

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



IBCCRIM

EDITORIAL:

EM DEFESA DA LEGALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL: APOIO DO IBCCRIM AO MAGISTRADO DE CONTAGEM/MG

O *Boletim do IBCCRIM*, no editorial de novembro de 2005, denunciou projeto de desjurisdicionalização da execução da pena, jurisdicionalização que foi uma das conquistas da reforma penal de 1984. Naquele editorial, realçou que *“depois de estremecidas as idéias de individualização e de progressividade, voltam-se os olhos, agora, para privar não os juízes e os processos judiciais da execução penal, mas, bem inversamente, para privar a execução penal dos juízes e dos processos”*.

Em realidade, face ao triste quadro deflagrado a partir da edição da Lei nº 10.792/03 que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o Instituto vem apontando o gradual processo de reinstitucionalização do sistema administrativo na fase final da persecução penal, cuja marca inquisitiva obsta o alcance mínimo dos direitos e garantias fundamentais.

A par de suas posições institucionais divulgadas pelos canais próprios, o **IBCCRIM** entende que a luta pelos direitos e garantias fundamentais deve configurar a ação cotidiana dos operadores do Direito comprometidos com a Constituição. Para além da denúncia, a assunção dos princípios garantidores deve forjar uma nova ética que possibilite transformar a crise em crítica, o ideal em ação.

Dessa forma é que foi recebida, com entusiasmo, a notícia de que o magistrado **Livingshton José Machado**, da Vara de Execuções Penais de Contagem, Minas Gerais, em corajoso ato, determinou a soltura dos presos que se encontravam recolhidos em condições desumanas na 1ª e 2ª Delegacias de Polícia daquela Comarca.

Importante frisar que, segundo os demais juízes de Contagem em recente Carta Aberta às comunidades nacionais, na qual manifestam seu apoio ao juiz das Execuções Penais, a situação carcerária do município — como é a regra no País, lembre-se — é lamentável, não apenas do ponto de vista da superpopulação, mas igualmente das péssimas condições físicas e de higiene das cadeias públicas. Para que se possa dimensionar a gravidade da situação, na 2ª Delegacia encontravam-se presas 113 pessoas, em local projetado só para 16. A referida Carta também informa que o Ministério Público Estadual, após representar ao magistrado e à Corregedoria de Presídios

visando a interdição dos distritos policiais de Contagem, ajuizou ação civil pública com intuito de adequar minimamente o sistema carcerário local à Lei de Execuções Penais, tendo acostado laudo da Vigilância Sanitária da Comarca que acusa a presença, nos cárceres, de doenças infecto-contagiosas a colocar em risco os detidos — *v.g.*, lepra, hepatite B, tuberculose, entre outras. Em razão disso, iniciou-se a formulação de um acordo objetivando a construção de centros prisionais mediante recursos alocados pelo Município de Contagem e pela União. Apresentada, porém, a minuta do ajuste, o Governo do Estado recusou-se a assiná-la.

Em suma: a decisão do magistrado não foi irresponsável e precipitada, mas sim revelou-se como a única saída possível para um processo — não obstante longo e infrutífero — de prévia negociação administrativo-judicial, tendente à minimização dos efeitos degradantes do sistema prisional daquela comarca.

Contudo, é de se estranhar a postura do Poder Judiciário mineiro diante do ocorrido: em vez de explorar as peculiaridades do caso para a cobrança de uma postura política séria de parte dos Poderes Executivos Estadual e Federal, optou, arbitrariamente, pela abertura de procedimento administrativo contra o magistrado que, de maneira legítima, havia feito valer o texto constitucional (art. 5º, incs. XLVII, “e”, e XLVI da CF/88). Nunca é demais lembrar que a 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, há muito tempo, vêm entendendo que o preso tem direito à prisão domiciliar no caso de falta de estabelecimento adequado ao regime de cumprimento de sua pena, inclusive em decisões de casos oriundos de Minas Gerais (*v. p. ex.*, *HC* nº 44.390/MG e *RHC* nº 16.649/MG).

De outra parte, também causa perplexidade a postura do Ministério Público mineiro que, apesar de uno e indivisível, após promover uma ação civil pública para a interdição do 1º e 2º Distritos Policiais de Contagem, requereu medidas sancionadoras contra o juiz das Execuções Penais daquela Comarca. No mesmo rumo, não pode passar despercebida a omissão da OAB.

É necessário esclarecer os fatos que antecederam a decisão judicial, para assim compreendermos a absoluta distorção do episó-

Editorial

Índice

EDITORIAL: EM DEFESA DA LEGALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL: APOIO DO IBCCRIM AO MAGISTRADO DE CONTAGEM/MG	1
A INCNSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI Nº 6.368/76: BREVE ESTUDO SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES Daniela Sousa dos Santos	2
QUAIS CONDUTAS DEVEM SER CONSIDERADAS TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS? Clovis Alberto Volpe Filho	4
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 186, §§ 1º E 2º DO ECA João César Barbieri Bedran de Castro	5
TIPIFICAÇÃO PENAL DO DESVIO DE INCENTIVOS FISCAIS Hugo de Brito Machado	6
A TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA Jefferson Aparecido Dias e Vanderlei Pedro Costenaro	8
OS TRIBUNAIS DA MÍDIA Marcio Gesteira Palma	10
CRIME PREVIDENCIÁRIO: A CONSTITUIÇÃO PRÉVIA E DEFINITIVA DO CRÉDITO É ELEMENTAR DO TIPO E JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL Eliomar da Silva Pereira	12
A NOVA PEÇA DE ABERTURA DO INQUÉRITO POLICIAL: AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - ALGUNS COMENTÁRIOS À LEI Nº 11.113, DE 13 DE MAIO DE 2005 Alexandre Langaro	14
O AUTO DE FLAGRANTE E O MAGISTRADO Josemar Dias Cerqueira	15
Caderno de Jurisprudência	
○ DIREITO POR QUEM O FAZ: PEDIDO DE ARQUIVAMENTO EM RAZÃO DA ATIPICIDADE DA EMBRIAGUEZ Carlos Vinícius Alves Ribeiro	953
○ DIREITO POR QUEM O FAZ: GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NAS CPI's Celso de Mello	954
○ DIREITO POR QUEM O FAZ: FUGA, GRAVIDADE DO DELITO E GARANTIA GENÉRICA E ABSTRATA DA ORDEM PÚBLICA NÃO SÃO REQUISITOS PARA A PREVENTIVA Amilton Bueno de Carvalho	955
○ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	957
○ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	958
○ TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS	959
○ TRIBUNAIS DE JUSTIÇA	960

dio pela mídia nacional, levando organismos do próprio Estado à adoção de medidas arbitrárias e precipitadas, muito mais orientadas para acalmar o “nervosismo social” do que, propriamente, solucionar o problema que — frise-se — ainda persiste tanto em Contagem como no resto do País.

No Rio de Janeiro, há algum tempo atrás, a mídia comunicou (*sic*), que crianças estavam dormindo em bueiros, caso em que a Prefeitura, para solucionar o problema, resolveu colocar grades nas tampas dos bueiros. Pois o Estado de Minas Gerais (e o Brasil todo, frise-se), em termos semelhantes,

ciente da superlotação de suas casas prisionais, decide resolver o problema por meio da punição do juiz, que teve a coragem de autorizar a liberdade de pessoas que vinham sendo tratadas de forma desumana. Esse, infelizmente, é o retrato da política penitenciária brasileira. ●

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI Nº 6.368/76: BREVE ESTUDO SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES

Daniela Sousa dos Santos

O art. 16 da Lei nº 6.368/76 declara como sendo crime a conduta de “*adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”, cominando como sanção penal a detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Embora tenha entrado em vigor lei mais recente referente às substâncias entorpecentes, qual seja, a Lei nº 10.409/02, é a tipificação acima que continua vigente, tendo em vista que, na lei mais nova, o capítulo relacionado aos crimes foi vetado, permanecendo, por isso, as disposições da lei de 1976.

Seguindo as diretrizes norte-americanas da política de repressão às drogas (*War on Drugs* – Guerra das Drogas), o Brasil adotou o modelo punitivo para combater a situação dos tóxicos, sob o pretexto de estar tratando da incolumidade física das pessoas. Enquanto o sistema brasileiro e os demais importadores dos Estados Unidos submeteram os obstáculos sociais às duras penas, países como Espanha, Alemanha, Itália, França, Dinamarca, Portugal e, há pouco, a Inglaterra deixaram de punir o usuário de drogas. Mais além, Bélgica e Holanda permitem que substância entorpecente seja consumida livremente.

Tais dados, apresentados pelo procurador de Justiça do Estado de Goiás, **Edison Miguel da Silva Jr.**, nos levam a crer que o Brasil está no caminho errado. Lembra o procurador goiano que os programas adotados pelos países europeus acima citados não compreendem qualquer negligência para com o assunto, mas representam programas de redução de danos, deixando o assunto de ser considerado problema policial e passando a ser encarado como questão de saúde pública.⁽¹⁾

Observando a ineficiência da privação

de liberdade como sanção ao consumo de drogas ilícitas, o Estado brasileiro tentou amenizar a repressão, criando a possibilidade, com a Lei nº 10.259/01, de outras formas de punição não constritivas de liberdade. Pela Lei dos Juizados Federais, como os crimes, cuja pena máxima não exceda a 2 (dois) anos, passam a ser considerados crimes de menor potencial ofensivo, não sendo permitido, por isso, auto de prisão em flagrante, se o preso nesse estado comprometer-se a comparecer perante o Juizado, bem como atender certos requisitos (não ter sido condenado nem beneficiado anteriormente, ter bons antecedentes e boa conduta social, etc.), poderá ser aceita, quando proposta pelo Ministério Público, a aplicação de pena restritiva de direito ou multa.

Em que pese o leve abrandamento da pena, o usuário de tóxicos continuou sendo visto como um criminoso, perdurando o radicalismo do modelo norte-americano. A novidade trazida pela Lei nº 10.259/01 não foi capaz de alterar esta situação, haja vista ter permanecido como infração penal a conduta delituosa do art. 16 da Lei nº 6.368/76, possibilitando, diante da frustração dos requisitos da Lei dos Juizados, a pena de prisão.

A tentativa repressiva de combate ao uso de drogas, ainda que de forma amena (com Lei dos Juizados Especiais Federal) não tem se mostrado eficiente para solucionar a prática, cada dia mais crescente. Isso porque, como bem mencionou o eminente professor **Sebastian Scheerer**, em entrevista a **Paulo Queiroz**, o combate deve estar primeiro no vício, e só em segundo plano nas drogas. Quis o diretor do Instituto de Criminologia da Universidade de Hamburgo fazer entender que o perigo reside na fragilidade das pessoas e não nas substâncias em si. Independente do grau de sujeição que causa certo entorpecente, suas conseqüências serão visíveis de forma mais forte em uns

e de forma mais branda em outros, em razão das circunstâncias psicológicas e do modo em que estão sendo manipuladas por cada um.⁽²⁾

Ademais, o que se pretende é reduzir a quantidade de usuários, o que não é possível através de prisão, prestação de serviço à comunidade ou pagamento de multas, e sim por meio de tratamento, acompanhamento e prevenção. Entretanto, ainda que tais alternativas sejam impostas judicialmente (processo chamado de Justiça Terapêutica), ainda assim, não surtirão efeito, uma vez que o sucesso destas medidas está condicionado ao arbítrio de quem receberá o tratamento. Como lembra **Luiz Flávio Gomes**, ao comentar *A Nova Lei de Tóxicos no País e a Situação do Usuário*, “*o tratamento não pode nunca ser visto como uma ‘pena’ ou um ‘castigo’*. É apenas uma oferta para recuperar o dependente”⁽³⁾ (grifos nossos).

Logo, verifica-se que a imposição do tratamento, muitas vezes realizada de forma indireta (“ou aceita o tratamento ou é preso”), está fadada ao fracasso, ao provável retorno ao uso e, por conseguinte, ao crime. A participação consciente do usuário é a condição primeira na eficácia do tratamento, devendo o Estado munir-se de toda estrutura e investir na efetiva recuperação dessas pessoas.

Embora os argumentos até aqui apresentados sejam suficientes para demonstrar a falência da política punitiva adotada pelo Brasil, não é esta questão que leva à inconstitucionalidade do crime descrito no art. 16 da Lei nº 6.368/76.

Optando pelo modelo de Estado Democrático de Direito, o Brasil direcionou-se a seguir um paradigma providencialista, em que assumiu, perante seu povo, a responsabilidade de garantia e guarda dos bens de maior relevância. Adotando uma tendência constitucionalista, foram demarcados os mais importantes direitos, denominados bens jurídicos. Tais

bens, agora delimitados na Carta Magna, tornaram-se, então, objeto principal da tutela penal, constituindo o núcleo do tipo.

Ocorre que nem todos os bens existentes na sociedade foram abarcados pela Constituição, restando protegidos somente os indispensáveis para a coexistência pacífica dos homens. Assim, em consonância com os preceitos constitucionais e fiel à democracia de direito, cabe ao Direito Penal ater-se apenas às situações que firam bens jurídicos, dentre os quais, em maior importância para seara penal, estão a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Visando resguardar a harmonia social primordialmente, apenas pode o Estado intervir, enquanto titular do *jus puniendi*, quando certa conduta ultraje a paz e dissemine conflito na sociedade. Desta sorte, somente serão considerados danosos ao meio social os comportamentos que invadam os interesses alheios e restringam a liberdade e a dignidade de outrem. É neste contexto que surge o princípio da ofensividade, como instrumento limitador da coerção estatal que, por traduzir-se em uma violência institucionalizada, deve ser utilizada somente quando necessário, diante do fracasso de meio menos traumáticos e mais eficazes.

Por este princípio somente poderão ser tipificados como conduta delitiva as ações que causem grave dano ou atinjam bem jurídico alheio, e não as que constituam simples imoralidade (ou pecado) ou desobediência ao preceito legal. É preciso que haja ofensa material para perdurar, como criminosa, determinada atitude.

No caso do uso de drogas, não se verifica a ocorrência do requerido pelo princípio, eis que o único interesse lesado é o do próprio usuário, permanecendo a sociedade intacta. Desta forma, este conflito não pertence ao campo do Direito Penal, jamais devendo ser por esta disciplina combatido.

O ordenamento jurídico penal não se presta para ditar padrões ideais de comportamento, tampouco para impor regras de etiqueta e bons costumes aos cidadãos. Isto, se é papel do Estado, deve ser realizado fora da esfera criminal. Usar a máquina penal para este fim significa, além de atender aos interesses de determinada camada social, negar o pluralismo constitucional.

Portanto, somente podem ser consideradas como crimes as condutas que afetem liberdade alheia, que extrapolem o âmbito do próprio autor, já que não cabe ao Estado dizer o que as pessoas podem ou não fazer da própria vida. É em virtude disso, que não é punível no Estado brasileiro a automutilação ou a tentativa de suicídio.

O que é meramente imoral, não é necessariamente danoso ao bem comum. Igualar tais assertivas seria, no mínimo, suprimir a liberdade de escolha, a capacidade de autogovernar-se; seria, por fim, violar o íntimo, construir homens-máquina.

Mais do que criminoso, aquele que porta substância entorpecente para consumo próprio faz parte de uma minoria, alvo, hipocritamente, de discriminação social. É preciso notar que, quando o Estado deixa de cumprir seu dever social, passa a adotar uma atitude repressiva, em flagrante desrespeito com o paradigma constitucional.

Não se está querendo, aqui, realizar qualquer apologia ao uso de drogas ou, sequer, excluir dos deveres do Estado uma alarmante situação. Por certo que o consumo de entorpecentes constitui atitude moralmente reprovável, oriunda de pessoas vulneráveis e dos inadvertidos sobre os malefícios que tais drogas causam. Tão hipócrita quanto considerar como crime esta conduta, seria ignorá-la por completo, fingindo sua inexistência.

Ocorre que, conforme já mencionado em momentos anteriores, existem outras formas mais eficazes de combate ao uso de drogas. A implementação de política relativa à saúde surtirá, com certeza, mais efeitos do que as represálias penais.

Em conformidade com todo o exposto, acredita-se que o crime de porte de substância de entorpecente para consumo próprio deve passar urgentemente por processo de descriminalização, pois esse delito viola o princípio da ofensividade que, apesar de não expresso no texto constitucional, deriva de seu sistema substancial.

Em um Estado Democrático de Direito somente podem vigorar disposições pertinentes com sua Constituição que, pelo menos, no campo penal, prevê influência estatal limitada e subsidiária. Violar isso significa violar todo o ordenamento jurídico, ultrapassar os delimitamentos democráticos, privilegiar uns poucos diante de toda sociedade, enfim retornar a um Estado totalitário, represor, ineficiente. ●

Notas

- (1) **SILVA JUNIOR, Edison Miguel da.** "Usuário de droga ilícita e a Lei dos Juizados Federais", *IBCCRIM*, São Paulo, nº 9, jan. 2002, p. 10.
- (2) **SHEERER, Sebastian** em entrevista a **Paulo de Souza Queiroz.** "Pensando o Direito Penal...", *IBCCRIM*, São Paulo, nº 8, out. 2000, pp. 3-4.
- (3) **GOMES, Luiz Flávio.** *A Nova Lei de Tóxicos no País e a Situação do Usuário.*

Daniela Sousa dos Santos
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará e advogada



IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

1º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º VICE-PRESIDENTE:

Sérgio Mazina Martins

1ª SECRETÁRIA:

Tatiana Viggiani Bicudo

2º SECRETÁRIO:

Theodomiro Dias Neto

1º TESOUREIRO:

Roberto Maurício Genofre

2º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

BOLETIM:

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CURSOS:

Carlos Alberto Pires Mendes

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Maria Elizabeth Queijo

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Juliana Sinhorini Nahum

INTERNET:

Luís Fernando Camargo de Barros Vidal

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Renato Sérgio Lima

PÓS-GRADUAÇÃO:

Alvino Augusto de Sá

REDES INTERNACIONAIS:

Flavia D'Urso

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Marina Pinhão Coelho

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Paula Bajer F.M. da Costa

COORDENADORES ESTADUAIS:

Veja relação à página 13.

O presente artigo, construído de forma singela e objetiva, visa trazer à baila uma questão que nos parece esquecida, principalmente, pelo Judiciário. Essa questão é deixada de lado, ou, quando pior, analisada de modo temerário e de forma repetitiva. A resposta que hoje se dá a tal questão é somente aceita, na maioria das vezes, por sua repetição, e não em razão desse ou daquele argumento jurídico, muito embora encontremos na doutrina grandiosas lições sobre essa matéria. Cite-se **Alberto Silva Franco**⁽¹⁾ e **Damásio E. Jesus**⁽²⁾.

A questão que intitula este artigo pode também ser assim descrita: o crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (Lei Antitóxicos), é considerado, em todas as suas modalidades, tráfico ilícito de entorpecente?

A princípio pode parecer que essa questão é de somenos importância, sendo sua resposta coisa certa e imutável. Ou seja, o art. 12 constitui crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, sendo equiparado a crime hediondo, estando sujeito à Lei nº 8.072/90.

Todavia, no correr e ao final desse artigo iremos demonstrar que essa resposta não se reveste com a manta da verdade absoluta, e que, dependendo do enquadramento da conduta do sujeito ativo ao art. 12 da Lei Antitóxicos, não poderá ser assemelhada a crime hediondo.

Em primeiro lugar é preciso entender o que significa “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, expressão cunhada na Carta Maior de 1988 (art. 5º, incs. XLIII e LI, art. 144, § 1º, inc. II, art. 243, parágrafo único). Pois bem, a palavra tráfico significa: comércio, negócio. Pode ser utilizada, ainda, para designar um negócio indecoroso⁽³⁾.

Percebe-se, de início, que tráfico vem a significar comércio. Quando o constituinte originário fixou a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, quis dizer comércio, ou negócio ilícito. Tanto é que fez questão de somar à palavra tráfico o adjetivo ilícito, justamente para corroborar a idéia de comércio ilegal.

Vejam, portanto, que a palavra tráfico utilizada pelo Poder Constituinte não está no sentido pejorativo, e sim no seu conceito primeiro, qual seja, comércio e negócio, sendo que ganha valor negativo com o adjetivo “ilícito”.

Resumindo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins significa comércio, ou negócio, ilícito de entorpecente e drogas afins.

A Lei de Crimes Hediondos também utiliza essa expressão, ao positivar que os

crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, bem como fiança e liberdade provisória (art. 2º, incs. I e II). Aqui se repete o conceito dito acima, que tráfico é comércio.

Frise-se que, em todo ordenamento jurídico, quando for vislumbrada a expressão tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, está-se referindo a comércio e negócio. Assim é no caso do art. 83, inc. V, do Código Penal, ao tratar dos requisitos do livramento condicional.

Passada essa primeira etapa, cumpre agora analisar quais condutas se enquadram no conceito de tráfico ilícito de entorpecente, pois somente essas serão suscetíveis de aplicação da Lei de Crimes Hediondos e seus efeitos.

No universo jurídico brasileiro, principalmente nos tribunais, tem-se entendido que o art. 12 da Lei Antitóxicos é o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Note-se que esse artigo possui 18 núcleos, sendo que a incidência em qualquer dos verbos ali escritos, para a esmagadora maioria, será sinônimo de crime de tráfico.

Mas essa interpretação é equivocada. A lei que estabelece crimes e impõe penas para os casos que envolvem substâncias entorpecentes não colocou *nomen iuris* nos tipos ali definidos.

Em outros termos, no Título III da citada lei, que trata “dos crimes e das penas” e abrange os arts. 12 a 19, não há fixação prévia do nome jurídico dos crimes ali definidos. O nosso Código Penal adotou postura diversa, pois deixou registrado o *nomen iuris* dos crimes previstos em seu corpo, como por exemplo, o crime de homicídio. O que se infere é que “*não há, na legislação penal brasileira, nenhuma figura que atenda pelo nomen iuris de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*”⁽⁴⁾.

Assim, não se pode dizer que o art. 12 é o crime de tráfico ilícito de entorpecente. Quando se utiliza essa expressão para designar o art. 12, mesmo que seja visando facilitar, há um equívoco. Além do mais, nossos pretórios já pacificaram o entendimento de que não é necessário o fim da mercancia para que se tenha configurado o crime do art. 12, isto é, basta a prática de uma das condutas descritas no tipo.

Dessa forma, deve-se entender como tráfico ilícito de entorpecentes somente as condutas que sejam voltadas para o comércio. As demais, embora punidas pelas reprimendas do art. 12 da Lei Anti-

tóxicos, não serão consideradas tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Nas palavras de **Damásio**: “*a cessão gratuita de entorpecente, embora capitulada no art. 12, não tem natureza de tráfico. Por isso, essa hipótese não pode ser equiparada a crime hediondo*”⁽⁵⁾.

Nada mais queremos registrar, com isso, que a caracterização de comércio é *conditio sine qua non* para que as condutas descritas no art. 12 da Lei Antitóxicos sejam submetidas aos efeitos da Lei de Crimes Hediondos, ou qualquer outro efeito do ordenamento jurídico que a prática de tráfico ilícito de entorpecente possa implicar.

Podemos exemplificar nossas palavras:

a) um sujeito que é surpreendido fornecendo gratuitamente substância considerada entorpecente, embora possa responder, em tese, pelo crime do art. 12, sobre ele não poderão recair os efeitos da Lei de Crimes Hediondos, como por exemplo, o cumprimento da pena no regime integralmente fechado;

b) a esse sujeito, em princípio, poderá ser concedido seu livramento condicional após cumprimento de um terço da pena (art. 83, inc. I, do CP), e não mais de dois terços (art. 83, inc. V, do CP), uma vez que não cometeu tráfico ilícito de entorpecente.

Em suma, uma conduta somente poderá ser considerada tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, quando estiver configurada a finalidade de comércio – mercancia. Não se pode confundir tráfico ilícito de entorpecente com o art. 12⁽⁶⁾ da Lei nº 6.368/76, pois pode ser que uma conduta se enquadre nessa norma, sem ser considerada tráfico ilícito de entorpecente. E, se assim for, tal conduta não sofrerá os efeitos, por exemplo, da Lei de Crimes Hediondos. ●

Notas

- (1) **FRANCO, Alberto Silva.** *Leis Penais e Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, pp. 1.178-1.180.
- (2) **JESUS, Damásio E. de.** *Lei Antitóxica Anotada*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 10.
- (3) **FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda.** *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1.697.
- (4) **FRANCO, op. cit.**
- (5) **JESUS, op. cit.**
- (6) Anote-se a mesma coisa para delito do art. 13, ou seja, deve ter-se finalidade de comércio para ser considerado tráfico ilícito de entorpecente.

Clovis Alberto Volpe Filho

Advogado, mestrando em Direito Público pela Unifran e bolsista da Capes

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 186, §§ 1º E 2º DO ECA

João César Barbieri Bedran de Castro

As Varas Especiais da Infância e Juventude da Capital adotam a praxe de aplicar aos adolescentes acusados de envolvimento em ato infracional, nos casos em que somente temos a realização de audiência de apresentação e há confissão, medidas socioeducativas em meio aberto, sem a cumulação com a remissão, o que entendemos que contraria o art. 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após audiência de apresentação (*caput* do art. 186), o § 1º deste dispositivo afirma que: “*Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão*”.

Ou seja, neste momento o juiz, para encerrar o procedimento e não realizar a audiência de continuação, aplica remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo, e como afirma a segunda parte do art. 127 do Estatuto, pode “*incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação*”.

Isso ocorre porque “*em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, (...)*” (RE nº 229.382/SP, rel. min. **Moreira Alves**, Pleno do STF, DJ31.10.2002, p.20, *Ement* vol. 02089-02, p. 231).

A remissão cumulada com medida socioeducativa constitui uma transação (**Julio Fabbrini Mirabete**, *Estatuto da Criança e Adolescente Comentado*, coordenador **Munir Cury**, 6ª ed., pp. 426-427).

Não há inclusive possibilidade de se aplicar medidas em regime aberto independente de remissão nesta fase, já que haveria configuração de antecedentes ao jovem, o que somente pode ocorrer com o **reconhecimento da responsabilidade, exigindo assim um devido processo legal**.

A responsabilização de um menor de 18 anos deve ser cercada, pelo menos, das garantias que tem um imputável; deve ser concedido o devido processo legal, com o contraditório e ampla defesa a ele inerente.

Outro entendimento não pode prevalecer diante do que dispõe a CF no *caput* de seu art. 5º e o inc. V do § 3º do art. 227 da CF.

Se já não bastasse essa exigência constitucional, observamos que a interpretação lógica assim também o exige, se não vejamos.

O § 2º do art. 186 do ECA dispõe:

“*Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso*” (grifo nosso).

O que este parágrafo na verdade quer dizer é que, sempre que se for aplicar uma

medida socioeducativa (qualquer que seja) independente de remissão é necessário o reconhecimento da responsabilidade do adolescente, o que deve ser feito por meio de instrução, em audiência de continuação.

Nem se pode argumentar que a interpretação literal do parágrafo afirma que, **somente em caso de fato grave e quando for aplicar as duas medidas, respectivamente de privação total ou parcial liberdade, é que se deve instruir o processo**.

Na realidade, não existe no CP descrição típica que não seja grave, se não o fosse, não estaria nele previsto, de acordo com os princípios da fragmentariedade e intervenção mínima do direito penal.

Exemplificamos usando o furto.

Se o adolescente o pratica e não tem antecedentes, o art. 122 do ECA não permite a internação e nem há que se falar em semiliberdade, de acordo com os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade; então como não podem ser aplicadas estas medidas, não é fato grave, sendo suficiente para a ressocialização a aplicação de medida em meio aberto, e para isto basta a confissão em audiência de apresentação.

Contudo, se tratasse de reiteração na prática do furto, como o mesmo art. 122, com base no inc. II, permitiria a internação (encontramos na jurisprudência dos Tribunais Regionais e Superior que é sim fato sancionável com a internação no caso de adolescentes multirreincidentes), então passa a ser neste caso fato grave, e devemos proceder à instrução do processo!

Ora, é o mesmo fato, não dá para em um caso proceder-se à instrução, para aplicar uma medida socioeducativa de internação, tendo em vista os antecedentes do adolescente, e em outro, aplicar-se medida em meio aberto, sem a realização de instrução, levando-se em consideração apenas a confissão em audiência de apresentação, já que o adolescente é primário.

Ficará a devida apuração do ato infracional a depender da discricionariedade do magistrado? Da antevisão da medida a ser aplicada? Das condições pessoais (respaldo familiar, condições sociais e antecedentes) do adolescente e de seus antecedentes?

Creemos que não, já que, conforme demonstrado, tornaria subjetiva uma questão que não o é.

Os §§ 1º e 2º do art. 186 do ECA devem ser interpretados de acordo com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito que vivemos, inerente a todos que estiverem no Brasil, ainda mais se forem adolescentes, a quem a própria Carta Magna prevê um *plus*, uma proteção especial. ☐

João César Barbieri Bedran de Castro
Procurador do Estado em São Paulo



BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Mariângela Gama
de Magalhães Gomes

COORDENADORES ADJUNTOS:

André Pires de Andrade Kehdi,
Andréa Cristina D'Angelo,
Leopoldo Stefano Leone Louveira,
Luiz Felipe Azevedo Fagundes e
Raíssa dos Reis Balaniuc Mendes

“A relação completa dos colaboradores do Boletim do IBCCRIM encontra-se em nosso site.”

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas
Tel. (11) 6215-3596
Fax (11) 6591-3999
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO:

Ativa/M - Tel. (11) 6602-3344

“O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas.”

“As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto.”

TIRAGEM:

15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA:

IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52
2º andar - CEP 01018-010
S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607
(tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Administrativo Financeiro: ... 2
Comunicação e Eventos: 3
Biblioteca: 4
Diretoria / Presidência: 5
Internet: 6
Secretaria: 7
Núcleo de Pesquisas: 8
<http://www.ibccrim.org.br>
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br
e boletim@ibccrim.org.br

1. Sonegação fiscal e o princípio da especialidade

Na vigência da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, o Ministério Público Federal, tendo em vista fatos como a falsificação de notas fiscais, ou de outros documentos ou de livros fiscais ou contábeis, com a finalidade de sonegar tributos, ofereceu denúncias imputando aos acusados o crime de falsificação de documento público, e o de uso de documento falso. Ou, ainda, o crime de estelionato. Buscava com isto impedir fosse reconhecida a prescrição, que se operava em dois anos pois a pena cominada pela lei definidora do crime de sonegação fiscal era, em se tratando de réu primário, simplesmente multa de 10 (dez) vezes o valor do tributo⁽¹⁾.

Os advogados de defesa em geral sustentaram que na capitulação legal do fato teria de ser observado o princípio da especialidade, tese que terminou predominando na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁽²⁾.

Essa tese, aliás, é incensurável. O legislador pode não ter agido bem, do ponto de vista da política criminal, ao definir o crime de sonegação fiscal e cominar as penas que cominou com a Lei nº 4.729/65. Melhor teria agido se, em vez de definir novo tipo penal, tivesse simplesmente inserido no próprio Código Penal dispositivo majorando a pena para os delitos de falsificação de documento público e particular, uso de documento falso e estelionato, quando o crime tivesse sido cometido com o fim de sonegar tributo. Seja como for, em face da lei como foi posta não havia mesmo outra solução que não a da aplicação do princípio da especialidade.

2. Os dispositivos legais em aparente conflito

Estão em aparente conflito as normas albergadas pelo art. 3º, da Lei nº 7.134, de 26 de outubro de 1983, pelo art. 20, da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e pelo art. 2º, inciso IV, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

O art. 3º, da Lei nº 7.134/83 em si mesmo é pouco esclarecedor. Diz apenas que além das sanções previstas no art. 2º da mesma lei, sanções de natureza administrativa, os responsáveis pela infração dos dispositivos da referida lei ficam sujeitos às penas previstas no art. 171 do Código Penal brasileiro. Isoladamente considerado, não permite que se faça uma comparação entre o tipo penal ao qual diz respeito — que não está no mesmo definido, mas em outro dispositivo da mesma lei, como adiante se verá — e os tipos penais descritos no art. 20, da Lei nº 7.492/86 e no art. 2º, inciso IV, da Lei nº 8.137.

O art. 20, da Lei nº 7.492/86, define o crime assim: *“Aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato, recursos provenientes de financiamento concedido por*

instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo.”

E o art. 2º da Lei nº 8.137/90, por seu turno, diz que constitui crime da mesma natureza do definido em seu art. 1º, crime contra a ordem tributária, portanto, os fatos que enumera em seus cinco incisos, entre os quais: *“IV — deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento.”*

3. Inocorrência de crime contra o sistema financeiro

Os que sustentam a configuração de crime contra o sistema financeiro afirmam que a aplicação de recursos do Finor ou do Finam, na aquisição de debêntures de empresas industriais ou agrícolas, mesmo sendo uma forma de promover o desenvolvimento do Nordeste e da Amazônia constitui *“financiamento concedido por instituição financeira oficial”* nos termos e para os fins do art. 20 da Lei nº 7.492/86.

Existem manifestações do Ministério Público Federal, na Amazônia, afirmando a não caracterização de Crime Contra o Sistema Financeiro por não ser a Sudam uma instituição financeira. Já no Nordeste o Ministério Público tem manifestação no sentido contrário, afirmando que o desvio de recursos oriundos do Finor configura, sim, Crime contra o Sistema Financeiro, ao argumento de que o investimento dos recursos em questão é feito pelo Banco do Nordeste e se caracteriza como típica operação de financiamento. O desvio de tais recursos estaria capitulado no art. 20 da Lei nº 7.492/86, pois configura a conduta nele descrita, vale dizer, aplicar em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial.

A nosso ver essa tipificação não é correta, em face do princípio da especialidade. O tipo penal descrito no art. 20 da Lei nº 7.492/86 até poderia estar no caso configurado, não fora a existência de tipo penal específico, que existe, como se passa a demonstrar.

4. Caracterização de Crime contra a Ordem Tributária

Para demonstrar que o desvio de incentivos fiscais caracteriza crime contra a ordem tributária começaremos pela análise da Lei nº 7.134, de 26 de outubro de 1983, que estabelece: *“Art. 1º. Todo crédito ou financiamento concedido por órgãos da administração pública, direta ou indireta, ou recurso proveniente de incentivo fiscal terá que ser aplicado exclusivamente no projeto para o qual foi liberado.”*

Nesse dispositivo, isoladamente considerado, não se pode dizer que esteja definido um tipo penal. Temos de examinar a referida lei no seu conjunto. Em seu art. 2º estabelece regras de Direito Administrativo, concernentes à violação da regra es-

tatuada no art. 1º. Na cabeça do art. 2º define as sanções administrativas, e em seu parágrafo único explicita que tais sanções somente serão aplicadas mediante processo regular, assegurada ao acusado ampla defesa. E finalmente, no art. 3º estabelece que além daquelas sanções administrativas, os responsáveis pela infração dos seus dispositivos ficam sujeitos às penas previstas no art. 171 do Código Penal.

Como se vê, a Lei nº 7.134/83 trata especificamente do desvio de incentivos fiscais. Diz que todo crédito ou financiamento concedido por órgão da administração pública, direta ou indireta, ou recurso proveniente de incentivo fiscal, terá que ser aplicado exclusivamente no projeto para o qual foi liberado (art. 1º). E diz que os infratores dessa regra ficam sujeitos às sanções administrativas que indica (art. 2º), e ainda *“as penas previstas no art. 171 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal brasileiro”*(art. 3º).

Ao referir-se a *recurso proveniente de incentivo fiscal*, e determinar que este *terá que ser aplicado exclusivamente no projeto para o qual foi liberado*, deixou fora de qualquer dúvida sua especificidade como regra dirigida aos que desviarem recursos decorrentes de incentivos fiscais ao desenvolvimento da Amazônia, e do Nordeste, destinados ao financiamento de projetos industriais ou agrícolas nos quais a aplicação daqueles incentivos fiscais é especificamente prevista. Inadmissível, portanto, em face da Lei nº 7.134/83, capitular-se o desvio de incentivos fiscais como crime contra o sistema financeiro.

Ocorre que essa lei foi substituída, na parte concernente à sanção penal, pela Lei nº 8.137/90, que disse constituir crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social ou qualquer acessório, mediante as condutas que expressamente indicou (art. 1º), e disse que constitui crime da mesma natureza *“deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento”* (art. 2º, inciso IV). Assim, a conduta consubstanciada no deixar de aplicar incentivo fiscal exclusivamente no projeto para o qual foi liberado, que constituía estelionato, passou a constituir crime contra a ordem tributária, em tipo específico que se pode denominar *desvio de incentivos fiscais*.

Na parte em que estabelece normas de Direito Administrativo, a Lei nº 7.134/83 foi substituída mais tarde pela Lei nº 8.167/91, que em seu art. 12 e seguintes cuidou da aplicação dos recursos do Finor e do Finam, estabelecendo como consequências do desvio na aplicação dos recursos: a) o cancelamento, pelo Conselho Deliberativo da respectiva Superintendência, dos incentivos aprovados; e b) o recolhimento, pela empresa beneficiária, ao ban-

co operador, das quantias recebidas, atualizadas pelo mesmo índice adotado para os tributos federais, a partir da data de seu recebimento, acrescidas de multa de dez por cento e de juros de mora de um por cento ao mês, deduzidas, no caso de aplicação de recursos sob a forma de debêntures, as parcelas já amortizadas⁽⁵⁾.

Tem-se como indubitado, portanto, que o desvio de incentivos fiscais destinados a promover o desenvolvimento da Amazônia e do Nordeste, vinculados ao Finam e ao Finor, respectivamente, constitui Crime contra a Ordem Tributária, tal como definido pelo art. 2º, inciso IV, da Lei nº 8.137/90. Crime ao qual se aplica o mesmo entendimento que temos sustentado e já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a ação penal só pode ser promovida depois de exaurida a via administrativa, com a apuração dos fatos que viabilizam, também, as sanções administrativas correspondente, como a seguir vamos demonstrar.

5. Prévio exaurimento da via administrativa

Coloca-se, finalmente, a questão de saber se em relação ao crime de desvio de incentivos fiscais aplica-se a tese, que há muito tempo defendemos e já foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a propositura da ação penal só é admissível depois do exaurimento da via administrativa. É como tudo em Direito é discutível, com certeza haverá quem formule resposta negativa. Não será, porém, a resposta mais adequada, pelas razões que passamos a expor.

Constitui elemento essencial do tipo penal em questão, vale dizer, do crime de desvio de incentivos fiscais, previsto no art. 2º, inciso IV, da Lei nº 8.137/90, *deixar de aplicar ou aplicar em desacordo com o estatuído*. Indispensável, portanto, para a verificação da presença desse elemento essencial do tipo penal o conhecimento do *projeto* do empreendimento empresarial no qual os recursos respectivos devem ser aplicados. E ainda, a competência para decidir sobre a aprovação daquele projeto, que pode ocorrer com a imposição de cláusulas condicionantes de conteúdo eminentemente técnico.

Em outras palavras, o estar a aplicação *em desacordo com o estatuído*, constitui um elemento normativo do tipo penal em questão, cuja presença há de ser afirmada pelas autoridades administrativas competentes, porque depende de conhecimento específico dos fatos regulados na legislação pertinente.

Veja-se, a propósito, o que estabelecem os artigos 10, seus incisos II e §§ 1º e 2º, art. 12 e seu § 1º incisos I e II, artigos 13 e 14, todos da Lei nº 8.167, de 16 de janeiro de 1991. Nesses dispositivos é estabelecida a competência das autoridades administrativas, procedimentos a serem observados,

critérios para a identificação do ilícito e sanções deste decorrentes.

Compete à autoridade administrativa aprovar os projetos mercedores das aplicações de recursos, observados os parâmetros e objetivos constantes dos planos regionais de desenvolvimento. Tarefa complexa, tanto que antes de ser submetido ao Conselho Deliberativo da Superintendência de Desenvolvimento Regional, o projeto deverá receber parecer conclusivo favorável das Secretarias Executivas das respectivas superintendências, dispondo estas do prazo de cento e oitenta dias, a partir de sua apresentação, para apreciá-lo.

Por outro lado, o acompanhamento da correspondente execução e a fiscalização de tais projetos, que constituem atribuições das Superintendências de Desenvolvimento Regional, exige o concurso do trabalho de bancos operadores daqueles incentivos, e ainda de auditorias independentes.

Indiscutível, portanto, que a constatação da existência do fato definido como *aplicar em desacordo com o estatuído*, que constitui um elemento essencial do tipo penal de que se cuida, há de ser uma atribuição privativa da autoridade administrativa. É essa constatação há de ser feita em regular processo administrativo, no qual à empresa interessada deve ser assegurado o amplo direito de defesa, sendo esse processo equivalente em tudo e por tudo ao do lançamento tributário, inclusive porque culmina com a apuração de um crédito em favor da entidade pública gestora dos incentivos fiscais em questão.

Ressalte-se que, uma vez apurado o crédito decorrente do ilícito em questão, a empresa tem o dever de recolher o valor correspondente e desse recolhimento decorre a extinção da punibilidade, como adiante será explicado. Não é razoável, portanto, admitir-se que o Ministério Público Federal promova ação penal imputando ao denunciado a prática de desvio de incentivos fiscais de que tratam disposições legais acima transcritas, sem dispor de manifestação das autoridades administrativas competentes sobre o fato essencial à integração do tipo penal e com flagrante violação do direito de extinguir a punibilidade pelo pagamento do crédito público daquele decorrente.

Tal como temos sustentado em relação ao crime de supressão ou redução de tributo, se ao Ministério Público Federal chega alguma informação dando conta de possível desvio desses incentivos fiscais, terá este de provocar a autoridade administrativa competente para as providências cabíveis na via administrativa, necessariamente precedentes da ação penal. E somente no caso de omissão ilícita da autoridade administrativa é que poderá provocar o Judiciário. Primeiro, denunciando a autoridade pelo ilícito de sua responsabilidade, possível-

mente o crime de prevaricação. E somente depois poderá promover a ação penal imputando aos responsáveis pelo desvio de incentivos fiscais a prática desse crime contra a ordem tributária.

Ressalve-se, mais uma vez, que em qualquer hipótese aos acusados deve ser garantida a oportunidade de fazer o pagamento, nos termos do art. 12, § 1º, inciso II, da Lei nº 8.167/91, da quantia por eles desviada, que além de elidir a ação de execução, nos termos do art. 14 da mesma lei, produz na esfera penal o relevante efeito de extinguir a punibilidade dos acusados.

6. Extinção da punibilidade pelo pagamento

Realmente, como já demonstrado, o crime de *deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento*, está previsto no art. 2º, inciso IV, da Lei nº 8.137/90.

Ocorre que a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, estabelece: “Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168 A e 337 A do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”

O dispositivo, como se vê, é de meridiana clareza. Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, entre eles o crime de desvio de incentivos fiscais, que está previsto no art. 2º, inciso IV, dessa lei, quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. Por isto mesmo o Supremo Tribunal Federal já decidiu que esse dispositivo aplica-se aos crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social⁽⁶⁾. ◉

Notas

- (1) Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, art. 1º, § 1º.
- (2) **Julio Fabbrini Mirabete**, *Código Penal Interpretado*, São Paulo: Atlas, 2000, p. 1.114.
- (3) Lei nº 8.167, de 16 de janeiro de 1991, § 2º, do art. 12, com redação que lhe deu a Lei nº 9.808, de 20.07.99.
- (4) STF, HC nº 81.929-0/RJ, DJU I de 27/02/2004, p. 27 e RDDT nº 103, pp. 227/228.

Hugo de Brito Machado

Juiz aposentado do TRF da 5ª Região, prof. titular de Direito Tributário da UFC e presidente do Inst. Cearense de Estudos Tributários

Introdução

Um dos temas mais polêmicos que são enfrentados nos processos envolvendo os crimes de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, do Código Penal, na redação atribuída pela Lei nº 9.983/2000, diz respeito à aplicação do princípio da insignificância.

Como é sabido, pelo princípio da insignificância considera-se atípica a conduta que, apesar de se amoldar à prática prevista no tipo penal, não possui lesividade suficiente para atingir o bem jurídico tutelado.

Assim, se uma determinada conduta supostamente criminosa, de tão tênue, não é suficiente para lesar o bem jurídico tutelado, estamos diante do chamado crime de bagatela e, por força do princípio da insignificância, reconhecemos a atipicidade da conduta.

Porém, a aplicação de tal princípio nos crimes de apropriação indébita previdenciária não é tranqüila, tendo em vista que, até a edição da Lei nº 9.983/2000, inexistia regra expressa definindo a relevância econômica da lesão à Previdência Social.

Nesse vácuo legislativo, surgiram diversas posições jurídicas, algumas defendendo a impossibilidade da aplicação do princípio da insignificância a tais crimes, diante da importância da Previdência Social para a sociedade e outras buscando critérios legais para definir os valores nos quais poderia ocorrer a aplicação.

Nessa segunda postura, alguns defendem que o valor a ser considerado é o do salário mínimo, sendo insignificantes os crimes nos quais a lesão aos cofres públicos for inferior a este parâmetro; outros defendem valores diversos, que vão de mil até dez mil reais, sempre buscando uma lei para justificar uma aplicação por analogia.

Atualmente, porém, entendemos que existe no Código Penal um preceito expresso que trata da aplicação do princípio da insignificância aos crimes de apropriação indébita previdenciária, não para considerar certas condutas atípicas, mas sim para classificá-las como uma forma privilegiada do mencionado crime. É o que veremos a seguir.

O crime de apropriação indébita previdenciária privilegiada

Analisemos com atenção o § 3º do art. 168-A, que estabelece:

“Art. 168-A.

...

§ 3º É facultado ao juiz deixar de apli-

car a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela Previdência Social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.”

Na primeira parte do preceito transcrito, parece-nos que o legislador estabeleceu uma nova possibilidade de concessão de perdão judicial, o que não será analisado no presente artigo, que se volta à análise da segunda parte do referido parágrafo.

Defendemos que na segunda parte do § 3º, o legislador, ao facultar ao juiz “*aplicar somente a (pena) de multa*”, regulamentou expressamente a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de apropriação indébita previdenciária, criando uma forma privilegiada do referido crime, por isso específica⁽¹⁾, no qual a pena máxima a ser aplicada será a de multa, e não mais a pena privativa de liberdade prevista no *caput*.

Essa forma privilegiada do crime de apropriação indébita, por força do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/2001, é considerada uma infração de menor potencial ofensivo, já que a pena máxima cominada é a de multa.

Precisamos analisar, agora, quais são os requisitos necessários para que tenhamos a ocorrência da forma privilegiada do crime de apropriação indébita previdenciária.

Quanto aos requisitos previstos no § 3º, o texto é bastante claro em exigir que o réu seja primário e tenha bons antecedentes.

Preenchidos esse dois requisitos, necessário verificar se o réu cumpre, também, os pressupostos exigidos por um dos seus incisos.

Quanto ao requisito previsto no inciso I, são necessárias algumas considerações, pois existem decisões reconhecendo que o pagamento das contribuições e seus acessórios, a qualquer momento, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, provoca a extinção da punibilidade, pela aplicação, por analogia *in bonam parte*, do preceito do § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/2003.

Assim, se o pagamento conduz à extinção da punibilidade, não há que se falar em concessão de perdão judicial

ou mesmo de apresentação de proposta de transação penal, uma vez que esta extinção deverá ser prontamente reconhecida e apresenta-se como prejudicial à concessão do perdão e à realização da transação.

Porém, se prevalecer, num determinado caso, a posição de que o art. 9º da Lei nº 10.684/2003 não se aplica ao crime de apropriação indébita previdenciária, sendo o réu primário, com bons antecedentes e desde que ele tenha quitado as contribuições e seus acessórios antes de oferecida⁽²⁾ a denúncia e após o início da ação fiscal, restará caracterizado o forma privilegiada do mencionado crime.

Agora tomando em análise o inciso II, se o réu for primário e tiver bons antecedentes, ele também incorrerá na forma privilegiada do tipo, mesmo que não tenha realizado o pagamento das contribuições e acessórios, se o valor destes for “*igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais*”.

Esse valor, atualmente, é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme estabelece a Portaria nº 1.013, de 30/07/2003; anteriormente, era de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), de acordo com a Portaria nº 1.105, de 18/10/2002.

Para aplicação de uma ou outra portaria, ou seja, de um ou outro valor, deverá ser levada em consideração a data de ocorrência do crime, atendendo a vedação constitucional que proíbe a retroatividade da lei prejudicial ao réu. Assim, se o fato imputado ao réu ocorreu antes da vigência da Portaria nº 1.013, a Portaria nº 1.105 deve ser aplicada por força da ultratividade benéfica.

Caracterizada a forma privilegiada do crime aqui estudado, o Ministério Público Federal deverá apresentar proposta de transação penal, prevista no art. 76, da Lei nº 9.099/1995 e, caso essa não seja aceita pelo investigado e o juiz não conceda o perdão judicial, o rito procedimental a ser observado será o previsto nos arts. 77 a 83 da referida lei, havendo a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo, prevista no seu art. 89.

Conclusões

Como vemos, o § 3º do art. 168-A do Código Penal, além de estabelecer nova hipótese de concessão de perdão judicial, acabou por criar novo tipo penal, ou seja, a figura privilegiada do crime de apropriação indébita previdenciária, para a qual

instituiu como pena máxima a de multa. Essa nova figura típica, que permite a aplicação das Leis n^os 9.099/1995 e 10.259/2001, representa a expressa adoção do princípio da insignificância aos crimes de apropriação indébita previdenciária, não para tornar atípicas certas condutas, mas sim para criar forma privilegiada específica.

Tal inovação impõe, ainda, célere prestação judicial, uma vez que, ao prever como pena máxima a de multa, o prazo prescricional é de 2 (dois) anos, por força do previsto no art. 114, inciso I, do Código Penal.

Portanto, somos pela aplicação do princípio da insignificância nos crimes de apropriação indébita previdenciária a partir da concepção aqui defendida⁽³⁾ e não mais como uma causa excludente da tipicidade. Isso permitirá que as condutas criminosas lesivas à Previdência Social sejam efetivamente reprimidas, na proporção adequada aos danos causados, segundo rito processual consentânea à sua natureza, eliminando a possibilidade de impunidade decorrente da adoção indiscriminada do princípio da insignificância. ◐

Bibliografia

- AMED, Fernando José; NEGREIROS, Plínio** José Labriola de Campos. *História dos Tributos no Brasil*, São Paulo: Edições Sinafresp, 2000.
- BECCARIA, Cesare.** *Dos Delitos e das Penas*, São Paulo: Martin Claret, 2000.
- _____. Código Penal. Decreto-lei n^o 2.848, de 17.12.1940. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 11 mar. 2005.
- _____. Justiça Federal de 1^a Instância. Subseção Judiciária de Tupã. Processo n^o 2001.61.22.001452-2.
- _____. Lei n^o 10.259, de 12.07.2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Fe-

deral. *Diário Oficial da União*, 13 jul. 2001. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 25 fev. 2005.

- _____. Lei n^o 10.684, de 30.05.2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto a Secretaria da Receita Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 mai. 2003. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 24 fev. 2005.
- _____. Lei n^o 9.099, 26.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 set. 1995. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 25 fev. 2005.
- _____. Lei n^o 9.983, de 14.07.2000. Dispõe sobre a amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, altera dispositivos das Leis 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 17 jul. 2000. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 23 fev. 2005.
- _____. Portaria MPAS n^o 1.013, de 30.07.2003. *Diário Oficial da União*, 30 jul. 2003, p. 221.
- _____. Portaria MPAS n^o 1.105, de 18.10.2002. *Diário Oficial da União*, 22 out. 2002, p. 92.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado** (organizadores). *Direito Tributário Atual: Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CORRÊA, Antônio.** *Dos Crimes Contra a Ordem Tributária: Comentários à Lei n^o 8.137, de 27-12-1990*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmio.** *Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*, 4^a ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2000.
- DELMANTO, Celso** e outros. *Código Penal Comentado*, 6^a ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DIAS, Jefferson Aparecido.** *Crime de Apropriação Indébita Previdenciária – Teoria e Prática*, Curitiba: Juruá, 2005.
- EISELE, Andreas.** *Apropriação Indébita e Ilícito Penal Tributário*, São Paulo: Dialética, 2001.
- _____. *Crimes Contra a Ordem Tributária*, 2^a ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Dialética, 2002.

JESUS, Damásio E. de. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenador). *Crimes Contra a Ordem Tributária*, 4^a ed. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, Francisco Dias. “Crime contra a Previdência Social em face da Lei n^o 9.983/00”, *Boletim dos Procuradores da República*, ano III, n^o 30, out. 2000, pp. 3-7.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*, 2^a ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, 5^a ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Notas

- (1) Segundo o art. 170 do Código Penal, aos crimes do Capítulo V (arts. 168, 168-A, 169), no qual se encontra a apropriação indébita previdenciária, aplica-se o art. 155, § 2^o, que trata do furto privilegiado ou mínimo. Assim, com o § 3^o, segunda parte, o legislador criou uma hipótese específica para o crime de apropriação indébita previdenciária, excepcionando a aplicação da forma privilegiada do art. 155, § 2^o ao crime do art. 168-A.
- (2) Importante notar que, ao contrário do art. 34 da Lei n^o 9.249/1995 que admite o pagamento até o recebimento da denúncia, o inciso I, do § 3^o do art. 168-A, do Código Penal, exige que o pagamento ocorra até o oferecimento da denúncia.
- (3) Segundo apuramos, a primeira decisão que adotou a possibilidade de transação penal foi a proferida no dia 21/08/2002, no Processo n^o 2001.61.22.001452-2, na Subseção Judiciária Federal em Tupã (SP).

Jefferson Aparecido Dias

Procurador da República em Marília e mestre em Teoria do Direito e do Estado

Vanderlei Pedro Costenaro

Juiz federal em Tupã e mestre em Direito Previdenciário (PUC/SP)

CONHEÇA MAIS SOBRE A MONOGRAFIA Nº 36:

EFETOS DA INTERNAÇÃO SOBRE A PSICODINÂMICA DE ADOLESCENTES AUTORES DE ATO INFRACIONAL

Este trabalho busca, por meio do diagnóstico psicológico do tipo compreensivo, estudar as alterações na psicodinâmica de adolescentes privados de liberdade e verificar aspectos afetivo-emocionais desses adolescentes no início e após seis meses de internação na Febem-SP. Observamos que as interações interpessoais na família desses jovens tendem para o empobrecimento do diálogo e das trocas afetivas. A internação é um tempo no qual o sujeito fica privado das relações com seu grupo social para sua reeducação. O tempo de internação não é sem consequência, uma vez que se observou uma acentuação da presença de mecanismos de defesa mais re-



gredidos na relação com o meio, com um predomínio da pulsão de morte. Conclui-se assim que esses sujeitos não foram auxiliados por esse tipo de internação, que não os ajudou na re-significação de seus atos delitivos. A internação prejudicou a adaptação social e agravou o estado emocional dos adolescentes. Não possibilitou a eles o deslocamento para novas nomeações, para um canal de simbolização e re-significação no envolvimento com atos delitivos, uma vez que a instituição continuou cristalizando a cronificação desses adolescentes pelo nome pelos quais são reconhecidos “seres infratores”.

Sirlei Fátima Tavares Alves

O tema sobre o qual falaremos não é novo, porém, se a quantidade de abordagens sobre o assunto não serve para convencer acerca da necessidade de estabelecermos limites éticos de atuação, ao menos servirá para manter acesa a discussão. Procuraremos trazer mais algumas palavras sobre mídia e processo penal.

Atualmente, não se passa um dia sem que os meios de comunicação noticiem, com estardalhaço, medidas tomadas pelos órgãos do sistema criminal em razão de algum fato que tenha se tornado — por predileção mediática — o estrepitoso assunto de todas as pautas. Assim, notícias sobre investigações (policiais e parlamentares, as quais, frise-se, possuem fins absolutamente diversos), ações judiciais e fatos processuais são trazidos ao conhecimento da população de forma torrencial. Exemplo recente de tal forma de agir ocorreu com a prisão, cinematográfica, de uma famosa empresária paulista, a qual foi estampada em todos os jornais do País.

Neste sentido, cabe indagarmos se, em uma sociedade massificada como a atual, onde a notícia é um produto anunciado aos quatro ventos, os órgãos de comunicação teriam o poder de formar — transformar ou deformar, dizemos nós — a opinião pública, já que exercem notória influência sobre a construção da realidade em que vivemos? Vejamos.

Ao tratarmos dos temas processo, imprensa, sociedade e democracia, o italiano **Giulio Illuminati**⁽¹⁾ e o brasileiro **Eugênio Bucci**⁽²⁾, citado por **Alberto Toron**, possuem impressões similares. **Illuminati** aduz que a sociedade contemporânea faz da informação um elemento estruturante da sua própria organização. Por sua vez, **Bucci** afirma que a mídia tem um papel integrador, sobretudo a TV que ilumina o espaço público brasileiro com a luz colorida de seus monitores, afirmando que, deste modo, o Brasil “*se informa sobre si mesmo, situa-se dentro do mundo e se reconhece como unidade*”.

Na esteira deste pensar, argüimos ainda — e esta é nossa maior preocupação — acerca da possível ascendência dessas notícias, desses “elementos estruturantes” sobre o Poder Judiciário, o qual deve agir com isenção e imparcialidade. **Maria Lúcia Karam**, comentando, com acerto, a influência da mídia sobre as decisões judiciais afirma que os magistrados não se distinguem “*dos demais habitantes do mundo pós-moderno, acostumados a apreender o real através da intermediação midiática*”⁽³⁾.

Não é intenção deste breve estudo — nem ao longe — questionar a importância da imprensa, da liberdade de expressão e informação, garantias civis conquistadas às duras penas, as quais estão previstas em nossa Constituição da Repúbli-

ca. Todavia, urge ressaltarmos que a atuação da mídia ao noticiar os fatos deve ser pautada pela ética e pela responsabilidade, uma vez que — mobilizando a opinião pública e publicando a opinião — tem o notório poder de provocar reflexos na atuação do sistema repressivo estatal e da sociedade os quais, iluminados pelos holofotes e pressionados pelas notícias, vozes e votos, passam a agir de forma açodada, para não se dizer criminosa, tal como ocorreu no famoso caso da Escola Base⁽⁴⁾ em São Paulo.

Exemplos podem ser trazidos à colação. Promotores de Justiça do Estado de São Paulo, há bem pouco tempo e ainda antes de findo um depoimento que estava sendo prestado visando obter os benefícios do instituto da delação premiada, divulgaram-no ao vivo e colocaram sob suspeita um ministro de Estado e a economia do País em alerta. O cenário criado, antecipadamente, pela divulgação só serenou quando o referido ministro concedeu uma grande entrevista coletiva.

Lembremo-nos, contudo, que nem todos os cidadãos têm essa possibilidade, nem todos podem se valer da mesma mídia para desmentir ou explicar os fatos que lhes imputam.

Assim, para aqueles que não podem dar divulgação à sua voz, restará sobre si o peso da dúvida, que, se em juízo muitas vezes é desrespeitado, estampando todos os jornais e “na boca do povo” muito mais o será, tal qual o antigo acórdão da infidelidade mineira, que dizia que “*(...) sem embargo de se não provar que o réu soubesse individualmente da conjuração, nem dela tivesse mais notícia, ou que tivesse alguma conversação com algum dos conjurados, sempre se faz suspeito...*”⁽⁵⁾.

Tais situações também ocorrem no exterior. Através da divulgação, através de uma entrevista coletiva, da crença de que um acusado no Tribunal Penal Internacional se encontrava escondido em um monastério da Croácia, criou-se um conflito diplomático. O Vaticano e a igreja católica negam veementemente a informação e o referido país, o qual lutava por sua admissão na União Européia, teve seu procedimento de acesso suspenso, até que se comprovem as imputações. De se estranhar, contudo, que a Croácia possui cerca de 80 monastérios e ninguém, pelo menos antes da divulgação, foi aos locais verificar se o acusado, de fato, lá estava⁽⁶⁾.

A divulgação dos fatos de modo imparcial e pouco ético, a utilização de imagens e declarações editadas, sem falarmos no uso de recursos cênicos para reconstituir os crimes, são, comumente, as formas pelas quais as notícias sobre a criminalidade chegam até a população. Esta, por sua vez, nutrido imenso sentimento

de insegurança em razão da maciça campanha de pânico, aceita a cabeça ofertada a prêmio, surgindo desta equação os terríveis bandidos, os dissimulados heróis e as falsas soluções.

Tal conjugação acaba por produzir terreno fértil para o fenômeno conhecido como publicidade opressiva, por meio da qual, antes mesmo de que o Poder Judiciário se manifeste sobre a questão, há muito, já se lançou uma condenação através dos órgãos de comunicação.

O mestre de todos os advogados, **Antônio Evaristo de Moraes**, explica que “*a publicidade opressiva corresponde ao que o Direito norte-americano denomina petrial ou trial by media, significando, em última análise, o julgamento antecipado da causa, realizado pela imprensa, em regra com veredicto condenatório, seguido da tentativa de impingir-lo ao Judiciário*”⁽⁷⁾.

Em brilhante trabalho⁽⁸⁾ o professor **Nilo Batista**, através da análise do programa televisivo *Linha Direta*, o qual, veiculado pela Rede Globo de Televisão, implementa e inspira caçadas humanas via rede nacional, produzindo um processo e julgamento públicos, esmiuça as funções atuais da imprensa no sistema penal, lecionando que ao consentirmos com tal prática “*podemos estar nos aproximando do dia em que iniciativas processuais de alguns operadores do sistema penal que aceitaram este jogo só possam ser compreendidas através dos manuais de propaganda e marketing, sem que o cidadão entrevistado por uma reportagem policial tenha assegurado seu direito ao silêncio*”.

Assim, um caso que tenha sido focalizado pelo referido programa televisivo, chegando ao Judiciário, traz consigo pesada carga popular no sentido de uma condenação e nesta situação o magistrado é induzido — quase obrigado — a aceitar os argumentos produzidos pelo meio de comunicação e se, porventura, não confirmar a sentença proferida pela mídia se verá jogado, por ela, na vala dos desonestos.

Confirmando tal tendência, certa feita e com estarecedora sinceridade — o que não afasta o equívoco provocado — o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assumiu que, em alguns casos, o Judiciário é levado a julgamento pela opinião pública, razão pela qual não deve “*ser escandalizado com o reconhecimento de nulidades meramente formais*”⁽⁹⁾ (TJ/SP, Ap. Crim. n.º 152.151-3, grifos nossos). Em poucas palavras, argumentou que, nos feitos escandalosos, emblemáticos — sem deixar de lado que tal natureza é, muitas vezes, produzida pela mídia, ao seu talante — pouco importa as regras postas e o Direito.

Por outro lado, temos, contrariando a pressão e não se deixando coagir, exem-

plôs de magistrados que se mantêm alheios à balbúrdia produzida pela imprensa e conduzem o processo com base, tão-somente, em fator e atos processuais e não naqueles produzidos pelos órgãos de comunicação. Infelizmente, tais exemplos são exceção, servindo para comprovar a regra, isto é, a pressão a qual estão submetidos os juizes para condenar o réu, nos casos objeto de excessiva, e muitas vezes distorcida, cobertura jornalística.

Singular decisão neste sentido ocorreu na ação penal que apurava as responsabilidades criminais em razão do desabamento do edifício Palace II, quando o ex-deputado federal Sérgio Naya foi alvo de autêntico julgamento pela mídia. A sentença proferida em primeira instância, em trecho nomeado *trial by media*, assim desmascara a encenação feita pela mais importante rede televisiva do País, a qual merece transcrição:

(...) quem folhear os diários e periódicos da época, ou pesquisa o noticiário transmitido pelo rádio e pela televisão, muitos deles anexados ao processo, perceberá que anteriormente, muito anteriormente, ao término do inquérito policial instaurou-se no País, principalmente no Rio de Janeiro, autêntico trial by media.

As supostas causas do desabamento eram francamente listadas e repetidas antes mesmo da conclusão dos exames periciais. Os culpados pela tragédia, antecipadamente mostrados e condenados pelos media, eram submetidos à execração pública e apontados para linchamento pelos mais exaltados. Argamassa era exibida na televisão como se fosse concreto, reboco era esfarinhado entre os dedos em meio a gritos de que tinha sido utilizado como concreto, impurezas encontradas na massa eram apresentadas como causa da ruína do edifício. (...)

A divulgação do laudo foi falseada e distorcida. O Jornal Nacional, principal informativo da televisão, noticiou, de forma desleal — mais com seus espectadores do que com os envolvidos — as conclusões da prova técnica, fazendo crer que no laudo existia o que ali não se con-

tinha, que os peritos tinham concluído de uma forma quando na realidade suas conclusões eram outras. (...) (sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 98001.184167-8, da 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, pp. 61/62).

O que se pretende com o presente trabalho é hoje, com a imensa quantidade de informes, notícias e fatos publicados em razão das CPI's — corretamente apelidadas por **René Dotti** como os novos comitês de salvação pública — e com o grande número de estrepitosas operações policiais, fornecer alguns elementos para reflexão sobre o tema, com a certeza de que, em um Estado Democrático de Direito, não podemos abrir mão de um Poder Judiciário imparcial e independente.

Cumpra-nos assim, trazer para o campo deste debate as palavras do respeitado jornalista **Zuenir Ventura**, que, na exata forma da presente exposição, ao abordar, com a intimidade de quem conhece o poder da imprensa e os seus limites, alerta que:

“O poder da imprensa é arbitrário e seus danos irreparáveis. O desmentido nunca tem a força do mentido. Na Justiça, há pelo menos um código para dizer o que é crime; na imprensa não há norma nem para estabelecer o que é notícia, quanto mais ética. Mas a diferença é que no julgamento da imprensa as pessoas são culpadas até a prova em contrário”.

De todos estes breves argumentos e singelas reflexões surge a certeza de que não podemos compactuar com práticas que violem as garantias do justo processo para o cidadão, sendo vedado admitirmos que um indivíduo seja levado a julgamento perante um tribunal acuado e pressionado, sob pena de transformarmos nossos processos em espetáculos cênicos de roteiros definidos e fins trágicos ou em um jogo de cartas marcadas, cujo derrotado já se sabe, desde há muito, quem é. Há que se evitar a confusão entre liberdade de imprensa e libertinagem da imprensa. ●

Notas

(1) *Divieta de pubblicazione e formazione de*

convincimento giudiziale. Processo Penale e Informazione. Università degli studi Macerata, Facoltà di Giurisprudenza, Instituto de Direito e Procedure Penal, 2001, p. 53 *apud in TORON, Alberto Zacharias*, “Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 36, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 258.

- (2) *Brasil em Tempo de TV*, São Paulo: Botempo, 1997, p. 11 *apud in TORON, Alberto Zacharias*, “Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 36, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 258.
- (3) **KARAM, Maria Lúcia**. “O direito a um julgamento justo e as liberdades de expressão e informação”, in *Boletim do IBCCRIM* nº 107, edição especial, p. 3.
- (4) Donos de uma creche acusados de abusar sexualmente de seus alunos, após estrepitoso escândalo noticiado, tiveram escola e a casa alvejada com pedras e a própria vida ameaçada e foram, durante meses, moralmente linchados pelos jornais. Ao final das investigações se chegou a conclusão de que nada do que estava sendo apurado era verídico mas sim uma “mentirinha” contada por uma única e fantasiosa criança, razão pela qual o inquérito policial foi arquivado.
- (5) *Do Acórdão dos Juizes da Alçada, na Inconfidência Mineira*, em 1792.
- (6) Em 20.9.05 no site http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2005/09/050920_vaticanoatualizaba.shtml.
- (7) **MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. In BARANDIER, Antonio Carlos**, in *As Garantias Fundamentais e a Prova (e outros temas)*, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris Ltda., 1997.
- (8) **BATISTA, Nilo**. “Mídia e sistema penal no capitalismo tardio”, *Discursos Seduciosos* nº 12, Revan, 2002, p. 271.
- (9) **TORON, Alberto Zacharias**. “Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 36, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 258.

Marcio Gesteira Palma

Advogado no Distrito Federal, especialista em Advocacia Criminal e mestrando em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (RJ) e professor de Processo Penal do Instituto de Ensino Superior de Brasília

SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE VINHEDO/SP

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e o Departamento de Cultura da OAB Vinhedo, realizarão nos dias 09, 10 e 11 de janeiro de 2006, o **Simpósio de Ciências Criminais de Vinhedo**.

Palestrantes: Édson Luis Baldan, Rogério Sanches Cunha e Edson Jorge Aidar

Local: Casa do Advogado de Vinhedo - Estrada da Boiada, nº 520 - Jd. Brasil - Vinhedo/SP

Informações: Casa do Advogado de Vinhedo: (019) 3886.3494 / 3876-3846 / 3876-2392

Subseções Convidadas: Valinhos, Jundiaí, Itatiba, Campinas e Indaiatuba.

Serão conferidos certificados de participação

Inscrições: Gratuitas

AULA MAGNA FACULDADES INTEGRADAS DE VALINHOS/SP

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e as Faculdades Integradas de Valinhos, realizarão nos dias 26 e 27 de janeiro, a Abertura do ano acadêmico de 2006.

Palestrantes: Alberto Silva Franco e Edson Junji Torihara

Local: Av. Invernada, nº 595 - Valinhos/SP

Informações: Faculdades Integradas de Valinhos: Fone (019) 3869.5833

Inscrições: Apenas para alunos da Faculdade.

CRIME PREVIDENCIÁRIO: A CONSTITUIÇÃO PRÉVIA E DEFINITIVA DO CRÉDITO É ELEMENTAR DO TIPO E JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL

Eliomar da Silva Pereira

Eliomar da Silva Pereira

A constituição prévia e definitiva do crédito previdenciário, por lançamento da autoridade administrativa competente, representa no âmbito material do direito penal uma elementar do tipo, e no âmbito processual justa causa para a ação penal, de tal forma que sua falta torna ilegítimo o exercício da tutela penal, por qualquer órgão estatal do sistema punitivo.

Inicialmente cumpre entender que a Lei nº 9.430/1996, ao se referir aos crimes previstos na Lei nº 8.137/1990, a despeito da Lei nº 8.212/1991 (art. 95), e mesmo depois da Lei nº 9.983/2000, inevitavelmente se aplica aos crimes previdenciários (agora previstos nesta última lei). Um tal entendimento resulta de uma interpretação sistemática dessas leis, de tal forma que também em relação aos crimes previdenciários, *“a representação fiscal para fins penais, somente deve ser encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito”*.

A respeito da Lei nº 9.430/1996, recorde-se que o Supremo Tribunal Federal asseverou o entendimento que *“o Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita ‘representação tributária’, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo”* (STF, Pleno, ADIN 1.571, DJU 30.04.2004, p. 27).

Contudo, embora a exigência de representação não transforme a ação penal em pública condicionada, certo é que o Ministério Público depende do lançamento definitivo do crédito, porque *“antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para ação penal”*. É esse, portanto, o entendimento do STF, que se aplica igualmente aos crimes previdenciários, e alcança inclusive a instauração de inquérito policial⁽¹⁾. Não se trata de questão tranqüila, contudo. De nossa parte, entendemos que deve ser analisada à luz da teoria do crime, em especial em relação aos elementos do tipo.

Nos crimes previdenciários, como ocorre nos tributários, de apropriação e sonegação, a contribuição social deve ser entendida como elemento normativo do tipo. Requer necessariamente que se recorra ao seu conceito jurídico para entendê-lo, e mais, requer que esteja ela constituída prévia e definitivamente, em esfera própria, que é a administrativa, e por autoridade competente, que é a fiscal.

Por tais motivos é que se insiste na ne-

cessidade de exaurimento da via administrativa como exigência para a intervenção penal nas questões de fundo tributário (como nos crimes previdenciários). Em síntese, sustenta-se que, sendo o tributo (neste incluída a contribuição social) elemento constitutivo do tipo, este estaria prejudicado enquanto a administração fiscal não tivesse concluído sobre sua existência, constituindo o crédito pelo lançamento definitivo.

Imagine-se, por exemplo, um caso em que, estando a ação penal em curso, e o processo administrativo em grau de recurso administrativo, o sujeito passivo da obrigação tributária tenha obtido decisão em seu favor, afastando o fato gerador do tributo ou a hipótese de incidência, concluído não haver débito. A ação penal ficaria sem justa causa para continuar. Na verdade, faltava-lhe justa causa desde a origem, neste caso, a demonstrar sua inviabilidade jurídica.

Por isso, ao STF dizer que *“é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”* (Súmula 609), não está, em absoluto, admitindo que o crime existe sem a constituição do crédito tributário (e previdenciário).

Por isso, também, embora pública incondicionada a ação penal, podendo o Ministério Público propô-la independentemente de representação fiscal, esta somente lhe deve ser encaminhada depois de proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente, como dispõe a Lei nº 9.430/1996, art. 86.

A questão, não obstante, ainda hoje é polemizada, inclusive no âmbito dos crimes previdenciários, havendo quem entenda existir, pelo menos, uma *condição de procedibilidade da ação penal*, que estaria sujeita a prévia representação, como se fosse condicionada. Esta idéia parece ficar afastada absolutamente com a Súmula 609 e a ADIN 1.571 do STF.

Noutro sentido, contudo, o STF já se pronunciou, ao entender que *“nos crimes do art. 1º da Lei nº 8.137/1990, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se poder afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa”* (cf. voto do relator min. Sepúlveda Pertence, HC nº

81.611/DF, Informativo nº 333, STF)⁽²⁾.

Desta forma, tem-se hoje que é pública incondicionada a ação penal em tais situações, não ficando o Ministério Público a depender de exaurimento da via administrativa para buscar a tutela penal, mas, em sentido inverso, não há justa causa para a ação penal, se proposta antes da constituição definitiva do crédito. Uma contradição que, embora se devesse resolver no âmbito do Direito Material, acaba remetendo-se ao Direito Processual.

Considerando a questão assim é que parte da doutrina vem defendendo que, conquanto não se trate de uma condição de procedibilidade, a questão administrativa deve ser encarada como uma *questão prejudicial*, à luz do art. 93 do Código de Processo Penal.

Ou seja, na melhor das hipóteses, se o Ministério Público denunciar e o juiz receber a inicial, não havendo HC do réu para trancar a ação por falta de justa causa, seria imperativo ao juiz suspender a ação penal, para não criar a perplexidade de ao chegar ao final não se ter o tributo constituído, porque privativo de autoridade administrativa.

Não é unânime, contudo, esse entendimento, sobretudo porque o art. 93 do CPP fala em *“questão da competência do juízo cível”*. Nesse sentido, Nelson Bernardes de Souza entende que: *“Parece nítida a existência de uma questão prejudicial. Não é o juiz criminal que vai afirmar a existência de tributo ou contribuições reduzidos ou suprimidos. Somente a autoridade administrativa, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional⁽³⁾, poderá dizê-lo”*. Embora não concordemos com uma tal posição que remete o problema ao plano processual, é sua a mesma conclusão que se refere ao direito material ao dizer que:

“A existência ou não de supressão ou redução de tributo ou contribuição é elementar do tipo, no sentido de ser o resultado punível, é a própria tipicidade. Sem a ação típica não há que falar na existência de crime”⁽⁴⁾.

E como tal, não se justifica uma condenação, não se justifica a ação penal, e sequer a instauração de inquérito policial. E mais ainda, pois, se mesmo depois de constituído, facultava-se ao devedor o pagamento ou parcelamento de certos tributos, como legitimar a repressão penal antes de resolvidas tais questões? Sabe-se, é certo, que, na falta de uma separação muito precisa entre inadimplência e criminalidade nos ilícitos tributários e pre-

videnciários, o objetivo da Fazenda Pública é receber, sem distinção. Objetivo por certo legítimo, no âmbito da tutela fiscal, que, contudo, se transposto ao âmbito da tutela penal, segundo entendemos, repugna ao Estado de Direito, porque não é a investigação criminal nem o processo penal sede para perseguir a constituição do crédito tributário e compelir o devedor ao seu pagamento. Trata-se de atividade absolutamente ilegítima quando assim desenvolvida pelos órgãos do sistema penal.

Por isso, de nossa parte, preferimos encarar a questão a partir da teoria do delito, no âmbito do Direito Material, para entender a contribuição previdenciária não como questão prejudicial, não como condição de procedibilidade ou objetiva de punibilidade, mas como elemento normativo do tipo (embora haja quem a entenda como elemento objetivo), que torna a conduta atípica. Neste sentido, **Marta Saad** e **Diogo Malan** já entenderam que “o lançamento definitivo do tributo caracteriza, a bem da verdade, **elemento normativo do tipo** previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90, à míngua do qual a conduta do agente é rigorosamente **atípica**”⁽⁵⁾.

Assim, diante de tais questões que concorrem ao problema, entendemos que *por falta de justa causa, é ilegítima a instauração de inquérito policial, bem como a propositura de ação penal, não cabendo ao juiz sequer suspender o processo penal, mas julgá-lo definitivamente, absolvendo o réu com base no art. 386, III, do CPP, se houver recebido a denúncia que poderá de plano ser rejeitada por falta de requisito essencial previsto no art. 41, I, do CPP.* ◉

Notas

(1) HC nº 83.717-4, STF, Primeira Turma, relator ministro **Marco Aurélio**, decisão unânime, publicada no DJ de 30.04.2004, cuja ementa é a seguinte: “**Crime tributário - Sonegação - Processo administrativo em curso - Instauração de inquérito policial - Inviabilidade** — Ante os contornos do processo administrativo fiscal e a natureza do crime perpetrado — sonegação de tributo —, há de aguardar-se o desfecho respectivo, mostrando-se imprópria a precipitação mediante pro-

vocação de instauração de inquérito policial. O processo administrativo visa a elucidar a configuração, ou não, em tal campo, da infração tributária.”

- (2) Esta distinção nos crimes previstos na Lei nº 8.137/1990, entre tipos materiais (art. 1º) e formais (art. 2º), não parece ser um critério muito seguro e absolutamente correto. De fato, as condutas de um e outro têm natureza diversa, ou não se justificaria um ter pena de detenção (no máximo de 2 anos), e outro, pena de reclusão (com seu mínimo em 2, e máximo em 5 anos). Ora, se a intenção do legislador era conferir ao art. 2º a natureza de crimes formais, que representassem o *iter criminis* para a realização dos resultados previstos no art. 1º, parece que lhe faltou mais técnica. Nota-se a falha ao fazermos uma leitura do art. 2º, II, no qual se encontram os elementos de típica apropriação indébita, crime hoje, entre os previdenciários, punido com a mesma pena do art. 1º, após a Lei nº 9.983/2000 (cf. art. 168-A do CP). Noutro ponto, ainda, nota-se que a mera conduta de “fazer declaração falsa ou omitir declaração” (art. 2º, I) é basicamente a mesma que “omitir informação, ou prestar declaração falsa” (art. 1º, I), que constitui elemento de tipo material que requer supressão ou redução de tributo ou contribuição. Isto, em síntese, nos remete à conclusão necessária de que é sempre necessário constatar existência de tributo, constituindo-o definitivamente, sendo frágil a distinção de tratamento que se pretende entre art. 1º e art. 2º da lei.
- (3) “*Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível*”.
- (4) *Apud Antonio Lopes Monteiro. Crimes Contra a Previdência Social: Lei 9.983, de 14 de Julho de 2000: Texto, Comentários e Aspectos Polêmicos*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 132.
- (5) “CF. Crimes contra a ordem tributária e a portaria SRF 326/05: Novo esforço para restaurar a lógica do sistema”, **Boletim IBCCRIM**, ano 13, nº 150, maio 2005.

Eliomar da Silva Pereira

Delegado de Polícia Federal em Mato Grosso e pós-graduando em Ciências Criminais (UVB/IELF/ESUD)

SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS OAB/SP-IBCCRIM

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e a OAB/ SP, realizarão nos dias 13, 14 e 15 de fevereiro de 2006,

o **Simpósio de Ciências Criminais OAB/SP-IBCCRIM - SP**

Palestrantes confirmados: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Paulo Sérgio de Oliveira e Sérgio Mazina Martins.

Local: Salão Nobre da OAB/SP - Praça da Sé, nº 385 – 1º andar – São Paulo/SP

Promoção: OAB/SP e IBCCRIM

Informações: Praça da Sé, 385 - Térreo (atendimento) ou pelo site: www.oabsp.org.br
Inscrições mediante a doação de 1 lata de leite em pó



IBCCRIM

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

COORDENADORES ESTADUAIS:

- **ACRE** - Maria de Salette da Costa Maia (cestadual.ac1@ibccrim.org.br)
- **AMAPÁ** - João Guilherme Lages Mendes (cestadual.ap1@ibccrim.org.br)
- **AMAZONAS** - Ana Beatriz Baraúna Lopes (cestadual.am1@ibccrim.org.br)
- Fabioli Monteconrado Ghidalevich (cestadual.am2@ibccrim.org.br)
- **BAHIA** - Elmir Duclerc (cestadual.ba1@ibccrim.org.br)
- Selma P. de Santana (cestadual.ba2@ibccrim.org.br)
- **CEARÁ** - Fernando Luiz Ximenes Rocha (cestadual.ce1@ibccrim.org.br)
- **DISTRITO FEDERAL** - Carmen da Costa Barros (cestadual.df1@ibccrim.org.br)
- Heloisa Estellita (cestadual.df2@ibccrim.org.br)
- **GOIÁS** - Franciele Silva Cardoso (cestadual.go1@ibccrim.org.br)
- **MARANHÃO** - Themis Maria Pachêco de Carvalho (cestadual.ma1@ibccrim.org.br)
- **MINAS GERAIS** - Liliane Cristina de Oliveira (cestadual.mg1@ibccrim.org.br)
- Marcelo Leonardo (cestadual.mg2@ibccrim.org.br)
- **PARÁ** - Edmundo Oliveira (cestadual.pa1@ibccrim.org.br)
- **PARAIBA** - Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (cestadual.pb1@ibccrim.org.br)
- Guilherme Costa Câmara (cestadual.pb3@ibccrim.org.br)
- Oswaldo Trigueiro Filho (cestadual.pb2@ibccrim.org.br)
- **PARANÁ** - Adelino Marcon (marconadvogados@zaz.com.br)
- Maurício Kuehne (cestadual.pr1@ibccrim.org.br)
- Walter B. Bittar (walter@advocaciabittar.adv.br)
- **PERNAMBUCO** - Adeildo Nunes (cestadual.pe3@ibccrim.org.br)
- Flavio Augusto F. de Lima (cestadual.pe2@ibccrim.org.br)
- Nilzardo Carneiro Leão (cestadual.pe1@ibccrim.org.br)
- **MATO GROSSO DO SUL** - Fabio Trad (cestadual.ms1@ibccrim.org.br)
- **RIO DE JANEIRO** - Maria Lúcia Karam (cestadual.rj1@ibccrim.org.br)
- **RIO GRANDE DO SUL** - Fabio Roberto D'Avila (cestadual.rs1@ibccrim.org.br)
- Luiz Antônio Bogo Chies (cestadual.rs3@ibccrim.org.br)
- Paulo Vinicius Sporleder de Souza (cestadual.rs2@ibccrim.org.br)
- **RIO GRANDE DO NORTE** - Lena Rocha (cestadual.rn1@ibccrim.org.br)
- **SANTA CATARINA** - Felipe Cardoso Moreira de Oliveira (cestadual.sc1@ibccrim.org.br)
- **SÃO PAULO (BAIXADA SANTISTA)** - Vinicius Toledo Piza Peluso (cestadual.sp1@ibccrim.org.br)
- **SERGIPE** - Daniela Carvalho Almeida da Costa (cestadual.se1@ibccrim.org.br)

Entre em contato com o coordenador de seu Estado para celebração de convênios, propôr e divulgar cursos, enviar artigos e se informar. **Participe!**

A NOVA PEÇA DE ABERTURA DO INQUÉRITO POLICIAL: AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - ALGUNS COMENTÁRIOS À LEI Nº 11.113, DE 13 DE MAIO DE 2005

Alexandre Langaro

Alexandre Langaro

A Lei nº 11.113, de 13 de maio de 2005, publicada no *Diário da Justiça da União* no dia 16 de maio de 2005, na norma substanciada no seu artigo 1º, ao dar nova fórmula redacional aos preceitos inscritos na cabeça e no § 3º, do artigo 304, CPP, estabeleceu o seguinte:

“Art. 1º O caput e o § 3º do art. 304 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso.

Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do **acusado** sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§ 3º Quando o **acusado** se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.” (negrito por conta).

A que levam esses novos preceitos?

Registre, em plano primeiro, por essencial, a atecnia com que se houve o legislador ao fazer inserir — tal como ocorrido alhures — a palavra **acusado** nos preceitos constantes da Lei nº 11.113, em estudo. Ora, neste momento de informação, ou seja, de investigação penal, onde se praticam, como regra, diligências de caráter instrutório para o esclarecimento da verdade real, tem-se apenas o início de um procedimento extrajudicial de ordem inquisitiva — o inquérito policial — pois o processo penal, que tem como postulado, no Brasil, a forma acusatória, inicia-se com o recebimento da peça primeira de acusação, que é a denúncia. Dentro desse específico contexto, descabe, a mais não poder, falar-se em **acusado**. Aliás, cumpre enfatizar que é de boa técnica o ato ou efeito de distinguir-se. Impõe-se, neste ponto, por essencial, formular a seguinte corrigenda: nos preceitos inscritos no artigo 1º, Lei nº 11.113, de 13 de maio de 2005, onde se lê **acusado** leia-se **conduzido, interrogado ou indiciado**. A palavra **acusado** constante dos citados preceitos, portanto, deve ser lida, tecnicamente — insista-se — como **conduzido, interrogado ou indiciado**. Esse, o quadro.

Por outra perspectiva, enfatize-se, por essencial, que a pessoa encontrada em flagrante delito e, pois, presa — por qualquer do povo ou pelas autoridades policiais e seus agentes — deverá ser apresentada à autoridade competente da Polícia Judiciária.

Pois bem, assim que apresentado o preso à autoridade competente da respectiva Polícia Judiciária Estadual ou Federal — o delegado de Polícia —, o passo primeiro será ouvir o condutor, dele colhendo, desde logo, a sua assinatura. Em passo seguinte, entrega-se — ato contínuo — ao condutor do aprisionado a cópia do termo de apresentação e o recibo de entrega do preso.

Essa parte preliminar encerra-se com a entrega, por parte da autoridade competente, ao condutor, dos necessários termos de apresentação e recibo de entrega do preso. Isto significa, em princípio, que, a partir deste momento, o condutor estará liberado, salvo a necessidade de ele ser ouvido novamente, *a posteriori*.

Em etapa seguinte — o auto de prisão em flagrante, agora, é bipartido —, a autoridade competente da Polícia Judiciária deverá ouvir as eventuais testemunhas que acompanharam o condutor do preso — à falta dessas testemunhas deverão assinar o auto, pelo menos, duas testemunhas de natureza meramente instrumental, que tenham estados presentes à apresentação do conduzido à autoridade competente da Polícia Judiciária. Ouvidas essas pessoas, colher-se-á, depois de cada depoimento prestado, na mesma assentada, as suas respectivas assinaturas, liberando-as, **imediatamente**.

Ultrapassada a fase da oitiva das eventuais testemunhas que acompanharam o condutor do preso, a autoridade da Polícia Judiciária competente — continuamente, sem interrupção — interrogará o indiciado⁽¹⁾ sobre a imputação que lhe é feita. Impende referir, no particular, que o legislador perdeu uma oportunidade de ouro para **ratificar** — tal como levado a cabo, recentemente, pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, *DOU* de 2 de dezembro de 2003, que acrescentou um parágrafo único ao artigo 186, CPP — o postulado constitucional que garante ao preso o direito de permanecer calado, pois em jogo, nesta quadra, a liberdade, bem maior a que alude a norma inscrita na cabeça do rol dos direitos e das garantias individuais da Carta Política da República.

Finalmente, ou seja, cumpridas todas as etapas anteriormente escandidas, a autoridade da Polícia Judiciária competente lavrará o auto, que será assinado, então, pelo preso. É que o condutor do indiciado e as respectivas testemunhas, nesta altura, encontram-se ausentes, porque anterior e salutarmente liberados, como evidenciado. Poderá, entretanto, o conduzido, simplesmente se recusar a assinar o auto de

prisão em flagrante. Ele tem esse direito: *in eo quot plus est semper inest et minus*: ou em vernáculo: quem pode o mais pode o menos. Se o conduzido pode o mais — ou seja, tem o direito de permanecer calado — pode o menos, isto é, recusar-se a assinar o respectivo auto. Isto sem falar que os preceitos inscritos na cabeça e no parágrafo único do artigo 186, CPP, igualmente, encerram essa possibilidade. Sendo assim, assiste absoluta liberdade ao conduzido para, se quiser, deixar, ainda que à míngua de qualquer fundamento, de assinar o auto de prisão em flagrante. “*Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave*”⁽²⁾. Trocando em miúdos: “*é, de rigor, o que está escrito no texto e não cabe ao intérprete criar hipóteses legais por preferências ou antipatias sem lei que as estabeleça*”⁽³⁾. Nesse caso, portanto, a peça de abertura do inquérito policial — oriundo de *noticia criminis* de cognição coercitiva — será assinado por duas testemunhas que tenham ouvido sua leitura na presença do preso. O mesmo ocorrerá se o conduzido não souber ou não puder fazê-lo.

Mostra-se pertinente concluir, desse modo, que a Lei nº 11.113, de 13 de maio de 2005, em boa hora, ao autorizar, de forma linear, depois de ouvidos pela autoridade competente da Polícia Judiciária, a liberação imediata do condutor do preso e das testemunhas que eventualmente o acompanharam, desembarçou, à exaustão, a forma material a ser observada quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, estampando, de imediato, maior celeridade e racionalidade ao procedimento extrajudicial de ordem inquisitorial, no que agasalhou e homenageou, bem assim, o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, soberano norteador de todo o arcabouço normativo brasileiro, hasteado, bem por isso, pelo legislador constitucional de 5 de outubro de 1988, como fundamento do Estado Democrático de Direito. ●

Notas

(1) Sobre o indiciamento, ver por todos, no autorizado magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o Inq. nº 2.0141-MG, relatado pelo eminente ministro **Celso de Mello**, *apud Inf STF* 323): “{...} O indiciamento de alguém, por suposta prática delituosa, somente se justificará, se e quando houver indícios mínimos, que, apoiados em base empírica idônea, possibilitem atribuir-se, ao mero suspeito, a autoria do fato criminoso. Se é inquestionável que o ato de indiciamento não pressupõe a necessária

existência de um juízo de certeza quanto à autoria do fato delituoso, não é menos exato que esse ato formal, de competência exclusiva da autoridade policial, há de resultar, para legitimar-se, de um mínimo probatório que torne possível reconhecer que determinada pessoa teria praticado o ilícito penal. O indiciamento não pode, nem deve, constituir um ato de arbítrio do Estado, especialmente se se considerarem as graves implicações morais e jurídicas que derivam da formal adoção, no âmbito da investigação penal, dessa medida de Polícia Judiciária, qual-

- quer que seja a condição social ou funcional do suspeito. *"Doutrina. Jurisprudência."*
- (2) **MAXIMILIANO, Carlos.** *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1965, p. 177.
- (3) **FERRARA, Francesco.** *Interpretação e Aplicação das Leis*, Coimbra: 1963, p. 129.

Alexandre Langaro
Advogado e parecerista em
Passo Fundo e Porto Alegre (RS)

Alexandre Langaro

O AUTO DE FLAGRANTE E O MAGISTRADO

Josemar Dias Cerqueira

Josemar Dias Cerqueira

Diariamente, e lamentavelmente, centenas, senão milhares, de flagrantes são comunicados às autoridades judiciais deste país continental.

Lamentavelmente, também, a maioria desses comunicados é despachada pelos magistrados com um simples "ciente" ou "aguarde-se o inquérito policial".

A postura deve ser alterada, ainda que alguns entendam que o recebimento do auto de flagrante é despacho que dispensa fundamentação⁽¹⁾.

Defendo que o auto encaminhado deve ser homologado, isto é: atuado e decidido!

A atuação se apresenta como necessária porque o conjunto de documentos que acompanha a notícia do flagrante (depoimentos, enquadramentos, nota de culpa, laudos, etc.) não pode ser rebaixado à mera condição de expediente cartorário, como se ofício fosse. O auto de flagrante vai eventualmente ser atacado por remédios processuais e deve ser referenciado por estes, inclusive porque a manifestação judicial, ainda que na forma constrangida dos exemplos acima, configura-se no mínimo como despacho, exigindo autos para sua sede. Por outro lado, haverá parecer ministerial em eventual manutenção da prisão, nos termos do art. 310 do CPP.

O singelo "ciente" resume, de forma prejudicial ao preso ao seu defensor, e aos princípios constitucionais, inúmeras questões, das quais destaco: quem prendeu tinha competência para tanto; a elaboração do auto obedeceu os ditames legais; os direitos do preso foram obedecidos; o delito não admite liberdade para o suposto infrator; não há razões para relaxamento da prisão, pois esta foi legal; a autoridade coatora agora é o magistrado e não mais o delegado, sendo este aspecto de suma importância para eventual *habeas corpus*.

Esquecendo a impossibilidade de que as cinco letras do "ciente" possam afirmar tanta coisa, me bastam, no amparo da necessidade de homologação, os dispositivos da Constituição Federal previstos no artigo 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV e, principalmente, LXV e LXVI.

Lastreado na repercussão da prisão na constelação dos direitos individuais, o magistrado deve, ao receber um auto de fla-

grante já devidamente lavrado, primeiramente analisar, em decisão fundamentada, se seus aspectos formais foram atendidos, tais como: autoridade competente, número de testemunhas, garantias constitucionais, a presença de nota de culpa e assinaturas.

Em segundo lugar, deve se debruçar sobre a tipicidade no caso, observando também se ocorreu uma das hipóteses do artigo 302 do CPP.

Por último, deve apreciar a questão da liberdade, desde eventual relaxamento da prisão ilegal, passando pela aplicação da Lei nº 9.099/95 e fiança, indo até à previsão do artigo 310 do CPP.

Atendidas essas exigências, deve preferir decisão de caráter homologatório, comunicando-a à autoridade policial e ao preso.

Deparando-se com um auto de flagrante homologado, o defensor tem certeza das condições técnicas que levam ao encarceramento do seu cliente, podendo, inclusive, trazer informações, via instrumento adequado ao caso descrito pela autoridade judicial e já com conhecimento do Ministério Público, para viabilizar eventual liberdade de seu constituído.

A homologação do auto de flagrante, portanto, à luz da Constituição Federal, não é mero formalismo. É direito do encarcerado e dever do magistrado, já sendo exigido em decisões mais recentes dos tribunais superiores⁽²⁾. ●

Notas

- (1) "(...)A praxe judiciária de homologação, pelo juiz, de auto de prisão em flagrante, consubstancia mero exame das formalidades legais e tem por consequência prevenir a jurisdição, não se exigindo ser tal despacho fundamentado, salvo se for para ordenar o seu relaxamento(...)" (STJ, RHC nº 5.650, relator **Vicente Leal**, DJU 01.09.97, p. 40.884).
- (2) "(...)Diante disso, a Turma concedeu a ordem, pois, além do excesso de prazo, há que sempre se fundamentar efetivamente as decisões de manutenção da prisão em flagrante (art. 310, parágrafo único, do CPP), o que não se deu no caso. Precedente citado: HC nº 41.867-SC, DJ 12/9/2005" (STJ, RHC nº 17.285-SP, rel. min. **Nilson Naves**, julgado em 20/10/2005.)

Josemar Dias Cerqueira
Juiz de Direito de Rio Real (BA)

Entidades que assinam o Boletim:

- **AMAZONAS**
 - Ministério Público do Amazonas
- **CEARÁ**
 - Associação Cearense de Magistrados
- **DISTRITO FEDERAL**
 - Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- **ESPÍRITO SANTO**
 - Ministério Público do Estado do Espírito Santo
- **GOIÁS**
 - Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmego
- **MARANHÃO**
 - Associação dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Maranhão - Adepol/MA
- **MATO GROSSO DO SUL**
 - Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS
 - Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
 - Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul
- **MINAS GERAIS**
 - Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
 - Praetorium - Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda.
 - Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG
- **PARÁ**
 - Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- **PARANÁ**
 - Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná
 - Ministério Público do Estado do Paraná
- **RIO DE JANEIRO**
 - Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - Fesudeperj
- **RIO GRANDE DO SUL**
 - Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS
- **SÃO PAULO**
 - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP
 - Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
 - Associação Paulista de Magistrados - Apmagis
 - Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
 - Curso C.P.C.
 - Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP
 - Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

Apoio:



Editora Revista dos Tribunais

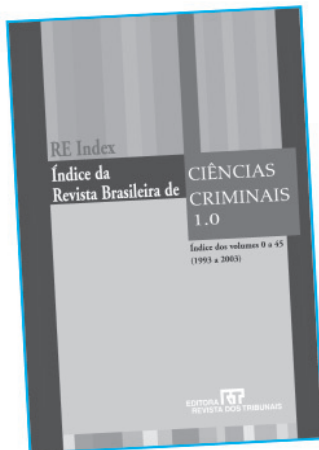
IBCCRIM

Periodicidade: bimestral

Volumes: 58 a 63

Coordenação: Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Publicação oficial do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



A revista aborda as mais relevantes discussões das ciências criminais e disciplinas correlatas, tais como sociologia, polícia, infância e juventude, entre outros.

Além das questões que apresenta, a Revista traz estudos e pareceres elaborados por especialistas nacionais e estrangeiros, legislação aplicável à área, acórdãos na íntegra e prático ementário de jurisprudência, elaborado pelos Drs. Roberto Delmanto Junior e Fabio Machado de Almeida Delmanto. Repositório de jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais Federais das 1.^a, 4.^a e 5.^a Regiões, é indiscutivelmente obrigatória para todo pesquisador do âmbito das Ciências Criminais.

2006

Faça já sua assinatura.

Não perca tempo: os descontos são maiores agora!!

Ligue 0800 702 2433

Revista dos Tribunais

A Revista dos Tribunais traz, mensalmente, mais de 800 páginas de informações relevantes aos assinantes. De 1912 até os nossos dias, muito do que se pensa e discute no Direito brasileiro teve início na Revista dos Tribunais, e os maiores juristas nacionais fizeram e continuam fazendo desta publicação o principal veículo de expressão do conhecimento jurídico vivo.

Apresenta artigos doutrinários paradigmáticos, jurisprudência selecionada, legislação federal e índices completos.

3 opções



Livro

Opção indicada para os que preferem leituras mais confortáveis, perfeita para bibliotecas e colecionadores.

CD-ROM

Trata-se da forma mais econômica de assinar a RT. A cada trimestre o assinante recebe um CD-ROM que inclui as informações acumuladas no período anterior. A edição de dezembro trará, em um único CD-ROM, todas as edições da RT do ano, também com a legislação federal.

Livro + CD-ROM

Aqueles que estão em compasso com a evolução tecnológica, mas não abrem mão de uma pesquisa tradicional, podem optar pelo conjunto.

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br

**Adquira estas e outras
obras na Livraria
RT Virtual**

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br