O precedente desta Suprema Corte consubstanciado no julgamento da APn 307/DF (...) não é aplicável ao presente caso” (p. 1125). No entanto, o que a ministra quis dizer foi apenas que a conclusão adotada naquele julgamento *não aproveitava aos réus*. O trecho é citado por

te não alude ao ato de ofício, o que é feito unicamente no art. 333 do CP, conforme destacado no princípio deste tópico – como à efetiva prática ou omissão do ato de ofício; igualmente dúbios são alguns trechos do voto do Min. Fux: “como já exaustivamente demonstrado, a prática de algum ato de ofício em razão da vantagem recebida não é necessária para a caracterização do delito. Basta que a causa da vantagem seja a titularidade de função pública”;¹⁰⁰ “conclui-se, assim, que o 15.º denunciado (...) recebeu vantagem indevida em razão das funções exercidas na Presidência da Câmara dos Deputados”.¹⁰¹ O próprio Min. Lewandowski, em passagem de seu voto, pareceu exigir a efetiva prática do ato de ofício visado pela corrupção para que o crime ocorra:¹⁰² “uma questão recorrente que surge no debate desse tema é se a corrupção passiva exige ou não, para a sua caracterização, a prática de um ato de ofício pelo funcionário público, como contraprestação da vantagem indevida, solicitada ou recebida. A doutrina mais abalizada, contudo, ressalta que é preciso que o agente pratique, retarde ou omita um ato de ofício relacionado com a vantagem indevida”.

Confrontados os diversos votos, e as passagens conflitantes dentro de um mesmo voto, é possível concluir que todos os ministros mantiveram-se na mesma posição intermediária de exigir a relação entre a propina e um ato de ofício, mas dispensar a efetiva realização desse ato.¹⁰³ Todavia, como visto, alguns dos votos são bastante confusos a respeito.

A segunda causa dessa polêmica, em que votos convergentes foram tidos como conflitantes por alguns ministros, é o problema da *determinação* do ato de ofício mercadejado. Em outras palavras: o quão certo e delimitado precisa ser o ato de ofício cogitado pelo corruptor ou pelo corrompido (ou por ambos) para que se reconheçam os crimes dos arts. 317 ou 333 do CP? De certa forma, cremos que esse foi o verdadeiro ponto de divergência entre os ministros, e que acabou obscurecido pela falta de precisão dos votos. Tal assunto – a determinação do ato de ofício – será abordado no item 5.3 Antes, porém, é conveniente investigar-se o conceito mesmo de ato de ofício.

5.2 Conceito de ato de ofício

Uma vez que os crimes dos arts. 333 e 317 do CP – aquele por expressa dicção legal, e este pela interpretação do STF firmada no julgamento da APn 307/DF e

Gianpaolo Poggio Smanio, cuja interpretação do acórdão, como já dito (nota 93), não nos parece acertada (SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit. na nota 14, item 3).

100. Cf. p. 1529 e 4053, sem grifos no original.

101. Cf. p. 1527, sem grifos no original.

102. Cf. p. 951.

103. Ou sua omissão, se a propina se voltava justamente a impedir que um ato fosse praticado.

mantido no da APn 470/MG – se relacionam a um ato de ofício, a exegese desses dispositivos passa pela fixação do conceito deste.

Em relação a esse conceito, a questão mais relevante no julgamento da APn 470/MG era se a mercancia, pelos congressistas, de seus votos em relação a projetos de lei e de emenda constitucional, e, mais especialmente, se a venda de apoio aos projetos de interesse do governo constituía corrupção passiva.¹⁰⁴

Neste ponto, o acórdão da APn 470/MG reúne considerações de ordens e qualidades bastante díspares. O min. Mendes, em mais de um ponto, transcreve a lição de Paulo José da Costa Júnior, em trecho que principia com a frase “a expressão ato funcional não é empregada no sentido técnico de ato administrativo”.¹⁰⁵ Tal afirmação talvez seja correta, mas diz muito pouco sobre o que é ato de ofício;¹⁰⁶ o mesmo sucede com o esclarecimento do Min. Britto de que ato de ofício, para os crimes de corrupção, não é apenas o ato que o agente público pode praticar *de ofício*, isto é, sem provocação.¹⁰⁷ Uma vez mais, advertimos para a insuficiência de definições mínimas e negativas (que dizem que A é mais amplo que B, ou que A não é idêntico a B). Mas a consideração verdadeiramente problemática veio do relator, Min. Barbosa, o qual, baseando-se em excerto de Cirino dos Santos,¹⁰⁸ afirmou: “assim, como elemento normativo do tipo, o ‘ato de ofício’ deve ser representado no sentido comum, como o representam os leigos, e não em sentido técnico-jurídico”.¹⁰⁹ Sucede que o trecho transcrito da obra de Cirino dos Santos se refere ao problema do *objeto do dolo* (ou seja, para o problema do grau de conhecimento e compreensão que o agente deve possuir para que se possa dizer que ele praticou, omitiu, comercializou etc. ato de ofício) e não à interpretação dos elementos normativos. A tradicional fórmula de Mezger, segundo a qual a compreensão exigida do agente para que se possa afirmar o dolo em relação aos elementos normativos do

104. De acordo com o relatório que principia o acórdão, alguns réus arguíram que o voto parlamentar e o compromisso de apoio não constituem atos de ofício dos deputados federais (p. 254; 269).

105. Cf. p. 2316, 2411, 4360.

106. Deixemos claro, porém, que nem o Min. Mendes nem o autor por ele citado se bastaram com essa afirmação. A referência fornecida é “Paulo José da Costa Junior, Direito Penal Objetivo, Forense, p. 573” (o mesmo trecho aparece em COSTA JR., Paulo José; COSTA, Fernando José da. Op. cit. na nota 21, p. 1159, art. 317).

107. Cf. p. 4445. Aqui também ressaltamos que o min. Britto não limitou suas considerações a essa distinção.

108. Referência na p. 3703: “SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal - parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 154”. O trecho aparece praticamente idêntico já na 1.^a ed. (*Direito penal: Parte geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006. p. 134), que foi a por nós consultada.

109. Cf., p. 3680.

tipo, é apenas aquela “valoração paralela na esfera do profano”,¹¹⁰ e a advertência de Beling de que a exigência da compreensão exata, por parte do agente, desses elementos normativos, faria com que apenas juristas pudessem cometer crimes,¹¹¹ nada dizem sobre o modo como o juiz deve interpretar os elementos normativos do tipo penal. Pelo contrário: a pesquisa de critérios específicos para a afirmação do dolo frente aos elementos normativos do tipo pressupõe justamente que o juiz possa (ou deva) interpretá-los de forma diversa do leigo, pois se todo elemento normativo devesse ser compreendido no sentido comum das palavras, como parece supor o Ministro Relator, o problema da determinação do dolo em relação a tais elementos sequer existiria: a fixação do tipo objetivo automaticamente delimitaria o tipo subjetivo em todas suas nuances. Felizmente, essa afirmação equivocada sobre os elementos normativos do tipo permanece isolada nas oito mil e tantas páginas que compõem o acórdão e, com um pouco de sorte, não fará escola.

Além dessas definições mínimas e negativas, segundo as quais o ato de ofício não é algo, ou não se confunde com algo, e do mau uso das considerações de Cirino dos Santos, o acórdão contém algumas indicações do que seria ato de ofício, para efeitos dos arts. 317 e 333 do CP. Na mesma linha da interpretação pelo sentido vulgar da linguagem, o min. Britto propõe que “à expressão legal ‘ato de ofício’ deve corresponder o sentido coloquial de ‘ato do ofício’ a cargo do agente público corrompido”,¹¹² muito embora seja discutível que no plano coloquial da comunicação sequer exista a expressão “ato de ofício”. A maior parte das definições propostas associa o ato de ofício à esfera de atribuições do funcionário: assim, para o Min. Celso de Mello, o ato de ofício “deve obrigatoriamente incluir-se no complexo de suas [do funcionário] atribuições funcionais”¹¹³ ou estar “inscrito em sua esfera de atribuições funcionais”.¹¹⁴⁻¹¹⁵

110. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal (Strafrecht, ein Lehrbuch*², 1933). Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1949. t. II (a versão alemã é em um volume), § 44, I, p. 134.

111. Idem, que cita a obra de Beling *Die Lehre vom Verbrechen (A doutrina do crime)*, de 1906. Veja-se ainda BELING, Ernst Ludwig Von. *Esquema de derecho penal (Grundzüge des Strafrechts*¹¹, 1930), lançada em castelhano juntamente com *La doctrina del delito-tipo (Die Lehre von Tatbestand*, 1930). 2. ed. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 111; 117.

112. Cf., p. 4505.

113. Cf., p. 2443.

114. Cf., p. 2446 – a expressão “esfera de suas atribuições funcionais” é repetida na p. 4477.

115. O Min. Mendes, por sua vez, invocou a lição de Hungria, segundo a qual “o ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do *intraneus*, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração” (p. 2316, 4361). A referência fornecida é HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, p. 369”; na edição por nós consultada (op. cit. na nota 15), o trecho fica na p. 371, n. 143.

Essas definições têm o duplo defeito de supor esperadamente que, para cada cargo, emprego ou função pública, o feixe de atos a eles inerentes seja bem delimitado, e de deixar impunes as aceitações e promessas de vantagens voltadas à prática de atos materiais ao alcance do sujeito, mas que não compõem exatamente suas atribuições. Pense-se no serventuário da justiça lotado no cartório da vara que aceita propina para alterar a ordem de armazenamento dos autos dos processos conclusos para sentença no gabinete do juiz, sabendo que essa ordem corresponde à ordem em que os processos serão julgados.¹¹⁶ Uma vez que essa ordenação não é atribuição do funcionário corrupto, esse fato haveria de permanecer impune.

Mas o mesmo acórdão da APn 470/MG contém outras definições que parecem contentar-se com a simples *proximidade* entre o ato de ofício praticado (ou omitido) e as funções do agente. Assim, a definição de Rui Stoco, transcrita pelo Min. Celso de Mello: “o ato a que visa a corrupção praticada não deve necessariamente constituir uma violação do dever de ofício (...). Deve, todavia, o ato ser da competência do agente *ou estar relacionado com o exercício de sua função*”.¹¹⁷ Já o rel. Min. Joaquim Barbosa, citando o voto do Min. Ilmar Galvão na APn 307/DF, considerou que basta que o “ato subornado caiba no âmbito dos *poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente*”; um pouco adiante, transcreve excerto do voto do Min. Celso de Mello na mesma APn 307/DF de difícil classificação: “constitui elemento indispensável [para o crime de corrupção passiva] (...) a existência de um vínculo que associe o fato atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) com a perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público”.¹¹⁸ Confessamos nossa dificuldade em discernir se o circunlóquio “ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público” efetivamente exige que o ato componha o feixe de atribuições do agente ou não; essa mesma perplexidade se apresenta diante da frase “ato relacionado àqueles que compõem o pertinente ao âmbito das funções inerentes ao cargo”¹¹⁹ formulada pelo Min. Celso de Mello no acórdão da APn 470/MG. De toda forma, o mesmo Min. Britto, em outra parte de seu voto, endossa a opinião de Cezar Roberto Bitencourt, segundo a qual, “para a configuração do crime de corrupção

116. Mais claramente: o funcionário aceita propina para “pôr em cima da pilha” os autos de um processo de interesse do corruptor, ou para “pôr embaixo da pilha” os autos de um processo cujo julgamento é receado por este.

117. Cf., p. 2446. As referências bibliográficas fornecidas são: “*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 1647”. Na edição por nós consultada (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (orgs.). Op. cit., nota 20), a passagem aparece, ligeiramente modificada, nos comentários ao art. 317, p. 1469.

118. Cf., p. 3681.

119. Cf., p. 4477.

ativa exige-se que o ato cuja ação ou omissão é pretendida esteja compreendido nas específicas atribuições funcionais do servidor público visado”.¹²⁰

Como se vê, as definições fornecidas não são muito alentadoras, e os Min. Britto e Celso de Mello não conseguem deixar claro se o ato de ofício tem de estar compreendido nas atribuições do funcionário público ou se basta um vínculo mais tênue. Em particular, seguimos sem saber como o STF, em sua composição atual, enfrentaria o caso do serventuário que ordena e acomoda os autos judiciais conforme os lances dos litigantes. De toda forma, no caso específico do mensalão, deve-se ao min. Britto uma solução admiravelmente engenhosa para relacionar o “apoio parlamentar” dos deputados corrompidos ao elemento do tipo “ato de ofício”: oferecer dinheiro em troca do apoio dos deputados da oposição, os corruptores procuravam garantir a omissão de quaisquer atos de impugnação dos projetos de lei de interesse do governo.¹²¹

Por fim, não há dúvida alguma de que o voto de projetos de lei e de emendas à Constituição Federal, bem como o debate desses projetos, constitui ato de ofício do parlamentar; no dizer do Min. Celso de Mello, “o exercício do voto, pelos membros do Congresso Nacional, talvez represente o mais expressivo dos momentos em que se desenvolve a prática do ofício parlamentar”;¹²² “a votação parlamentar traduz, de modo expressivo, exemplo conspícuo e clássico de ato de ofício por excelência”.¹²³

5.3 Determinação do ato de ofício potencial

Conforme visto nos tópicos anteriores, a corrupção ativa e a passiva, segundo a interpretação do STF, exigem a relação entre a vantagem indevida solicitada, prometida etc. e algum ato de ofício; além disso, o voto e apoio do parlamentar aos projetos de interesse do governo constituem atos ou omissão de atos de ofício. Falta precisar, contudo, qual o grau de determinação que o ato de ofício a praticar ou omitir deve possuir no momento de sua mercantilização.

Como adiantado, deve-se em parte a esse tema a divergência dos ministros acerca da compatibilidade do decidido na APn 470/MG com aquele entendimento firmado na APn 307/DF (segundo o qual o crime de corrupção passiva também exigia relação com algum ato de ofício); talvez seja mesmo possível dizer que essa foi a verdadeira divergência entre os Ministros Lewandowski e Toffoli e os demais. Isso porque imputar-se a alguém a oferta de dinheiro a um parlamentar para que este genericamente “apoie

120. Cf., p. 4510. A referência indicada é “Cezar Roberto Bittencourt [sic]. Código Penal comentado. 6. edição, 2012. p. 248”. O trecho também aparece, idêntico, no *Tratado de direito penal* (op. cit. na nota 14), p. 212.

121. Cf., p. 4447, 4557 e 5213. Essa forma de ver o apoio político também foi sugerida, com um pouco menos de clareza, pela Min. Carmén Lúcia (p. 1953).

122. Cf., p. 4445.

123. Cf., p. 4482.

os projetos de interesse do governo” é bem diferente de imputar-se a oferta de dinheiro para que o parlamentar vote em determinado sentido em uma certa votação.¹²⁴

Também aqui alguns votos não primaram pela exatidão. O Min. Fux, abordando diretamente a questão em análise, estatuiu que “não é necessário que o ato de ofício pretendido seja, desde logo, *certo, preciso e determinado*”,¹²⁵ mas adiante considerou que “é indispensável, para caracterizar a corrupção passiva, que o agente público, ao receber a vantagem indevida, saiba para que ele está recebendo (para praticar *certo e específico* ato de ofício)”.¹²⁶ O Min. Britto foi mais consistente, transcrevendo trecho de Regis Prado segundo o qual “não é necessário que no momento em que o funcionário solicita ou recebe a vantagem o ato próprio de suas funções esteja individualizado em todas as suas características. Basta apenas que se possa deduzir com clareza qual a classe de atos em troca dos quais se solicita ou se recebe a vantagem indevida – isto é, a natureza do ato objeto da corrupção”.¹²⁷

Essa mesma passagem de Regis Prado foi transcrita pelo Min. Toffoli como portadora do mesmo sentido da exposição de Nucci.¹²⁸ No entanto, verifica-se que este último autor é muito mais flexível em relação à exigência da relação da vantagem indevida com um ato de ofício, conforme os excertos transcritos no voto do próprio Min. Toffoli: “a pessoa que fornece a vantagem indevida pode estar preparando o funcionário para que, um dia, dele necessitando, solicite, algo, mas nada pretenda no momento da entrega do mimo. (...). [Uma oferta nessas condições constitui] corrupção passiva do mesmo modo, pois fere a moralidade administrativa”.¹²⁹⁻¹³⁰

124. Enquanto o problema de exigir-se ou não, para a ocorrência dos crimes de corrupção ativa e passiva, a relação entre a vantagem indevida e algum ato de ofício (ainda que potencial) é qualitativo e comporta apenas duas respostas possíveis, o problema da determinação do ato de ofício relacionado à vantagem indevida (caso ele seja exigido, obviamente) é quantitativo e admite graduações. No entanto, se afrouxada em excesso a exigência de determinação do ato de ofício, ela praticamente se dissolve, retornando-se à posição segundo a qual a própria relação entre propina e ato de ofício é dispensável. Vejam-se adiante no texto as observações sobre a exposição de Guilherme de Souza Nucci. Ainda assim, julgamos possível e necessário distinguir as duas questões.

125. Cf., p. 1522, sem grifos no original.

126. Cf., p. 1524, sem grifos no original.

127. Cf., p. 2475. A referência fornecida é “PRADO, Luiz Régis [sic] Prado [sic]. Curso de direito penal brasileiro. vol. 3, 2012, p. 579”. Na 9. ed., por nós consultada (op. cit. na nota 18), o trecho está na p. 591.

128. Cf., p. 4230.

129. Cf., p. 4230. A referência fornecida é “Código Penal comentado. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1111”. Na 13. edição, por nós consultada (op. cit. na nota 21), o trecho aparece na nota 94 ao art. 317, p. 1182.

130. A outra passagem do acórdão que nos sugere a relação entre aquela controvérsia, descrita no item 5.1, e o problema da determinação do ato de ofício mercantilizado, pertence ao

Assim, bem vistas as coisas, a divergência entre os ministros não se devia tanto à questão necessidade de que a vantagem se relacionasse a um futuro ato (ou omissão de ato) de ofício, mas sim ao problema da delimitação desse ato no momento da prática do crime (ou seja, da oferta ou aceitação da propina).¹³¹ A orientação de Guilherme de Souza Nucci praticamente anula a exigência de vinculação da vantagem indevida ao ato de ofício potencial, uma vez que se contenta com um ato meramente eventual e absolutamente indeterminado, que talvez jamais tenha o ensejo de ocorrer; no fundo, retorna à dicção literal do art. 317 do CP, que exige que a vantagem se deva apenas à *função pública* do servidor corrupto, sem referência explícita a algum *ato de ofício*. Já Luiz Regis Prado, cuja opinião foi erroneamente identificada pelo Min. Toffoli com a de Guilherme de Souza Nucci, consente com certa indeterminação do ato de ofício potencial motivador da vantagem, mas não o dispensa por completo.

Assim, embora o Min. Toffoli (juntamente com o Min. Lewandowski), atribua aos demais ministros o abandono da orientação firmada pelo STF na APn 307/DF – qual seja, de exigir que a vantagem indevida se relacione a um ato de ofício potencial – o fato é que foi ele próprio quem, ao invocar a referida opinião de Guilherme de Souza Nucci, mais se distanciou daquela orientação.

Creemos que a completa (ou quase completa) dispensa da vinculação da vantagem a um ato de ofício tende a criar atritos entre os arts. 333 e 317 do CP. Com efeito, tem-se entendido que o pagamento de vantagem indevida, pelo particular, constitui participação no crime de corrupção passiva, e só não é punido a tal título porque conta com incriminação específica.¹³² Mas se isso for correto, então a referência

voto do outro Ministro para quem o STF, no julgamento da APn 470/MG, abandonava as premissas firmadas no julgamento da APn 307/DF, ou seja, o Min. Lewandowski (p. 3729): “O Plenário desta Corte, todavia, por sua douda maioria, ao apreciar a mesma matéria nesta APn 470/MG, externou um entendimento mais abrangente, assentando ser suficiente, para a configuração do tipo previsto no art. 317 do CP o mero recebimento de vantagem indevida, por funcionário público, dispensando-se a *precisa* identificação do ato de ofício. E mais: dispensou, também, a necessidade de indicação da relação entre o recebimento da vantagem por parte do servidor e a prática de *determinado* ato funcional” (sem grifos no original).

131. O Min. Mendes insinuou essa mesma interpretação na p. 4361, mas em seguida vinculou a controvérsia a problema diverso – o da efetiva realização (ou abstenção) do ato: “Debate-se, é certo, quanto à exigência de um determinado ato. Penso que a defesa labora em equívoco conceitual. A exigência de determinação do ato funcional está relacionada à imprescindível conexão entre o ato e a função pública e não, propriamente, ao ato materializado, pois é indiferente para a consumação do delito que o ato funcional venha a ser praticado ou não. Não estou a defender, por óbvio, que a imputação possa ser genérica, abstrata, despida de conteúdo descritivo mínimo, mas que a relevância penal é a mercancia da função pública e não o ato em si (inclusive porque pode ser lícito)”.
132. Contra, ponderando que dar vantagem indevida (possibilidade não prevista no art. 333 do CP) não constitui participação no recebimento dessa vantagem (esta, sim, incriminada pelo art. 317 do CP), FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. na nota 9, n. 1154, p. 472.

a ato de ofício no art. 333 do CP se torna inócua nos casos de corrupção bilateral, pois ela não aparece expressa no art. 317 do CP. Em outras palavras: por mais que o Código Penal exija, na corrupção ativa (art. 333 do CP), a relação entre a vantagem indevida e algum ato de ofício, o particular que sucumbisse à solicitação feita pelo funcionário público em razão de sua função, mas sem qualquer referência, implícita ou explícita, a algum ato de ofício, acabaria incorrendo em participação no crime de corrupção passiva, sofrendo as mesmas penas. Assim, julgamos que a tendência do STF de identificar os requisitos típicos dos arts. 317 e 333 do CP é correta, e a única forma de fazê-lo é acrescentar ao art. 317 do CP as exigências adicionais do art. 333 do CP, pois o caminho contrário – supressão das exigências abundantes do art. 333 do CP – obviamente violaria o princípio da legalidade.

De toda forma, alguma vaguidade quanto ao ato de ofício potencial, no momento da ação típica de corrupção – seja ela ativa, passiva ou bilateral – é inevitável, e a exigência de uma precisão absoluta do ato de ofício posto à venda implicaria ou a inutilidade da previsão legal, ou (o que consideramos mais provável) a infestação de presunções e ficções na jurisprudência. Se um empresário ajusta com um juiz trabalhista de sua cidade o pagamento mensal de propina para que este “alieve” no julgamento das inúmeras ações trabalhistas por ele sofridas, é impossível associar cada pagamento a certo ato de ofício: no exemplo dado, se o empresário deixa a critério do juiz corrupto a seleção dos casos que permitam o favorecimento – uma vez que o êxito do empresário em todas as reclamações trabalhistas julgadas pelo mesmo magistrado inevitavelmente despertaria suspeitas – nem ele próprio será capaz de dizer quais foram as sentenças que comprou, e quais foram as sentenças favoráveis que apenas exprimiram o sincero entendimento do juiz. Assim, se se exigisse, para o reconhecimento do crime de corrupção, uma correlação estreita entre cada pagamento e cada ato de ofício comercializado, justamente os casos mais graves de simbiose entre o público e o privado não seriam puníveis como corrupção. Como os tribunais dificilmente consentiriam com esse resultado, a consequência previsível de tal entendimento seria o fingimento de que as provas do processo permitiriam associar as vantagens a certos e específicos atos de ofício, perfeitamente identificados já no momento da oferta ou promessa delas.

Por tais razões, é preciso transigir com alguma indeterminação do ato de ofício mercenciado, com o cuidado de não aniquilar a própria exigência desse elemento dos tipos de corrupção ativa e passiva. Cremos que a “compra de votos e de apoio parlamentar para os projetos de interesse do governo” tem um grau aceitável de determinação para a incidência dos arts. 317 e 333 do CP.¹³³

133. Alamiro Velludo Salvador Netto, em seus comentários ao tratamento dos crimes de corrupção no julgamento da APn 470/MG (*Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG*, RT 933. p. 47. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013, itens 3 e 4), chegou perto do problema da determinação do ato de ofício, mas não soube

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação feita pelo STF dos arts. 317 e 333 do CP no julgamento da APn 470/MG levou a resultados corretos. No entanto, se a qualificação dos agentes considerados corruptos como funcionários públicos foi simples e imediata, tal facilidade não deve iludir os problemas por trás do art. 327 do CP. Da mesma maneira, a conclusão inobjetable de que os votos e o “apoio parlamentar” constituem atos de ofício razoavelmente determinados não deve obscurecer as incertezas do conceito desses atos. Por fim, e mais importante, concluímos que o STF não se afastou da orientação firmada na APn 307/DF, de se exigir, para os crimes de corrupção ativa e passiva, a relação da vantagem indevida a um ato de ofício potencial, e que as divergências se referem ao grau de concretização que esse ato deve possuir quando de sua comercialização. Quanto a esse ponto, embora seja necessário transigir com alguma indeterminação, ela não pode ser tão intensa a ponto de anular esse requisito do tipo.

7. BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BAUDELAIRE, Charles. *Pequenos poemas em prosa: XXIX – O jogador generoso*. Trad. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira em *Charles Baudelaire: poesia e prosa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995.
- BELING, Ernst Ludwig von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo* (Grundzüge des Strafrechts¹¹, 1930; Die Lehre von Tatbestand, 1930). 2. ed. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- BENTO DE FARIA, Antonio. *Código Penal (comentado)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959. vol. 7.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 5.

distingui-lo suficientemente da questão acerca da necessidade de que o ato venha a ser praticado (ou omitido ou retardado). Em particular, algumas passagens do trabalho parecem sugerir que a consumação do crime de corrupção depende da efetiva prática do ato de ofício comercializado (por exemplo: “nesse ponto não se está mais a debater a natureza do ato de ofício, se lícito ou ilícito, mas sim a imprescindibilidade, ou não, de sua própria existência”, ou “os julgadores de certa forma deixaram de lado maiores preocupações em declinar as efetivas provas, por exemplo, acerca de quais votações *tiveram parlamentares expressando seu posicionamento em razão de um interesse maculado pelas dádivas recebidas*” – as duas passagens sem grifos no original), o que não tem fundamento algum (v. nota 97 acima). De toda forma, merece registro a sugestão do autor de que a exigência da relação entre a vantagem indevida e o ato de ofício possa variar de acordo com a natureza das funções públicas exercidas pelo funcionário (item 4, *in fine*).

- CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 89. p. 131. São Paulo: Ed. RT, mar. 2011.
- Casolato, Roberto Wagner Battochio. A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 415. São Paulo: Ed. RT, 2010 (publicado originalmente na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 22. p. 89. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998).
- COSTA JR., Paulo José; COSTA, Fernando José da. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. *Parcerias na Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Crimes contra a Administração – Atualização e reforma penal – Por uma atualização forma e substancial do capítulo dos crimes contra a Administração Pública. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 287. São Paulo: Ed. RT, 2010 (publicado originalmente na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 32. p. 55. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000).
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1979. vol. 2.
- _____. *Lições de direito penal: parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. 2.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (orgs.). *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. IX.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal (Strafrecht, ein Lehrbuch*², 1933). Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1949. t. II (a versão alemã é em um volume).
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 335. São Paulo: Ed. RT, 2010 (publicado originalmente na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 4. p. 94. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1993 e reproduzido na *Revista dos Tribunais*. vol. 834. p. 741. São Paulo: Ed. RT, abr. 2005).
- _____; FABBRINI, Renato N. *Código Penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 3.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 47. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Análise da decisão da APn 470/MG pelo STF referente aos crimes contra a Administração Pública – Corrupção passiva e ativa – Elementos do tipo penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 195. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013.

Acórdãos proferidos pelo STF, disponíveis em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 31.10.2013:

BRASIL. STF APn 307, 2.^a T., j. 13.12.1994, rel. Min. Ilmar Galvão.

_____. APn 470, j. 17.12.2012, rel. Min. Joaquim Barbosa.

_____. RE 107.813, 2.^a T., j. 14.03.1986, rel. Min. Francisco Rezek.

_____. RHC 79.823, 1.^a T., j. 28.03.2000, rel. Min. Moreira Alves.

_____. RHC 54.197, 2.^a T., j. 09.03.1976, rel. Min. Moreira Alves (RTJ 77/791).

_____. RHC 83.830, 1.^a T., j. 09.03.2004, rel. Min. Marco Aurélio.

_____. RHC 87.227, 2.^a T., j. 21.03.2006, rel. Min. Ellen Gracie.

_____. RHC 64.142, 2.^a T., j. 02.09.1986, rel. Min. Célio Borja.

_____. RHC 85.779, j. 28.02.2007, rel. Min. Cármen Lúcia.

_____. RHC 95.542, 1.^a T., j. 09.12.2008, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Acórdãos proferidos pelo STJ, disponíveis em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 31.10.2013:

BRASIL. STJ. CComp 26.424, 3.^a Sessão, j. 22.05.2002, rel. Min. Gilson Dipp.

_____. CComp 27.074, 3.^a Sessão, j. 14.06.2000, rel. Min. Felix Fischer.

_____. CComp 2.806, 3.^a Seção, j. 19.03.1992, rel. Min. Cernicchiaro.

_____. REsp 1.303.748, 6.^a T., j. 25.06.2012, rel. Min. Sebastião Reis Júnior.

_____. REsp 331.055, 6.^a T., j. 26.06.2003, rel. Min. Paulo Medida.

_____. REsp 466.357, 5.^a T., j. 28.09.2004, rel. Min. Gilson Dipp.

_____. REsp 466.357, 5.^a T., j. 28.09.2004, rel. Min. Gilson Dipp.

_____. REsp 714.236, 5.^a T., j. 19.05.2005, rel. Min. Felix Fischer.

_____. REsp 762.249, 5.^a T., j. 02.02.2006, rel. Min. Gilson Dipp.

_____. RHC 1.208, 6.^a T., j. 18.06.1991, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

_____. RHC 11.691, 6.^a T., j. 21.02.2002, rel. Min. Vicente Leal.

_____. RHC 1.469, 6.^a T., j. 16.10.1991, rel. Min. Carlos Thibau.

_____. RHC 1.371, 6.^a T., j. 26.05.1992, rel. Min. Carlos Thibau.

- _____. RHC 1.294, 6.^a T., j. 23.06.1992, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.
- _____. RHC 1.351, 6.^a T., j. 04.08.1992, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.
- _____. RHC 22.611, 6.^a T., j. 16.12.2004, rel. Min. Hamilton Carvalhido.
- _____. RHC 9.602, 6.^a T., j. 23.05.2000, rel. Min. Hamilton Carvalhido.
- _____. RHC 52.989, 5.^a T., j. 23.05.2006, rel. Min. Felix Fischer.
- _____. RHC 3.900, 6.^a T., j. 12.09.1994, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.
- _____. RHC 2.904, 6.^a T., j. 29.11.1994, rel. Min. Adhemar Maciel.
- _____. RHC 8.954, 6.^a T., j. 07.11.2000, rel. Min. Hamilton Carvalhido.
- _____. RHC 17.321, 5.^a T., j. 28.06.2005, rel. Min. Felix Fischer.
- _____. RHC 8.267, 6.^a T., j. 27.04.1999, rel. Min. Vicente Leal.
- _____. RHC 8.174, 5.^a T., j. 18.02.1999, rel. Min. Edson Vidigal.
- _____. RHC 7.966 e 8.271, 5.^a T., j. 18.05.1999, rel. Min. Gilson Dipp.
- _____. RHC 47.364, 6.^a T., j. 04.04.2006, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.
- _____. RHC 164.643, 5.^a T., j. 25.09.2012, rel. Min. Laurita Vaz.

Acórdão proferido pelo TRF-2.^a Reg., disponível em: [www.trf2.jus.br]. Acesso em: 31.10.2013:

BRASIL. TRF-2.^a REG. RSE 199951107591163, 1.^a T. Especializada, j. 26.10.2005.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica, de Emerson Garcia – RT820/440 (DTR\2004\144);
- Análise da decisão da APn 470/MG pelo STF referente aos crimes contra a Administração Pública – Corrupção passiva e ativa – Elementos do tipo penal, de Gianpaolo Poggio Smanio – RT 933/195 (DTR\2013\3782);
- O direito brasileiro atravessado pelo julgamento do mensalão: do "livre convencimento" aos dilemas da continuidade do positivismo, de Lenio Luiz Streck – RT 933/297 (DTR\2013\3785);
- Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública, de Antonio do Passo Cabral – RT 933/131 (DTR\2013\3779); e
- Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG, de Alamiro Velludo Salvador Netto – RT 933/47 (DTR\2013\3795).

61890

COMPLIANCE E O JULGAMENTO DA APn 470

COMPLIANCE AND THE DECISION OF ACT 470

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da USP. Advogada.

MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO

Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O texto ora apresentado analisa a responsabilidade criminal do *compliance officer* a partir do julgamento da APn 470. As peculiaridades da construção de programas de *compliance* em cada companhia, e ainda a necessidade de se analisar dogmaticamente os crimes comissivos por omissão são pontos essenciais no estabelecimento de critérios para a responsabilidade criminal ora debatida. Ao final, conclui-se que não há resposta hermética no que se refere à imputação de crimes ao *compliance officer*. A dogmática penal exerce relevante papel para imputação penal nestes casos específicos.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes financeiros – *Compliance* – APn 470 – Omissão imprópria.

ABSTRACT: This article analyses a compliance officer's criminal liability taking into account the decision made by the Brazilian Supreme Court in Act n. 470. The distinguishing characteristics of each company's compliance program and the theory of criminal omission are essential points to establish the criteria for the abovementioned liability. In the end, the conclusion refers to the impossibility of setting automatic answers in regards to a compliance officer's criminal liability; Criminal theory plays an important role in establishing criminal attribution in these specific cases.

KEYWORDS: Financial crimes – Compliance – Act n. 470 – Criminal omission.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. *Compliance* no acórdão da APn 470 – 3. Programas de *compliance*: particularidades e características – 4. Responsabilidade penal do *compliance officer*: análise dos trechos do acórdão à luz da dogmática penal – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O termo *compliance* estabeleceu-se, nos últimos anos, como tema da moda no direito penal. Contudo, apesar de ter ganhado crescente atenção da doutrina, não há, ainda, consenso sobre seu tratamento e suas consequências no âmbito criminal. Sua aplicação nasceu no campo financeiro, no qual, no Brasil, conta, por exemplo,

com regras bastante específicas determinadas pelo Banco Central,¹ mas hoje acabou por expandir-se por diversos outros âmbitos da atividade empresarial. Assim, o assunto passou a ocupar um espaço importante de reflexão no campo do direito penal econômico.

De forma bastante embrionária, pode-se buscar o conceito de *compliance* na origem do termo, advinda “do verbo inglês *to comply*, que significa cumprir, executar, obedecer, observar, satisfazer o que lhe foi imposto”.² Nessa linha, *compliance* seria “o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal”.³

Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad assim se referem ao *compliance*:

“Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros.”⁴

Muito embora esteja voltado para atuar na prevenção de condutas ilícitas, as regras e os programas de *compliance* apresentam impacto no estabelecimento da responsabilidade penal – que ocorre, pois, em momento posterior à prática ilícita que se visava evitar. Tais impactos podem ser analisados tanto no que se refere à responsabilidade das pessoas jurídicas quanto às pessoas físicas.

No que se refere às pessoas jurídicas, sua responsabilidade penal,⁵ em nosso sistema, somente pode ser estabelecida no âmbito dos crimes ambientais e, tendo em vista que as discussões sobre *compliance* desenvolveram-se mais precipuamente no campo financeiro, ainda se trata de tema bastante incipiente no Brasil. De todo modo, é importante notar que em outros países, há já regras bem estabelecidas sobre as consequências do programa de *compliance* na responsabilização da pessoa jurídica.

Nos Estados Unidos, estabeleceu-se no *Federal Sentencing Guidelines Manual* que programas de *compliance* bem estruturados e efetivos são tidos como fundamentos para atenuação da responsabilidade penal corporativa. Há cuidado para

1. Consoante a Res. Bacen 2.554/1998.

2. MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil – Consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008. p. 15.

3. Idem.

4. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. RDB 56/293.

5. Trata-se de tema, aliás, que sempre foi controvertido em nossa doutrina no que se refere à sua constitucionalidade.

que programas criados apenas formalmente, sem qualquer execução efetiva, não sejam considerados como atenuantes.⁶

Na Itália, de forma semelhante, há redução da sanção aplicada à empresa quando ela tenha um programa efetivo de *compliance*.⁷

Também na Alemanha, embora não haja previsão legal expressa, há doutrinadores que defendem que a sanção da pessoa jurídica seja mitigada quando tiver desenvolvido um efetivo programa de *compliance*.⁸

No Brasil, cumpre mencionar que a Lei 12.846/2013, que estabeleceu responsabilidade empresarial administrativa e civil por atos de corrupção, embora não cuide de matéria penal, também trouxe previsão semelhante, ao dispor que será levada em consideração, na aplicação das sanções, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de Códigos de Ética e de Conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Já no que tange às pessoas físicas, a questão se revela muito mais complexa e há uma imensa plêiade de hipóteses que podem ser examinadas: a questão dos crimes culposos, os crimes comissivos por omissão, a responsabilidade dos administradores, dentre outros. No julgamento da APn 470, conforme será visto adiante, discutiu-se, dentre outras questões, a responsabilidade penal de uma figura específica, o *compliance officer*.

Também referido como um *gatekeeper*, o *compliance officer* é aquele delegado da direção da empresa que tem como tarefa zelar pela correta implementação e supervisão do programa de *compliance*. Essa função pode estar concentrada em uma só pessoa, em um departamento composto de diversos funcionários ou, ainda, em figuras externas à empresa, como auditores independentes ou advogados externos.

Diante dessas ideias iniciais, já é possível passar à verificação de como foi tratada essa figura – o *compliance officer* – no acórdão da APn 470, pelo STF.

2. COMPLIANCE NO ACÓRDÃO DA APN 470

A questão envolvendo o *compliance* foi tratada no acórdão da APn 470, especialmente no denominado “núcleo financeiro”.⁹ Já a denúncia afirmava que, no âmbito

6. Vide, dentre outros: WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. *Cardozo Law Review*, vol. 27-1.

7. Sobre o tema, vide: SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 107.

8. Sobre o tema, vide: RAU, Charlotte. *Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit*. Frankfurt am Main u.a.: Peter Lang, 2010. passim, especialmente p. 223 e ss.

9. Destaca-se que o presente artigo não tem a pretensão de analisar a correção ou não da valoração da prova realizada pelo acórdão. As afirmações feitas pelas testemunhas, bem como

do Banco Rural, quatro acusados seriam responsáveis “pelo Comitê de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e pelas áreas de *compliance*, contabilidade, jurídica, operacional, comercial e tecnológica da instituição financeira” (p. do acórdão).

Durante a instrução, ainda seguindo-se a linha do quanto exposto no acórdão, a testemunha Carlos Godinho, Superintendente de *Compliance* da instituição financeira na época dos fatos, foi ouvida especificamente sobre esse tema. Nessa linha, é interessante destacar dois pontos de seu depoimento. O primeiro deles consiste em sua explanação sobre o que seria, sob sua concepção, o *compliance*:

“Como funciona o *compliance*? O *compliance* é como um advogado que tem de analisar as normas, a legislação e verificar se o banco está em conformidade com aquilo. Ele não faz uma fiscalização, ele recomenda: ‘Olha, se não fizer isso pode acarretar um risco de imagem, um risco legal, uma multa, perder um cliente’. Então, são recomendações que a diretoria acata ou não.”¹⁰

Outro dado que teria sido revelado pela testemunha foi que um dos acusados teria lhe orientado a excluir determinadas operações de empréstimo dos relatórios internos de *compliance* do banco – exatamente os empréstimos que, posteriormente, seriam considerados fraudulentos. Além disso, teria essa testemunha assinado relatórios de *compliance* nos quais teriam sido omitidas irregularidades, dizendo que “se viu compelido a assinar para garantir o seu emprego”.

A adulteração dos relatórios de *compliance* foi tida, pelo relator, como importante dado para a condenação dos dirigentes da instituição financeira por crime de gestão fraudulenta:

“A dimensão dos fatos, a posição dos acusados de diretores das áreas envolvidas nas fraudes, os contatos pessoais com os demais envolvidos, a prova de participação específica em alguns atos e a fraude nos relatórios semestrais de *compliance* são significativos e constituem provas suficientes da responsabilidade criminal dos principais dirigentes do Banco Rural pelos crimes de gestão fraudulenta (...).”¹¹

Importante, ainda, mencionar que o acusado Vinícius Samarane foi condenado por prática de gestão fraudulenta apesar de não ter – consoante as palavras do relator – “participado diretamente da concessão ou da renovação dos empréstimos tipificadores do crime de gestão fraudulenta”, mas exatamente em virtude de ter

os documentos citados no acórdão foram tomados como pressupostos para a análise aqui empreendida, devendo-se, entretanto, ressaltar que foram objeto de importantes objeções durante o processo. Além disso, apesar de se analisarem as condenações por gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro no âmbito do denominado “núcleo financeiro”, em razão de o exame aqui empreendido focar-se exclusivamente na questão do *compliance*, não se vai discutir a também relevantíssima questão acerca do concurso entre tais figuras delitivas.

10. P. do acórdão.

11. P. do acórdão.

determinado a alteração dos relatórios internos do banco relativos a *compliance* e prevenção da lavagem de dinheiro.

Num primeiro momento, parece que o voto refere-se a uma estrutura de crime comissivo por omissão. Entretanto, afirma, a seguir, que a participação do acusado seria menos relevante, o que refletiria na dosimetria da pena – quiçá indicando uma participação de menor relevância. Entretanto, mais adiante, o relator refere-se a “omissão dolosa”, reforçando a percepção de que, efetivamente, utilizou-se de uma estrutura de crime comissivo por omissão.

Com raciocínio semelhante, esse mesmo acusado foi condenado por crime de lavagem de dinheiro, apresentando o relator a seguinte fundamentação:

“Quanto a Vinicius Samarane, acresço que, embora não tenha participado diretamente da concessão ou da renovação dos empréstimos fraudulentos, restou evidenciado pela prova, consoante já expus, seu envolvimento não só nas fraudes dos relatórios internos, como também na estruturação do esquema criminoso para a ocultação e dissimulação das operações de saque em espécie envolvendo o produto de crimes. Saliente-se que era diretor ou superintendente do Banco, ainda que não diretor estatutário, responsável na instituição especificamente pela área de controle e *compliance*, com vinculação direta portanto às fraudes no sistema de prevenção à lavagem.”¹²

Nessa qualidade, teria dolosamente consentido “com as práticas fraudulentas, deixando de fazer constar nos relatórios específicos as inconsistências observadas”.¹³

Ainda sobre o crime de gestão fraudulenta, aduziu o relator o quanto segue:

“Como se vê, tanto Samarane, quanto Ayanna também eram, em última análise, responsáveis pela verificação da conformidade ou não das operações de crédito em questão com as normas aplicáveis à espécie, especialmente as do Banco Central. Dessa forma, para que o grupo criminoso obtivesse sucesso, era necessária, dentro da divisão de tarefas verificada entre os réus, a omissão dolosa de Ayanna e Samarane no exercício de suas obrigações (...).

Noutros termos, tanto Ayanna, quanto Samarane eram, em última análise, também responsáveis pela verificação da conformidade ou não das operações de crédito em questão com as normas aplicáveis à espécie, especialmente as do Banco Central. O sucesso da empreitada criminoso, na divisão de tarefas estabelecida pelo grupo, dependia da omissão dolosa de Ayanna e Samarane no exercício de suas obrigações.”¹⁴

Nas f., o relator esclarece, no que se refere à acusada Ayanna Tenório, para delimitar sua responsabilidade, que:

12. P. do acórdão.

13. P. do acórdão.

14. P. do acórdão.

“Ela exercia uma função altíssima, ao contrário do que diz o eminente revisor, ela não veio de baixo, foi contratada diretamente para a cúpula do banco; isso se deu em 2004.

Portanto, ela era nada mais nada menos, do que Vice-Presidente do banco; Vice-Presidente de uma área chave, que é a área de *compliance*. O que *compliance*? É, nada mais nada menos, do que a área incumbida de fazer com que se cumpram, dentro da instituição, as normas internas e externas, o ordenamento jurídico nacional pertinente àquela área, que no caso era a área bancária, financeira.”

Interessante, ainda, destacar o que disse o relator:

“Eu entendo que a situação dele [Vinícius Samarane], o grau de responsabilidade, e consequentemente de culpabilidade, é menor do que da Ayanna Tenório, que era a sua superior hierárquica e era a última responsável por essa área de *compliance*, a qual ele também era responsável, mas só que na condição de diretor e ela de Vice-Presidente.”¹⁵

Houve uma breve discussão entre relator e revisor sobre esse tema, valendo a pena transcrevê-la integralmente, para a análise que será feita adiante:

“O Sr. Min. Ricardo Lewandowski (revisor) – (...) eu fiquei na dúvida com relação à responsabilidade deste réu Vinícius Samarane, sobretudo no que diz respeito a sua intenção subjetiva, ao dolo específico de cometer fraude. Que ele ocupado tinha eventualmente um cargo, antes de 2004, com potencial de produzir algum documento que pudesse orientar a diretoria, quanto a isso, não há dúvida nenhuma. Mas o que procurei ressaltar, eminente relator, é exatamente isso: ele não tinha o poder de impedir a concessão de empréstimos, nem de conceder (...).

O Sr. Min. Joaquim Barbosa (relator) – Mas tinha o poder de alertar.

O Sr. Min. Ricardo Lewandowski (revisor) – Como empregado, não. Talvez, lá, sentado no Conselho de Administração, a partir de 2004, ele pudesse vetar, pudesse manifestar-se de viva voz etc. Mas, antes disso, eu tenho dúvida.

O Sr. Min. Joaquim Barbosa (relator) – Vossa Excelência conhece muito bem, Ministro Lewandowski, a palavra, o verbo, da língua inglesa, que consta do cargo exercido por ele. *Compliance*. *Compliance* vem de quê? Vem de *comply*. O que significa *comply* em inglês?

O Sr. Min. Ricardo Lewandowski (revisor) – O que significa?

O Sr. Min. Joaquim Barbosa (relator) – Fazer cumprir, cumprir normas.

O Sr. Min. Ricardo Lewandowski (revisor) – Sim, fazer cumprir. Mas ele, como subordinado, não pode fazer com que a autoridade superior cumpra.

O Sr. Min. Celso de Mello: Cancelado.

15. P. do acórdão.

O Sr. Min. Ricardo Lewandowski (revisor) – Mas, se ele falhou nisso, então, possivelmente, ele tenha incorrido quiçá no parágrafo único do art. 4.º, que é gestão temerária, ou em outra figura qualquer, omissão dolosa, como Vossa Excelência, inclusive, frisa em seu voto. Vossa Excelência atribui a ele omissão dolosa.

O Sr. Min. Joaquim Barbosa (relator) – Eu acho que a culpabilidade dele é menor, sim, do que a dos outros.

O Sr. Min. Ricardo Lewandowski (revisor) – Pois é, então, Ministro, apenas eu queria frisar e também sem polemizar, confrontando com o que disse Vossa Excelência. Eu ouvi atentamente o voto de Vossa Excelência, e Vossa Excelência, com todas as letras, diz omissão dolosa. Essa figura, omissão dolosa, *data venia*, não se compreende nem no *caput* nem no parágrafo único do art. 4.º da lei de regência. Só isso.

O Sr. Min. Joaquim Barbosa (relator) – Bem, vamos deixar o Colegiado decidir, não é?”¹⁶

O Min. Marco Aurélio, por sua vez, entendeu que o fato de o diretor de controle interno subscrever relatórios não seria o suficiente para sua condenação, observando, ainda, que:

“Além disso, potencializou-se muito o fato de haver lidado no campo do denominado *compliance*, e verifico que, no primeiro relatório, por exemplo, lançou a assinatura como membro responsável pelo controle interno, e Carlos Roberto Sanches Godinho – que não foi denunciado – como responsável pelo setor do *compliance*. Não temos – já que se potencializa muito a subscrição desses relatórios – a perseguição penal dirigida a todos os subscritores.”¹⁷

Já o Min. Ayres Britto aduz que o diretor de controle interno teria agido por “deliberada omissão”, citando expressamente a regra do art. 13, § 2.º, I, do CP, “na medida em que esse acusado conhecia as operações ilícitas e tinha a obrigação legal e estatutária de impedir a ocorrência do resultado”.¹⁸

Diante de um acórdão tão volumoso, seria possível destacar outros trechos das muitas discussões havidas. Parece-nos, entretanto, que os argumentos acima descritos são bastante representativos da discussão havida sobre a questão da responsabilidade criminal do *compliance officer* por omissão.

Entretanto, antes de analisarmos tal responsabilidade, é necessário contextualizá-la, para que seja possível compreendê-la de modo mais completo. Para isso, traçaremos breves observações sobre os programas de *compliance*.

16. P. do acórdão.

17. P. do acórdão.

18. P. do acórdão.

3. PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*: PARTICULARIDADES E CARACTERÍSTICAS

Não se pretende, no curto espaço desse artigo, descrever de forma pormenorizada o formato ideal de programas de *compliance*, e ainda os critérios para construção dos mesmos nas companhias brasileiras.

Os programas de *compliance* desenvolveram-se, de certo modo, também como consequência da crescente incriminação de comportamentos ocorridos em contextos empresariais. Fundamentam-se em uma concepção preventiva de comportamentos ilícitos ou tidos como indevidos pela empresa e, como primeiro estágio de desenvolvimento, procuram detectar regras específicas aplicáveis a determinadas atividades, assim como identificar campos sensíveis, que merecem maior detalhamento e atenção ao longo do programa, ou seja, áreas e situações de risco na atividade da companhia.

“O *compliance* representa o reconhecimento de que a persecução penal e as penas regulatórias por violações após a ocorrência das mesmas não são suficientes. Após desastres como o da Exxon Valdez ou desastres financeiros como o da Enron e da WorldCom, a imposição de penas ou multas não resolvem o dano já ocorrido. Resta, pois, inaceitável esperar pelo dano causado por uma grande companhia ou um grupo delas agindo em conluio para depois tentar remendá-lo. A necessidade é, pois, de identificar os canais de risco e tentar endereçar o problema antes que elas se tornem catástrofes.”¹⁹

No campo das atividades financeiras, boa parte dos programas vem determinada pelas próprias regulamentações dos órgãos estatais. A regulamentação do Banco Central do Brasil, bem como a regulamentação internacional sobre questões atinentes às instituições financeiras dominam o formato dos programas de *compliance* e impõe a efetividade das medidas de controle para a evitação dos delitos de lavagem de dinheiro e ilícitos tributários.

Definidas as áreas de atuação e as regras que devem ser tomadas como focos do programa de *compliance* – geralmente princípios de governança corporativa –, cumpre passar à execução propriamente dita do programa. Esta fase, assim como o diagnóstico anterior, precisa ser muito bem refletida e formatada.

Não existe um manual de conduta pré-definido. Apesar de existirem modelos e formatos já determinados, cada empresa deve refletir e construir o seu modelo, com fundamento na estrutura e administração da mesma. Essencial que todo o corpo diretivo esteja envolvido na construção do programa, para que possa ser este o reflexo da administração, nas palavras de Vanessa Manzi e Marcelo Coimbra:²⁰

19. MURPHY, Joseph; MOORE, Michael. Compliance Programs and the U.S. Guidelines. *Corporate Compliance Library*. Disponível em: [file:///Users/marinaaraujo/Documents/Pesquisa%20NYU/Corporate%20Compliance%20Library.webarchive].

20. COIMBRA, Marcelo; MANZI, Vanessa. *Manual de compliance. Preservando a boa governance e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22.

“O *compliance*, como parte do modelo de atuação da organização, alinha-se aos objetivos globais e ferais desta, especialmente aqueles constantes da estratégia da organização. Modelos de programa de *compliance* mais sólidos devem enfatizar o sucesso no longo prazo, mesmo em nome de possíveis perdas que possam ser experimentadas em um curto prazo.”

A transparência de funções e a proibição e prevenção de práticas ilícitas são as pedras de toque de um programa de *compliance* efetivo. Também regras de direito trabalhista e tributário são essenciais para um trabalho completo. Por fim, a caracterização de sanções e os canais de denúncia concluem e estruturam o trabalho do *compliance officer*.

Não basta ainda toda a regra posta, apenas a *efetividade* torna o programa de *compliance* considerável na esfera penal. Um programa de *compliance* que não é sequer conhecido pelos funcionários não servirá para demonstrar os rumos da atividade da empresa, nem mesmo a intenção de prevenção de ocorrência de condutas ilícitas no seio da atividade empresarial.

E para determinar o que é *efetivo*, o FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) nomeia alguns critérios que podem ser reproduzidos no sistema brasileiro, tais quais: a criação de um manual de conduta escrito e distribuído a todos os colaboradores, a nomeação de um *compliance officer*, o treinamento habitual e adequado dos colaboradores e fornecedores, sistema eficiente de recebimento de denúncias, e a punição das condutas indesejadas no formato descrito no manual.

Assim, é evidente que o *compliance officer* é peça chave na construção de um sistema de controle interno de prevenção de riscos de uma empresa. Não obstante, é essencial que se perceba o verdadeiro papel do *compliance officer* e a verdadeira *ratio* da existência de tal função.

A estrutura que responderá pelo setor de *compliance empresarial*, seja ela centrada em uma pessoa, em uma junta de pessoas, ou ainda em um representante externo, não definirá as decisões a serem tomadas por esta companhia. Ela é apenas o alerta sobre os riscos evidentes e inerentes às decisões. A afirmação pode até parecer um tanto quanto óbvia, mas muitas vezes parte-se do pressuposto que o *compliance officer* pode e deve fazer o impossível para evitar qualquer tipo de conduta ilícita ou indesejada na companhia.

Se assim o fosse, o *compliance officer* deveria ser, em verdade, o executivo principal da companhia, e não apenas uma área de assessoria na administração. Na maioria das estruturas administrativas, o *compliance officer* não tem sequer conhecimento das decisões tomadas pelo alto comando, e não tem poder de veto no que se refere a estas decisões.

Evidente, pois, que não se pode aceitar a imputação de condutas ilícitas ao *compliance officer* sem que haja a análise efetiva da estrutura do delito em todos os seus componentes tradicionalmente estabelecidos.

4. RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER*: ANÁLISE DOS TRECHOS DO ACÓRDÃO À LUZ DA DOGMÁTICA PENAL

A discussão sobre o tema *compliance* ocorrida no STF demonstra a imprescindibilidade da utilização de parâmetros para a avaliação da existência de responsabilidade penal por parte do *compliance officer*.²¹ Não se acredita, contudo, ser necessário o estabelecimento de novos critérios, tendo em vista que conceitos já bem discutidos e delineados pela dogmática jurídico-penal são capazes de tratar adequadamente a questão.

Preliminarmente, deve-se ressaltar que a responsabilidade penal, por ter natureza pessoal e subjetiva, é incompatível com o estabelecimento de presunções ou regras automáticas de imputação de responsabilidade (por exemplo, a concepção de que o *compliance officer* deve sempre ser responsabilizado pela ocorrência de lavagem de dinheiro, por omissão ou culpa). Esse dado ganha ainda mais relevância quando se observa, a partir da multiplicidade de facetas que pode assumir o *compliance* em diferentes empresas, que o *compliance officer* pode ter atribuições, funções e poderes bastante distintos, a depender da formatação conferida pela empresa ao seu *compliance*.

Por isso, deve-se concordar com Nieto Martín quando afirma que se deve deixar de lado todo nominalismo, buscando-se compreender qual o tipo de função e o grau de vigilância que aquele *compliance officer* efetivamente desempenha.²²

Voltando, agora, novamente o olhar para o acórdão da APn 470, o primeiro ponto que merece reflexão consiste no fato de que uma pessoa que figurou como superintendente de *compliance* não foi denunciada por qualquer crime, tendo figurado como testemunha, ao passo que o diretor de *compliance* foi denunciado e condenado por gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro. Antes de procedermos a qualquer observação sobre esse dado, é preciso ressaltar que a presente análise foi feita levando-se em consideração o acórdão – quiçá haja jurídicos esclarecidos na fase de inquérito ou de instrução processual que justifiquem com maior rigor esse fato.

De todo modo, essa é uma questão interessantíssima que se revela no campo da responsabilidade penal em contextos empresariais: qual o fundamento jurídico para a ausência de responsabilidade penal do empregado ou subordinado? Qual seu limite? Deve-se lembrar que, tradicionalmente, nosso direito acata, como excludente de culpabilidade, somente aquela obediência hierárquica relativa a uma ordem não manifestamente ilegal. Cumpre ainda destacar que a mencionada subor-

21. Outro ponto importante seria analisar a repercussão do programa de *compliance* na responsabilidade penal da própria pessoa jurídica. Contudo, por fugir ao tema proposto no presente artigo, deixa-se de fazer qualquer observação, aqui, sobre a questão.

22. NIETO MARTÍN, Adán. Introdução. In: _____; ARROYO ZAPATERO, Luis (orgs.). *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 28.

dinação deve ser sempre de uma autoridade ou de um funcionário público, não se aceitando a relação empregatícia para fins de configuração dessa excludente. Além disso, a ordem obedecida deve se apresentar como não manifestamente ilegal.

Fica claro, assim, que essa excludente não se aplica ao caso de um empregado que recebe ordem claramente ilegal de seu superior. Não havendo outras causas de exclusão de culpabilidade e, diante da previsão do art. 29 do CP, pode-se dizer que nosso sistema não admitiria a ausência de responsabilidade do subordinado. Entretanto, essa situação está longe de ser juridicamente satisfatória – como, aliás, já pontuou Paulo de Sousa Mendes, ao afirmar que “não se espera, com certeza, dos trabalhadores subordinados que oponham reservas ao cumprimento de suas tarefas, só porque o dever de obediência cessa quando conduzir à prática de um crime. Seria exigir-lhes demais, até porque, na prática, tal exigência equivaleria a uma condenação ao despedimento”.²³

No caso aqui analisado, conforme já citado, também houve discussão sobre esse ponto quando o relator disse que compreendia a responsabilidade do acusado Samarane como menor que a da ré Ayanna Tenório, “que era a sua superior hierárquica e era a última responsável por essa área de *compliance*”.

Quais seriam, então, os critérios para demarcar os espaços de responsabilidade criminal? Imaginemos um departamento de *compliance* que conte com diversos funcionários, sendo alguns deles gerentes, além de um diretor. Todos os membros devem ser passíveis de responsabilização criminal? Apenas gerente e diretor? Ou apenas o diretor? Se o diretor for também empregado e não detiver poderes diretos de administração (estando sujeito, pois, igualmente à demissão) poderá ele ser responsabilizado criminalmente? São perguntas que não recebem, ainda, tratamento adequado seja de nossa dogmática penal, seja da jurisprudência.

A solução, parece-nos, deve passar por uma compreensão menos legalista das causas de exclusão de culpabilidade, verificando-se, naquele contexto concreto, se teria sido exigível que o agente atuasse de modo distinto. Essa análise terá de levar em consideração quais eram os espectros de atuação daquela figura e sua capacidade de deixar de cumprir uma ordem de um superior.

Destaque-se que esse raciocínio aplica-se, sobretudo, para crimes comissivos cometidos por ação, já que, quanto aos crimes comissivos por omissão a questão é um pouco mais complexa, conforme será abordado.

Assim, o segundo ponto fundamental relativo à figura do *compliance officer* refere-se exatamente à questão dos chamados crimes comissivos por omissão.²⁴ Tais

23. MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2000. p. 28-29.

24. Trata-se de terminologia bastante criticada e discutida na doutrina. Sobre o tema, vide TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 312 e ss.

figuras têm por fundamento um dever especial de agir, atribuído a algumas pessoas determinadas, cujo descumprimento doloso ou culposos gera a responsabilização pelo resultado, como se tivesse sido cometido por ação. Encontram previsão legal no art. 13, § 2.º, do CP.

Atualmente, alguns autores têm apontado um conflito entre os crimes comissivos por omissão e o princípio da legalidade, em sua vertente de determinação.²⁵ Isto porque a lei penal define os fundamentos do dever de evitar o resultado, mas não delimita quais são os resultados de lesão de bem jurídico atribuíveis ao garante. Afinal, todos os bens jurídicos dos tipos de resultado são atribuíveis ao garantidor, ou apenas os bens jurídicos mais importantes? Pode o legislador criar livremente figuras de garante para todos os bens jurídicos? Há quem sustente que devam ficar restritos aos crimes contra a vida, a integridade e a liberdade.

Mesmo diante dessas críticas, por se tratar do parâmetro legal, deve-se examinar se o *compliance* a ele se adequa. O primeiro critério legal para a caracterização do garantidor consiste na assunção de obrigação de cuidado, proteção ou vigilância em virtude de lei. Atualmente, não há lei que estabeleça, especificamente, tal obrigação ao *compliance officer*.

No que se refere aos critérios de assunção de responsabilidade por contrato ou por criação fática de perigo, o *compliance officer*, como acima analisado, não assume o dever de evitar todo e qualquer resultado de prática de crimes dentro da empresa, mas sim de estabelecer regras, fiscalizar sua aplicação e comunicar eventuais problemas àqueles que detêm, na empresa, os poderes de administração. Esse dever de evitação – no que se refere a práticas criminosas da administração – somente pode ser assumido nas hipóteses em que o *compliance officer* tenha capacidade de administração e decisão no âmbito da empresa, ou poder de veto ou suspensão de condutas dos administradores.

Até por uma exigência lógica, se o *compliance officer* assumisse a obrigação de evitar a prática de crimes, em geral, por terceiros, teria necessariamente de deter o poder para impedir ou suspender tais atos. No caso de subordinados, o *compliance officer* pode contribuir diretamente para que medidas de evitação de resultado sejam adotadas, ao comunicar a direção sobre possíveis fraudes ou outras práticas criminosas de seu campo de fiscalização. Contudo, no caso de atos da diretoria, o *compliance officer* necessitaria ter poder de veto ou de impedimento de tais atos para assumir uma posição de garantidor. Não é assim que se configura, em geral, essa função – muito embora possam existir estruturas nas quais o *compliance officer* tenha o dever de reportar atos dos administradores de uma filial diretamente aos diretores da matriz estrangeira, com poder de veto ou suspensão de decisões – nesses

25. Idem, p. 317 e ss. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

casos, pode-se dizer que ele assume uma responsabilidade contratual pela evitação do resultado.

Portanto, verifica-se que, como regra geral, não é possível extrair, univocamente, dos critérios legais atualmente existentes a configuração do *compliance officer* como garantidor.

Além do critério formal, Juarez Tavares propõe combiná-lo com o fundamento material da figura do garantidor e distingue duas linhas fundamentadoras de sua existência: a especial posição de defesa de certos bens jurídicos e a responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo. A primeira delas refere-se à proteção de bens jurídicos que estejam na zona de interferência do garantidor, quando seu titular não tenha condições de protegê-lo.²⁶ Já a segunda caracteriza-se quando o sujeito tenha a proteção do bem jurídico no âmbito de sua responsabilidade ou tenha posição de proteção diante de ações de seus subordinados.²⁷

Ainda que se possa apontar, quanto ao *compliance officer*, o fundamento material consistente em desempenhar uma função voltada para a prevenção de resultados, não se pode daí automaticamente extrair a obrigatoriedade de configuração de crime comissivo por omissão.²⁸

É fundamental ressaltar que a configuração do garantidor consiste em apenas um dos elementos do crime comissivo por omissão. Além dele, deve-se verificar se efetivamente houve uma omissão e um resultado; se ambos estão ligados por uma relação prognóstica de evitação; além do dever e possibilidade de agir —²⁹ estes, aliás, expressamente mencionados pelo Código Penal.

E aqui, uma vez mais, será relevantíssimo analisar quais são as características e poderes daquele agente de *compliance*. Se o *compliance officer*, na estrutura da empresa, não tem poderes de administração ou, ao menos, de veto de ações da administração, não se poderá dizer que tem ele, de fato, possibilidade de agir para evitar o resultado, diante de atuações de diretores ou da presidência da empresa. A obrigação de comunicar possíveis ilícitos à administração somente ganha relevância penal como capacidade de atuação se tais ilícitos forem cometidos por funcionários subordinados, já que, nesse caso, sua comunicação à administração da empresa consiste em uma conduta que apresenta idoneidade para evitar o resultado, em um juízo prognóstico. Se, neste caso, a administração decide por nada fazer, terá o *compliance officer* agido (evidentemente não se podendo cogitar de crime omissivo cometido por si), sendo a responsabilidade imputável à administração.

26. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 316.

27. Idem, p. 317.

28. Até porque, como se viu, na maior parte das hipóteses o *compliance officer* já não terá se enquadrado nos critérios formais estabelecidos pela nossa legislação.

29. PASCHOAL, Janaína Conceição. Op. cit., p. 40.

Também na análise da relação entre omissão e resultado será necessário analisar a idoneidade da conduta do *compliance officer* para a evitação do resultado. Deve-se lembrar que a omissão não desencadeia um processo causal. A conduta omissiva, em verdade, significa uma não interferência num curso causal já existente. Por isso, a causalidade (normativa) nos crimes omissivos terá de ser analisada sempre de modo hipotético e probabilístico, por meio da resposta à seguinte pergunta: a interferência da ação omissiva teria alterado o curso causal, afastando-se o resultado? Deve-se analisar o caso concreto com base na experiência normal e nos dados técnicos específicos. Assim, é simples concluir que a conduta do *compliance officer*, quando denuncia à própria administração atos possivelmente criminosos desta mesma administração, não terá idoneidade para evitar sua consecução.

Não é possível analisar, pois, a responsabilidade penal do *compliance officer* – especialmente nos casos de condutas omissivas – sem uma análise concreta das características da função e da capacidade e dever de agir naquele contexto empresarial específico.

Cumpre, ainda, indagar se o *compliance officer* não teria um dever de comunicar possíveis crimes praticados pela administração da empresa às autoridades públicas (como o delegado de polícia, o promotor ou o juiz). Neste ponto, deve-se considerar que no direito brasileiro nunca se impôs ao particular a comunicação de crime, sendo esta uma mera faculdade. Assim, não havendo qualquer disposição específica destinada a essa figura, deve-se trabalhar com a inexistência de tal obrigação.

É interessante observar como essa discussão foi realizada no acórdão da APn 470.

Por um lado, a testemunha Carlos Godinho referiu que a área de *compliance* traria “recomendações que a diretoria acata ou não” e também confirmou que assinou relatórios de *compliance* nos quais foram deliberadamente omitidas irregularidades, mas o fez “para garantir seu emprego”. Assim, pode-se dizer que – partindo-se do pressuposto da correção do relato testemunhal – o agente de *compliance* em questão não detinha poder (no sentido normativo, não meramente fático) de agir.

Também na já transcrita discussão havida sobre esse tema entre revisor e relator, a questão surge quando se discute se o acusado Vinicius Samarane tinha ou não poder de fazer com que seus superiores cumprissem determinações dele.

Entretanto, apesar de os elementos fáticos terem se apresentado e sido objeto de questionamento, o STF não se valeu, mais marcadamente, da dogmática penal dos crimes comissivos por omissão para sua análise. Não se vislumbra, nos votos e nas discussões havidas, menções à configuração dessa estrutura delitiva, tampouco exame de seus componentes acima arrolados – a impressão que se tem, a partir da leitura, é que os votos se construíram de modo mais intuitivo. Diante disso, deve-se lamentar que o tribunal não tenha feito uso de uma ferramenta que vem sendo acurada ao longo de décadas de discussões pela doutrina penal e que visa, justamente,

tentar conferir maior rigor e segurança jurídica às decisões, sobretudo em um caso complexo como esse.

5. CONCLUSÃO

Antes de traçar algumas conclusões, é importante destacar que o presente artigo buscou fazer uma análise ainda bastante perfunctória sobre um problema que se apresentou ao direito penal apenas mais recentemente. Trata-se muito mais de um convite à reflexão e ao debate do que do estabelecimento de conclusões absolutas. Contudo, não se pode deixar de mencionar a crença de que é na dogmática penal, na estrutura do delito e no exame de seus componentes que devem ser buscadas as respostas essas questões.

Se é verdade que uma dogmática penal sem consequências deve ser criticada, como faz Schünemann, também a solução de casos concretos desprovida de critérios e sem estar pautada por um esquema estruturado e racional de análise não deve ser admitida.

A modo de conclusão, não se pode esquecer que o *compliance* é concebido fundamentalmente como uma ferramenta preventiva, sendo integralmente estruturado a partir desta finalidade. Em razão disso, sua relação com o direito penal jamais será de plena harmonia, já que a racionalidade penal – não obstante as mutações que vem sofrendo – é oposta: trabalha-se após o dano, a lesão ou a criação de perigo. Portanto, respostas simplistas e formalistas jamais conseguirão se revelar satisfatórias nessa seara, conforme se verificou ao longo do exame da responsabilidade do *compliance officer*.

Outro dado importante, mais afeto à política criminal do que à dogmática, consiste em se definir que tipo de tratamento deve ser conferido aos programas de *compliance* quando se pretende evitar ofensas a bens jurídicos. Nessa linha, estudos criminológicos já apontam para a particular efetividade do *compliance*, já que é elaborado a partir dos conhecimentos especiais da empresa, na atividade que desenvolve, conseguindo estabelecer conteúdos bastante específicos.³⁰

Nessa linha, o estímulo à criação de programas de *compliance* efetivos deve ser adotado como uma medida de promoção da tutela de bens jurídicos, não se devendo impor, automaticamente, maior rigor no que se refere à responsabilização criminal de figuras como o *compliance officer*, por exemplo. Deve-se, nessa seara, trabalhar com as já estabelecidas estruturas da teoria do delito, que revelam sua solidez não apenas sob o aspecto dogmático, como também na consecução dos objetivos de política criminal.

30. Também seria determinante a postura da empresa no que se refere ao estabelecimento de um ambiente propício ou refratário à prática de crimes por seus funcionários ou representantes. A cultura organizativa e os valores empresariais seriam, igualmente, importantes influências sobre as condutas individuais. Sobre o tema, vide: SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 96-98.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COIMBRA, Marcelo; MANZI, Vanessa. *Manual de compliance. Preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil – Consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008.
- MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2000.
- MURPHY, Joseph; MOORE, Michael. *Compliance Programs and the U.S. Guidelines. Corporate Compliance Library*. Disponível em: [file:///Users/marinaaraujo/Documents/Pesquisa%20NYU/Corporate%20Compliance%20Library.webarchive].
- NIETO MARTÍN, Adán. Introdução. In: _____; ARROYO ZAPATERO, Luis (orgs.). *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.
- RAU, Charlotte. *Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit*. Frankfurt am Main u.a.: Peter Lang, 2010.
- SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. vol. 56. p. 293. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.
- TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madri: Marcial Pons, 2012.
- WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. *Cardozo Law Review*. vol. 27-1. New York.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A noção penal dos programas de *compliance* e as instituições financeiras na "nova Lei de Lavagem" – Lei 12.683/2012, de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz – *RDB* 57/267 (DTR\2012\450595); e
- O sentido normativo dos programas de *compliance* na APn 470/MG, de Eduardo Saad-Diniz – *RT* 933/151 (DTR\2013\3780).

64891

EXAME DO CRIME DE MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO EXTERIOR NA APn 470

ANALYSIS OF THE CRIME OF MAINTAINING UNDECLARED DEPOSITS ABROAD IN CRIMINAL ACTION 470

MARCELO COSTENARO CAVALI

Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutorando em Direito Penal pela USP. Juiz Federal Substituto da 6.^a Vara Criminal de São Paulo – Especializada em Crimes Financeiros e Lavagem de Dinheiro.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Após contextualizar e traçar a evolução da regulamentação do art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei 7.492/1986, o artigo examina seus elementos normativos para, ao fim, comentar algumas questões decididas pelo STF a respeito da interpretação da regra penal na APn 470.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal econômico – Bens jurídicos difusos – Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Evasão de divisas – Depósitos mantidos no exterior – Política cambial – Repartição federal competente – STF.

ABSTRACT: After contextualizing and outlining the evolution of the regulation of article 22 of Law 7.492/1986, the article examines its elements in order to discuss some issues concerning the interpretation of the rule decided by the Brazilian Supreme Court in Criminal Action 470.

KEYWORDS: White-collar crimes – Foreign currency evasion – Deposits kept abroad – Foreign exchange policy – Responsible federal agency – Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Lei 7.492/1986 hoje: releitura "de cima para baixo" e "de baixo para cima" – 3. Deveres administrativos de declaração da manutenção de depósitos no exterior – 4. Bens jurídicos difusos e crimes econômicos – 5. O bem jurídico tutelado pelo tipo de manutenção de depósitos não declarados no exterior (art. 22, parágrafo único, última figura, da Lei 7.492/1986) – 6. Repartição federal competente mencionada no art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/1986, valores mínimos de depósito a exigirem declaração e data-base a ser considerada – 7. Manutenção de depósitos não declarados na APn 470 – 8. À guisa de conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O art. 22 da Lei 7.492/1986 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) estabelece:

“Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”

Tal dispositivo, referido genericamente como crime de “evasão de divisas” (apesar de tipificar condutas relacionadas a valores que não necessariamente tenham sido *evadidos* do país), contempla, em verdade, três condutas distintas: (a) a realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país (*caput*); (b) a evasão de moeda ou divisa para o exterior sem autorização legal (parágrafo único, primeira parte); e (c) a manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente (parágrafo único, segunda parte).

Assim, da mesma maneira que ocorre com os delitos de contrabando e descamiinho (art. 334 do CP), não se confundem as infrações penais tipificadas no art. 22 da Lei 7.492/1986.¹

O objeto do presente artigo é o exame, apenas, do delito estatuído na segunda parte do parágrafo único do artigo, correspondente à manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente, à luz do acórdão proferido pelo STF na APn 470 (Pleno, j. 17.12.2012, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22.04.2013).

Para tanto, a exposição se divide, além desta introdução, na seguinte estrutura: (a) contextualização da Lei 7.492/1986; (b) exame dos deveres administrativos de declaração da manutenção de depósitos no exterior perante a Receita Federal e o Banco Central; (c) identificação do bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 22, parágrafo único (segunda parte), da Lei 7.492/1986; (d) determinação de qual a “repartição federal competente” mencionada no tipo penal e identificação dos valores mínimos de depósitos a exigirem declaração e data-base a ser considerada; e, finalmente, (e) análise de alguns pontos decididos pelo STF no julgamento da APn 470 em relação ao referido delito.

-
1. Pode ocorrer entre as três figuras do art. 22 da Lei 7.492/1986, situação de progressão criminosa ou de crime progressivo. É o que se dá, por exemplo, no caso das chamadas operações de dólar-cabo. É que, inicialmente, verifica-se a realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país, perfectibilizando o delito do *caput*. Se, em seguida, efetivamente ocorre a saída (ainda que meramente escritural ou contábil, conforme decidido pelo STF na própria APn 470) das divisas, tem-se uma progressão criminosa (ou um crime progressivo, se ficar caracterizado que o agente já tinha a intenção de prosseguir na prática delituosa) entre a figura do *caput* e a primeira figura do parágrafo único. Tal progressão criminosa (ou crime progressivo) pode continuar até a manutenção dos depósitos no exterior (art. 22, parágrafo único, segunda figura), sem declaração à autoridade federal competente.

2. A Lei 7.492/1986 HOJE: RELEITURA "DE CIMA PARA BAIXO" E "DE BAIXO PARA CIMA"

A Lei 7.492/1986 já completou 27 anos. Editada num ambiente normativo diferente daquele inaugurado em outubro de 1988 e, muito mais ainda, do *locus* constitucional hoje vigente, as normas que se extraem do seu texto, *hic et nunc*, não são as mesmas construídas a partir dos mesmos dispositivos legais ao tempo de sua publicação.

A norma jurídica em geral, e a Constituição em especial, é obra viva, mutável conforme a evolução da sociedade que pretende regular. Consoante já teve ensejo de afirmar o ex-Min. Eros Grau, do STF, "a Constituição é a ordem jurídica de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade – repito: o direito, instância da realidade social, é movimento, e não linguagem congelada. Por isso podemos dizer que em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. Pois o que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada" (voto proferido no RE 390.840, Pleno, j. 09.11.2005, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.08.2006).

Ademais, não só os fundamentos constitucionais que embasam o direito penal protetor do Sistema Financeiro Nacional se modificaram. Também, em igual ou maior medida, modificou-se de modo notável o próprio Sistema Financeiro Nacional, o que impõe uma releitura das normas penais relacionadas.

Portanto, do ponto de vista hierárquico-normativo, a Lei 7.492/1986 sofreu, passado quase 1/4 de século desde sua edição, alterações "de cima para baixo", por meio de um processo de filtragem constitucional, e "de baixo para cima", através de uma renovação dos elementos normativos que preenchem boa parte dos tipos penais. Sua releitura crítica, portanto, é imperiosa.

Nesse contexto é que deve ser entendida qualquer aproximação interpretativa aos tipos penais da Lei 7.492/1986, como a que agora se realiza sobre o delito de manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente.

3. DEVERES ADMINISTRATIVOS DE DECLARAÇÃO DA MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR

Antes de examinar o tipo penal, é preciso frisar que não existe dúvida de que as pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no país possuem dois distintos deveres administrativos de declaração da existência de depósitos mantidos no exterior: um deles perante a Receita Federal e o outro perante o Banco Central do Brasil.

Em relação à Receita Federal, tal obrigação, para a pessoa física, decorre da previsão do art. 25, § 4.º, da Lei 9.250/1995:

“Art. 25. Como parte integrante da declaração de rendimentos, a pessoa física apresentará relação pormenorizada dos bens imóveis e móveis e direitos que, no País ou no exterior, constituam o seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no mesmo ano.

(...)

§ 4.º Os depósitos mantidos em bancos no exterior devem ser relacionados pelo valor do saldo desses depósitos em moeda estrangeira convertido em reais pela cotação cambial de compra em 31 de dezembro do ano-calendário, sendo isento o acréscimo patrimonial decorrente de variação cambial.”

Tal dever vem regulamentado no Dec. 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda). Preveem os arts. 798 e 804 do RIR:

“Art. 798. Como parte integrante da declaração de rendimentos, a pessoa física apresentará relação pormenorizada dos bens imóveis e móveis e direitos que, no País ou no exterior, constituam o seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no mesmo ano.

§ 1.º Devem ser declarados:

(...)

III – os saldos de aplicações financeiras e de conta corrente bancária cujo valor individual, em 31 de dezembro do ano-calendário, exceda a cento e quarenta reais;

(...)

Art. 804. Os saldos dos depósitos em moeda estrangeira, mantidos em bancos no exterior, devem ser relacionados com a indicação da quantidade da referida moeda, convertidos em reais com base na taxa de câmbio informada pelo Banco Central do Brasil para compra, em vigor na data de cada depósito.”

Já as pessoas jurídicas são obrigadas a incluir, em sua declaração de renda, os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, desde que o Brasil passou a adotar o regime de universalidade (tributação global) da renda, com o advento da Lei 9.249/1995, cujo art. 25 dispõe:

“Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.”

Esse dever está regulamentado no Dec. 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda). Prevê o art. 808 do RIR:

“Art. 808. As pessoas jurídicas deverão apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior.”

A obrigação de declaração da manutenção de valores no exterior ao Banco Central, para pessoas físicas ou jurídicas, decorre do estabelecido no Dec.-lei 1.060/1969:

“Art. 1.º Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação do imposto de renda, as pessoas físicas ou jurídicas ficam obrigadas, na forma, limites e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a declarar ao Banco Central do Brasil, os bens e valores que possuírem no exterior, podendo ser exigida a justificação dos recursos empregados na sua aquisição.

Parágrafo único. A declaração deverá ser atualizada sempre que houver aumento ou diminuição dos bens, dinheiros ou valores, com a justificação do acréscimo ou da redução.”

Ocorre que, por mais de 30 anos, a declaração dos valores à Receita Federal supriu a necessidade de declaração ao Banco Central, pois, através da Res. 139, de 18.02.1970 – revogada apenas pelo art. 8.º da Res. CMN 2.911/2001 –, o Banco Central delegou, em seu item I, a atribuição para o controle de tais declarações ao Ministério da Fazenda: “O recebimento e o controle das declarações de bens e valores no exterior a que estão obrigadas as pessoas físicas ou jurídicas, domiciliadas ou com sede no Brasil, na forma do Decreto-lei n. 1.060, de 21 de outubro de 1969, serão executados pelo Ministério da Fazenda, conforme entendimentos entre esse Ministério e o Banco Central do Brasil”.

Com base nessa delegação, o Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, expediu o Ato Declaratório Normativo n. 7, de 31.07.1981, no qual determinou que a obrigação prevista no Dec. 1.060/1969 estaria suprida pela declaração anual de imposto de renda: “Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e demais interessados, que a apresentação anual de bens e valores de que trata o artigo 619 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n. 85.450, de 4 dezembro de 1980, supre a exigência prevista no artigo 1.º do Decreto-lei n. 1.060, de 21 de outubro de 1969, que prevê a declaração ao Banco Central do Brasil de bens e valores existentes no exterior, de pessoas físicas residentes no País”.

Essa situação perdurou até a revogação da Res. 139/1970 pelo art. 8.º da Circular n. 2.911, de 29.11.2001, a qual dava autorização ao Banco Central para fixar os limites e as condições da declaração de capitais brasileiros fora do território nacional. Em 07.12.2001, foi editada a Circular Bacen n. 3.071, que disciplinou a Declaração Anual de Capitais Brasileiros no Exterior a partir de 2002, com data base de 31.12.2001, nos seguintes termos:

“Art. 1.º As pessoas físicas e jurídicas residentes, domiciliadas, ou com sede no país, assim conceituadas na legislação tributária, devem informar, anualmente, ao Banco Central do Brasil, os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e direitos mantidos fora do território nacional, por meio de declaração na

forma a ser disponibilizada na página do Banco Central do Brasil na Internet (...) a partir de 02 de janeiro de 2002.

Art. 2.º (...)

Art. 3.º As informações referentes ao ano de 2001, com data-base em 31 de dezembro, devem ser prestadas no período de 02 de janeiro a 31 de março de 2002.

Art. 4.º Os detentores de ativos cujo total, em 31 de dezembro de 2001, seja inferior ao equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ficam dispensados de prestar a declaração de que trata esta Circular.”

Tal regulamentação vem sendo renovada anualmente (Circulares n. 3.110/2002, 3.181/2003, 3.225/2004, 3.278/2005, 3.313/2006, 3.345/2007, 3.384/2008, 3.442/2009, 3.496/2010, 3.523/2011, 3.574/2012 e 3.624/2013) tendo sido modificado o limite mínimo para obrigatoriedade da declaração. Tal limite, originalmente de R\$ 10.000,00, consoante visto, passou a ser de R\$ 200.000,00, ainda para a data-base de 31.12.2001, nos termos do art. 1.º da Circular n. 3.110/2002; de R\$ 300.000,00, para a data-base 31.12.2002, segundo o art. 3.º da Circular n. 3.181/2003 e de US\$ 100.000,00, desde 2003, conforme as Circulares n. 3.225/2004, 3.278/2005, 3.345/2007, 3.384/2008, 3.442/2009, 3.496/2010, 3.523/2011, 3.574/2012 e 3.624/2013.

Não se discute, portanto, que, do ponto de vista administrativo, atualmente, existem deveres de apresentação de declarações de manutenção de capitais no exterior, a depender do valor, tanto ao Banco Central como à Receita Federal. Ainda do ponto de vista administrativo, o descumprimento de ambas as obrigações gera a aplicação de sanções: pelo Banco Central, com fulcro no art. 1.º, *caput*, da MedProv 2.224, de 04.09.2001;² pela Receita Federal, com base no art. 44, I, da Lei 9.430/1996.³

O que gera polêmica – gerava, ao menos, até o julgamento da APn 470 – é a questão atinente a qual dos entes se refere o art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/1986, quando alude à “repartição federal competente”. E tal questão somente pode ser adequadamente resolvida se analisado o tipo penal à luz do bem jurídico tutelado.

2. “Art. 1.º O não fornecimento de informações regulamentares exigidas pelo Banco Central do Brasil relativas a capitais brasileiros no exterior, bem como a prestação de informações falsas, incompletas, incorretas ou fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação em vigor constituem infrações sujeitas à multa de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).”
3. “Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.”

4. BENS JURÍDICOS DIFUSOS E CRIMES ECONÔMICOS

A questão do(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s) nos crimes ditos econômicos é bastante controversa na doutrina. Antes de examinar diretamente o tema – sobre o qual não tenho a pretensão de ser exaustivo –, impõem-se algumas breves considerações acerca da importância da noção de bem jurídico para a adequada compreensão dos tipos penais.

Bem jurídico pode ser definido como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.⁴

Para serem merecedores de tutela penal, os bens jurídicos, além de não serem eficazmente protegidos por normas não penais, devem estar “sempre em compasso com o quadro axiológico (*Wertbild*) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito”,⁵ ou seja, devem encontrar fundamento, direta ou indiretamente, na Constituição, repositório dos fundamentos e valores essenciais acolhidos no ordenamento jurídico.

Mas isso não basta, é preciso que tais vetores constitucionais sejam revestidos de especial importância.⁶ Isso porque, num Estado Democrático de Direito, sobressaem, em matéria penal, os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima, que exigem que a sanção penal seja destinada exclusivamente àquelas condutas consideradas ofensivas aos bens jurídicos que não possam ser adequada e satisfatoriamente tuteladas por normas de caráter administrativo, civil etc. Enfim, no Estado Democrático de Direito, a sanção penal deve ser encarada como *ultima ratio* do sistema.⁷

4. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 63.

5. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. I, p. 257.

6. Conforme Luís Greco bem observa: “[n]em tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. A palavra-chave aqui é o *princípio da subsidiariedade*, ou da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima: como o direito penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma afetação de qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal. A nossa Constituição protege até mesmo os interesses do Colégio Pedro II, ao qual dedica dispositivo próprio, em que declara: ‘O Colégio Pedro II, localizado na Cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal (art. 242, § 2.º)’. É necessário, muito mais, que o bem seja dotado de alguma relevância, de fundamental relevância, de relevância tamanha que se possa justificar a gravidade da sanção que a sua violação em regra acarreta. Daí por que precisamos de uma definição de bem jurídico mais restrita do que a mera referência a valores constitucionais” (*Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 83-84).

7. “A intervenção penal como a *ultima ratio* da política de proteção estatal, apenas naqueles casos em que uma outra forma menos drástica de sanção não se mostre suficientemente

Questão especialmente controversa é a da compatibilidade desse direito penal fundado, constitucionalmente, na noção de bem jurídico, com a proteção de bens jurídicos metaindividuais, como ocorre na criminalidade econômica.

Em que pesem as opiniões em sentido contrário, entendo válida a tutela penal de bens jurídicos coletivos. O tema, em verdade, não é novo. A não se admitir tais incriminações, até mesmo crimes contra a Administração Pública, como a corrupção e o peculato não seriam admissíveis, na medida em que protegem a integridade de algo intangível, que não compõe a individualidade de nenhum ser humano.

A querela, todavia, ganha contornos mais dramáticos no contexto da chamada sociedade de risco (Ulrich Beck). Tal modelo de sociedade atual demanda a regulação penal das atividades capazes de produzir perigo, com o intuito de se atenuar a insegurança decorrente da complexidade, globalidade e dinamismo social, na expectativa de que o direito penal seja capaz de evitar condutas geradoras de risco e de garantir um estado de segurança. A tutela penal se intensifica em áreas estranhas ao direito penal tradicional, como o meio ambiente, a ordem econômica, o mercado de capitais, o sistema financeiro etc.

É verdade que essa tendência pode entrar em choque com os pressupostos do direito penal clássico, fundado na estrita legalidade, na proporcionalidade, na causalidade, na subsidiariedade, na intervenção mínima, na fragmentariedade e lesividade, por exemplo. A situação é paradoxal, na medida em que, de um lado, defende-se que o direito penal dedique-se apenas à proteção subsidiária repressiva dos bens jurídicos essenciais, por meio de instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade, segundo princípios e regras clássicos de garantia, e, de outro, postula-se a flexibilização e ajuste dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuição de responsabilidade, para que o direito penal reúna condições de atuar na proteção dos bens jurídicos metaindividuais, e no controle dos novos fenômenos do risco.

Não pretendo (nem teria condições de fazê-lo) equacionar essas dificuldades em espaço tão curto. Ressalto apenas que, segundo vejo, mais produtiva do que a negação genérica da constitucionalidade de qualquer tipo penal voltado à proteção de bens jurídicos metaindividuais é a identificação criteriosa da finalidade que se pretende atingir com a tutela penal, a fim de verificar se está albergada (ou não) por relevantes valores constitucionais. Após tal identificação, será possível, com maior proveito e rigor, submeter a regra penal incriminadora ao teste de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), considerando

eficaz, teria a sua razão de ser, precisamente, no fato da pena interferir com valores essenciais do indivíduo.” ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. A. P. S. L. Natscheradetz, A. I. Figueiredo e M. F. Palma. Lisboa: Veja, 1998. p. 29.

que qualquer norma penal consubstancia profunda restrição ao direito fundamental à liberdade.

No caso dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, o bem jurídico, em muitos casos, não se mostra claramente identificável. Essa circunstância leva parte da doutrina a, constantemente, sustentar sua inconstitucionalidade.

Costuma-se referir à boa execução da política econômica governamental como sendo o bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986.⁸ Em verdade, o bem jurídico protegido pela lei não é propriamente a boa execução da política governamental, mas, sim, a regularidade e o desenvolvimento do próprio Sistema Financeiro Nacional, dentro de cujo âmbito se promove a mencionada política.

É isso, por conseguinte, que se busca proteger com a tutela penal veiculada pela Lei 7.492/1986: o propiciar de condições saudáveis de funcionamento da ordem econômica estabelecida pela Constituição de 1988, que pressupõe a organização do mercado, a regularidade de seus instrumentos, a confiança nele depositada pelos seus participantes, a estabilidade e transparência das instituições que lidam com valores alheios, o estabelecimento de regras claras e seguras de negociação, a proteção das poupanças etc.

Por outro lado, se esse é o bem jurídico tutelado, em geral, pela Lei 7.492/1986, cada delito nela tipificado deve proteger mais especificamente algum dos aspectos do Sistema Financeiro, tal como a confiabilidade das instituições financeiras, decorrente da fiscalização pública – no caso do crime tipificado no art. 16 da Lei 7.492/1986, por exemplo. Essa busca por uma maior concretização das finalidades de cada tipo penal é uma lacuna a ser preenchida pela doutrina.

Firmadas essas premissas, reputo, sob uma perspectiva geral, que a atribuição de desvalor a condutas que colocam em risco bens jurídicos difusos, por si só, não inquina o tipo penal do vício da inconstitucionalidade. É necessário, porém, averiguar se existe proporcionalidade na criminalização da conduta, analisando-se o fim pretendido, a efetividade do meio e a estrita necessidade da utilização da *ultima ratio* jurídica.

Superado esse ponto, destaco que, entre as funções mais importantes da noção de bem jurídico, encontra-se a de informar a interpretação teleológica do tipo penal. Nesse sentido, a noção funciona como “um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção a certo bem jurídico”.⁹

O tipo penal existe, sempre, para a tutela de um (ou mais) bem(ns) jurídico(s). É isso que justifica sua existência. Não se pode atribuir a causa da aplicação de uma

8. PIMENTEL, Manuel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 26.

9. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 51.

sanção penal apenas à tipicidade formal, mera subsunção do fato concreto à hipótese de incidência penal. Para que um fato seja considerado típico, exige-se também a constatação da tipicidade material (a presença de um critério material de seleção do bem a ser protegido).¹⁰

Conforme Zaffaroni e Pierangeli: “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 pura ‘jurisprudência de conceitos’”.¹¹

Funciona, a noção de bem jurídico, nesse caso, como indicativo de uma interpretação teleológica reductiva.¹² Essa premissa deve estar subjacente à análise de cada tipo penal examinado.

5. O BEM JURÍDICO TUTELADO PELO TIPO DE MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO EXTERIOR (ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, ÚLTIMA FIGURA, DA LEI 7.492/1986)

A doutrina não é pacífica quanto ao bem jurídico protegido pela norma em comento. Uma investigação mais detida do bem jurídico tutelado, embora fundamental para a boa compreensão do tipo penal, tem sido negligenciada pela doutrina, que não tem retirado daí, em regra, as consequências necessárias para a interpretação do tipo penal.

Tigre Maia afirma que há “nítida predominância da proteção à ordem tributária, eis que os registros oficiais tem por objeto, neste caso, a cobrança de tributos eventualmente aplicáveis, sem prejuízo dos reflexos cambiais da conduta”.¹³

Já para Schmidt e Feldens, o bem jurídico protegido é a “regular execução da política cambial, uma vez certo que depósitos titulados no exterior constituem-se como um passivo cambial”. Prosseguem afirmando que “mais especificamente, o controle exercido pelo Bacen sobre depósitos no exterior tem por objetivo mapear o quadro dos capitais brasileiros no exterior e conhecer a composição do passivo

10. STF, RE 536.486, 2.^a T., j. 26.08.2008, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 19.09.2008.

11. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. I, p. 398-399. Acrescentam, ainda, os autores (p. 394): “O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma nem lesivas do bem jurídico tutelado”.

12. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 147.

13. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 139.

externo líquido do país, dados esses convenientes e necessários à boa formatação da política cambial brasileira, sendo essa a finalidade protetiva da norma”.¹⁴

Aprofundemos essa ideia. À União compete administrar as reservas cambiais do país e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada, nos termos do art. 21, VIII, da CF. Tais atribuições são exercidas, essencialmente, pelo Banco Central, a quem compete “atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos” (art. 11, III, da Lei 4.595, de 31.12.1964).

O Banco Central assim justifica a obrigatoriedade da declaração de capitais brasileiros no exterior: “O levantamento sobre capitais brasileiros no exterior complementa a contabilidade do total de ativos e de passivos externos do Brasil para a aferição da Posição Internacional de Investimentos (PII), importante fonte de informações para a formulação da política econômica nacional. Adicionalmente, os dados obtidos permitem ao país atender à Pesquisa Coordenada sobre Investimentos em Portfólio (*Coordinated Portfolio Investment Survey – CPIS*), gerenciada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e que envolve mais de oitenta países comprometidos com a divulgação do quadro total dos ativos, desagregados por diferentes rubricas”.¹⁵

Portanto, para o Banco Central, a declaração dos capitais pertencentes a brasileiros mantidos no exterior possui duas finalidades, sendo uma ligada à formulação da política econômica brasileira e a outra atrelada à cooperação internacional.

No que diz respeito à primeira finalidade, trata-se de verificar a totalidade dos capitais brasileiros relevantes existentes no exterior. A Posição Internacional de Investimentos se define como um relatório estatístico que reflete, num certo momento, o valor e a composição dos ativos e passivos financeiros externos da economia.¹⁶

14. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 178.

15. Conforme relatório intitulado “Capitais brasileiros no exterior – Resultados – 2001 a 2006”. Disponível em: [www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2006.pdf]. Acesso em: 02.12.2013.

16. As estatísticas de Posição Internacional de Investimento seguem a metodologia definida no Manual de Balanço de Pagamentos e Posição Internacional de Investimentos do Fundo Monetário Internacional – FMI (BPM6), atualmente na 6.^a edição (2009). A definição de Posição Internacional de Investimento que ali se encontra é a seguinte: “The international investment position (IIP) is a statistical statement that shows at a point in time the value and composition of (a) financial assets of residents of an economy that are claims on nonresidents and gold bullion held as reserve assets, and (b) liabilities of residents of an economy to nonresidents”. O texto completo do *IMF's Balance of Payments and*

Quanto à segunda finalidade, trata-se do fornecimento de dados à Pesquisa Coordenada sobre Investimentos em Portfólio (*Coordinated Portfolio Investment Survey – CPIS*), gerenciada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). Tal pesquisa é realizada em periodicidade anual, pelo Departamento de Estatística do FMI, em atendimento à recomendação feita pelo Relatório de Mensuração de Fluxos Internacionais de Capitais (*Report on the Measurement of International Capital Flows*).

Fosse somente essa segunda a finalidade da tipificação penal, parece inegável que a parte final do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1986 seria flagrantemente inconstitucional, pois não é legítimo converter o direito penal em medida coercitiva apenas para a obtenção de dados de pesquisa de organismos internacionais.

A primeira finalidade apontada apresenta maior relevância. A verificação da totalidade dos capitais brasileiros relevantes existentes no exterior, através de sua finalidade estatística, permite que o Banco Central determine, ao menos aproximadamente, o valor dos depósitos existentes no exterior pertencentes a pessoas domiciliadas no Brasil, possibilitando sua efetiva atuação na regulação da taxa de câmbio.

O câmbio, ressalte-se, constitui “o principal preço da economia, capaz de afetar todos os outros preços”.¹⁷ A taxa de câmbio pode afastar ou atrair investimentos, facilitar ou dificultar o comércio exterior, incentivar ou quebrar setores da economia, expandir ou difundir a inflação, aumentar ou diminuir o consumo, enfim, influenciar em todas as áreas da economia.

Atualmente, o Brasil adota um modelo de taxa de câmbio flutuante, mas com intervenção estatal. Tal modelo é denominado *dirty floating* (ou “flutuação suja”), justamente porque não deixa a fixação da taxa de câmbio ao livre sabor do mercado. O Estado, por meio do Banco Central, atua no mercado, de maneira indireta, como, entre outros mecanismos, por meio de ofertas de *hedge* por mecanismos derivativos como títulos cambiais e *swaps* cambiais.¹⁸

É verdade que tal modelo não exige um controle tão rigoroso acerca da existência dos capitais brasileiros depositados no exterior, como ocorre no modelo de taxas fixas, no qual se impõe que o Banco Central se disponha, sempre, a comprar toda o volume de moeda estrangeira ofertado e a adquirir toda a demanda que não puder ser saciada pelo mercado.

International Investment Position Manual pode ser encontrado, na íntegra, em: [www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf]. Acesso em: 02.12.2013.

17. GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio. Princípios básicos do mercado cambial*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9.

18. *Idem*, p. 106.

No entanto, também no modelo de taxas flutuantes, o absoluto desconhecimento acerca da quantidade de depósitos pertencentes a brasileiros no exterior deixa o país desprotegido em relação a ataques especulativos internacionais – muito comuns nos tempos de globalização – além de impedir a formulação adequada de sua política cambial.

Assim, existe justificativa para a criminalização da conduta tipificada no art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/1986.

Mas, ainda assim, será que se justifica a intervenção penal nessa matéria? Não seria suficiente a sanção administrativa para forçar o cumprimento do dever de declaração? A admitir-se uma criminalização com base nesse fundamento, não seria legítima, com igual razão, a tipificação da conduta de quem se nega a responder a questionamentos do IBGE? Também os dados estatísticos pelo IBGE são importantes para a formulação de diversas políticas governamentais. Deixo em aberto essa questão.¹⁹

6. REPARTIÇÃO FEDERAL COMPETENTE MENCIONADA NO ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, *IN FINE*, DA LEI 7.492/1986, VALORES MÍNIMOS DE DEPÓSITO A EXIGIREM DECLARAÇÃO E DATA-BASE A SER CONSIDERADA

Se o bem jurídico protegido pela norma não pode ser outro que não a adequada formulação da política econômica nacional, sob o aspecto da política cambial, por meio da obtenção de dados concretos para a sua adequada elaboração, nos dias de hoje, em que existe regulamentação administrativa própria do Banco Central exigindo a declaração, não se vislumbra razão para que se entenda que a repartição federal competente a que alude o tipo seja a Receita Federal.

Somente no período em que tal controle, feito pelo Bacen, era intermediado pela Receita Federal, ou seja, até o ano-base 2000, é que se deve entender como repartição federal competente tal órgão para fins de aplicação do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/1986. Após esse período, para fins de verificação de crime

19. Caso se entenda pela legitimidade da norma penal, seria coerente que o legislador incluisse a obrigatoriedade de declaração da existência, ao lado dos depósitos, de outros ativos cuja manutenção clandestina no exterior afeta, de igual modo, o bem jurídico que se pretende proteger pela norma penal, tais como empréstimo em moeda, financiamento, *leasing* e arrendamento financeiro, investimento direto, imóveis etc. Note-se que a propriedade de tais ativos deve ser declarada ao Banco Central, nos termos da regulamentação normativa mencionada. Todavia, a falta da respectiva declaração não caracteriza crime, à luz do princípio da tipicidade penal, considerando que a lei se refere apenas a “depósitos”. Nesse sentido, confira-se SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. Os ativos declaráveis perante o Banco Central e os limites normativos do art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986. *Boletim IBCCrim* 217/2-3. São Paulo: IBCCrim, dez. 2010.

contra o sistema financeiro nacional, apenas interessa perquirir se houve, ou não, a declaração da existência do depósito no exterior ao Banco Central.

Nesse sentido, existem algumas decisões do TRF-3.^a Reg. reconhecendo que o crime apenas se consuma com a falta de entrega da Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior ao Banco Central, consignando-se que “resta claro que a repartição federal competente mencionada na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro à qual deveriam ser declarados os depósitos é o Banco Central, nos moldes do seu art. 22, eis que, apenas se se tratasse de crimes contra a ordem tributária, o dispositivo aplicável seria o da Lei 8.137/1990, e o órgão competente, então, seria a Secretaria da Receita Federal” (TRF-3.^a Reg., 2008.03.00.016464-9, 2.^a T., j. 18.11.2008, rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, DJ 27.11.2008). Em outro julgado decidiu-se que “salta à evidência que a repartição federal competente para receber tais declarações é o Banco Central, mesmo porque, a não declaração de valores ao Fisco, o que faria com que repartição competente fosse a Secretaria da Receita Federal, é tratada em lei diversa, qual seja, a Lei 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária” (TRF-3.^a Reg., 2008.03.00.015175-8, 2.^a T., j. 29.07.2008, rel. Des. Federal Cotrim Guimarães, DJ 07.08.2008).

Perfeita a conclusão estampada nos julgados. Encampam, tais decisões, a tese de que o bem jurídico protegido pela norma é, em sentido amplo, a política cambial brasileira, mediante defesa direta da obtenção de dados fidedignos para a sua correta formulação.

A falta de declaração à Receita Federal acerca da existência de depósitos mantidos no exterior pode resultar na prática do crime de sonegação fiscal, mediante omissão de receitas (art. 1.^o, I, da Lei 8.137/1990), o qual, nos termos da Súmula Vinculante 24, do STF, não se tipifica antes do lançamento definitivo do tributo. Mas, esse é o ponto, em nada interfere com o bem jurídico protegido pelo tipo penal do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/1986, eis que compete ao Banco Central coletar as informações pertinentes aos depósitos para subsidiar a formulação da política cambial (e econômica) brasileira.

Em conclusão, apenas até a data-base 31.12.2000 é que a falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física consumava o delito examinado. E isso pela simples razão de que não existia, até então, uma declaração própria ao Banco Central do Brasil, fazendo a declaração à Receita Federal a função de tal declaração, conforme a previsão da Res. 139, de 18.02.1970.

Com a revogação da Res. 139/1970 pelo art. 8.^o da Circular n. 2.911, de 29.11.2001, foi editada, em 07.12.2001, a Circular n. 3.071 do Banco Central do Brasil, que disciplinou a Declaração Anual de Capitais Brasileiros no Exterior a partir de 2002, com data base de 31.12.2001. A partir daí, para a consumação do delito examinado, é relevante apenas a apresentação da declaração ao Banco Central.

Se é o Banco Central a repartição federal competente a quem se deve declarar a manutenção de depósitos no exterior, é a regulamentação normativa derivada desta autarquia que deve ser considerada a fim de preencher os elementos normativos do tipo penal. Ou seja, não basta que não ocorra a declaração da manutenção de capitais brasileiros no exterior: é necessário que tal declaração seja efetivamente exigível, nos termos da regulamentação do Banco Central.

Somente no período em que não existia a regulamentação do Banco Central, fazendo a declaração à Receita Federal as vezes da declaração da autarquia, é que a norma penal se orientava pela regulamentação do órgão vinculado ao Ministério da Fazenda.

Ressalte-se, assim, que, para a data-base 31.12.2000, era obrigatória a declaração à Receita Federal dos depósitos mantidos no exterior em valores superiores a R\$ 140,00, conforme prescrevem o art. 25 da Lei 9.250/1995 e o art. 798, § 1.º, III, do Dec. 3.000/1999, acima transcritos.²⁰

A partir da data-base 31.12.2001, em consequência, para fins da prática do delito do art. 22, parágrafo único, *in fine*, importa apenas a apresentação ou não da Declaração Anual de Capitais Brasileiros no Exterior ao Banco Central do Brasil. E, acrescente-se, somente tem relevância penal a falta de declaração de tais depósitos se superiores a R\$ 200.000,00, para a data-base de 31.12.2001, nos termos do art. 1.º da Circular n. 3.110/2002; de R\$ 300.000,00, para a data-base 31.12.2002, de acordo com o art. 3.º da Circular n. 3.181/2003 e de US\$ 100.000,00, desde 2003, conforme as Circulares n. 3.225/2004, 3.278/2005, 3.345/2007, 3.384/2008, 3.442/2009, 3.496/2010, 3.523/2011, 3.574/2012 e 3.624/2013.

Por conseguinte, é necessário que se verifique o saldo exato existente na data-base de 31 de dezembro de cada ano, a fim de se apurar a manutenção de depósito em valor superior ao estabelecido na regulamentação do Banco Central do Brasil.

7. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NA APn 470

Examino, agora, os pontos mais relevantes relativos ao delito, que foram objeto de exame pelo STF no julgamento da APn 470.

O primeiro ponto a ser destacado diz respeito ao bem jurídico tutelado pela regra penal incriminadora. Houve menção a posições doutrinárias no sentido de que, além da “regularidade no funcionamento do mercado cambial”, o delito também ofenderia “a função fiscal e a própria arrecadação tributária”, sem haver consideração crítica ao fato de que a norma do art. 1.º da Lei 8.137/1990 já tutela esses bens

20. É esse, também, o entendimento do TRF-4.ª Reg., ACR 2005.70.00.034207-5, 7.ª T., rel. Nêfi Cordeiro, DE 07.01.2010.

jurídicos difusos. Mas, na maioria dos votos, foi feita a interpretação sistemática aqui proposta, distinguindo os âmbitos de proteção das duas normas penais.

Em alguns votos, já afastada uma alegada tutela da política fiscal ou da arrecadação tributária, leem-se referências ao entendimento de que o fundamento da incriminação residiria no fato de que as “divisas estrangeiras são necessárias para o pagamento de dívidas contraídas no exterior e para o equilíbrio das reservas cambiais” ou, ainda, de que “a reserva cambial de um país é fundamental para a saúde financeira das suas instituições e para a garantia do investidor”.

Mas a verdade é que a imposição de prestação de declarações sobre a existência de ativos no exterior de titularidade de residentes no Brasil não “garante” as reservas cambiais, mesmo porque o Estado brasileiro não pode “exigir” a repatriação do capital a fim de obter moeda estrangeira. Não se trata de garantir reservas cambiais, mas de garantir informações. O ponto, em verdade, é saber se a importância de obtenção de tais informações é de tal modo relevante que justifique a profunda intervenção do direito penal no direito fundamental à liberdade.

É preciso, pois, ao se examinar a tipificação de condutas supostamente ofensivas a tais bens jurídicos difusos, que se procure esclarecer de que forma isso ocorre, ou seja, como as reservas cambiais são afetadas, ainda que potencialmente, pelas ações típicas. A ausência desse tipo de fundamentação é o que leva à utilização de expressões genéricas que se prestam a legitimar qualquer tipo penal. É necessário, em outras palavras, concretizar, em maior ou menor medida, a abstração dos bens jurídicos difusos.

A proteção penal a bens jurídicos difusos não é ilegítima, desde que sustentada por uma argumentação fundamentada em um juízo de proporcionalidade (em sentido amplo), através da qual se demonstre, de forma racional, a adequação da norma penal para a proteção do bem jurídico, a necessidade (ou exigibilidade) de sua proteção – o que implica um exame das alternativas existentes no âmbito extrapenal (princípio da subsidiariedade) – e a proporcionalidade (em sentido estrito) da medida – que deve levar em consideração a opção zero, ou seja, a decisão pela não criminalização diante do sopesamento dos valores constitucionais envolvidos.

Esse é um ponto, portanto, que ainda pende de exame mais cuidadoso e não foi enfrentado pelo STF. Consideradas as finalidades expressamente declaradas pelo Bacen para a exigência da Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior, é possível, no mínimo, debater a suficiência dessas razões para a tutela penal.

Abstração feita a essa falta de aprofundamento da questão, é importante que se louve que o reconhecimento do bem jurídico tutelado como sendo a política cambial conduziu à conclusão de que a “repartição federal competente” mencionada pela regra penal só pode ser mesmo o Banco Central do Brasil. Por decorrência lógica, foi considerada, para análise da incidência da lei, a regulamentação adotada

pela autarquia quanto aos destinatários, à forma, aos limites e às datas de apresentação da informação.

Mas não sem discussão. O Min. Marco Aurélio afirmou beirar a “incongruência assentar que pode haver, sem comunicação, depósito, seja de que valor for, no exterior, mas que, não existindo mais esse depósito ao término do exercício fiscal, em 31 de dezembro, ou não atendendo ao patamar mínimo previsto pelo Banco Central, não esteja configurado o crime. Essa exclusão não está no preceito normativo e simples circular não o mitiga” (f.). Em seguida, afirmou não poder conceber “que fique a critério do Banco Central estabelecer as balizas reveladoras de um tipo penal, sob pena de desconhecer o princípio da legalidade” (f.). Concluiu que “está configurado o elemento do tipo, que é a ausência, repito, seja qual for o valor e em qualquer data, de depósito no exterior que não foi declarado à repartição federal competente – ao Banco Central” (f.).

O Min. Joaquim Barbosa, mesmo após fazer corretas observações dogmáticas de no sentido de que a norma remete à regulamentação do Bacen, votou pela condenação, por ser incontroverso que, ao longo de 2003, os valores mantidos em depósito foram muito superiores aos US\$ 100.000,00 previstos na Circular n. 3.225/2004 do Banco Central. Esse fato seria suficiente, por si só, para caracterizar o crime descrito na segunda parte do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1986.

Esse entendimento não foi, porém, acolhido – e, data vênia, seu acolhimento seria incongruente. Quando uma regra penal incriminadora serve de medida de reforço a um dever administrativo – e, abstração feita às críticas possíveis a essa utilização do direito penal, é disso que se trata aqui – é claro que, se sequer o dever administrativo foi ofendido, com muito maior segurança se pode afirmar que não há tipicidade penal da conduta.

Em outras palavras, a seguir o entendimento propugnado pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, a pessoa que detivesse depósitos no exterior em valor inferior a US\$ 100 mil no dia 31 de dezembro não seria obrigada a declará-los ao Bacen para fins administrativos, mas sim para fins penais. Qual seria a finalidade dessa declaração, se sequer a “repartição federal competente” a considera relevante?

É necessário, portanto, o exame do valor do depósito e da data de sua existência para a aplicação da lei penal. À época dos fatos analisados na ação penal vigia a Circular Bacen n. 3.225, de 12.02.2004, segundo a qual somente seria necessária a apresentação da declaração de manutenção de ativos no exterior de valor igual ou superior a 100 mil dólares, considerando a data base de 31.12.2013.

A conta mantida no exterior examinada na ação penal recebeu 53 transferências a crédito no valor total de US\$ 3.653.555,30, e sofreu débitos no valor total de US\$ 3.653.380,20, no período de 21.02.2003 a 02.01.2004. No dia 31.12.2013, entretanto, o saldo mantido em depósito era de apenas US\$ 573,19.

Se o saldo da conta (US\$ 573,19) no dia considerado pela regulamentação do Bacen (31.12.2013) era inferior ao valor mínimo a partir do qual a declaração se torna obrigatória (US\$ 100.000,00) a atipicidade da conduta se mostrou evidente.

Ressaltou-se, na linha exposta por José Paulo Baltazar Jr., que, caso comprovado o subterfúgio de saque dos valores no último dia útil do ano e sua manutenção em poder do agente, por meio de cheque administrativo, por exemplo, seguido de novo depósito nos primeiros dias do ano subsequente, haveria incidência da norma. Mas, no caso concreto, a denúncia não descreveu, e os extratos bancários não mostraram, a utilização de qualquer expediente dessa espécie.

A ressalva é importante, pois é possível, num caso concreto, que o Ministério Público Federal demonstre, por exemplo, que, antes da data-base, os valores foram transferidos para um *trust* ou para outras instituições financeiras, muitas vezes localizadas em países com garantia de sigilo quanto à titularidade do dinheiro (paraísos fiscais), retornando à conta corrente no início do ano seguinte. Essa forma de movimentação do dinheiro poderá caracterizar uma forma de fraude à lei penal.²¹

Outro ponto a ser mencionado diz respeito à titularidade da conta mantida no exterior. No caso concreto, tratava-se de conta de investimento, mantida em banco em Miami (EUA), em nome de uma empresa *offshore* constituída nas Bahamas. A pessoa física titular efetiva (*beneficiary owner*) da *offshore* foi acusada da manutenção clandestina dos depósitos no exterior.

A Res. CMN 3.854/2010, que regulamenta hoje, em termos gerais, a declaração de capitais brasileiros no exterior, atribui o dever de declaração às “pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária” (art. 1.º, *caput*). *Offshore* sediada nas Bahamas, logicamente, não é uma pessoa jurídica domiciliada no Brasil. E depósito mantido em conta-corrente por uma pessoa jurídica não pode ser confundido com depósito mantido pelo sócio – seja ele controlador ou não – dessa pessoa jurídica, por seu instituidor ou beneficiário, nem por seu representante legal, administrador ou procurador.

Considerou-se, no caso concreto, já no recebimento da denúncia, que a criação da empresa *offshore* no exterior “teve por finalidade exclusiva o recebimento de recursos no exterior, não importando, portanto, para fins de configuração do tipo do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, o fato de a conta bancária aberta para tal finalidade – recebimento de recursos no exterior – estar no nome da empresa, e não no dos denunciados” (Inq 2.245, Pleno, j. 28.08.2007, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 09.11.2007).

21. Cf., sobre o tema da aplicabilidade da teoria da fraude à lei ao direito penal, RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y Ley Penal: un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*. Barcelona: Atelier, 2010.

Embora, como dito, não se confundam as personalidades jurídicas da empresa *offshore* e de seus sócios, parece perfeitamente possível que se aplique a teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando houver abuso dessa diferenciação. Nesse caso, adverte a doutrina, “se houver prova de fraude, violação à lei, contrato social ou estatutos, confusão patrimonial ou circunstância que demande a desconsideração da personalidade jurídica, em tese surge para o responsável, seja ele sócio ou administrador, o dever de declarar às autoridades brasileiras competentes depósitos mantidos no exterior, como se seus fossem”.²² Mas, nessa hipótese, a denúncia deve descrever a fraude e requerer a desconsideração da personalidade jurídica, não podendo simplesmente imputar a um sujeito o dever de declarar depósitos mantidos no exterior em conta-corrente de titularidade de entidade *offshore*, pelo simples fato de aquele ser sócio, representante legal ou beneficiário desta.

O último ponto que merece destaque – e que tem sido considerado na prática jurisprudencial – foi mencionado pelo Ministro relator, Joaquim Barbosa: aquele que declarar os depósitos que mantém no exterior à Receita Federal, e não ao Bacen, evidentemente, não incorre no tipo penal, por manifesta inexistência de dolo (f. dos autos). Alguém que declare a manutenção de uma conta no exterior à Receita Federal demonstra, de forma clara, não ter a intenção de esconder a sua existência dos órgãos brasileiros. O cidadão médio tem muito mais “medo” da Receita Federal do que do Bacen. Nesses casos, a falta de declaração apenas ao Bacen se dá, na grande maioria das vezes, por desconhecimento de sua obrigatoriedade.

8. À GUIA DE CONCLUSÃO

A crítica a toda decisão judicial é, ao mesmo tempo, uma tarefa confortável e importante.

É *confortável*, em primeiro lugar, porque a responsabilidade de julgar é muito maior do que a de criticar: critico é martelo, criticado é vidraça. Aos Ministros do STF é atribuída uma carga desumana de trabalho e, ainda assim, o tempo dedicado ao julgamento da APn 470 foi proporcionalmente, quiçá, o maior já dedicado por aquela Corte a qualquer processo, de qualquer natureza. Todo julgamento tem de acabar e, por mais que o juiz procure exercer seu ofício sem pressa, o número de feitos estocados no STF, bem como a quantidade de discussões e de questões burocráticas que envolvem esse tipo de ação penal conduzem a uma insuperável sensação de angústia e de urgência.

O tempo gasto nesse processo só comprova, a meu ver, que o STF não possui tempo nem estrutura adequada para o julgamento de ações penais originárias.

22. CATAPANI, Marcio Ferro. Apontamentos sobre o crime de manutenção de depósitos no exterior sem declaração às autoridades brasileiras. *RBCCrim* 102/224. São Paulo: Ed. RT, maio 2013.

Considerado esse contexto, a análise dos fatos e dos tipos penais foi realizada com considerável aprofundamento.

Ademais, quem faz a crítica “de fora”, sem conhecer as provas dos autos, sem ter tido contato imediato com os réus, sem ler todas as argumentações das partes, assume um conhecimento meramente parcial do feito. Fazemos, aqui, o papel de “comentaristas de resultado”, sem protagonizar o duro ofício do exame de provas em feitos complexos.

Ainda assim, feita a ressalva ao louvável trabalho realizado pelos Ministros, a crítica é deveras *importante*. O exame crítico da jurisprudência dá, ainda, seus primeiros passos no Brasil. Durante muitos anos, contentamo-nos com um de dois caminhos fáceis: por um lado, a aceitação e repetição acrítica de julgados, que criava um círculo vicioso entre doutrina e jurisprudência; e, por outro, a crítica genérica ao direito penal aplicado – por exemplo, aquela que considera inaceitável a proteção de bens jurídicos difusos, ao invés de discutir suas condições de legitimidade –, sem preocupação de contribuir efetivamente para o aprimoramento dos julgados.

Com a publicação de obras como a que ora se apresenta, dá a doutrina um passo importante no caminho da crítica construtiva à jurisprudência.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Análise da decisão da APn 470/MG pelo STF referente aos crimes contra a Administração Pública – Corrupção passiva e ativa – Elementos do tipo penal, de Gianpaolo Poggio Smanio – RT 933/195 (DTR\2013\3782);
- Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG, de André Luís Callegari – RT 933/111 (DTR\2013\3778);
- Lavagem de dinheiro na APn 470/MG, de Pierpaolo Cruz Bottini – RT. 933/383 (DTR\2013\3789); e
- Os crimes econômicos na APn 470/MG: dificuldades e desafios, de Luciano Anderson de Souza – RT 933/317 (DTR\2013\3786).

64892

A TUTELA DA MORALIDADE POLÍTICA PELO DIREITO PENAL: RELATO E ANÁLISE DA AÇÃO PENAL 470

*THE USE OF CRIMINAL LAW AS MEANS TO SAFEGUARD POLITICAL MORALITY:
DESCRIPTION AND APPRAISAL OF CRIMINAL CASE NR. 470*

RAFAEL MAFEI RABELO QUEIROZ

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP.

DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor do Departamento de Direito Penal da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este artigo avalia, a partir de um caso brasileiro (APn 470), a interação entre sistema jurídico e sistema político com vistas a um tópico específico: a tutela da moralidade política por meio do direito. O artigo começa com uma reconstrução da APn 470, para então rememorar a tradição do STF no tratamento das chamadas "questões políticas". Em seguida, analisa o que se pode enxergar, na APn 470, como uma adaptação de institutos penais em prol de um determinado projeto moralizante da política: trata, especificamente, da dogmática da autoria penal e da tipicidade dos delitos de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro. Conclui que se pode defender que, na APn 470, houve um sacrifício da legalidade penal em prol de uma determinada moralidade política.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção – STF – Moralidade política – Direito penal – Legalidade.

ABSTRACT: The use of Law as means to safeguard political morality is the main focus of this article, which will analyze Criminal Case nr 470 (APn 470). In the first part we present a brief description of the APn 470, in order to, afterwards, reconstruct the Brazilian Supreme Federal Court tradition in regard to so-called "political issues". We will then analyze some aspects that can be regarded as adaptations of concepts of Criminal Law in favor of a moralizing political project, namely, the perpetration of an offense and the interpretation concerning the offenses of corruption by public officials and money laundering. We conclude that the principle of legality was circumvented in the sentencing of the APn 470 in favor of a determined political morality.

KEYWORDS: Supreme Federal Court – Political Morality – Criminal Law – Legality principle

SUMÁRIO: 1. O caso do "mensalão": reconstrução – 2. A problemática interação entre política e direito: *checks and balances* e separação de poderes – 3. A tutela penal da moralidade política na APn 470 – 4. A disputa entre poderes por legitimidade política – 5. Considerações finais.

1. O CASO DO "MENSALÃO": RECONSTRUÇÃO

Em março de 2006, a Procuradoria-Geral da República (PGR), órgão de cúpula do Ministério Público Federal (MPF) no Brasil, ofereceu ao STF denúncia contra quarenta acusados, por fatos que a grande imprensa chamava, desde que se tornaram públicos em 2005, de "escândalo do mensalão".

O caso veio à luz quando Roberto Jefferson, então deputado federal e presidente do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), denunciou, em entrevista de destaque ao jornal *Folha de S. Paulo*,¹ um esquema do que seria, segundo sua versão, um mecanismo de compra financeira de apoio de parlamentares por articuladores políticos do Governo do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Jefferson fora envolvido em uma denúncia de corrupção na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos quando um funcionário da empresa, nomeado por indicação política de seu partido, foi flagrado em práticas ilícitas envolvendo desvio de dinheiro da companhia. Em sua defesa, e acuado pela força das imagens em vídeo de seu apadrinhado político negociando propina em nome de seu partido, Jefferson adotou a estratégia de apontar que a mesma corrupção política – isto é, visando ao funcionamento dos apoios e acordos entre partidos políticos, e não ao enriquecimento pessoal dos envolvidos – existia em nível federal, em favor dos partidos da base aliada do Governo então comandado pelo ex-Presidente Lula da Silva.

Como o sistema político brasileiro funciona como presidencialismo de coalizão, a maioria parlamentar que sustenta o Governo é formada a partir de negociações políticas entre líderes partidários. Porque o sistema partidário brasileiro é fragmentado, reunindo muitas legendas, a negociação torna-se mais complexa: a maioria tem de se formar pela reunião de muitas legendas distintas. Segundo a denúncia de Jefferson, o amálgama que juntava boa parte da coalizão que dava apoio parlamentar ao Governo sustentava-se em razão de repasses financeiros a parlamentares, e o dinheiro que o abastecia vinha do mesmo tipo de corrupção em que seu agente partidário fora flagrado.

A corrupção parlamentar denunciada por Jefferson consistiria em pagamento de valores mensais – daí o chamativo apelido de "mensalão" – a parlamentares de partidos variados, em troca de fecharem questão apoiando o Governo em votações que lhe fossem estratégicas. Os partidos menores garantiriam verbas para seus projetos políticos e eleitorais, bem como os benefícios de se aproximarem de um Governo bem avaliado e popular como era o do ex-Presidente Lula. Já o Partido dos Trabalhadores (PT), à época governo, nas palavras de Jefferson, ganhava apoio sem ter de dividir o poder.

1. Jefferson denuncia mesada paga pelo tesoureiro do PT. *Folha de S. Paulo*, p. A4, 06.12.2005. Disponível em: [<http://acervo.folha.com.br/fsp/2005/06/06/2//5252126>].

A denúncia de Roberto Jefferson tinha amplo espectro: envolvia parlamentares e militantes funcionais de diversos partidos; agentes importantes do Poder Executivo, inclusive o à época Ministro-Chefe da Casa Civil, José Dirceu de Oliveira; executivos do sistema financeiro nacional; empresários do ramo publicitário; e variados assessores e funcionários de menor escalão. Dela resultaram diversos procedimentos investigativos, de natureza política (v.g., processos em comissões de ética parlamentares) e jurídica (inquéritos policiais). De um desses inquéritos,² que tramitou perante o STF em razão da amplitude que tem o foro por prerrogativa de função no direito constitucional brasileiro,³ resultou a referida denúncia. Apreciada em meados de 2007 pelo Tribunal, a peça acusatória foi recebida pelo órgão pleno da Corte, que reúne todos os 11 ministros que a compõem. Como resultado desse recebimento, 40 pessoas tornaram-se réus em um processo criminal que lhes imputava os crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, peculato, formação de quadrilha, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta de instituição financeira. Formou-se a partir de então a APn 470, embora seu nome popular tenha permanecido como “caso do mensalão”.

A linha de defesa adotada por muitos dos acusados que ocupavam cargos políticos, conforme se revelou por ocasião do julgamento da causa, que foi transmitido ao vivo pelo canal de televisão do STF (TV Justiça) ao longo de quatro meses e acompanhado pela população quase como uma telenovela, foi a de tributar suas ações a fatores sistêmicos da prática político-partidária no Brasil: a necessidade de construção de coalizões, bem como os altos custos de campanhas políticas e exigências legais pertinentes ao recebimento de doações por partidos e candidatos, estimulam que grandes volumes de dinheiro não contabilizado flua no sistema político. Isso seria, sim, crime – o chamado “caixa dois eleitoral” –, ⁴ mas jamais

2. STF, Inq 2.245/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa.

3. Art. 53, § 1º, da CF/1988: “Os deputados e senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”. Esta competência alargada do STF para julgar parlamentares é resquício da ditadura militar que governou o Brasil entre 1964 e 1985. A Constituição de 1946 reservara a jurisdição originária do STF para poucos agentes políticos: os ministros de Estado (art. 92), os próprios ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Presidente da República (art. 101, I, e alíneas). Com a reforma constitucional promovida pelo governo militar, em 1967 e 1969, o STF ganhou a competência para julgar deputados e senadores (Constituição de 1967, cf. reforma da EC 1/1969, art. 32, § 1.º. Convém lembrar que, à época da ditadura militar, o STF foi objeto de flagrantes tentativas de subjugação por parte do Poder Executivo, seja com a aposentadoria compulsória de ministros ligados a governos anteriores, seja com a ampliação do número de ministros da Corte para garantir que a maioria dos seus integrantes tivesse sido nomeada pelos militares (cf. Ato Institucional 2/1965).

4. Art. 350 da Lei 4.737, de 15.07.1965: “Art. 350. 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, para fins eleitorais:

teria havido um projeto sistemático de compra de apoio político pelo Governo. Por ser produto de fatores estruturais do sistema político brasileiro, ademais, a prática desse “caixa dois eleitoral” ocorria em todos os partidos e níveis da Federação. As investigações iniciadas a partir das denúncias do então Deputado Roberto Jefferson, convém esclarecer, levaram também a investigações de ilícitos em outras campanhas e alianças políticas, a exemplo do Inq 2.280/MG, que investiga práticas semelhantes que envolvem o principal Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), principal rival político o Partido dos Trabalhadores (PT) do ex-Presidente Lula da Silva.

O julgamento foi longo, e detidamente acompanhado pela imprensa. Consumiu, em sua principal fase, 53 sessões inteiras do órgão pleno do STF. Nesse ínterim, o que se assistiu foi não só um julgamento de pessoas e suas condutas, mas, em muitas ocasiões, um julgamento pelo Poder Judiciário das práticas políticas brasileiras, notadamente da relação entre Executivo e Legislativo e sua aliança em torno de projetos de governabilidade política.

Concluído o julgamento em dezembro de 2012, seu saldo final é o de um amplo leque de duras condenações e penas altas, que, se confirmadas pelo trânsito em julgado do veredito do plenário do STF, levarão muitos de seus condenados a tempo relevante de privação de liberdade, em regime fechado inclusive. Altos executivos do mercado publicitário receberam penas de até 40 anos de reclusão; uma tradicional herdeira de família de banqueiros foi apenas com 16 anos e oito meses de privação de liberdade; o ex-Ministro-Chefe da Casa Civil José Dirceu, considerado o segundo homem politicamente mais poderoso do Brasil à época do primeiro Governo do ex-Presidente Lula da Silva, recebeu pena de 10 anos e 10 meses de prisão. Com exceção de dois importantes publicitários que atuam com frequência em campanhas políticas, os demais réus de prestígio econômico e político foram duramente condenados; as absolvições, quando houve, beneficiaram funcionários de menor escalão.

2. A PROBLEMÁTICA INTERAÇÃO ENTRE POLÍTICA E DIREITO: CHECKS AND BALANCES E SEPARAÇÃO DE PODERES

É relevante considerar, a partir desse brevíssimo resumo de um caso tão extenso e complexo, aquilo que revela a maneira como o chamado “caso do mensalão” se apresentou ao STF, bem como as condições em que o Tribunal veio a julgá-lo.

Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular. Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada”.

Primeiramente, vale destacar que as pessoas envolvidas na APn 470, as condutas nela julgadas e muitas das defesas apresentadas ao STF, que confessavam crimes menores e os apresentavam como intrínsecos ao sistema político-partidário e eleitoral brasileiros, colocavam o Tribunal em postura de avaliar a legalidade de práticas políticas eticamente reprováveis. Em poucas palavras, os 11 ministros da Corte tinham de se manifestar sobre o significado jurídico-penal de práticas políticas que seus próprios agentes confessavam ilegais e imorais, embora estruturalmente inevitáveis. Ou seja, deveriam avaliar o significado penal de uma moralidade política que os próprios atores políticos julgavam eticamente indefensável. Qual seria, portanto, o significado jurídico-penal da imoralidade política então julgada?

Em segundo lugar, o julgamento do “caso do mensalão”, com a publicidade ostensiva com que se deu, punha à prova da opinião pública não só as condutas dos acusados, como também as práticas de julgamento do próprio Tribunal – e, por corolário, do Poder Judiciário e do sistema jurídico como um todo. Considerando a importância política e econômica dos réus, a afamada – não sem motivos – seletividade do sistema penal no Brasil e o próprio mecanismo de indicação de ministros para o Tribunal, cujos assentos são preenchidos por indicações do Poder Executivo⁵ e confirmadas em sabatinas mornas em um Senado Federal usualmente controlado por maioria governista, colocava-se à prova também a própria capacidade do STF de dar conta de resistir a eventuais tentativas de captura política para dar conta de sua competência de maneira aceitável: conduzindo a termo um julgamento com tantos réus, punindo culpados e absolvendo inocentes, bem como fazendo valer os vereditos a que chegasse. Convém ter em conta que, no cenário brasileiro, o Judiciário tradicionalmente rivaliza com o Legislativo na disputa das piores posições nos *rankings* de confiança popular nas instituições,⁶ possivelmente porque, além de moroso e pouco acessível, é também percebido como desigual em seus vereditos. Também no Brasil, “os que têm” têm maiores chances de êxito ao litigar judicialmente, considerados todos os fatores relevantes.⁷ Por isso, era evidente que, em um

5. Convém lembrar que, à época do julgamento, 8 dos 11 ministros do STF haviam sido indicados pelo ex-Presidente Lula da Silva e por sua sucessora, Dilma Rousseff, também do PT.

6. Na última medição do Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJ Brasil), da Direto GV, o Judiciário ficou à frente apenas de quatro instituições em matéria de confiança popular: Congresso Nacional, partidos políticos, polícias e emissoras de televisão. A listagem completa dispunha de 11 instituições (Fundação Getúlio Vargas, *Relatório ICJ Brasil*, a. 4, p. 14, 2º trimestre 2012 – 1.º trimestre 2013, 2012. Disponível em: [http://hdl.handle.net/10438/11221]. Acesso em: 18.12.2013).

7. Para o argumento original sobre “os que têm”, v. GALANTER, Marc. Why the haves come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, vol. 9, n. 1, p. 95-160, set. 1974. Para uma investigação sobre a relação entre poder econômico e chances de êxito na justiça brasileira, v. FERRÃO, Brisa L.; RIBEIRO Ivan C. Os juízes bra-

caso notório em que pendiam acusações de criminalidade dos poderosos, como foi o do mensalão, também o STF seria confrontado com os estereótipos da justiça e do sistema jurídico brasileiros. Esse sentido possível da atuação do Tribunal não deve, de forma alguma, ser esquecido.

Finalmente, é necessário ter em conta que o STF e o pensamento jurídico brasileiro têm, a esta altura, mais de um século de reflexão acumulada sobre a maneira como o sistema jurídico lida com questões oriundas do sistema político. Esses dados históricos não são mera erudição sobre a história do direito brasileiro; são, ao contrário, parte dos fundamentos pelos quais os atores do presente entendem serem as práticas das instituições jurídicas atuais mais ou menos legitimadas a atuar em situações de possível interferência no sistema político. Quando se diz que o Tribunal faz hoje aquilo que sempre fez, e que não está inovando para este caso particular, busca-se legitimar sua atuação presente com a força de sua tradição jurisprudencial. É uma variante institucionalmente específica daquilo que Max Weber tratava por legitimação política pela tradição,⁸ reforçada nas práticas decisórias do Tribunal, ademais, pela força retórica do apelo à justiça formal, que manda sejam os casos atuais tratados da mesma forma como o foram casos relevantemente semelhantes do passado. Afastar-se da tradição decisória para os casos semelhantes, ao contrário, dá azo a críticas que queiram retratar o caso como julgamento de exceção, o que constrange os julgadores e pode deslegitimar publicamente o veredito.

O próprio STF, no julgamento do “mensalão” e em outros casos relevantes onde assuntos originários do sistema político lhe foram apresentados, tem invocado seu passado decisório para justificar episódios de intervenção judicial sobre conflitos políticos. O conjunto mais relevante de casos invocados data do início do século XX, período da história brasileira tradicionalmente chamado de 1.^a República (1889-1930). No que diz respeito às instituições jurídicas, a marca deste período histórico foi o nascimento do próprio STF, com sua competência própria de um regime federativo. Multiplicando-se os entes políticos internos e desaparecendo a figura mediadora do Imperador, que atuava como grande árbitro político durante o período imperial do Brasil independente (1822-1889), o Tribunal era constantemente chamado a decidir conflitos que o sistema político não conseguia resolver por conta própria: entre grupos políticos rivais locais, regionais e nacionais; e também entre poderes, especialmente Legislativo e Executivo. Nesse cenário, o Poder Judiciário, o STF inclusive, era constantemente

silheiros favorecem a parte mais fraca? *Alacde Annual Papers*, paper 26, 2006. Disponível em: [http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e3/Os_ju%C3%ADzes_brasileiros_favorecem_a_parte_mais_fraca.pdf]. Acesso em: 18.12.2013.

8. Sobre a legitimação do poder político pela tradição, na perspectiva weberiana, v. KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Stanford: Stanford University Press, 1983. p. 44 e ss.

provocado a decidir “questões políticas” – a expressão era recorrentemente usada *in illo tempore* – e tinha de deliberar, a cada chamamento, se aceitava intervir ou não. A escolha era sempre difícil, e os debates entre ministros da época mostram que eles sabiam bem o que estava em jogo para o Tribunal: não interferir em circunstância alguma poderia significar a paralisia de Governos pelo do sistema político; intervir demais, ao contrário, poderia passar a impressão de que o Tribunal tomava partido nesses conflitos, o que prejudicaria sua autoridade como árbitro. Nesse cenário, a dogmática constitucional brasileira, desenvolvida principalmente nos votos do próprio Tribunal, foi fixando critérios que permitissem identificar quando o sistema jurídico podia conhecer, e consequentemente interferir, nas chamadas “questões políticas”.

A fórmula final a que chegaram os juristas de então foi a de que o Tribunal poderia interferir sempre que direitos constitucionais de liberdade pessoal estivessem sob ameaça que não se pudesse afastar senão por provimento judicial. A maneira como era apresentado o possível exercício de jurisdição nas “questões políticas”, contudo, não a vendia como ampla permissão, mas sim como meticulosa restrição: elas eram sempre pontuais, esporádicas e limitadas. Em primeiro lugar, os “direitos constitucionais” defensáveis nesses casos tinham de ser sempre pessoais – “de pessoas físicas ou morais”,⁹ dizia-se. Não se cogitava de direitos constitucionais de minorias despersonalizadas, fossem elas culturais, de gênero ou políticas. Além de pessoais, tais direitos deveriam ser preferencialmente associados à liberdade de locomoção, mesmo que indiretamente: direito de ir e vir, de estar onde se tenha direito de estar, de entrar e sair, etc. Isso não só porque esses eram os direitos pessoais por excelência, mas também porque a via processual disponível para defendê-los, à época, forçava-lhes a tal enquadramento: não havendo outro remédio jurídico, era o *habeas corpus*, empregado de maneira um pouco mais estendida – a chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que se prestava à defesa dos direitos pessoais afrontados pelas “questões políticas”. Todos esses elementos limitadores aparecem bem ilustrados na seguinte passagem do HC 8.584/DF, de 1922:

“Mesmo em se tratando de atos políticos, embora o Judiciário, vulgarmente, não os possa apreciar e examinar, pode contudo verificar violações de direitos individuais motivados por esses atos, e condenar o uso abusivo que de sua competência fez o outro poder, a ponto de determinar um constrangimento ilegal (...). Qualquer que seja em si o ato opressivo desde que violou direitos adquiridos, máxime ga-

9. Nesse sentido, exigindo que direitos pessoais estivessem em questão, o HC 8.527, de 1922, no voto do Min. rel., Sebastião Lacerda: “O *habeas corpus* pode e deve ser admitido em todos os casos de violência ou coação por ilegalidade e abuso de poder, amparado como remédio pronto e eficaz à liberdade para o exercício de direitos pessoais, desde que estes sejam líquidos e incontestáveis”. (Revista do STF, vol. 42, p. 38-40, 1922. Destaques nossos).

rantidos pela Constituição, é competente o Judiciário para resolver, uma vez que se lhe exponha o caso sob uma forma legal. (...) só se pode dar a medida quando é manifesta a coação ou iminência de coração e não há ação própria para corrigi-la ou impedi-la. A coação é respeito ao *direito de locomoção*, de dirigir-se ao lugar onde se lhe proíbe estar, de ir exercer uma função de que se mostra legalmente investido e cujo exercício se lhe quer obstar.” (STF, HC 8584/DF, *Revista do Supremo Tribunal Federal*, 42, p. 135, 1922. Destaques nossos).

Esse voto, e outros nesta mesma linha, tem sido invocado desde 2005 pelo STF – por coincidência ou não, ano em que eclodiu a denúncia que levaria à APn 470 – como fundamento legitimador de sua atuação jurisdicional em assuntos próprios dos demais poderes, sobretudo do Legislativo. O mais emblemático exemplo desse uso do passado deu-se em 2009, no MS 26.441/DF,¹⁰ em que o Tribunal concedeu *writ* para que a minoria parlamentar lograsse êxito em abrir uma Comissão Parlamentar de Inquérito. Nesse caso, referindo-se ao estatuto constitucional das minorias parlamentares, o STF reconheceu-lhes um direito constitucional que estaria sendo violado pela maioria para, então, atribuir-se competência para conhecer daquela “questão política” e mandar instaurar a CPI. No longo excerto em que o ministro relator do MS 26.441/DF invocou os precedentes da 1.^a República que permitiriam tal atuação do Poder Judiciário, são citados diversos acórdãos históricos. A tabela abaixo os traz todos, indicando, ademais, o objeto da demanda e o respectivo resultado a que o STF chegou à época.

Tabela 1 – Análise de precedentes judiciais sobre “questões políticas” recentemente invocados pelo STF para legitimar sua intervenção no sistema político

Processo	Data	Objeto da demanda	Resultado
HC 1.073/DF	30.03.1898	Dois deputados e um senador foram presos e desterrados para Fernando de Noronha durante estado de sítio decretado em 1897. Cessado o estado de sítio, pediam que cessasse igualmente sua prisão.	Ação conhecida e ordem concedida, por maioria.
HC 3.536/DF	1914	Governo prorrogou prazo de estado de sítio por seis meses. Senador oposicionista discursou na tribuna criticando a prorrogação, por ilegal. A publicação de seu discurso de crítica na imprensa foi proibida. O senador pedia que se reconhecesse seu direito a livre expressão, cessando a proibição à publicação do discurso.	Ação conhecida, por maioria; ordem concedida, por maioria.

10. STF, MS 26.441/DF, rel. min. Celso de Mello, j. 25.04.2007 f. 335 e ss.

Número	Data de julgamento	Objeto da demanda	Resultado
HC 3.554/DF	1914	Presidente e secretários da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro estavam sob ameaça de serem afastados de suas posições pelo Executivo antes de terminados seus mandatos. Requereram o direito de entrar livremente no prédio da Assembleia para exercer suas funções durante sessão extraordinária do órgão.	Ação conhecida e ordem concedida, por maioria, sendo negada no tocante à resolução de dúvida sobre quem seria o legítimo presidente.
HC 3.697/DF	1914	Presidente da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro tinha dificultado o exercício de seu cargo, pois a minoria política alegava ilegalidade da eleição que o escolheu. Requereu direito de entrar livremente no prédio da Assembleia para exercer suas funções.	Ação conhecida, por maioria; ordem parcialmente concedida, por maioria.
HC 4.014/PI	1916	Membros eleitos da Assembleia Legislativa do Piauí pediam que fosse reconhecido como legal a sessão que os diplomou, e ilegal aquela realizada pela minoria política ligada ao candidato derrotado ao Governo do estado. Requereram, preventivamente, ordem de HC para terem garantidos o exercício dos cargos.	Ação conhecida, em parte, por maioria; ordem concedida, por maioria. Não conhecida em relação ao pedido de dualidade de governadores, porque matéria política.
HC 8.800/RJ	1922	Presidente e vice-presidente eleitos do estado pedem proteção para garantir sua posse, dada a conturbação do momento político.	Ação conhecida por maioria, e ordem concedida por maioria.
HC 8.584/DF	1922	Paciente, que ficou em 2.º lugar em eleição para vice-presidente, pedia, diante do falecimento do vencedor, fosse garantido seu direito de tomar posse no cargo. O juízo de 1.ª instância concedeu a ordem, e o caso foi apreciado, em grau de recurso, pelo STF.	Recurso conhecido e provido para cassar a ordem concedida, por se tratar de matéria política.

Do quadro acima, é possível concluir, pelos precedentes invocados hodiernamente pelo próprio STF para conformar sua atuação em face de questões oriundas do sistema político, que: (a) a atuação da Corte, quando concedia a ordem, fazia-o na maioria das vezes para *preservar o Legislativo* de intervenção do Executivo (HC 1.073/DF; HC 3.536/DF); e, na maior parte das vezes, (b) em *respeito às decisões legalmente tomadas no âmbito do sistema político*, limitando-se a garantir posse de quem havia sido eleito em escrutínios formalmente válidos, a despeito dos protestos da minoria derrotada. Quando do STF foi pedida uma avaliação substantiva sobre o mérito da disputa política subjacente à impetração (quem era o legítimo vice-presidente? Havia dúvida sobre a legitimidade da vitória política em questão), o Tribunal consistentemente deixou de conhecer dos pedidos (HC 3.554/DF e HC 4.014/PI, na parte em que não foram conhecidos), chegando até mesmo a negar-se o direito de jurisdição sobre a matéria (HC 8.584/DF).

Em síntese, o que a história atualmente invocada pelo STF mostra é que o Tribunal via-se em posição de quem deveria assumir posição de distanciamento e neutralidade em relação aos conflitos de setores políticos específicos da sociedade. Pode-se dizer que a Corte via-se como incumbida de uma missão de caráter nacional e, portanto, acima de conflitos de facções e de disputas regionais – um grande árbitro nacional, por assim dizer, que entrava em cena apenas quando necessário para a superação de impasses no sistema político que fossem prejudiciais ao projeto nacional brasileiro. Enxergava-se o Tribunal, portanto, um pouco à imagem da Suprema Corte dos EUA, e do que fora o Poder Moderador no período monárquico¹¹ antecedente à sua criação.

Vendo-se dessa forma relativamente autocontida, o Tribunal, ao limitar-se a atuar em casos em que direitos individuais tuteláveis por *habeas corpus* estivessem em jogo, *negava-se a fazer qualquer juízo sobre a moralidade política à época praticada*. Este papel cabia, no que parece ter sido o seu entender em seu entender, ao próprio sistema político – o que se infere pela reiterada recusa do Tribunal em manifestar-se sobre o mérito de disputas partidárias – e à opinião pública, o que pressupunha o exercício livre e desembaraçado da imprensa ao informar sobre “questões políticas”, tantas vezes protegido pelo STF durante a 1.^a República. Na APn 470, porém, a linha seguida pelo STF foi muito diferente. Ela representou, em suma, uma crítica à moralidade política das relações entre Executivo e Legislativo, e enxergou no direito penal o remédio apropriado à sua emenda.

3. A TUTELA PENAL DA MORALIDADE POLÍTICA NA APn 470

Ao manifestar-se oralmente na abertura do julgamento da APn 470, em 03.08.2012, o então Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, referiu-se sobre as práticas descritas na denúncia como “o mais atrevido e escandaloso caso de corrupção e desvio de dinheiro público já realizado no Brasil”, através de uma “sofisticada organização criminosa destinada a comprar votos de parlamentares no Congresso”.¹²

11. Após tornar-se independente de Portugal, em 1822, o Brasil organizou-se como um estado unitário de regime político monárquico. O Poder Moderador, previsto na Constituição de 1824 (art. 98) era delegado privativamente ao Imperador e tinha o dever de zelar pela harmonia dos demais poderes e pela superação de conflitos políticos prejudiciais aos interesses nacionais. Em 1889, foi abolida a monarquia e proclamada a 1.^a República brasileira, que duraria até 1930. A Constituição que a regeu, de 1891, fez do Brasil um país federativo e deu ao recém criado STF uma importante parcela do dever de preservação da unidade nacional, ao dar-lhe competência para dirimir conflitos entre entes políticos e unidades da Federação.

12. BRESCIANI, Eduardo. “Mensalão foi mais atrevido e escandaloso caso de corrupção”, diz Gurgel no STF. *O Estado de S. Paulo*, 03.08.2012. Disponível em: [www.estadao.com.br/

A ideia de que se tratava de um caso escandaloso fez-se sentir, por exemplo, na decisão do decano, o Min. Celso de Mello:

“Esses vergonhosos atos de corrupção parlamentar, ora em julgamento, profundamente lesivos à dignidade do ofício legislativo e à respeitabilidade do Congresso Nacional, alimentados por transações obscuras idealizadas e implementadas em altas esferas governamentais, devem ser condenados e punidos com o peso e o rigor das leis desta República, porque significam *tentativa imoral e ilícita de manipular*, criminosamente, à margem do sistema constitucional, o processo democrático, comprometendo-lhe a integridade, conspurcando-lhe a pureza e suprimindo-lhe os índices essenciais de legitimidade, que representam atributos necessários para justificar a prática honesta e o exercício regular do poder aos olhos dos cidadãos desta Nação.”

“Eis aí, Senhor Presidente, as gravíssimas consequências que derivam *dessa aliança profana, do gesto infiel e indigno* de agentes corruptores, públicos e privados, e de *parlamentares corruptos*, em comportamentos criminosos, devidamente comprovados, que só fazem desqualificar e desautorizar, perante as leis criminais do País, a atuação desses *marginais do Poder*.” (STF, APn 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, publicação 22.04.2013).¹³

Às perguntas já explicitada no campo do controle da moralidade política por meio do STF, agrega-se outra: admite-se a flexibilização do direito penal com vistas ao exercício desse controle?

O acórdão condenatório na APn 470 tem espantosas 8405 páginas. Naturalmente, um manancial de teses. Para fins do presente artigo, e considerando a limitação editorial, escolhem-se três campos de problema dogmáticos-penais, todos eles afetos à “flexibilização” da interpretação das normas penais, a saber, (a) o emprego da teoria do domínio do fato; (b) a interpretação do tipo de corrupção passiva; e (c) o conceito do crime de lavagem de dinheiro.

Na parte inicial de seu voto, quando fixa determinadas premissas analíticas, o ministro relator dedica longas páginas à verdade processual. Afirmar, em síntese, que um direito processual penal racional não poderia admitir um juiz inerte, passivo diante “daqueles que deduzem pretensões e alegações desarrazoadas e tomam

noticias/nacional,mensalao-foi-mais-atrevido-e-escandaloso-caso-de-corruptcao-diz-gurgel-no-stf,910629,0.html].

13. No mesmo sentido, voto do Min. Luiz Fux: A prática de corrupção se confirma mediante a comprovação de que a base aliada do Governo, que incluía parlamentares do próprio partido governante não se desfez em razão do cognominado esquema do mensalão. Assim é que a comprovação da gênese dessa *estratégia política espúria*, corroborada pelos saques junto ao mercado financeiro, e os depoimentos e provas corroborando os crimes e fatos completam os elementos exigidos pelo delito de corrupção. (STF, APn 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado em 22.04.2013).

o método, a técnica e as garantias do direito, inapropriadamente por apanágio da injustiça” (f., f.). Chama a atenção a oposição entre garantia e injustiça. Um pouco mais adiante, invoca o antigo magistério de Malatesta para atribuir um determinado papel às garantias no processo penal: representar o “triunfo da inteligência humana sobre a obscuridade que a circunda” (idem). Curiosamente, Malatesta, na obra invocada, realmente emprega essa frase, porém sem qualquer menção às garantias; fala apenas de como o uso do método (conhecimento indireto) pode levar o triunfo da inteligência (como conhecimento, como antônimo de ignoto) a que estava obscuro (desconhecido).¹⁴

A sequência do voto mostra uma forte defesa dos indícios como fonte de prova, e encerra – nesse tópico – com a seguinte ponderação: processo não é vingança e “o direito penal, em um Estado de Direito Constitucional, não aceita seja sacrificada ‘a liberdade de um homem, de quem não se tenha verificado a responsabilidade penal, no interesse da vontade de todos’”; porém, “o conjunto de múltiplos e sólidos indícios concordantes têm o condão de constituir prova adequada e necessária do ponto de vista da racionalidade empírica e, nessa medida, convincente justificativa para um decreto condenatório” (f.). Em particular – sustenta – o uso de indícios é inevitável nos assim chamados delitos de poder.

Esse marco geral assume cores específicas no julgamento de um dos réus, o Deputado José Dirceu, e do julgamento da imputação de gestão fraudulenta de instituição financeira, assim definida “gerir fraudulentamente instituição financeira” (art. 4.º, *caput*, da Lei 7.492/1986). Isso porque à míngua de provas mais contundentes, invoca-se a teoria do domínio do fato para justificar a condenação dos réus.

Ao analisar o referido delito, afirma o relator que “no tocante, porém, ao Banco Rural, a descrição [a denúncia] se limitou a dimensionar todos os atos operados por meio da referida instituição financeira, com a presumida decisão de seus administradores responsáveis”. Em vez de rechaçar tal situação, por contrariar expressamente a dicção do art. 41 do CPP, distinguiu o relator os delitos cometidos em concurso de agentes, daqueles “praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar, pelo contrato social, ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa” (f.).

Nesse ponto, convergem ao menos três tópicos dogmáticos: responsabilidade penal objetiva, domínio do fato e ônus da prova.

No voto do ministro relator, progride-se o argumento da seguinte forma: as garantias processuais devem ceder à racionalidade eficientista do processo, de modo

14. MALATESTA, N. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássiva, 1927. p. 180.

que os indícios são suficientes para condenações; nos delitos praticados em pessoas jurídicas a responsabilidade penal é objetiva, já que os dirigentes possuem o domínio do fato.

Vê-se que esse raciocínio enceta duas inverdades: uma que poderia ser chamada objetiva – o direito penal brasileiro, e o próprio STF o reafirmou diversas vezes, não admite responsabilidade penal objetiva –, e outra que poderia ser chamada de inverdade hermenêutica: admitir a prova indiciária não pode servir de substituição à ausência de prova e a teoria do domínio do fato não foi forjada, em princípio, para fatos cometidos sob o apanágio do Estado Democrático de Direito.

A somatória desses deslizos de aplicação do direito penal, que serão aprofundados em seguida, tem raízes inacessíveis aos autores. Queremos crer, porém, que cuidou-se de uma sucessão de flexibilidades normativas com vistas a garantir um retumbante julgamento, com condenações severas, para afirmar o STF como um todo, e o ministro relator, em particular, como paladinos da moralidade política. Dito de maneira direta: cuidou-se de baixar os *standards* de legalidade em prol da imposição de padrão jurisprudencial de moralidade.

Ao invocar a teoria do domínio do fato, o relator cita Welzel sem nota de rodapé. Sintomático, já que não encontraria no referido autor as conclusões que traz ao voto. Cita, porém, Raúl Cervini a respeito do *Täter hinter dem Täter* teoria que Roxin desenvolveu para delitos cometidos por sujeitos em posição privilegiada em determinados aparatos organizados de poder. Bastaria valer-se do seu curso de direito penal (já que a monografia sobre o tema é vastíssima), para perceber que Roxin advoga haver três grandes grupos de circunstâncias de autoria mediata: a coação, a fraude e os aparatos organizados de poder. Nesse último caso, convergem (a) uma atuação do aparato à margem do Estado de Direito (tanto em casos de estado de exceção como de criminalidade organizada à la máfia) e (b) a fungibilidade dos membros, incluso dos emissores de comandos (o aparato existe, de certa forma, independente de seus membros individualmente considerados).¹⁵

Era o caso, por exemplo, de determinados réus por crimes cometidos durante o nacional-socialismo alemão que, em decorrência das regras de autoria e participação alemãs, totalmente diversas das brasileiras, considerava-os meros partícipes, e não autores. O homem por detrás do executor, sustentou Roxin, equivale a autor, quando ele domina o aparato de poder. Tal domínio, no plano político, encontra-se em aparatos de poder infensos ao controle público, aos sistemas de *checks and balances*, em que o poder se exerce de maneira absoluta, totalitária. Não por acaso a teoria foi empregada para julgar Jorge Rafael Videla, Presidente da Junta Militar

15. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band 2, § 25, n. 108 e ss. Apresentação sintética, em português, encontra-se na obra *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coords). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

que governou a Argentina entre 1976 e 1981, Alberto Fujimori, Presidente do Peru entre 1990 e 2000, e está incorporada no Tribunal Penal Internacional.¹⁶

Decididamente, não se aplicaria ao caso. Primeiro que, adotada a causalidade naturalística (art. 13 do CP) e modelo de autoria consagrado no art. 29 do CP, a distinção entre autor e partícipe, entre nós, é relativamente fraca. Logo, o que animava a formulação de Roxin não se apresentava, no Brasil, como um problema a ser contornado. Em segundo lugar, por não ter havido atuação à margem do Estado de Direito, tampouco o uso de uma organização subterrânea. Por último, pela absoluta infungibilidade de seus integrantes.

Em síntese, o voto, nesse particular, não está amparado, de fato, na teoria do domínio do fato, porém faz mero uso retórico e equivocado dela. Note-se que o relator chega a citar o próprio Roxin, porém em trecho que ele expõe a posição de Derksen e de Lesch, discípulos de Jakobs, de que ele discorda! (f.).

Melhor interpretação não coube ao delito de corrupção passiva: “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa”. Em que pese o tipo penal não mencionar expressamente nenhum ato de ofício, os parágrafos não deixam dúvida da presença desse elemento típico: o primeiro aumenta a pena em 1/3 quando o funcionário de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional; o segundo, por sua vez, prevê modalidade privilegiada quando o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda o ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem.

A interpretação corrente é a de que os parágrafos explicitam o que no *caput* ficou oculto: a solicitação ou recebimento de vantagem para fazer ou omitir ato de ofício configura o delito do *caput*; caso haja infração funcional, aumenta-se a pena; caso haja motivação de mero ceder à influência de outrem, então a pena será menor.

Na interpretação do ministro relator, “a indicação do ato de ofício não integra o tipo legal da corrupção passiva”, bastando que o agente tivesse o poder de realizá-lo (f.).

Novamente, a jurisprudência da casa era outra. Em denúncia oferecida contra a ex-Min. Zélia Cardoso de Mello, consignou o STF ser o caso de receber a denúncia por corrupção passiva, presente na descrição do Ministério Público, a indicação de ato de ofício pretensamente praticado pela denunciada (Inq 731/DF, rel. Min. Néri da Silveira).¹⁷ Isso para não mencionar o julgamento de Collor de Mello, absolvido

16. Para além da obra *Täterschaft und Teilnahme*, da editora De Gruyter, confira-se entrevista de Claus Roxin, a respeito do caso ora em análise, disponível em: [www.conjur.com.br/2012-nov-11/claus-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf].

17. De maneira aproximada, também, o quanto decidido no HC 81.303/SP, rel. Min. Ellen Gracie; no Inq 785/DF, rel. Min. Ilmar Galvão.

da acusação de corrupção passiva, entre outros, por não haver concretização de ato de ofício por ele praticado (APn 307/DF, rel. Min. Ilmar Galvão).

No tocante, por fim, ao delito de lavagem de dinheiro, cumpre ressaltar que, no Brasil, estava assim tipificado quando da prática dos fatos descritos na denúncia: “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente” de determinados crimes, entre eles os de corrupção e peculato.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem que o delito de lavagem enceta, em tese, três fases: ocultação, dissimulação e reingresso. Divergem quanto à necessidade de que todas essas figurem no caso concreto, para fins de adequação típica. Seja como for, até pelo fato de o bem jurídico protegido, segundo preponderante opinião doutrinária, ser a Administração Pública, fundamental que tenha havido o emprego de meio tal a dissimular a origem ilícita do dinheiro. Do contrário não haveria falar em lavagem.

Novamente, invoca-se, no julgamento, tese particular: “salvo hipóteses de raras confissões judiciais ou extrajudiciais, torna-se preciso, em crimes complexos, avaliar a conduta objetiva para interpretar a intenção a ela subjacente” (f.). Não retomaremos o argumento da flexibilização probatória, já exposto acima.

Interessa à presente análise o seguinte fato: o Deputado João Paulo Cunha teria recebido R\$ 50.000,00, pelo que foi condenado por corrupção passiva. Esse valor foi sacado, mediante identificação, em uma agência bancária. Por se tratar de dinheiro contaminado pelos delitos prévios de peculato e gestão fraudulenta, então ter-se-ia, também, o crime de lavagem. Ignorou-se, portanto, na interpretação do tipo que lavar dinheiro não é tão somente transferir dinheiro de origem ilícita a terceiro. Lavar – e isso pede o próprio tipo penal – é ocultar ou dissimular, núcleo que não foi realizado quando do saque identificado em agência bancária. A preponderar que o dinheiro era um montante recebido a título de corrupção, notadamente esgotou-se aí a lesividade ao bem jurídico. Ocultação ou dissimulação teria havido caso tivesse havido uma sucessão de movimentações bancárias, quiçá com uso de *offshores*, ou ainda a dispersão do montante em incontáveis operações, com vistas a dificultar a rastreabilidade das movimentações financeiras. Lavar dinheiro, do ponto de vista jurídico-penal brasileiro, é se valer de dissimulações sucessivas com vistas a injetar no mercado dinheiro limpo, porém nascido sujo. Decididamente, o simples saque de uma quantia não pode ser entendida como dissimulação.

Precedente do STJ, aliás, indica que o mero depositar de dinheiro havido do crime configura o delito de receptação e não de lavagem.¹⁸ O inverso, sacar dinheiro atrelado à corrupção, sequer receptação configura, porém o ato último do delito de corrupção.

18. APn 472/ES, j. 08.09.2011, rel. Min. Teori Zavascki.

Patente, portanto, a flexibilização de categorias dogmáticas e de interpretações jurisprudenciais para o caso, tudo com vistas a adaptá-las ao caso concreto.

4. A DISPUTA ENTRE PODERES POR LEGITIMIDADE POLÍTICA

Um dado adicional que merece reflexão diz respeito às consequências institucionais que podem advir da licença para crítica à moralidade política dos demais Poderes que o STF, evidentemente, atribuiu a si próprio neste caso do mensalão.

Do fato de a Constituição do Brasil mandar que os poderes sejam “harmônicos entre si” não decorre, é claro, que eles de fato o sejam; decorre, apenas, que eles busquem sê-lo. Isso porque, em certo sentido, os poderes concorrem entre si por legitimidade: estão, a todo instante, buscando sua legitimação democrática procurando mostrar-se mais eficientes na observância de valores socialmente apreciados (transparência, eficiência), no cumprimento de metas socialmente relevantes e na concretização de direitos das pessoas.

Nesse último tema – a efetivação de direitos políticos –, a concorrência política entre Legislativo e Judiciário tem sido particularmente acirrada recentemente. Aqui, o Judiciário tem feito sua larga competência constitucional jogar a seu favor. Provocado, tem reiteradamente, por vias processuais de efeitos supraindividuais, suprido direitos que não têm sido contemplados pelo sistema político, especialmente em temas cuja tramitação é desfavorecida por conflitos ideológicos subjacentes que lhes servem de obstáculo na seara parlamentar. Direitos de casais homossexuais, direito de greve de servidores públicos e até mesmo conflitos de interesse entre trabalhadores e empregadores, após relegados ao esquecimento pela inércia do Congresso Nacional, foram reconhecidos pelo STF. Isso permite ao Judiciário colocar-se publicamente não só como um árbitro justo de conflitos (sua função primordial como poder), mas também como um distribuidor de direitos àqueles prejudicados pelas travas do sistema político. O Poder Judiciário ganha, com isso, espaço no imaginário político do cidadão, perdendo-o, conseqüentemente, o Legislativo: transforma-se no poder que, além de fazer justiça, também distribui direitos.

Nesse cenário de concorrência política prévia, um julgamento como o da APn 470, transmitido ademais ao vivo pela televisão e detidamente coberto pela mídia nacional, tem o potencial de fragilizar ainda mais a imagem do Legislativo em face do Judiciário que, ao ser içado ao papel de fiscalizador não só da legalidade, mas também da moralidade das práticas políticas do Legislativo, coloca-se em patamar moral superior ao do Congresso Nacional. Na APn 470, é preciso mencionar que esse desgaste à imagem do Legislativo foi, ademais, reforçado pelas defesas de muitos acusados. Na tentativa de descaracterizar o que a acusação queria retratar como “o mais atrevido e escandaloso” caso de corrupção do Brasil, diversos réus buscaram inserir suas condutas no quadro nas práticas difundidas e historicamen-

te reiteradas, embora ilegais, de diversos outros partidos e Governos brasileiros: a escrituração ilegal de valores destinados ao financiamento de campanhas políticas (“caixa dois eleitoral”).

Como consequência, o saldo final do “julgamento do mensalão”, em termos de equilíbrio entre poderes, foi de um brutal desnível entre Judiciário e Legislativo, restando o primeiro com a imagem não só do garantidor dos direitos que políticos e partidos não conseguem prover, mas também como o natural fiscal da moralidade dos atos desse outro poder, que a sociedade brasileira, reforçada pela contundente manifestação do STF nesse mesmo sentido, tende a ver como corrupto e desvirtuado. Não deixa de haver nisso um risco não só para o vigente desenho institucional no Brasil, calcado que é no pressuposto de que a legitimidade do Estado não provém mais de um dos poderes do que do outro, mas também para, no longo prazo, a própria sobrevivência do Legislativo como poder politicamente relevante.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, concluímos, em primeiro lugar, que a posição histórica do STF em relação às chamadas “questões políticas” é, de acordo com os próprios precedentes hodiernamente invocados pelo Tribunal sobre a matéria, mais conservadora do que tem se mostrado sua linha de atuação recente a respeito de conflitos políticos. Antes, o STF mostrava-se muito refratário a interferir nessas questões, fazendo-o apenas para garantir, no mais das vezes, a efetividade dos resultados válidos das disputas político-partidárias, protegendo o Legislativo e parlamentares contra abusos que ferissem seus direitos e prerrogativas. De maneira alguma o Tribunal atribuía-se a missão de fiscalizar a moralidade do jogo político: não era nisso que consistia sua atuação nas “questões políticas”, diferentemente do papel que, parece, a Corte às vezes para chamar para si na atualidade.

No campo penal, localiza-se, nesse diapasão, uma flexibilização dos institutos e da própria jurisprudência do STF para garantir a condenação dos réus na APn 470. Na melhor das hipóteses, cuidou-se de fazer ceder a regra da legalidade em prol da imposição de um juízo de moralidade política. Uma interpretação do domínio da organização como supedâneo do ônus probatório aponta para um lugar comum de que determinados réus deveriam saber dos fatos, como se deles saber fosse equiparável às ações mesmas; abdicar do ato de ofício como elemento do tipo de corrupção passiva é aproximar aquela figura delitiva de atos genericamente antiéticos ou imorais; desnaturar o delito de lavagem de dinheiro é, por fim, estender às últimas consequências aquele mal de origem, aquela sujeira política que conspurca a construção de uma sociedade livre e igual.

A questão central é: a que custo? Os precedentes firmados serão amplamente replicados. Já abundam denúncias invocando o domínio do fato como substituto à individualização das condutas.

A garantia da legalidade, em sua dimensão maior, é precisamente a de que em qualquer circunstância, por mais imoral ou indesejável, por maior que seja o clamor social, sua imparcialidade e imutabilidade determinarão decisões conforme à lei. E não conforme um projeto moralizante.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Moralismo e democracia no julgamento da APn 470/MG: um desafio constitucional em aberto, de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – *RT* 933/369 (DTR\2013\3802);
- Observações sobre os casos penais de 2012: imprensa, projetos de lei e jurisprudência. Notes regarding criminal cases of 2012: press, bills and jurisprudence, de Caio Cezar de Figueiredo Paiva – *RBCCrim* 101/463 (DTR\2013\2663); e
- Os crimes econômicos na APn 470/MG: Dificuldades e desafios, de Luciano Anderson de Souza – *RT* 933/317 (DTR\2013\3786).

64833

ANÁLISE DA DOSIMETRIA DAS PENAS APLICADAS AOS MEMBROS DO "NÚCLEO POLÍTICO" NO JULGAMENTO DA APn 470, DO STF

ANALYSIS OF THE DETERMINATION OF THE PENALTIES ENFORCED TO THE MEMBERS OF THE "POLITICAL CORE" IN THE TRIAL OF THE PROSECUTION APn 470, BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT.

TATIANA DE OLIVEIRA STOCO

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em parceria com a Universidade de Coimbra. Membro do Conselho Editorial do Boletim IBCCrim. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo trata da "Teoria da pena proporcional ao fato", umas das principais teorias sobre o processo de determinação da pena discutidas por autores europeus e analisa, sob um viés crítico, aspectos do processo de dosimetria da pena aplicado a alguns dos acusados da Ação Penal 470, do STF, à luz dos critérios considerados de maior relevância para aquele modelo teórico.

PALAVRAS-CHAVE: Determinação da pena – Critérios – Culpabilidade.

ABSTRACT: The article discusses about the "Theory of the penalty proportional to the fact", one of the main theories on determination of the penalty discussed by European authors, and analyses, under a critical point of view, aspects of the penalty determination applied to some defendants on the prosecution n. 470, by the Brazilian Supreme Court, in accordance with that theoretical model most relevant criteria.

KEYWORDS: Penalty determination – Criteria – Culpability.

SUMÁRIO: 1. Individualização judicial da pena – 2. Determinação da medida da pena: 2.1 A teoria da proporcionalidade pelo fato ou da pena proporcional ao fato; 2.2 A relação entre culpabilidade e gravidade do injusto; 2.3 Os critérios subjetivos e sua relação com a função de prevenção especial positiva da pena – 3. Análise da dosimetria da pena aplicada aos membros do "núcleo político" no julgamento da APn 470 (STF): 3.1 As condenações: algumas considerações sobre a dosimetria das penas – 4. Conclusões – 5. Referências bibliográficas.

1. INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA

É de Eduardo Demétrio Crespo a observação de que "há que se abandonar definitivamente a ideia de que a tarefa de individualização judicial da pena deve reme-

ter-se exclusivamente ao sistema valorativo autorreferente do próprio juiz ou, em maior ou menor medida, ao âmbito da intuição e não da razão”.¹

A observação do autor espanhol aplica-se perfeitamente à doutrina jurídico-penal e à prática judiciária brasileiras, onde pouco se avançou no tema de determinação da medida da pena, menos ainda no desenvolvimento de pautas teóricas voltadas à racionalização do processo de individualização judicial da sanção. Trata-se, com efeito, de um âmbito conceitual do Direito Penal material *confuso*, como bem observa o mesmo autor, fato que contribui consideravelmente para a consolidação de uma jurisprudência que se orienta, sobretudo, pela intuição dos juízes.

Ao contrário do cenário brasileiro, em alguns países europeus o debate a respeito do tema vem se aprofundando e alguns modelos teóricos de determinação da medida pena vêm sendo formulados já com repercussão na produção legislativa e na jurisprudência de seus tribunais.

Um desses modelos teóricos será abordado a seguir com a finalidade de elucidar a análise de alguns aspectos relacionados à dosimetria das penas aplicadas aos membros do denominado “núcleo político”, no julgamento da APn 470, em trâmite pelo STF.

2. DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA

2.1 *A teoria da proporcionalidade pelo fato ou da pena proporcional ao fato*

A teoria da proporcionalidade pelo fato ou da pena proporcional ao fato, de origem anglo-saxã, segundo Feijoo Sánchez, é uma das teorias que mais influência teórica e prática vem exercendo sobre o Direito comparado, produzindo um debate profundo sobre os modelos de determinação da pena em outros países do âmbito continental, como na Alemanha.²

A teoria da pena proporcional surgiu, ainda segundo aquele autor, em um contexto de oposição teórica aos “efeitos perniciosos” de uma prática judicial orientada à prevenção especial.³ O fracasso das práticas ressocializadoras em países es-

1. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena, p. 38.

2. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho, p. 5.

3. O autor anota que a expressão “nothing works” ficou conhecida por meio do americano Robert Martinson, representante do movimento crítico ocorrido nos anos setenta contra o modelo orientado à prevenção especial, dominante naquela época. O mencionado autor publicou o trabalho: *What Works – questions and answers about prison reform* (1974) e analisou 231 estudos de avaliação de internos de prisões norte-americanas, chegando à conclusão de que “nada funciona” no que se refere à reabilitação pela prisão. O trabalho de Robert Martinson é uma crítica severa à ideologia de tratamento e à visão do crime como

candinavos, como Suécia e Noruega e, ainda, nos Estados Unidos, deu ensejo ao aparecimento de uma corrente doutrinária com posteriores triunfos legislativos no sentido do abandono da ideologia ressocializadora como função exclusiva do Direito Penal e de recuperação de um sistema tradicional garantista que se definiu como “neoclássico”.

Trata-se de uma tentativa de retomar uma vinculação com os princípios liberais clássicos (vinculados tradicionalmente à teoria da prevenção geral) de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e estrita proporcionalidade que a ideologia ressocializadora havia colocado em questão.⁴

Afirma Sánchez que, dentre os inúmeros autores⁵ que se englobam sob a denominada corrente neoclássica, todos trazem em comum a tentativa de combater a ideia de que a medida da pena se possa ver incrementada em função dos prognósticos que se possa fazer sobre os sucessos e evoluções futuras com base no tratamento do delinquente.

“Os autores denominados neoclássicos ou proporcionalistas têm propugnado uma concretização nas características do fato à hora de determinar a pena porque entenderam que as tendências preventivo-especiais existentes até os anos setenta e oitenta em países como os EUA, Suécia ou Finlândia concediam ao órgão judicial uma discricionariedade excessiva que estava conduzindo a uma aplicação desigual do ordenamento jurídico-penal e a um trato discriminatório de determinados indivíduos ou tipos de indivíduos”.⁶

A ideia central da teoria da pena proporcional ao fato é relacionar a medida da pena com base na ideia de prevenção geral limitada pela culpabilidade e a proporcionalidade com o fato delitivo. Orienta-se, assim, retrospectivamente – e não para o futuro (como no modelo de ênfase preventiva especial e suas asserções sobre a análise da periculosidade do delinquente). Nas palavras de Feijoo Sánchez:

“A ideia essencial é que se trata de buscar qual é a pena justa que o autor deve suportar por seu fato mais que centrar em buscar com a pena influências no próprio autor ou em terceiros”.⁷

uma doença, que nega a normalidade do crime na sociedade. Tais tratamentos, segundo o autor americano, acabam tornando-se tão draconianos que chegam a ofender a ordem moral de uma sociedade democrática. Vide: MARTINSON, Robert. What Works? – questions and answers about prison reform. Disponível em: [www.nationalaffairs.com/public_interest/detail/what-works-questions-and-answers-about-prison-reform].

4. Cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 5-6.

5. Especialmente os trabalhos de Von Hirsch e os desenvolvimentos ulteriores de Tatjana Hörnle.

6. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 6.

7. Idem, p. 7.

Em resumo, essa teoria permite excluir fatores de incremento da pena que carecem de vinculação normativa com o injusto ou o culpável, racionalizando a atividade de determinação da pena e permitindo uma melhor comparação entre casos para tentar evitar a arbitrariedade e a insegurança, assegurando um maior controle desse aspecto por parte dos Tribunais Superiores.⁸

2.2 A relação entre culpabilidade e gravidade do injusto

Na tarefa de aferir o conceito de culpabilidade para a medida da pena,⁹ sob o viés proporcionalista, é necessário concebê-la de forma distinta daquela da teoria do delito.¹⁰ Entendida a culpabilidade da teoria do delito como *um processo de atribuição normativa do fato ao seu autor*, portanto, um juízo de imputação que é pressuposto da pena, é forçoso concluir que ela carece de funcionalidade direta para obrar como parâmetro de quantificação da sanção.¹¹

Martín Besio Hernández clarifica essa ideia nos seguintes termos:

“Em definitivo, a culpabilidade careceria de gravidade que possa servir para sua transformação em medida de pena, pois toda a gravidade do delito se encontra no injusto penal que é atribuído – mediante o juízo de culpabilidade – a seu autor e, nessa tarefa, garantirá sua plena atribuição, sua atribuição parcial ou impediria sua atribuição”.¹²

Em outras palavras, afirma-se que a culpabilidade constitui um pressuposto da pena, mas não é “suscetível de erigir-se a um critério de medição da sanção”.¹³ Daí

8. “A orientação ao sistema do delito a) facilita teoricamente a fundamentação de por que um determinado fato de determinação da pena deve ser introduzido no catálogo dos dados a tomar em consideração, b) permite a normativização dos fatores de determinação da pena e c) ademais, ajuda a aproveitar o grau de desenvolvimento que alcançou a teoria jurídica do delito”. Trad. livre. Idem, p. 9.

9. A análise da culpabilidade para a medida da pena será exposta com base no trabalho de Tatjana Hörnle, autora cujo trabalho mais tem se destacado, atualmente e, da mesma forma, em razão da escassa produção doutrinária sobre o tema.

10. Ressalva-se o posicionamento de Jorge de Figueiredo Dias que, em sentido contrário, defende que “a culpa relevante para a medição da pena haverá de ser exactamente aquela mesma culpa que releva na determinação do sentido, dos limites e dos fins da pena e da sua aplicação”. DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o “modelo” de determinação da medida da pena, p. 217-218.

11. Não raro, a jurisprudência nacional trata a culpabilidade, como critério de fixação de pena, com base nos mesmos pressupostos para a própria punibilidade do agente, sob a expressão genérica “culpabilidade reprovável” ou com a simples afirmação da presença dos requisitos de punibilidade (ou seja, a mera afirmação da culpabilidade).

12. HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, p. 248.

13. Idem, *ibidem*, passim.

a afirmação de que “a culpabilidade é só uma peneira pela qual tem que passar em seu caminho à medida da culpabilidade, o quantum – único relevante – do injusto”.¹⁴

Tatjana Hörnle afirma que, no momento de concretizar o conteúdo semântico da culpabilidade (conforme determina o § 46, 1.º, I, StGb), é necessária a adesão a uma valoração retrospectiva do fato como fundamento da medição da pena e, acima de tudo, que o ponto de partida da determinação da pena não esteja determinado por considerações preventivas. Aliás, a autora refere que a valoração retrospectiva do fato poderia ter sido formulada pelo legislador de outra maneira, por exemplo, mediante uma referência à gravidade do fato.¹⁵

Dessa maneira, não se pode entender a culpabilidade como uma referência direta exclusiva à categoria culpabilidade no sentido do sistema do delito. A chamada culpabilidade na medição da pena não é idêntica à culpabilidade como fundamento da pena: “a pena adequada à culpabilidade tem que orientar-se à gravidade do fato e ao grau de culpabilidade pessoal do autor”.¹⁶

Na doutrina brasileira encontramos, de forma semelhante, o pensamento de Juarez Tavares. Ele se afasta, em parte, da teoria proposta por aqueles que pretendem dissociar os momentos da culpabilidade (como pressuposto e como limite da pena), tal qual Von Hirsch – que separa os momentos de afirmação da culpabilidade e de imposição da pena – defendendo que o correto seria produzir-se uma firme associação entre esses elementos.¹⁷

Para o processo de dosimetria da pena, Juarez Tavares propõe que o juízo da culpabilidade não deva ser entendido de um ponto de vista positivo, mas sim, como um juízo negativo de capacidade de motivação. E esse processo deve se dar sempre por um viés jurídico, e não moral. Como o juízo de culpabilidade é uma etapa protetiva do autor contra o arbítrio do Estado, o conteúdo da culpabilidade não pode ser composto, exclusivamente, de elementos abstratos que conduzam a um puro juízo hipotético de poder atuar de outro modo. Deve estar constituído de elementos que sejam capazes de refutação:

“(...) e isso só será possível quando se mesclam nesses elementos características objetivas, apreensíveis não apenas por juízos aléticos, mas também por referências normativas, capazes de revestir o empírico de uma roupagem adequada a uma ordem jurídica assentada na defesa da pessoa e de seus direitos”.¹⁸

14. HORN apud HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 248.

15. HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, p. 46.

16. Idem, p. 48-49.

17. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena, p. 128.

18. Idem, p. 134.

O meio para isso seria referir a culpabilidade ao desvalor do fato e ao desvalor do resultado, o que implicaria em obedecer fielmente ao princípio da proporcionalidade entre fato e pena. Dessa forma – portanto, à semelhança da ideia de Hörnle – a culpabilidade seria medida conforme elementos do próprio injusto em função do agente.¹⁹

Ademais, a avaliação da culpabilidade pela gravidade do fato, segundo o autor, deve pautar-se na concretização do resultado de lesão ou de perigo de lesão:

“Uma vez assentada a relação entre culpabilidade e lesão de bem jurídico, pode-se admitir que esse critério atende, de certo modo, ao princípio da proporcionalidade e limita a intervenção penal do Estado. Ao exigir-se que a pena não possa ser desproporcional ao injusto realizado, evita-se, assim, que, por lesões insignificantes, autores reincidentes sejam reprimidos mais rigorosamente tão somente em face de sua condição especial”.²⁰

Além desse critério, o autor defende que a *autonomia do autor* para realização do fato também deve servir para a avaliação da culpabilidade com o fato concreto.²¹

Em conclusão, a individualização da pena base dar-se-ia em conformidade com o grau de autonomia do sujeito e a dosagem da gravidade pelo resultado de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Contudo, Juarez Tavares ressalta que, para a aferição da gravidade do injusto, há que se enfrentar certa dificuldade, na medida em que se trata de avaliar objetivamente a lesão ou perigo de lesão de bem jurídico no contexto da autonomia do sujeito. Por isso, recomenda que se separe definitivamente lesão ao bem jurídico das consequências pessoais ou sociais do crime:

“Essa precisa identificação da qualidade da lesão, traduzida em lesão de bem jurídico, e não em lesão de interesses sociais genéricos, é uma consequência necessária do princípio de legalidade, que só pode admitir uma criminalização quando a conduta vedada possa ser perfeitamente identificada tanto no processo de seu desenvolvimento quanto no resultado vinculado ao respectivo tipo de delito”.²²

Conclui, assim que, “com base nesses fatores objetivos, conjugados com aqueles relacionados à autonomia do autor, pode-se obter uma aproximação do grau de culpabilidade e se determinar a fixação do limite máximo da pena”.²³

19. Idem, p. 135.

20. Idem, p. 139.

21. No que se refere à autonomia do sujeito para avaliação da culpabilidade, o autor refere que deverão ser considerados elementos do contexto individual e social que tenham limitado sua autonomia. “Se ao sujeito fosse absolutamente fácil seguir sua vida normal, sem realizar o fato, poder-se-ia concluir que sua culpabilidade não é diminuta”. Idem, p. 143.

22. Idem, p. 146.

23. Idem, p. 147.

O autor brasileiro ressalta, entretanto, que todos esses fatores devem influir tão somente na dosimetria da culpabilidade se efetivamente houverem influenciado a constituição do injusto, evitando que *idiosincrasias* ou *impressões subjetivas* do julgador influam na apreciação da culpabilidade.

O autor espanhol Demetrio Crespo chega a conclusões semelhantes, no que toca aos critérios de determinação da pena, segundo as prescrições do Código Penal espanhol.²⁴

Conforme o modelo espanhol atual deveria estar já superada, em razão da disposição da própria lei penal, a discussão a respeito do papel da culpabilidade na determinação da pena, pois os critérios a serem aferidos pelo juiz limitam-se às “circunstâncias pessoais do réu” e à “maior ou menor gravidade do fato”.²⁵

No que toca à mensuração da gravidade do injusto, Crespo parte, como premissa principal, da necessidade de determinação do fim da pena. A partir desse ponto é que passam a ser valorados os fatores reais a se ter em conta na individualização da sanção.²⁶ Contudo, deixa claro que uma interpretação do processo de individualização judicial da pena que se guie e fundamente no critério da gravidade do fato, interpretado sob o ponto de vista da retribuição da culpa não é compatível com a regulação dos Códigos Penais alemão e espanhol:

“(...) os critérios para a interpretação da reprovabilidade do fato, com o correspondente aumento ou diminuição da culpabilidade, já foram selecionados pelo legislador no nosso ordenamento jurídico em um amplo catálogo de circunstâncias

24. O Código Penal espanhol (art. 66, 6.º) indica que a aplicação da pena quando não concorram circunstâncias agravantes ou atenuantes deverá ser determinada considerando-se as “circunstâncias pessoais” do delinquente e “a maior ou menor gravidade do fato”.

25. Nesse ponto, o código espanhol parece mais avançado no sentido de uma racionalidade na determinação da pena, já que o critério da culpabilidade já está “substituído” pelo da “gravidade do fato”, o que autoriza o autor a elaborar a seguinte crítica: “A afirmação relativa a que a medida da culpabilidade pelo fato depende do conteúdo de injusto do fato penal individual e de que a quantidade de pena adequada ao injusto se mede de acordo à gravidade do injusto individual parece clara”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995*, p. 332. Não obstante, Martín Besio pondera que a forma de levar a cabo a operação de individualização da pena segundo o modelo espanhol está longe de ser unívoca e que na individualização da pena é generalizado o entendimento segundo o qual o juiz deve estabelecer a medida da pena que seja proporcional ao desvalor do injusto concretamente executado pelo autor e adequada à culpabilidade. Op. cit., p. 297.

26. “Na medida em que o legislador não informa se a gravidade do fato deverá medir-se conforme o fim da pena de retribuição, ou de prevenção geral ou especial, um mesmo fato haverá de ser medido de forma diferente segundo se entenda que dita medição serve à retribuição da culpabilidade, à produção de confiança nos cidadãos sobre o ordenamento jurídico ou à prevenção da reincidência”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Análisis... cit.*, p. 334.

atenuantes e agravantes, que jogam como catálogo incompleto de fatores reais da individualização judicial da pena previstos legalmente”.²⁷

Quanto à perspectiva preventivo-geral, Crespo afirma que o critério da gravidade do fato na individualização judicial da pena possui um papel de *limite à prevenção geral*, figura também como fim do Direito Penal e da pena, além de constituir um limite à própria individualização judicial da pena derivado do Estado de Direito.²⁸ Em conclusão:

“A gravidade do fato deveria considerar-se como limite máximo da quantia da pena, o qual constitui, a meu modo de ver, uma garantia para o indivíduo que se deriva do princípio de culpabilidade como princípio constitucional derivado do Estado de Direito, que não pode ser excedido em nenhum caso, nem por razões de prevenção geral, nem por razões de prevenção especial, e que coincide basicamente com as exigências da ‘culpabilidade pelo fato’”.²⁹

O que se pode concluir desse modelo de orientação é que o conceito de culpabilidade para a medida da pena pouco importa para a individualização judicial da pena. Ao se partir da valoração do injusto (e sua gravidade mensurável), numa perspectiva retroativa ao fato, a culpabilidade acaba se vendo reduzida a sinônimo da gravidade do fato ou da gravidade do injusto culpável.³⁰ Assim postas as coisas, fica assegurado, conseqüentemente, o princípio da culpabilidade pelo fato.

Segundo as conclusões de Tatjana Hörnle, o exame da culpabilidade deve assemelhar-se a um “filtro”.³¹ Em casos normais, ausentes causas que diminuam a culpabilidade, o peso do fato se determina exclusivamente pelo injusto do fato. Ao contrário, se a culpabilidade estiver diminuída, nem todo o peso do injusto chega a ser eficaz para a medição da pena. E, ao contrário, uma elevação da pena como consequência do exame de culpabilidade estará excluída, porque não há circunstâncias que incrementem a culpabilidade.³² Verifica-se, portanto, uma indissociável relação entre injusto, agente e gravidade do fato.

27. Idem, p. 337.

28. Crespo rechaça a finalidade preventiva geral como fator final da individualização judicial da pena (o que não significa negar essa função à pena, pelo contrário: a imposição da pena pelo juiz confirma dita função). O que importa para ele são as consequências dogmáticas de uma interpretação preventiva geral do fator real “gravidade do fato” e essas não são outras que a admissão do critério interpretativo do “perigo de difusão do delito” ou da “real difusão do delito”. Esses critérios constituem a desculpa para satisfazer necessidades preventivo gerais (normalmente ao abrigo da culpabilidade). Idem, p. 340.

29. Idem, ibidem, loc. cit.

30. À expressão “pena adequada à culpabilidade” Tatjana Hörnle prefere a substituição pela expressão “pena adequada ao injusto e à culpabilidade”. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 70.

31. A autora utiliza a expressão de Horn.

32. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 68.

Uma racionalização do processo de individualização da pena, como se vê, não depende exclusivamente da elaboração de critérios claros relacionados com o injusto do fato, mas também de uma mudança na concepção da culpabilidade, que pode ser interpretada de formas distintas dependendo do filtro da finalidade da pena, bem como de seu papel na determinação da pena. A ênfase desse processo de fundamental importância para o acusado há de se voltar para a gravidade do fato, seja sob qual finalidade da pena se o entenda.

2.3 Os critérios subjetivos e sua relação com a função de prevenção especial positiva da pena

Com essas bases, cumpre fazer uma breve menção ao papel que os critérios subjetivos devem exercer para a determinação da medida da pena.

De acordo com Martín Besio Hernández, em todos os modelos dogmáticos espanhóis, a prevenção especial é um fim do Direito Penal que incide na individualização da pena e, portanto, constitui fator final de medição da sanção.

Segundo afirma, em todos esses modelos verifica-se a exigência de proporcionalidade entre a pena e a gravidade do fato, imposição que é erigida a critério limitador de exigências de corte preventivo que pretendam impor uma quantia de pena superior ao limite máximo marcado pela proporcionalidade com a gravidade do fato.³³

De outro lado, também se aceita que, no momento de quantificação da pena específica a impor, sua magnitude pode ser reduzida abaixo do limite mínimo demarcado e exigido pelo parâmetro da proporcionalidade com a gravidade do fato, em função da adequação desta aos critérios político-criminais de prevenção especial.

Ainda de acordo com Martín Besio, sustenta-se majoritariamente que a proporcionalidade com a gravidade do fato impõe um limite máximo aos interesses de prevenção especial. Assim, entre esse intervalo de pena são os critérios de prevenção especial, ou seja, aqueles critérios de caráter subjetivo relacionados ao agente, que irão decidir, quase que exclusivamente, a quantia concreta de sanção.³⁴

Em síntese, assentada a premissa de que a fixação da pena deve efetuar-se, primeiramente, com base na gravidade do fato, o processo de individualização da pena irá operar-se, finalmente, por meio da consideração de elementos relacionados à prevenção especial positiva, respeitando-se o limite máximo fixado pela proporcionalidade com a gravidade do fato e com vistas ao fim de não dessocialização do agente.

33. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 135.

34. Idem, ibidem, loc. cit.

Para tanto, os elementos de caráter subjetivo relacionados ao autor, elencados na lei, irão adquirir o caráter funcional de justificar a diminuição da quantidade da sanção, ou a substituição da pena privativa de liberdade, sob a base de uma menor necessidade preventivo-especial da pena.³⁵

Conclui-se, dessa maneira, que os critérios subjetivos, tais como os motivos do agente para a prática do crime, não obstante sejam erigidos como critérios geralmente aceitos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, não podem ser valorados em prejuízo do acusado, operando como agravante da pena: tal manejo afigura-se ilícito sob a ótica de um modelo de Estado liberal que renuncia à sanção de foro interno dos indivíduos e só admite a imposição de uma pena sobre a base da conduta externa que ele executa:

“As razões pelas quais um sujeito comete um delito resultam irrelevantes para fundamentar a pena ou sua agravação em um Direito Penal garantista que não assume como função a educação dos cidadãos por meio da força”.³⁶

É nesse mesmo sentido o posicionamento de Patricia S. Ziffer:

“O princípio da legalidade, enquanto garante a previsibilidade da reação estatal, pressupõe que só se tomem em conta fatores que surjam de uma valoração coerente de normas jurídicas. Com isso ficariam de fora, por exemplo, as considerações morais acerca dos motivos do autor. Na verdade, a eliminação de valorações morais parece ser a solução mais adequada também a respeito do princípio do fato”.³⁷

Diante disso é possível afirmar que, o só fato de a lei prescrever dentre as circunstâncias judiciais a análise dos motivos do crime não deve servir de objeção à recusa do magistrado em promover uma duvidosa ingerência na esfera íntima do autor.³⁸

35. Idem, p. 205. No mesmo sentido, entre nós, o posicionamento de Juarez Tavares: “Uma vez reconhecida a culpabilidade em sua completude, tem-se que o injusto foi integralmente realizado e que, portanto, a pena não poderá ser superior ao que resulte da avaliação nele refutada (...) Em qualquer caso, elementos subjetivos relacionados ao autor só podem ser invocados em seu prejuízo se tiverem influenciado, previamente, o desvalor da ação. Todos os demais fatores – como as circunstâncias contidas no art. 59 do CP – só devem ser usados em favor do autor. Fatores morais ou outros relacionados à suposta má conduta do autor são estranhos ao processo de individualização e devem, desse modo, ficar de fora de qualquer avaliação”. Op. cit., p. 135.

36. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 350.

37. ZIFFER, Patricia S. Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena, p. 59.

38. Tal como se observa com relação à personalidade do agente, muitas vezes recusada pelo magistrado como circunstância legítima para fixação da pena, seja porque não aferível dos dados do processo, seja porque símbolo de um Direito Penal de Autor. Nesse sentido, há precedentes do STJ: “É lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal

Há quem negue qualquer papel aos elementos de ordem subjetiva na medição da pena. Para José Peralta, uma teoria da pena coerente com uma teoria liberal do delito não permite considerar relevante para a dosimetria nenhum elemento subjetivo que transcenda o aspecto cognitivo, em especial, os motivos do agente. Afinal, se para a configuração do tipo penal a motivação do autor ou sua intimidade não exerce qualquer papel, com muito mais razão não podem exercer para a mensuração da sanção:

“Um Direito Penal orientado à proteção de bens jurídicos que baseia sua proteção na importância do bem e no grau de probabilidade de afetação deve chegar ao rechaço da justificação da relevância dos motivos ou à intenção inclusive na graduação do castigo. Essa é a única forma de não censurar ditos fatores por si mesmos”.³⁹

Em conclusão, entende-se que os critérios ou elementos subjetivos devem servir tão somente para orientar o magistrado, dentro do marco da pena proporcional ao delito – após sopesados os critérios da culpabilidade e da gravidade do injusto – com o objetivo de determinar a pena mais adequada às condições pessoais, evitando-se, o quanto possível, o encarceramento, em busca de uma pena mais humana.

Devem referir-se, mais precisamente, a fatores pessoais que possam indicar a quantidade ou a forma de cumprimento de pena que seja mais adequada às suas condições econômicas, profissionais, familiares e pessoais, e não como elementos de aferição da culpabilidade ou suporte para uma mera resposta à atitude interior do autor.

3. ANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA APLICADA AOS MEMBROS DO “NÚCLEO POLÍTICO” NO JULGAMENTO DA APn 470 (STF)

Segundo a acusação formulada pela Procuradoria Geral da República, o denominado “núcleo político” formado pelos réus José de Oliveira Dirceu, José Genoíno e Delúbio Soares teria como objetivo garantir a continuidade do projeto do partido dos Trabalhadores, mediante a compra de suporte político de outros partidos políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais.⁴⁰

de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador (que, de regra, não é psiquiatra e nem psicólogo – não sendo, portanto, *expert*) possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanejar o aumento da pena-base” (STJ, HC 136.685/RS, 5.^a T. J. 17.09.2009, rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 07.12.2009).

39. PERALTA, José. Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena, p. 274.

40. Segundo informação nos autos, durante as eleições do ano de 2002 o réu José Dirceu era Presidente do PT e coordenador de campanha. Delúbio Soares era tesoureiro do partido.

Em dezembro de 2002, o denominado “núcleo publicitário”, segundo a acusação, teria se aproximado do “núcleo central” acima referido com o fim de pôr em prática o suposto plano de corrupção de parlamentares da então base aliada do Governo Federal. Assim, os membros do denominado “núcleo político”, com o objetivo de “permanecerem por longos anos no poder”, teriam optado por utilizar mecanismos criminosos oferecidos pelos réus dos núcleos publicitário e financeiro.

Em breve síntese, teriam sido os responsáveis por organizar uma quadrilha voltada para a compra de apoio político, através dos votos de parlamentares e, por esses fatos, respondem pelos crimes de corrupção ativa (art. 333 do CP) e formação de quadrilha (art. 288 do CP).

A José Dirceu a denúncia aponta o papel de organizador e mandante dos crimes de corrupção ativa, além de principal articulador da suposta quadrilha. Delúbio Soares, exercendo a função de tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, segundo a acusação, ocuparia a função de executor direto das ordens de José Dirceu, responsabilizando-se, ao lado de Marcos Valério, pelos contatos com parlamentares e pela operacionalização dos pagamentos. José Genoíno teria a função de negociação de valores com alguns parlamentares acusados na mesma ação penal, além de ter assinado empréstimos simulados, em nome do Partido dos Trabalhadores, que não seriam pagos, junto ao Banco Rural e ao Banco BGM, tendo por avalista o corréu Marcos Valério.

Ainda segundo a acusação, o réu Marcos Valério compunha, juntamente com os corréus Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Rogério Tolentino o denominado “núcleo publicitário” e supostamente detinha uma estrutura empresarial que seria utilizada como instrumento para a prática de crimes. Exercendo participação pessoal e direta nos fatos, Marcos Valério teria sido o responsável pelo repasse de quantias milionárias, inclusive de dinheiro em espécie, para a compra de parlamentares.

Marcos Valério teria confessado o repasse de 55 milhões de reais, a maior parte em espécie, para a compra de parlamentares indicados pelo corréu Delúbio Soares. Segundo a acusação, Marcos Valério possuiria a função central de elo entre todos os parlamentares e o Partido dos Trabalhadores. Seria o responsável, juntamente com Delúbio Soares, pelo contato com os parlamentares e a operacionalização dos pagamentos.

Por esses e outros fatos narrados na denúncia, Marcos Valério responde pela prática dos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do CP), corrupção ativa (art. 333 do CP), peculato (art. 312 do CP) e evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986).

José Genoíno assumiu a presidência do PT em 2003, com a renúncia de José Dirceu, em março de 2003.

3.1 As condenações: algumas considerações sobre a dosimetria das penas

As penas corporais aplicadas aos réus do denominado “núcleo político” restaram fixadas da seguinte forma:

Réu	Crime	Pena Base	Pena Final ⁴¹
José Dirceu	Quadrilha (art. 288, CP)	2 anos e 6 meses de reclusão	2 anos e 11 meses de reclusão ⁴¹
José Dirceu	Corrupção ativa (art. 333, CP)	4 anos e 1 mês de reclusão	7 anos e 11 meses de reclusão ⁴²
José Genoino	Quadrilha (art. 288, CP)	2 anos e 3 meses de reclusão	2 anos e 3 meses de reclusão
José Genoino	Corrupção ativa (art. 333, CP)	3 anos e 6 meses de reclusão	4 anos e 8 meses de reclusão ⁴³
Delúbio Soares	Quadrilha (art. 288, CP)	2 anos e 3 meses de reclusão	2 anos e 3 meses de reclusão
Delúbio Soares	Corrupção ativa (art. 333, CP)	4 anos de reclusão	6 anos e 8 meses de reclusão ⁴⁴

Considerados exclusivamente os elementos concretos do fato apontados no acórdão buscar-se-á responder aos seguintes questionamentos: as penas aplicadas aos ditos membros do “núcleo político” observaram o dever de proporcionalidade com os fatos imputados? Os elementos do fato concreto utilizados na fundamentação das penas base são elementos que se considera legítimos?

Para esse fim, é necessária uma comparação entre os fatos imputados a cada um desses corréus e suas penas, tomando-se como base os elementos do fato concreto utilizados na fundamentação da dosimetria.

Um primeiro aspecto que se revela por essa análise e que merece destaque é a discrepância entre as penas corporais aplicadas aos acusados José Dirceu e Delúbio Soares pelo crime de corrupção ativa.

Da narrativa dos fatos e da fundamentação das condenações extrai-se o papel fundamental atribuído ao corréu Delúbio Soares na concretização dos objetivos do grupo, qual seja, a negociação dos apoios e o pagamento dos parlamentares.

41. Aumento decorrente da aplicação da agravante prevista no art. 62, I, do CP.

42. Aumento decorrente da aplicação da agravante prevista no art. 62, I, do CP, aplicada em 1/6, e da continuidade delitiva, aplicada em 2/3.

43. Aumento decorrente da continuidade delitiva, aplicada em 1/3.

44. Aumento decorrente da continuidade delitiva, aplicada em 2/3.

Segundo afirma-se, a distribuição de pagamentos aos parlamentares corrompidos era realizada direta e pessoalmente por Delúbio Soares e Marcos Valério. Cabeeria a Delúbio, também, a função de indicar a Marcos Valério a quais parlamentares os pagamentos seriam feitos. A prova nesse sentido, apontada no voto do Ministro relator, foi contundente e contou com a própria confissão do acusado, embora tenha afirmado que os pagamentos teriam finalidades distintas daquelas apontadas pela denúncia.⁴⁵

O papel de Delúbio, de inegável importância na viabilização do suposto objetivo do grupo, apontado pela Acusação, teria restado bastante evidenciado nos autos. Segundo o próprio relator: “Dele partia o comando final acerca de (1) quem deveria receber os valores a serem pagos através da engenharia criminosa de Marcos Valério/Banco Rural; (2) os respectivos montantes; (3) o momento do pagamento/recebimento”.⁴⁶

A importância e intensidade desse papel foram especialmente ressaltadas no voto do eminente Ministro Ayres Britto:

“Ele encarna a figura de autor intelectual e autor material do crime a um só tempo. Ele muito concorreu para que uma trama inicialmente sistemática ou seja, contínua e metódica, se tornasse sistêmica – de sistemática a sistêmica. Vale dizer, penetrando nos recônditos, nos escaninhos do Poder e com um nível de capilaridade, que foi muito além da obtenção de recursos junto à iniciativa privada. Também ele muito concorreu para que uma trama inicialmente triangular, compreendendo núcleo político, núcleo financeiro e núcleo publicitário, se tornasse tentacular; verdadeiramente tentacular, a ponto de alcançar, para além de dois bancos iniciais, o Banco Rural e o o Banco de Minas Gerais – o Banco Mercantil de Pernambuco, o Banco do Espírito Santo, lá em Portugal, o Fundo Visanet, etc.; e o próprio núcleo publicitário, que manteve com ele, Delúbio Soares, uma relação ininterrupta durante dois anos e meios, também se espalhou para alcançar empresas de doleiros – para dizer o mínimo – incorporando as duas empresas iniciais de Marcos Valério, a DNA e a SMP&B, duas outras também de publicidade: a Gráfiti e a 2S. Então, realmente, o que era triangular se tornou tentacular; o que era sistemático se tornou sistêmico, com a forte e densa contribuição de Delúbio Soares enquanto dublê de operador inicial e de mentor ao mesmo tempo”.⁴⁷

45. O acórdão aponta a existência de depoimentos confirmando a relação entre Delúbio Soares e Marcos Valério, que “se reuniam por diversas vezes (...) para que este atuasse em favor do Governo Federal junto a parlamentos federais, como forma de reforçar a base aliada do Governo”. Sua participação também teria sido confirmada por alguns dos parlamentares beneficiados, apontados a f. 4680 do acórdão.

46. F. 4680 do acórdão.

47. F. 7329 do acórdão.

Não obstante a importância central da atuação de Delúbio Soares, reconhecida inúmeras vezes no julgamento da ação penal, a pena a ele aplicada resultou em patamar muito inferior à pena do corréu José Dirceu, o que acaba por revelar uma desproporcionalidade interna na dosimetria fixada a esses dois acusados.

Enquanto a pena definitiva fixada para Delúbio Soares foi de 6 anos e 8 meses de reclusão, a pena definitiva fixada a José Dirceu foi de 7 anos e 11 meses de reclusão – exatamente a mesma fixada para outra figura central, segundo a acusação, na consecução dos crimes sob análise: o corréu Marcos Valério.

A discrepância entre as penas finais deve-se, sobretudo, em razão da aplicação da agravante do art. 62, I, do CP.⁴⁸ No entanto, a proximidade entre as penas base inicialmente fixadas, quais sejam, 4 anos para o acusado Delúbio Soares e 4 e 1 mês para o réu José Dirceu revela-se igualmente ilegítima, considerados os elementos do fato concreto apontados no voto do relator, a revelar a participação criminosa desse réu.

José Dirceu foi responsabilizado, fundamentalmente, por ser suporte mandante dos crimes, atuando “nos bastidores” como articulador político junto aos parlamentares corrompidos, com força de determinar os rumos das votações realizadas no período.⁴⁹

No entanto, do que se extrai do v. acórdão, a prova para a própria condenação, é, por si, bastante questionável. Daí a ressalva do eminente relator: “A depender do contexto, poder-se-ia, de fato, atribuir o benefício da dúvida à defesa e afirmar que o acusado não sabia que os parlamentares vinham aceitando promessas de pagamento de Delúbio Soares e Marcos Valério, em nome do Partido dos Trabalhadores”.⁵⁰

Afirma-se que José Dirceu teria se reunido com presidentes de duas das instituições financeiras envolvidas no esquema de pagamentos, antes da tomada de empréstimos simulados por Marcos Valério e seus sócios, para repasse às pessoas indicadas por Delúbio Soares. A prova dessas reuniões, em todo o vasto acervo probatório, consistiria no depoimento da mulher de Marcos Valério, a testemunha Renilda Maria de Souza, prestado perante “a CPMI dos Correios”.⁵¹ Também afirma-se que José Dirceu teria *participado de reuniões* com as diretorias de bancos envolvidos no repasse de dinheiro, cuja prova estaria revelada pelo depoimento do corréu Delúbio Soares.⁵²

48. A aplicação da agravante prevista no art. 62, I, do CP elevou a pena base do acusado José Dirceu, fixada em 4 anos e 1 mês de reclusão, para 4 anos e 9 meses de reclusão.

49. Cf. f. 4617 do acórdão.

50. Loc. cit.

51. Cf. f. 4619.

52. O trecho destacado do depoimento de Delúbio Soares, no entanto, confirma a ocorrência de um única reunião na presença de José Dirceu e a presidente do Banco Rural, a corréu

Da mesma forma, afirma-se que José Dirceu teria confirmado ter participado de outras reuniões na Casa Civil, na presença de Marcos Valério e representantes dos Bancos BGM e Banco Rural.

Em razão dessas reuniões terem ocorrido na mesma época em que houve a formalização de empréstimos fraudulentos obtidos junto àquelas instituições, deduziu-se a responsabilidade de José Dirceu pela condução dessas tratativas:

“Assim, o aspecto temporal bem situa o encontro dos corréus José Dirceu, Delúbio Soares e Marcos Valério com o Presidente do BGM, às vésperas da concessão de um dos empréstimos que permitiram a vultosa movimentação financeira através da SMP&B a partir do princípio de 2003”.⁵³

O mesmo teria ocorrido com relação a um empréstimo concedido pelo Banco Rural àquela mesma empresa: José Dirceu teria participado de reuniões com os dirigentes daquela instituição, na Casa Civil, na presença de Marcos Valério.

A coincidência de datas entre essas reuniões e as assinaturas dos empréstimos com a votação da Reforma Tributária foi o preciso motivo que levou à responsabilização de José Dirceu, ocupante de alto cargo perante o Governo Federal, qual seja, de Ministro Chefe da Casa Civil, como articular e mentor de todos os demais envolvidos, a despeito da fragilidade dessas provas para uma condenação extreme de dúvidas:

“O contexto e o conjunto fático-probatório impedem a aceitação da alegação de completo desconhecimento dos fatos pelo réu José Dirceu e as afirmações feitas pelo acusado de que as reuniões por ele mantidas com Marcos Valério, Delúbio Soares, e os dirigentes dos bancos Rural e BGM teriam tratado, respectivamente, de ‘lavra de nóbio’ e da ‘liquidação do Banco Mercantil de Pernambuco’. O momento trazia fatos de muito maior importância e impacto no governo – distribuição de dinheiro a parlamentares da base aliada – com atuação exatamente dessas personagens”.⁵⁴

Essa fragilidade probatória fica evidente também na fundamentação do acórdão para a fixação das penas.⁵⁵

Katia Rebello, já que a outra reunião por ele relatada teria ocorrido quando José Dirceu ainda era deputado federal, e não Chefe da Casa Civil, portanto, em época diversa dos fatos narrados na denúncia, cf. f. 4620 do acórdão. Não obstante, o acórdão afirma que “Delúbio Soares, que não tinha qualquer função no governo, participou de reuniões mantidas entre o réu José Dirceu e as pessoas que se desincumbiram de propiciar as condições necessárias à distribuição dissimulada de recursos a parlamentares” (f. 4621 do acórdão, destaques nossos).

53. Cf. f. 4624 do acórdão.

54. Cf. f. 4629 do acórdão.

55. Também na individualização da pena ao réu José Dirceu pela prática do crime de quadrilha, percebe-se a mesma escassez probatória, não obstante a severidade do apenamento. Para fundamentar um incremento da culpabilidade pela prática desse delito, utilizou-se

Como dito inicialmente, a culpabilidade na medida da pena difere de seu papel de atribuição do injusto ao agente. Para a medida da pena, a culpabilidade deve ser entendida como uma referência ao grau de intensidade de envolvimento pessoal do agente com o *injusto praticado* (o que se pode traduzir como *injusto provado* para fins de concreção da fixação da pena), motivo pelo qual, como já se afirmou, a expressão poderia ser substituída, sem prejuízos, pela expressão “gravidade do fato”.⁵⁶

A gravidade do fato praticado pelo agente é o que importará para a determinação da medida da pena segundo o viés proporcionalista e, inevitavelmente, essa gravidade (de ação e de resultado) revelar-se-á da prova contida nos autos, mas nunca de suposições ou deduções do julgador.

O que se verifica, ao contrário, dos fundamentos da condenação e da dosimetria no acórdão em questão é, em última análise, que a culpabilidade de José Dirceu foi deduzida (a) das circunstâncias fáticas a respeito de fatos criminosos de terceiros⁵⁷ e (b) da importância do cargo por ele ocupado à época, qual seja, de Presidente do Partido dos Trabalhadores até março de 2003 e de Ministro Chefe da Casa Civil.⁵⁸

como elementos do fato concreto a menção a telefonemas que teriam sido dirigidos ao acusado, fato que reforçaria, segundo afirma-se, a importância de sua posição de mando e proeminência: “(...) para a consecução de seus objetivos ilícitos, valeu-se das suas posições de mando e proeminência, tanto no Partido dos Trabalhadores, quanto no Governo Federal, no qual ocupava o estratégico cargo de Ministro-chefe da Casa Civil na Presidência da República (...) Dela são expressões mais eloquentes os telefonemas que lhe eram dirigidos no curso das reuniões com os dirigentes de outros partidos, nas busca do seu ‘de acordo’ para as decisões mais importantes concernentes ao apoio político no Congresso, ou ainda a expressão ‘bater o martelo’, que Roberto Jefferson utilizou, referindo a José Dirceu, como signo de ‘palavra final’” (cf. f. 6289 do acórdão).

56. Cf. HORNLE, Tatjana. Op. cit., p. 46.

57. Em última instância, a responsabilidade pelos fatos foi deduzida da participação do réu em reuniões na presença de dirigentes de bancos e por manter contato com Delúbio Soares e Marcos Valério, contra os quais se colheram provas contundentes de participação nos fatos criminosos, para além das próprias confissões. Acrescente-se a esses fatos, as menções a supostos benefícios que teriam sido conferidos à ex-mulher de José Dirceu pelas diretorias do Banco Rural, do Banco BGM e por Rogério Tolentino (nesse sentido, cf. f. 4664-4670 do acórdão) bem como as referências aos depoimentos de Roberto Jefferson e Emerson Palmieri. Segundo esse último corréu, José Dirceu nunca esteve presente a qualquer reunião em que tratou de pagamentos pelo Partido dos Trabalhadores, porém, “(...)o que a gente sempre sentiu é que depois de todas as conversas sempre havia uma ligação do Delúbio ou do Genoíno para o Deputado José Dirceu. É o que eles diziam: ‘Vou ligar para o Ministro José Dirceu’” (cf. f. 5780). A esses telefonemas, o ministro relator conferiu o caráter comprobatório da existência de uma relação de hierarquia e subordinação entre o ex-chefe da Casa Civil e os demais membros do chamado “núcleo político” (cf. f. 5781 do acórdão).

58. A relevância de sua ocupação também foi considerada na dosimetria como fator de aumento de pena – a nosso ver, também de forma ilegítima e inapropriada – na análise das *consequências do crime*: “Não se deve esquecer que o acusado José Dirceu era detentor, se não

É nesse exato sentido a fundamentação contida no voto do relator:

“A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é extremamente elevada, neste caso, uma vez que José Dirceu participou ativamente do crime de corrupção ativa. Na elevada função de Ministro-Chefe da Casa Civil, o réu José Dirceu manteve estreita e intensa proximidade com os acusados que se responsabilizaram pela distribuição da propina; os réus Delúbio Soares e Marcos Valério. Coube a José Dirceu selecionar quem seriam os alvos do oferecimento da propina (...). Simultaneamente, o réu José Dirceu realizou reuniões também com esses parlamentares corrompidos e, para viabilizar seu apoio, direcionou-os aos acusados Marcos Valério e Delúbio Soares, que deveriam beneficiá-los com os pagamentos milionários.

Além disso, José Dirceu também promoveu reuniões com os representantes das instituições financeiras que, no período dos encontros, injetaram milhões de reais no esquema de pagamento de propina. Essas mesmas instituições, por sua vez, beneficiaram sua ex-esposa, no curso da prática criminosa agora em julgamento”.⁵⁹

Constatam-se duas importantes impropriedades:

Em primeiro lugar, o manejo da “culpabilidade” para fim de medida da pena mostra-se inapropriada, na medida em que foi entendida como sinônimo de reprovabilidade⁶⁰ e essa veio exclusivamente fundamentada na *importância do cargo ocupado* pelo acusado, à época dos fatos. Sob essa justificativa, apenou-se mais gravemente.⁶¹

do mais antigo, de uma das mais relevantes funções da estrutura governamental brasileira. Em poucas palavras, dele era a incumbência de dar impulso às relações harmônicas entre os poderes do Estado. Porém, conspurcando sua relevante função, o acusado utilizou-se de seu gabinete oficial na Casa Civil da Presidência da República como um dos locais onde ocorreu a prática delitiva, ali tomando decisões-chave para o sucesso do empreendimento criminoso e, concomitantemente, servindo-se do aparelho público para ocultar a prática de delitos, o que por si só, torna as condutas ainda mais lesivas ao bem jurídico protegido, que é a Administração Público” (cf. f. 6294). O aumento de pena sob essa justificativa afigura-se ilegítimo, pois a mera utilização do gabinete da Casa Civil, ao contrário do que se argumenta, não agravou em nada a alegada lesão ao bem jurídico, mesmo porque, a Administração Pública não se circunscreve a um determinado local físico, na medida já que é mera ficção jurídica. Afigura-se inapropriada, de outro lado, porquanto a função pública exercida pelo réu não pode ser manejada como fator de incremento de pena, sobretudo na esfera das consequência do crime, campo onde deve ser sopesada gravidade dos danos e o resultado lesivo da conduta ao bem jurídico tutelado pela lei.

59. Cf. f. 6291-6292.

60. A culpabilidade fundada na reprovabilidade não pode servir como critério de medição da pena, sobretudo por não ser empiricamente aferível, nem passível de graduação.

61. A relevância da função ocupada no governo também foi o fundamento para incrementar a reprovabilidade da conduta do corréu José Genoíno, considerada “culpabilidade altamente

Em segundo lugar, constata-se uma injustificável dissonância entre as penas fixadas para o acusado Delúbio Soares, tido como executor imediato dos pagamentos aos parlamentares corrompidos, cuja importância já se analisou inicialmente, e a fixada ao corréu José Dirceu. A gravidade da ação praticada por cada um deles, segundo a narrativa do acórdão, revela uma diferença abismal que não permite a equivalência das penas-base (quatro anos para Delúbio Soares e quatro anos e um mês para José Dirceu pela prática do crime do art. 333 do CP).

Com isso, frustrou-se o dever de obediência ao princípio da isonomia, lembrado pelo eminente Min. Ricardo Lewandowski no julgamento, fundamental para evitar que se chegue a “penas dissonantes com relação a réus que se encontram na mesma situação”:

“É preciso considerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, insitos na Constituição, sobretudo porque decorrem do devido processo legal substantivo e não o formal. É preciso levar em conta todos esses fatores, penso eu, para fazermos justiça ao caso concreto”.⁶²

O raciocínio do Ministro aplica-se também em sentido contrário: ao se deixar de observar o princípio da isonomia, corre-se o risco de apenar de forma idêntica réus que se encontram em situações absolutamente distintas.

É exatamente o que se observa também com relação às penas fixadas para o crime de corrupção ativa ao réu Marcos Valério, em comparação com as penas fixadas a José Dirceu. A pena base aplicada a ambos pela prática do crime de corrupção ativa foi fixada em 4 anos e 1 mês de reclusão. As penas finais também coincidem: ambas foram fixadas em 7 anos e 11 meses.

Não obstante a igualdade na medida das penas, a fundamentação da condenação de Marcos Valério revela muito maior intensidade de participação desse acusado em todas as diversas fases do processo tratado na ação penal: desde a articulação de tratativas para a compra de apoio, passando pela disponibilização do esquema

reprovável”: “A culpabilidade entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, do acusado José Genoíno, é menos intensa do que a do corréu José Dirceu, mas também se apresenta elevada, uma vez que José Genoíno, na condição de presidente de um partido político importante, então recém-ganhador das eleições presidenciais em nosso país, tal como demonstrado no voto por mim proferido sobre o capítulo 6 da denúncia, ocupou-se diretamente da negociação de valores com os parlamentares Pedro Corrêa, Pedro Henry e Roberto Jefferson, em troca do apoio dos correligionários desses parlamentares aos projetos de interesse do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados. Não se tratou de um crime de corrupção comum, mas de uma ação voltada à conspurcação do sistema representativo e tendente a ampliar, criminosamente, o poder de dominação do partido à época presidido pelo réu José Genoíno. Assim, a conduta merece reprovação maior do que a reprimenda mínima” (cf. f. 6299 do acórdão).

62. Cf. f. 7937 do acórdão.

empresarial e financeiro até a liberação do dinheiro e, por fim, o pagamento dos parlamentares corrompidos.⁶³

A fundamentação da dosimetria faz referências a essa intensa participação de Marcos Valério:

“A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é bastante elevada, uma vez que Marcos Valério, em atuação direta junto a José Dirceu, José Genoíno e Delúbio Soares, ocupou-se diretamente da distribuição de valores para todos os parlamentares corrompidos e da disponibilização de milhões de reais em espécie nas datas e locais combinados, como demonstrado ao longo do voto e nos depoimentos dos próprios parlamentares beneficiados.

Não se tratou de um crime de corrupção ativa comum, mas voltado à conspurcação do sistema representativo e tendente a ampliar, criminosamente, o poder do partido à época no poder, tendo o réu Marcos Valério aderido intensamente à empreitada criminosa, voltada à compra do apoio político na Câmara dos Deputados.

O réu Marcos Valério participou de reuniões na Casa Civil, com o réu José Dirceu, que planejou e organizou a prática criminosa, e manteve intensa atuação durante todo o curso do plano criminoso, ao lado do corréu Delúbio Soares.

Vale salientar que, por atuação de Marcos Valério, que contou com a colaboração dos demais corréus do núcleo publicitário, os milionários empréstimos fraudulentos obtidos junto ao Banco Rural e ao Banco BMG puderam ser distribuídos aos Deputados Federais escolhidos por José Dirceu.

Assim, a conduta de Marcos Valério foi extremamente reprovável, devendo a pena ser exacerbada com base em sua intensa culpabilidade”.⁶⁴

Essa intensa atuação também veio apontada na fundamentação da dosimetria na análise das circunstâncias do crime:

“No caso, Marcos Valério utilizou-se de sua estrutura empresarial para funcionar como grande central de distribuição de recursos em espécie para Deputados Federais, logrando distribuir, com eficiência recursos milionários aos parlamentares (...)”.⁶⁵

Desse modo, a pena aplicada ao acusado José Dirceu mostra-se dissonante quando comparada às penas aplicadas aos executores diretos Delúbio Soares e José Dirceu. Da mesma forma, mostra-se desproporcional com relação à própria gravidade

63. Tão ampla foi sua participação nos diversos fatos narrados na ação penal que foi condenado também pela prática de peculato, formação de quadrilha, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, além de outros crimes de corrupção ativa.

64. Cf. f. 6330-6331 do acórdão.

65. Cf. f. 6332. Ressalte-se que o próprio acusado confessou a distribuição de exorbitantes quantias em dinheiro a parlamentares.

do injusto de ação, considerados os elementos do fato concreto que serviram de fundamento para sua responsabilidade pelo crime de corrupção ativa.

No que se refere aos critérios subjetivos considerados na dosimetria das penas, a “personalidade” e a “conduta social” dos acusados não foram objeto de análise, seja por estarem ausentes dados concretos a seu respeito, seja porque “não permitem um juízo negativo que conduza à elevação da pena base”.⁶⁶ Não obstante, os “motivos” foram manejados como fundamento de aumento da pena pela prática dos crimes imputados a todos esses acusados, com idêntica fundamentação.⁶⁷

Vejam-se, abaixo, os trechos destacados do voto vencedor, referentes à aplicação dessa circunstância judicial a cada um dos acusados com relação ao crime de corrupção ativa:⁶⁸

José Dirceu: “Os motivos que conduziram à prática dos crimes de corrupção ativa são extremamente graves. Os fatos e provas extraídos dos autos revelam que o crime foi praticado porque o Governo Federal não tinha maioria na Câmara dos Deputados. Diante dessa dificuldade, o réu José Dirceu precisava construir uma base de sustentação no Parlamento, porém o fez por meio da compra dos votos de Presidentes e líderes de legendas de porte médio, em favor dos projetos do interesse do Governo. São motivos que violam abertamente os mais caros e importantes princípios sobre os quais se apoia o edifício republicano nacional, que minam as próprias bases da sociedade livre, plúrima e democrática, o que todos nós, brasileiros, desejamos construir”.⁶⁹

José Genoíno: “Os motivos do crime de corrupção ativa são extremamente graves. Os fatos e provas dos revelam que o crime foi praticado porque o Governo controlado pelo partido presidido por José Genoíno não tinha maioria na Câmara dos Deputados e, diante disso, o réu aderiu à empreitada criminosa planejada e controlada pelo acusado José Dirceu para dominar o poder político, comprando os votos de legendas em favor de projetos de interesse de seu partido. São motivos que

66. Com relação a todos os réus do “núcleo político”, para os crimes de quadrilha e de corrupção ativa.

67. Outras circunstâncias judiciais foram analisadas, com relação a cada acusado, mediante fundamentações idênticas. Esse recurso, a nosso ver, põe em risco a própria natureza personalíssima da individualização judicial da pena, processo que deve fazer referência a elementos objetivos e subjetivos relacionados ao próprio agente, segundo seu grau de participação no crime.

68. Também na dosimetria das penas pelo crime de quadrilha, utilizou-se idêntica fundamentação na análise dos “motivos” para os três réus: “O motivo do crime, em última análise, foi o objetivo de viabilizar o esquema criminoso de desvio de recursos públicos, bem como a compra de apoio político, pagamento de dívidas eleitorais passadas e financiamento de futuras campanhas daqueles que integravam o esquema” (cf. f. 6289, 6297 e 6304).

69. Cf. f. 6292 do acórdão.

violam abertamente os mais caros e importante princípios sobre os quais se apoia o edifício republicano Nacional, que minam as próprias bases da sociedade livre, plúrima e democrática, o que todos nós, brasileiros, desejamos construir”.⁷⁰

Delúbio Soares: “Os motivos do crime de corrupção ativa são extremamente graves. Os fatos e provas revelam que o crime foi praticado porque o Governo controlado pelo partido do réu Delúbio Soares não tinha maioria na Câmara dos Deputados e, diante disso, o réu aderiu à empreitada criminosa comandada pelo acusado José Dirceu para dominar o poder político, comprando o apoio de outras legendas na Câmara dos Deputados que, assim, foram ‘alugadas’ pelo Partido dos Trabalhadores para os propósitos reprováveis constatados ao longo desta ação penal. São motivos que violam abertamente os mais caros e importantes princípios sobre os quais se apoia o edifício republicano nacional; que minam as próprias bases da sociedade livre, plúrima e democrática, que todos nós, brasileiros, desejamos construir”.⁷¹

Não há qualquer dúvida de que a motivação do agente é um critério de *natureza subjetiva* e, portanto, será sempre *pessoal*. Não obstante isso, o voto do relator utilizou idêntica fundamentação para apontar a motivação de cada um dos réus, mediante uma fórmula pré-estabelecida, replicada igualmente a todos. Exatamente por se tratarem de *critérios subjetivos* não podem atender a uma moldura genérica prévia, a qual se fundamenta, sobretudo, na suposta violação de uma gama de valores sociais, democráticos e republicanos, reflexo de uma ética particular do julgador.⁷²

De qualquer maneira, ainda que se pudesse admitir o manejo de critérios subjetivos com a finalidade de agravar a pena, o fato é que os motivos do agente também devem ser colhidos dos elementos concretos do fato, conseqüentemente, da prova colhida e submetida ao contraditório. Por essa razão, a simples afirmação no sentido de que “os fatos e provas dos autos” revelam o motivo do agente tampouco parece idônea, pois não atende ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

4. CONCLUSÕES

No momento da determinação judicial da pena impõe-se uma orientação retrospectiva ao fato em busca de uma pena que com ele guarde uma irrecusável relação de proporcionalidade.

70. Cf. f. 6300 do acórdão.

71. Cf. f. 6307 do acórdão.

72. É bem possível que a prova revelasse, por exemplo, que a motivação de cada um dos acusados para a prática dos crimes imputados tinha como razão um determinado valor ético e pessoal absolutamente distinto daquele apontado na fundamentação que, no caso, foi alegada violação dos princípios democráticos, sociais e republicanos.

Nesse processo devem estar excluídos todos aqueles elementos que não se relacionem com o injusto culpável e com o agente.

De outro lado, a culpabilidade, juízo de imputação do fato ao agente, não exerce qualquer função como critério de medição da pena. Consequentemente, o juízo de reprovabilidade que se faz sobre o autor tampouco encontra ressonância nesse âmbito pois, ao contrário do injusto penal e sua gravidade, não é graduável.

A gravidade do fato será o limite máximo para a medida pena e não poderá ser excedido nem por razões de prevenção geral, pois já consideradas no marco penal fixado pela lei, nem por razões de prevenção especial, pois são ilegítimas para justificar um aumento de pena nos limites de um Direito Penal do fato. Por essa razão, os critérios subjetivos relacionados ao agente não poderão ser valorados em seu prejuízo, já que não se admite, em um Estado Democrático de Direito, qualquer espécie de sanção que se volte contra a intimidade dos cidadãos.

Diante dessas considerações e do que se expôs inicialmente, é possível afirmar que o processo de dosimetria de penas aqui analisado não atendeu a nenhuma dessas orientações.

Em primeiro lugar, os fundamentos utilizados na individualização da pena base aplicada ao acusado José Dirceu pela prática do crime de corrupção ativa mostraram-se ilegítimos, sobretudo porque a culpabilidade foi considerada “extremamente elevada” em razão de ocupar a “elevada função” de Ministro-Chefe da Casa Civil. O mesmo é possível afirmar com relação à fundamentação utilizada para a dosimetria da pena base aplicada ao corréu José Genoíno pelo mesmo crime, cuja culpabilidade foi considerada elevada em razão de ocupar o cargo de presidente do Partido dos Trabalhadores.

Da mesma forma, os elementos do fato concreto utilizados para a responsabilização de José Dirceu não se afiguram legítimos como critérios de aferição da gravidade do fato: sua controvertida *presença em reuniões*, os benefícios que se afirma terem sido concedidos à sua ex-mulher e seu suposto poder de mando – fato que se considerou ter sido revelado da referência a *telefonemas* que lhe teriam sido dirigidos – são elementos que, além de frágeis, não revelam gravidade que justifique a aplicação da maior sanção fixada a todos os membros do “núcleo político”, tampouco explicam a pena final de 7 anos e 11 meses de reclusão (mesma quantidade de pena aplicada ao personagem de maior importância para a consecução dos fatos narrados pela acusação, o publicitário Marcos Valério).

Essa constatação ganha melhor ilustração quando comparadas as penas aplicadas a José Dirceu com as penas aplicadas ao corréu Delúbio Soares, executor direto das compras de parlamentares, cujo papel no esquema descrito pela acusação era equiparado ao de Marcos Valério.

De outro lado, a valoração dos motivos para a prática criminoso, da mesma forma, mostra-se ilegítima, seja porque não se admite um incremento de pena com

fundamento em critérios subjetivos relacionados ao agente, seja porque a própria motivação indicada no voto do relator parece meramente deduzida. A falta de uma fundamentação adequada e da indicação dos elementos do fato que, de fato, demonstrem o motivo indicado na fixação da pena não é admissível. Os motivos do agente não podem ser deduzidos e, principalmente, não podem ser valorados segundo a ética pessoal de quem julga.⁷³

Há outros aspectos de interesse a respeito da medida das penas, no presente caso, que igualmente poderiam ser objeto de análise, no entanto, que nos parecem de menor relevância.

Para os limites desse trabalho, o que nos pareceu de maior importância destacar foi como o processo de individualização judicial da pena – momento de crucial importância para o acusado – realizado em um caso de singular interesse público nacional, apresentou sérias impropriedades as quais, contudo, não nos são desconhecidas, tampouco destoam da prática de nossos tribunais ou da nossa tradicional doutrina jurídico-penal, que ainda caminha em passos tímidos rumo à elaboração de uma teoria da determinação da pena que possa conferir maior racionalidade a esse importante processo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal español de 1995. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. vol. 50, único. p. 323-362. Madrid: Ministerio de Justicia, jan.-dez. 1997.

_____. Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena. *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o modelo de determinação da medida da pena. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Notáveis do direito penal: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*. Brasília: Consulex, 2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 15.04.2012.

73. Nesse sentido, a observação de José Peralta: “Jescheck considera, inclusive que não é possível segundo o direito vigente deixar de considerar parâmetros éticos ao individualizar a pena. Isso pareceria dificilmente harmonizável com o rechaço ao direito penal de ânimo. Não se trata aqui daquilo que, em última instância, pudesse considerar-se dentro da esfera de intimidade do autor, senão de determinar sobre que base é possível a ingerência nessa esfera, ou se a mera referência legal que impõe ao juiz valorar, ao momento de graduar a pena, por exemplo, os motivos do autor, faz com que isso sempre seja possível (...). Com efeito, parece difícil poder graduar a pena escapando de toda valoração moral, mas tampouco parece possível permitir que o juiz, sob pretexto de um âmbito discricional, possa introduzir suas próprias pautas éticas”. Op. cit., p. 59-60.

- HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: Di Placido, 2003.
- MARTINSON, Robert. What works? – questions and answers about prison reform. Disponível em: [www.nationalaffairs.com/public_interest/detail/what-works-questions-and-answers-about-prison-reform]. Acesso em: 17.07.2012.
- PERALTA, José. Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. 63. Madrid, p. 251-276. 2010.
- ROXIN, Claus. Prevención y determinación de la pena. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. vol. 3. fasc. 9/12. p. 239-263. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. Disponível em: [www.indret.com/pdf/426_es.pdf]. Acesso em: 05.05.2011.
- TAVAREZ, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs.). *Cem anos de reprovação. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZIFFER, Patricia S. Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena. *Derecho Penal y Criminología*. vol. 15. n. 51. p. 44-65. Santa Fé: Universidad Externado de Colombia, set.-dez. 1993.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Lei de Improbidade e a dosimetria de suas sanções, de Emerson Garcia – *RBCCrim* 58/29 (DTR\2011\1768);
- Dosimetria da pena, de Nelson Ferraz – *RT* 680/318 (DTR\1992\175);
- Individualização da pena: alguns apontamentos sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de César Eduardo Lavoura Romão – *RIASP* 21/66 (DTR\2008\112);
- O direito brasileiro atravessado pelo julgamento do mensalão: do "livre convencimento" aos dilemas da continuidade do positivismo, de Lenio Luiz Streck – *RT* 933/297 (DTR\2013\3785);
- O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no caso mensalão, de Guilherme de Souza Nucci – *RT* 933/221 (DTR\2013\3784); e
- Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG, de Alamiro Velludo Salvador Netto – *RT* 933/47 (DTR\2013\3795).