

# Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



## EDITORIAL:

### DIREITOS HUMANOS E CASUÍSMOS: IMPOSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA

Deveria ser motivo de orgulho o fato de a Constituição brasileira acolher, de forma tão clara e explícita, valores afirmados, internacionalmente, nas Declarações e Pactos de Direitos Humanos. A consagração expressa, por exemplo, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado, não dá margem a dúvida no sentido de que os direitos inerentes ao ser humano deveriam apresentar-se como alicerce da ordem política e da paz social brasileira, reafirmando a pessoa humana como um fim em si mesma e o centro em torno do qual o Estado haveria de se organizar.

No entanto, e de forma lamentável, ao longo do tempo, nas pesquisas e levantamentos de dados internacionais, o Brasil tem sido referido como país que tolera violações a direitos humanos. Afora a inexistência de políticas voltadas para evitar tais violações, também é registrada a ineficiência — intencional ou não — das apurações de responsabilidades dos autores das citadas ofensas a esses direitos.

A preocupação acerca desses dados foram fundamentais para o tratamento do tema na Reforma do Poder Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Incluiu-se, dessa forma, no art. 109, da Constituição Federal, que trata da competência da Justiça Federal, dispositivo que prevê o denominado incidente de deslocamento de competência para a referida Justiça. Consoante a norma constitucional, o incidente tem a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, e será suscitado pelo Procurador-Geral da República, junto ao Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou do processo.

Assim, se as apurações de violações a direitos humanos, em inquérito ou processo, não revelarem firme postura das autoridades com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro nos tratados internacionais, a norma constitucional em questão possibi-

lita que a competência seja deslocada para a Justiça Federal.

É evidente a concepção adotada na aludida norma de que a Justiça Federal poderá conduzir de modo mais eficiente as apurações dessas violações, premissa cuja correção somente o tempo poderá demonstrar. De qualquer modo, a alteração da Constituição nesse aspecto procura alinhar o Brasil entre os Estados que tutelam efetivamente os direitos humanos e compatibilizá-lo com a sua natureza de Estado Democrático de Direito — respeitador, portanto, da dignidade humana. Sob essa ótica, a medida merece aplausos, uma vez que tem o escopo de evitar que ingerências políticas regionais ou motivações pessoais de indivíduos diretamente envolvidos possam macular apurações de ofensas aos referidos direitos.

**Faz-se necessário atentar para o fato de que o dispositivo constitucional que instituiu o incidente de deslocamento é norma de competência e, como tal, necessita forçosamente pautar-se por critérios objetivos e claros — e não casuais e subjetivos.**

Contudo, faz-se necessário atentar para o fato de que o dispositivo constitucional que instituiu o incidente de deslocamento é norma de competência e, como tal, necessita forçosamente pautar-se por critérios objetivos e claros — e não casuais e subjetivos. Caso contrário, o que seria um avanço representará, na realidade, verdadeiro retrocesso, permitindo que, casuisticamente, e em especial pela repercussão do resultado das apurações junto à imprensa, seja deslocada a competência das Justiças Estaduais para a Federal.

O deslocamento de competência em foco não poderá, portanto, ser decorrência de mera insatisfação da opinião pública ou da mídia em relação ao resultado das apurações. Daí a necessidade inarredável de regulamentar a norma constitucional, como norma de competência que é, estabelecendo critérios objetivos para a sua aplicação.

Combinados esses fatores — objetividade de critérios determinantes do deslocamento de competência e efetiva apuração de violações de direitos humanos — o Brasil poderá, finalmente, deixar de figurar nas pesquisas internacionais que divulgam o malfadado *ranking* de Estados que protegem os direitos humanos somente no papel. ●

Editorial

## Índice

EDITORIAL: DIREITOS HUMANOS E CASUÍSMOS: IMPOSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA	1
A LEI ESTADUAL Nº 11.819, DE 05/01/05 E O INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA - PRIMEIRAS IMPRESSÕES Gustavo Henrique R. Uvahy Badaró	2
CONFLITOS AGRÁRIOS É VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS Renato Sérgio de Lima e Tatiana Viggiani Bicudo	3
A FEDERALIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS CRIMES PRATICADOS CONTRA OS DIREITOS HUMANOS Jorge Assaf Maluly	4
ASPECTOS PROCEDIMENTAIS É POLÍTICO-CRIMINAIS DOS CRIMES DISCIPLINADOS NA NOVA LEI FALIMENTAR Cezar Roberto Bitencourt	7
VELHOS FANTASMAS Antônio Sérgio A. de M. Pitombo	11
BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O NOVO PROCESSO PENAL FALIMENTAR Antonio Magalhães Gomes Filho	12
O FIM DA REPRESENTAÇÃO FISCAL AO MP, CONFORME ALTERAÇÕES DO CODECON - LEI COMPLEMENTAR Nº 939/03 Luiz Gustavo Fernandes e Tatiana Cunha Grion Fernandes	13
PORTE DE ARMA E PERDA "AUTOMÁTICA" DA EFICÁCIA Eduardo Luiz Santos Cabette	14
DOS EMPRÉSTIMOS VEDADOS NAS COOPERATIVAS DE CRÉDITO Alexandre Magno F. Moreira	16
A RESPONSABILIDADE PENAL DO ESTADO: UMA TRISTE ALEGORIA Luciano Filizola da Silva	18
<b>Caderno de Jurisprudência</b>	
○ DIREITO POR QUEM O FAZ: TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA Plínio Antonio Britto Gentil	873
○ DIREITO POR QUEM O FAZ: NECESSIDADE DE CERTEZA ABSOLUTA DA AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE PARA SENTENÇA CONDENATÓRIA Sylvio Baptista	874
○ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	876
○ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	877
○ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	878
○ TRIBUNAL DE JUSTIÇA	879
○ TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	880

Recentemente foi editada a Lei Estadual nº 11.819, de 05.01.2005, que, no Estado de São Paulo, regulamentou o interrogatório e a oitiva de testemunhas por videoconferência no processo penal.

A questão sobre o interrogatório por videoconferência, ou interrogatório *on-line*, como ficou conhecido, é tema recorrente na doutrina e tem suscitado debates acalorados<sup>(1)</sup>. Não é caso de voltar a discutir as vantagens ou desvantagens de tal forma de interrogatório.

Além do interrogatório, agora surge a possibilidade da oitiva de testemunha, quando estiver presa, por videoconferência. Nenhum desses atos é previsto na legislação processual penal brasileira.

Uma primeira objeção sobre a novel legislação já foi levantada pela doutrina: a inconstitucionalidade da lei estadual por vício de competência, uma vez que se trata de matéria processual, que somente poderia ser objeto de lei federal, nos termos do art. 22, inc. I, da Constituição<sup>(2)</sup>. Assim, ao dispor sobre a implantação de aparelhos de videoconferência para interrogatório e audiência de presos à distância, o Estado de São Paulo, legislou sobre matéria processual, o que viola a repartição constitucional de competências legislativas, invadindo a esfera de competência reservada para a União.

O Código de Processo Penal prevê apenas o interrogatório entre presentes, realizado em audiência na qual participam o juiz, o Ministério Público, o acusado e seu defensor. O interrogatório judicial sempre foi realizado na sala de audiência. Recentemente, a Lei nº 10.792, de 01.12.2003, passou a permitir a realização do interrogatório do preso no próprio estabelecimento prisional, em sala própria, desde que atendido os requisitos do § 1º, do art. 185. De qualquer forma, trata-se de uma outra espécie de interrogatório entre presentes. Em suma, no Código de Processo Penal há previsão apenas do interrogatório entre presentes, que deverá ser realizado, em regra, na sala de audiência, e excepcionalmente, no caso de acusado preso, em sala própria do estabelecimento prisional. Não existe, portanto, o interrogatório *on-line* ou mediante videoconferência no processo penal brasileiro.

Aliás, o anteprojeto apresentado pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, presidida pela professora **Ada Pellegrini Grinover**, posteriormente enviado ao Congresso Nacional, expressamente veda o interrogatório *on-line*. A redação que o PL nº 4.202/2001 estabelece para o parágrafo único do art. 185, do CPP é a seguinte: “*não se admitirá o interrogatório a distância de acusado preso*”.

Com relação à oitiva de testemunhas, o Código de Processo Penal também determina que o ato seja realizado, em regra, entre presentes. A testemunha depõe na sala de audiência, na presença do juiz e da partes (CPP, art. 792, *caput*). A única exceção prevista no Código de Processo Penal é no caso de pessoas egrégias, que não precisam comparecer a juízo, prestando seu depoimento por escrito (art. 221, § 1º)<sup>(3)</sup>.

Em suma, a União, que tem competência exclusiva para legislar em matéria processual, nunca criou qualquer modalidade de interrogatório à distância, *on-line*, por videoconferência, ou qualquer outro nome que se queira dar ao interrogatório que se realize sem o contato direto entre o juiz e o acusado. A legislação federal também não prevê o depoimento de testemunhas por videoconferência.

Nem se diga que se trata de hipótese de competência concorrente, e que o Estado-membro estaria apenas legislando, concorrentemente, sobre “*procedimento em matéria processual*” (CR, art. 24, inc. XI). Embora seja tormentosa e nem sempre clara a distinção entre processo e procedimento, é evidente que o Estado não pode criar um procedimento em relação a um instituto que, processualmente, não existe e não foi previsto. É evidente que, se o Código de Processo Penal não prevê o interrogatório nem a oitiva de testemunhas por videoconferência, não poderia o Estado disciplinar o *procedimento* do interrogatório e da oitiva de testemunhas por videoconferência!

Um ponto, porém, ainda não foi analisado pela doutrina. Mesmo que se admitisse tratar-se de mera norma sobre “*procedimento*”, a Lei nº 11.819/2005, efetivamente, não disciplina o *procedimento* do interrogatório e da oitiva de testemunha por videoconferência. Limita-se, apenas, a prever que “*nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o tramite processual, observadas as garantias constitucionais*” (art. 1º). Na verdade, quem irá legislar será o Poder Executivo que, nos termos do art. 2º, da Lei Estadual nº 11.819/2005 “*regulamentará esta lei no prazo de 90 dias*”.

Em breve, portanto, o governador do Estado e, quiçá, o secretário da Administração Penitenciária, estará disciplinando — isto é, legislando — sobre processo penal — e não sobre mero procedimento — em casos que o acusado ou a testemunha estejam presos. Se nada for feito, e se a moda pegar, não causará espanto se o Poder Executivo paulista, no futuro, passar a disciplinar a citação do preso, o reconhecimento

pessoal do preso, a careação do preso, etc.<sup>(4)</sup>

O princípio da legalidade possui tripla dimensão: garantia *penal*, garantia *processual* e garantia da *execução da pena*. Como diria **Pedro J. Bertolino**, a garantia da legalidade alcança, por igual, o *delito*, o *processo* e a *pena*<sup>(5)</sup>. O Poder Executivo ou Poder Legislativo dos Estados não podem legislar em desconformidade com o que estabelece a Constituição, sobre pena de vulnerarem o princípio a legalidade. A legalidade é uma garantia do devido processo penal e, conseqüentemente, da justiça das decisões. O ato fundado em uma lei inconstitucional é um ato que não respeita a legalidade processual. A realização do interrogatório ou oitiva de testemunha por videoconferência acarretará a nulidade absoluta do ato processual. ◉

## Notas

- (1) O tema foi tratado em vários artigos no **Boletim IBCCRIM**, destacando-se: **OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de**. “Resolução nº 05/02: interrogatório *on-line* [Parecer]”, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, nº 120, pp. 2-4, nov. 2002; **FERNANDES, Paulo Sérgio Leite**. “A falácia dos interrogatórios virtuais”, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, nº 120, pp. 1-2, nov. 2002; **WEISS, Carlos**. “Manifestação do conselheiro Carlos Weiss referente à realização de interrogatório *on-line* para presos perigosos”, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, nº 120, pp. 4-5, nov. 2002.
- (2) A questão já foi tratada por: **GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. “Garantismo à paulista (a propósito da videoconferência)”, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, nº 147, p. 6, fev. 2005; **FERNANDES, Antonio Scaranca**. “A inconstitucionalidade da lei estadual sobre videoconferência”, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, nº 147, p. 7, fev. 2005.
- (3) Aliás, trata-se de dispositivo inconstitucional, por impedir o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa, ao impossibilitar a feitura de reperguntas. Nesse sentido, cf.: **GRINOVER, Ada Pellegrini**. *A Nova Lei Processual Penal*, p. 130; **TORNAGHI, Hélio**. *Curso de Processo Penal*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, v.1, p.408; **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa**, *Processo Penal*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, v.3, p.311; **Damásio E. de Jesus**, *Código de Processo Penal Anotado*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.150; **CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T. de**. *Da Prova no Processo Penal*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 127.
- (4) Aliás, com evidente ilegalidade, mas justificada por um processo penal em que “os fins justificam os meios”, foi criado o Regime Disciplinar Diferenciado, inicialmente instituído pela Resolução nº 26/01, da Secretaria de Administração Penitenciária e, posteriormente, “legalizado” pela Lei nº 10.792, de 01.12.2003.
- (5) *El Debido Proceso Penal*, La Plata: LEP, 1986, p. 65.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Advogado, mestre e doutor em Direito Processual Penal pela USP e professor de Direito Processual Penal da USP e da Unitau

# CONFLITOS AGRÁRIOS E VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Renato Sérgio de Lima e Tatiana Viggiani Bicudo

A recente morte da freira **Dorothy Stang** ocorrida no Pará, resultante de conflitos de terra existente na região, envolvendo madeireiros, grileiros e sem-terras, e a cobrança dos organismos internacionais para a rápida solução do homicídio fizeram com que o procurador-geral da República suscitasse o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Essa medida, por parte da União, traz à baila a discussão a respeito do possível rompimento do pacto federativo, com afronta ao artigo 34, da Constituição Federal, posto que pedido de deslocamento para a Justiça Federal se baseou na grave violação aos direitos humanos, o que, em si, é relevante, mas não observou se a Justiça Estadual, por meio de seu aparato repressivo, era ineficiente ou muito morosa na apuração dos fatos. A pergunta que fica é, portanto, se o pedido foi baseado apenas num dos pilares previstos na Constituição em razão da desconsideração ao pacto federativo ou, também, pela impossibilidade de se obter informações e estatísticas sobre determinados aspectos que envolvem os conflitos agrários no Brasil.

Não há dúvida que a morte de pessoas ligadas ao movimento sem terra, tal qual vem ocorrendo no Pará, configura uma afronta aos direitos humanos e aos tratados que o Brasil se comprometeu internacionalmente a respeitar. Contudo, este é apenas um dos requisitos necessários para o deslocamento de competência, e não o único. Traçando um paralelo com a competência das cortes internacionais para julgamento das violações aos Direitos Humanos, tem-se que elas são competentes para tanto quando o Estado que cometeu a ofensa não quiser ou não puder apurar as ofensas cometidas.

Em nível interno, pois, não deve ser diferente. Desta forma, antes de a União, por meio do procurador-geral da República, lançar mão do incidente de deslocamento de competência, deverá verificar se o aparato repressivo estatal está sendo conivente com a situação de violações perpetradas ou, então, que não tem condições de apurar as violações e responsabilizar os culpados.

Outra questão, não menos importante, que se coloca necessária nessa discussão é o fato de que os conflitos agrários, que resultam em violações aos direitos humanos, são produto de uma violência endêmica radicada nas estruturas sociais, enraizadas nos costumes, que se manifesta quer no comportamento de grupos da sociedade civil, quer nos agentes incumbidos de preservar a ordem pública. Isso permite apontar que, no curso do processo democrático, persistem situações de solução violenta de conflitos sociais e nas relações inter-subjetivas<sup>(1)</sup>.

Sob a perspectiva sociológica, compreender a persistência desse fenômeno implica questionar a simetria dos direitos políticos e civis propostos legalmente e vivenciadas na prática; a ausência de mediações políticas e públicas capazes de assegurar a pacificação

da sociedade, bem como as características da cultura política dominante que acena para um autoritarismo socialmente implantado<sup>(2)</sup>. Posto isto, o Governo Federal, tanto quanto os Governos Estaduais e o do Distrito Federal, mostram-se incapazes de responder, por exemplo, como o Estado Brasileiro tem tratado os conflitos agrários no País e se esse tratamento é diferenciado na atuação nas ocupações de terra provocadas por trabalhadores sem terra e nas ocupações feitas por madeireiros, grileiros ou fazendeiros.

Como exemplo, o procurador-geral da República poderia ter instruído seu pedido de deslocamento de competência com informações sobre a atuação do Governo do Pará na área onde ocorreu a morte da **Irmã Dorothy**: quantos policiais cuidam daquela área? O número de policiais alocados é condizente com as características socioeconômicas, demográficas e geográficas do local? Quantos crimes foram cometidos e atribuídos aos conflitos agrários lá existentes? Quantas pessoas estão presas em razão desses crimes e sob que condições? No entanto, é pouco provável que esses dados estivessem disponíveis, a não ser de forma fragmentada e desarticulada nas várias instituições do sistema de Justiça.

Como podemos ver, mais do que levar em conta os conflitos agrários naquela região, o pedido de deslocamento de competência feito com base no argumento da grave violação dos direitos humanos tem uma dupla consequência, ou seja, enfraquece a capacidade de intervenção da União e revela a inexistência de sistemas de informações básicas ao funcionamento eficaz do Poder Público. O resultado é o reforço da empiria como modelo de Governo, a reificação de práticas burocráticas e a perda de legitimidade do Estado como espaço adequado de mediação e resolução de conflitos sociais. Nesse processo, infelizmente, nem o Governo do Pará nem a União conseguirão deter a violência agrária e novas mortes, muitas menos notórias do que a de **Irmã Dorothy**, cairão na vala comum da ausência do Estado em várias regiões do País. ●

## Notas

- (1) **Sergio ADORNO**, "Declaração Universal dos Direitos Humanos: 50 anos de teoria e prática", *Dialogando sobre Direitos Humanos*, p. 14.
- (2) **Sergio ADORNO**, *Ibid*, p. 14.

**Renato Sérgio de Lima**  
Chefe da Divisão de Estudos Socioeconômicos da Fundação SEADE e professor colaborador do Departamento de Sociologia da USP

**Tatiana Viggiani Bicudo**  
Doutora em Filosofia e Teoria Geral de Direito pela Faculdade de Direito da USP, promotora de Justiça e coordenadora da Assessoria de Gestão de Informação do Ministério Público de São Paulo



**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 Mauricio Genofre

#### 2º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

### COORDENADORES-CHEFES:

#### Departamentos:

#### BIBLIOTECA:

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

#### BOLETIM:

Mariangela Gama de Magalhães Gomes

#### CURSOS:

Juliana Sinhorini Nahum

#### ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Maria Elizabeth Queijo

#### INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

#### 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 17.

A reforma do Poder Judiciário consagrada na Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, introduziu no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de modificação da competência para julgamento dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos, deslocando-a da Justiça Estadual para a Justiça Federal.

Dessa forma, o artigo 109, inciso V-A, da Constituição Federal, ao tratar da competência da Justiça Federal, passou a dispor o seguinte:

*“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:*

*(...)*

*V-A – As causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;*

*(...)*

*§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o procurador-geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.*

Convém lembrar que a expressão direitos humanos decorre diretamente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, emanada no curso da Revolução Francesa, e também pode ser encontrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, produzida com o término da Segunda Guerra Mundial, bem como em tratados e convenções internacionais e outros documentos políticos.

A nossa Constituição Federal de 1988 já em seu artigo 1º, inciso III, declina que um dos fundamentos da nossa República, constituída em um Estado Democrático de Direito, é a dignidade humana.

A CF emprega, também, a expressão *direitos e garantias fundamentais* (Título II, artigos 5º a 16), que abrangem os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade e os direitos políticos. Neste conjunto de direitos podem ser compreendidos os direitos humanos.

Baseada na percepção de que em muitos casos os mecanismos existentes para apuração e punição dos crimes praticados com grave violação aos direitos humanos não são eficientes, a Constituição Federal passou a admitir a federalização da competência para o seu julgamento. Não se pode olvidar, também, da interna-

cionalização das questões relativas aos direitos humanos e o compromisso assumido pelo Brasil, especialmente em tratados e outros documentos políticos, na responsabilização interna pela violação a esses direitos.

Além disso, convém lembrar que a Polícia Federal, antes mesmo da reforma do Poder Judiciário, já podia proceder à investigação das infrações penais relativas à violação a direitos humanos, que o país se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte, fundada no disposto na Lei nº 10.446, de 2002 (art. 1º, inciso III).

A concepção dessa *federalização* da competência para julgamento dos crimes contra os direitos humanos está inserida em um sistema de cooperação de competências jurisdicionais desencadeada em determinadas situações, quando as instâncias de poder dos entes subnacionais (Estados e Distrito Federal) se revelam insuficientes para cumprir os objetivos inscritos na Constituição Federal e os entes federais são convocados para atuar<sup>(1)</sup>. A propósito, a possibilidade de intervenção da União nos Estados e Distrito Federal, para assegurar os direitos da pessoa humana, já estava prevista no artigo 34, inciso VII, da CF.

Os defensores desta providência modificadora da competência<sup>(2)</sup> apresentam, em especial, os seguintes argumentos: a) o Estado Brasileiro pode ser responsabilizado perante Cortes Internacionais por violação de direitos humanos, contudo, não detém a responsabilidade nacional para investigar, processar e punir os autores da violação; b) o sistema judicial dispõe de melhores instrumentos para enfrentar a impunidade e a afronta à ordem jurídica, muitas vezes ausentes nos órgãos estaduais de repressão criminal.

Com entendimento diverso, os opositores do deslocamento da competência destacam que esta fere os princípios do juiz e do promotor natural e possibilita a criação de tribunais de exceção, além de lesar o pacto federativo, porque ressuscita o *antidemocrático* instituto da *avocató-*

*ria*. Assim, ocorreria uma intervenção da União nos Estados fora das situações previstas no art. 34 da Constituição Federal, violando-se, portanto, *cláusula pétrea*, que não pode sofrer uma modificação por meio de emenda<sup>(3)</sup>.

Deve ser destacado, novamente, em desfavor da modificação da competência, que o texto da Lei nº 10.446/02 admitiu a realização da investigação pela Polícia Federal de infrações penais que resultem grave violação de direitos humanos. Esta lei assegura a efetividade da apuração policial dos casos previs-

tos em tratados internacionais, sem que se impeça a atuação das polícias estaduais. Desse modo, quando a investigação realizada pela Polícia Civil dos Estados não se mostra satisfatória, a Polícia Federal sempre pode atuar em conjunto ou não para esclarecer o fato criminoso e sua autoria. Nesta hipótese, se não há comprometimento do Ministério Público ou da Justiça Estaduais, torna-se desnecessária a federalização da competência para processar e julgar tais delitos.

Outra crítica importante sobre o incidente de deslocamento da competência é apresentada pelo eminente advogado **José Carlos Dias**<sup>(4)</sup>, que entende que então proposta de emenda constitucional feria o princípio da legalidade, porque não esclarecia o que eram as graves violações aos direitos humanos e como se mediria tal gravidade, pelo impacto social, pelo estrépito na sociedade ou na opinião pública. Disserta sobre o tema o autor:

*“É muito perigoso dar ao procurador ou a quem quer que seja o poder de subtrair do Judiciário a função de julgar. E, mesmo o tribunal, no caso o STJ, incumbido de operar o deslocamento de competência, teria que emitir decisão que não infundisse um juízo valorativo sobre o mérito da causa. É isto porque não se pode, em nome de um direito fundamental que se estima gravemente ofendido, ferir outro também protegido por lei ordinária, Constituição e tratados internacionais, ou seja, o direito de defesa e o da presunção de inocência”.*

Parece-me importante o destaque feito pelo nobre advogado em relação à falta ➔

**A provocação do incidente pelo procurador-geral da República não pode se generalizar, porque ofenderia o pacto federativo e os princípios constitucionais do juiz e do promotor natural e também porque a própria atuação dos órgãos federais de repressão criminal poderia ficar comprometida pelo crescimento do número de feitos.**



**IBCCRIM**

**BOLETIM IBCCRIM**  
- ISSN 1676-3661 -

de um regramento que permita identificar com segurança quais serão as causas deslocadas da Justiça Estadual para a Federal. A atual redação do § 5º do art. 109 da CF faz alusão apenas à existência de **grave violação de direitos humanos**. Fica evidente que será a jurisprudência que irá delimitar as situações e os critérios para a incidência deste dispositivo constitucional.

No mesmo sentido, preleciona **Tatiana Bicudo**<sup>(5)</sup> que a então proposta de reforma constitucional não aponta quais são os delitos que devem ser objeto de possível deslocamento de competência e, também, quais são as hipóteses que podem constituir grave violação.

A provocação do incidente pelo procurador-geral da República não pode se generalizar, não só porque isto sim ofenderia o pacto federativo e os aludidos princípios constitucionais do juiz e do promotor natural como também porque a própria atuação dos órgãos federais de repressão criminal poderia ficar comprometida pelo crescimento do número de feitos, prejudicando a eficácia das investigações policiais.

Além do que, não se pode empregar como critério do deslocamento da competência apenas a ocorrência da *grave violação de direitos humanos*. É preciso lembrar as razões que motivaram a reforma constitucional nesse aspecto, isto é, a ineficácia, em muitos casos, das instâncias estaduais para a apuração das infrações penais que violam os direitos humanos, de modo a comprometer o esclarecimento, a repressão criminal desses fatos criminosos. Além disso, o incidente de deslocamento de competência é, de um modo ou outro, intervencionista, provoca fraturas na Federação, recomendando-se, portanto, a sua adoção excepcional.

Com efeito, não é incomum que o fato criminoso cause um estrépio na sociedade, na opinião pública, mas se não há desconfiança das instâncias estaduais de persecução penal, também não há motivo para que ocorra o aludido deslocamento de competência. Mesmo em uma situação em que a Polícia Civil Estadual mostre-se ineficaz, não se deve imediatamente iniciar-se o processo de modificação da competência. Não se pode esquecer, primeiro, que a Polícia Federal sempre poderá intervir no procedimento investigatório e, por último, que o Ministério Público e a Justiça Estaduais podem estar empenhados na solução da infração penal.

É oportuna a lembrança de que o Brasil aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como aderiu ao Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente, para julgamen-

to dos crimes contra a humanidade. Contudo, a responsabilização internacional do nosso Estado Federal somente ocorrerá se este não obtiver sucesso na responsabilização interna dos autores dos delitos cometidos contra os direitos humanos. Como se vê, não é ocorrência destas infrações penais que determina a “censura internacional” do País, mas a falta ou insuficiente repressão a essa espécie de violação.

O texto constitucional empregou um critério autorizador do deslocamento de competência, quando há uma grave violação dos direitos humanos, mas também apontou qual é o objetivo da medida, isto é, “a de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte”. Portanto, a conveniência da “federalização da jurisdição” deve ser aceita apenas quando o cumprimento dessas obrigações internacionais assumidas pelo país ficar prejudicado.

Alguns critérios poderiam ser empregados para essa avaliação, como, por exemplo, a reiterada violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou com a sua conivência, quando a Justiça Estadual competente está comprometida ou quando ocorre uma demora injustificada na prestação jurisdicional<sup>(6)</sup>. Em outras palavras, somente se observadas determinadas circunstâncias se provocaria o incidente em questão, evitando-se, assim, uma violação a princípios constitucionais, igualmente voltados para a proteção dos direitos e garantias do cidadão, como o do juiz e do promotor naturais e o da proibição da criação de tribunais de exceção, pelo uso injustificado e banal do incidente de “federalização da competência”.

Assim como se observa na intervenção federal (quando ocorre um conflito entre a posição da União, que atua para garantir os princípios do art. 34, CF, e dos Estados e Distrito Federal, que possuem a autonomia federativa), a análise da viabilidade do deslocamento da competência deve sujeitar-se ao princípio da proporcionalidade, que incide sobre todos os atos dos poderes públicos, vinculando o legislador, a administração e o Judiciário<sup>(7)</sup>.

A aplicação desse princípio, como lembra o ministro **Gilmar Mendes**, “se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em

**COORDENADORA-CHEFE:**

Mariângela Gama  
de Magalhães Gomes

**COORDENADORES ADJUNTOS:**

Mariângela Lopes Neistein  
e Paulo Sérgio de Oliveira

**DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO,  
MONTAGEM E FOTOLITO:**

Ameruso Artes Gráficas  
Tel. (11) 6215-3596  
Fax (11) 6591-3999  
E-mail: [ameruso@ameruso.com.br](mailto: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](mailto:ibccrim@ibccrim.org.br)  
e [boletim@ibccrim.org.br](mailto:boletim@ibccrim.org.br)

➔ sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*'A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal'*, in *'Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Estudos de Direito Constitucional'*, 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, IBDC, 1999, p. 72), há de perquirir-se do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)<sup>(8)</sup>.

Dessa forma, somente se justifica a alteração da competência para a Justiça Federal, quando este ato for capaz de produzir o resultado esperado, ou seja, assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, objetivo expresso na Constituição Federal desse instituto.

Deve, igualmente, esse procedimento de federalização ser insubstituível, ou seja, na possibilidade de adoção de outras medidas que possam garantir a repressão às condutas ofensivas aos direitos humanos, não se justifica a sua incidência. Nesse diapasão, novamente des-

taco a hipótese exemplificativa em que não há um comprometimento do Ministério Público ou da Justiça Estaduais, mas apenas ineficiência ou demora das investigações conduzidas pela Polícia Civil do Estado. Para este caso, o ordenamento jurídico apresenta uma medi-

da alternativa, menos gravosa ao pacto federativo e apta a produzir o mesmo resultado desejado, isto é, o esclarecimento do fato delituoso, que é a possibilidade de intervenção da Polícia

Federal na fase investigativa.

Mesmo que houvesse uma demora da Polícia Civil no esclarecimento do fato delituoso, é bom destacar, tal circunstância não bastaria para justificar a federalização, se esta não foi provocada por ato arbitrário ou intencional de embaraço ou impedimento ao procedimento investigatório. E esta falta, frise-se, sempre pode ser suprida pela atuação conjunta da Polícia Federal.

Por fim, o incidente de deslocamento da competência deve atender uma proporcionalidade em sentido estrito, que entendo estar compreendida na existência da **grave violação aos direitos humanos**, que naturalmente deverá ser identificada, caso a caso, para que não se verifique a generalização dessa medida constitucional.

Concluindo, cumprirá à jurisprudência estabelecer os critérios que justifiquem a provocação do incidente de deslocamento de competência, porque os

parâmetros estabelecidos na Constituição Federal são insuficientes e, para evitar a banalização de sua adoção, é imprescindível que se sujeite ao princípio constitucional da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade). ●

### Notas

- (1) Cf. **Simone Schreiber e Flávio Dino de Castro e Costa**, "A federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos", *Boletim dos Procuradores da República*, nº 53, setembro de 2002.
- (2) Cf. **Simone Schreiber e Flávio Dino de Castro e Costa**, "A federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos", *Boletim dos Procuradores da República*, nº 53, setembro de 2002; **Flávia Piovesan**, "Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição Supra-Nacional: a exigência da federalização", *Boletim dos Procuradores da República* nº 16, agosto de 1999; **Hélio Bicudo**, dentre outros.
- (3) Cf. **João de Deus Duarte Rocha**, presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, in: [www.conamp.org.br](http://www.conamp.org.br), 23/02/2005.
- (4) Cf. "Por uma Justiça garantista", *Revista do Advogado*, abril de 2004, nº 75, pp. 38-42.
- (5) Em palestra proferida no 10º Seminário Internacional do **IBCCRIM**.
- (6) Cf. **Tatiana Viggiani Bicudo**, citando as conclusões da Associação dos Juizes para a Democracia para regulamentar as hipóteses de deslocamento da competência no 10º Seminário Internacional do **IBCCRIM**.
- (7) **Gomes Canotilho**, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed., Coimbra: Ed. Almedina, p. 264.
- (8) STF, Intervenção Federal nº 2.915-5, SP, Tribunal Pleno, rel. p/ o acórdão min. **Gilmar Mendes**, j. 03/02/2003 e publicado no *DJU* de 28/11/2003.

**Jorge Assaf Maluly**

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

## CONTANDO A JUSTIÇA: A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO.

**Dia:** 21 de março de 2005

**Horário:** 8:30hs - 17:30hs.

**Local:** Salão Nobre da Fundação Getulio Vargas - SP

**Realização:** Banco Mundial e Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas

**Apoio Institucional:** Fundação Seade/SP

O evento acima pretende apresentar os resultados de uma pesquisa do **Banco Mundial** e da **Escola de Direito de São Paulo**. A pesquisa fez um diagnóstico do Sistema de Justiça Brasileiro e de outros países da América Latina e focou sua análise nas informações produzidas pelas instituições do sistema. Durante o evento, além da exposição dos resultados, serão discutidos os aspectos envolvidos na produção de dados sobre justiça no país e as dificuldades de se fazer pesquisas sobre o tema. O programa final está sendo finalizado, mas farão parte dos debates os professores **Ary Oswaldo Mattos Filho** e **Luciana Cunha**, pela EDSP; a cientista política **Linn Hammergreen**, pelo Banco Mundial e vários pesquisadores, operadores do sistema e representantes de Tribunais e do Governo Federal. Entre os participantes estão, também, a primeira secretária do **IBCCRIM**, **Tatiana Viggiani Bicudo**, e o coordenador chefe do Núcleo de Pesquisas, **Renato Sérgio de Lima**.

Mais informações no sítio de *Internet*: <http://www.edesp.edu.br>

# ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E POLÍTICO-CRIMINAIS DOS CRIMES DISCIPLINADOS NA NOVA LEI FALIMENTAR

Cezar Roberto Bitencourt

Cezar Roberto Bitencourt

## 1. Considerações preliminares

Este trabalho destina-se exclusivamente aos iniciantes no Direito, àqueles que estão tendo o primeiro contato com o *Direito Penal Falimentar*; são, na verdade, nossas primeiras reflexões sobre alguns dos aspectos mais relevantes do novo diploma legal (Lei nº 11.101/2005). Em razão dessa finalidade, convencionou-se que além de primar pela simplicidade e concisão das considerações expendidas, seria recomendável despreocupar-se com bibliografia especializada, aliás, uma escassez especificamente em matéria de crimes falimentares.

O Substitutivo que havia sido aprovado na Câmara Federal apresentava elogiáveis avanços político-criminais e metodológicos, a despeito de alguns equívocos que, no contexto, não chegavam a causar grandes prejuízos, se comparados com o diploma legal anterior, afora o fato da gravidade da sanção penal cominada em alguns dos crimes que tipifica. Eram destinados dois capítulos aos aspectos criminais — “Do Procedimento Penal na Liquidação Judicial” (Cap. VII) e “Dos Crimes” (Cap. VIII) — sendo este segundo capítulo dividido em duas seções, uma delas disciplinando as “Disposições Especiais” e a outra, os “Crimes em Espécie”.

Desafortunadamente, o Senado Federal alterou todo o texto relativo à matéria criminal, destruindo toda aquela sistematização que o Substitutivo da Câmara, da lavra do deputado **Biolchi**, apresentava.

## 2. Do procedimento penal nos crimes falimentares

O art. 184 prescreve que “*Os crimes previstos nesta lei são de ação pública incondicionada*”. No ordenamento jurídico brasileiro, a regra geral é de que os crimes sejam sempre de *ação pública incondicionada*. A exceção é que sejam de *iniciativa privada* ou, mesmo mantida a natureza pública, possa ser *condicionada*. Nestas duas hipóteses — de exclusiva iniciativa privada ou pública condicionada — estará sempre expresso no texto legal. Logo, a previsão no *caput* deste artigo até seria desnecessária, embora a sua redação apresente-se tecnicamente correta<sup>(1)</sup>, mantendo a tradição do direito brasileiro, sem *invencionices*.

Convém registrar, para não pairar dúvidas, que ao definir que “*os crimes previstos nesta lei são de ação pública*”, está implícito que o titular da ação penal é o Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, que dis-

põe: “*São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”. O disposto nos arts. 184, parágrafo único, e 187, *caput*, da nova lei, tampouco deixam qualquer dúvida sobre a *titularidade privativa da ação penal*.

O parágrafo único deste dispositivo, adequando-se à previsão constitucional (art. 5º, LIX, CF), prevê a *ação privada subsidiária*, quando houver *inércia* do Ministério Público. Este dispositivo refere-se, no entanto, somente ao “não oferecimento da denúncia” pelo *Parquet*, contrariando todo o sistema jurídico nacional, que é flexível, ao admitir a *ação penal subsidiária* quando o MP “não denunciar” ou “não promover diligências necessárias” à *persecutio criminis*, como previa corretamente o substitutivo aprovado na câmara. Contudo, consideramos que este dispositivo exige interpretação sistemática, lendo-se “*inércia do Parquet*” ao invés de “*não oferecer denúncia*” no prazo legal. Essa orientação, aliás, encontra respaldo na ressalva constante da segunda parte do § 1º do art. 187 deste texto legal.

Embora seja exíguo o prazo de cinco dias (réu preso) ou quinze (réu solto)<sup>(2)</sup>, não é *decadencial*: significa dizer que a partir do sexto ou décimo sexto dia da abertura de vista ao Ministério Público, por seis meses, a titularidade do *Parquet* será concorrente com a dos legitimados no parágrafo único deste artigo (qualquer credor habilitado ou o administrador judicial). Esgotado esse prazo, sem o oferecimento da queixa subsidiária, estes *decaem do direito*, retomando o Ministério Público a exclusividade da titularidade da ação penal, enquanto não se verificar a prescrição.

Sintetizando, a titularidade da ação penal é exclusiva do Ministério Público, ressalvada a hipótese da ação privada subsidiária da pública.

## 3. Juízo competente e dominus litis

O substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados prescrevia que “a ação penal será intentada no juízo da falência”, pelo representante do Ministério Público que atuasse no processo de falência. No entanto, o texto alterado no Senado e que resultou no art. 183, determina que “*competete ao juiz criminal da jurisdição*” onde foi instaurado o processo falencial (terminologia aqui utilizada como gênero), conhecer dos crimes.

Nesse dispositivo, o legislador fez uma opção política e excluiu expressamente o juiz da vara especializada que jurisdicio-

nada o procedimento falimentar (ou de recuperação de empresa), exatamente o inverso do que determinava o Substitutivo da Câmara. Silencia, no entanto, quanto ao Ministério Público que oficiará na ação penal: será o mesmo do procedimento falimentar ou, a exemplo, do juiz criminal, deverá ser um agente que atue na área criminal? Essa omissão, acreditamos, deverá ser dirimida por leis de organização judiciária.

Essa opção do legislador, pelo juiz criminal, tem a desvantagem de atribuir a jurisdição e competência a um magistrado que não tem conhecimento do procedimento falencial, que, no entanto, é compensada com o mérito de impedir o pré-julgamento além de impedir que o juiz que investiga seja o mesmo que julga.

## 4. Assistente da acusação e legitimidade processual

O Substitutivo aprovado na Câmara previa expressamente a figura do *assistente do Ministério Público* (art. 201, § 1º), não repetido no texto legal aprovado. Contudo, o novo texto legal atribui a credor habilitado e ao administrador judicial (art. 184) legitimidade para propor *ação penal privada subsidiária*, quando for o caso. Ora, quem tem legitimidade para propor ação penal, tê-la-á, por certo, para figurar como assistente na ação penal pública incondicionada; é da tradição e da sistemática do processo penal pátrio (vide arts. 31 e 268 e segts. do CPP).

Os limites e os termos da *intervenção*, como *assistente*, são os mesmos disciplinados no Código de Processo Penal, devidamente invocado no próprio texto legal (art. 188). Apesar de o Estado ser o titular do *ius puniendi*, através do Ministério Público, que tem a incumbência de promover a *persecutio criminis*, sabe-se que, não raro, o interesse tutelado tem caráter predominantemente particular, ou, no mínimo, o interesse particular é extremamente relevante, justificando-se que, excepcionalmente, os juridicamente interessados possam, senão promover a ação penal, pelo menos reforçar a atuação do Ministério Público na condição de *assistente* (arts. 268 e seguintes). Assim, os legitimados — *administrador judicial ou qualquer credor habilitado* — podem atuar como “*interveniente adesivo facultativo*”<sup>(3)</sup>. Enfim, toda a disciplina do instituto da *assistência* contida no CPP tem inteira aplicação nesta lei.

A despeito da *natureza democrática* do instituto da *assistência*, preocupa-nos a

➔ abrangência que a nova lei lhe atribuiu, particularmente quanto aos *legitimados* (qualquer credor habilitado e administrador judicial). Não se trata de pretender excluir este ou aquele interessado, mas da *viabilidade operacional*, pois, se todos os credores habilitados, por exemplo, resolverem intervir como *assistente* será impossível o desenvolvimento regular do processo criminal, em razão da afluência de “assistentes habilitados”.

### 5. Decretação da falência e recuperação judicial ou extrajudicial da empresa: condição objetiva de punibilidade

Sem a decretação da falência ou recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, não se pode falar em “crime falimentar” e muito menos em ação penal decorrente desses crimes. Essa *sentença* é pressuposto da ação penal e da própria punibilidade<sup>(4)</sup>. É sempre polêmica a definição da natureza jurídica dessa exigência legal: será *condição objetiva de punibilidade* ou será *condição objetiva de procedibilidade*? Ou quem sabe as duas coisas?

Segundo o magistério de **Luiz Régis Prado**, as condições objetivas de punibilidade são “*exteriores à ação e delas depende a punibilidade do delito, por razões de política criminal (oportunidade, conveniência)*”<sup>(5)</sup>. Com efeito, as condições objetivas de punibilidade são alheias à estrutura do crime, isto é, não o integram e, por conseguinte, não são objetos do dolo ou da culpa<sup>(6)</sup>.

*Condições objetivas de procedibilidade*, por sua vez, são aquelas *condições específicas da ação*, cuja ausência ou inoportunidade impedem a interposição da própria ação penal ou, quando esta já se encontra em andamento, não permitem seu *prosseguimento*. Não é outro o entendimento de **Tourinho Filho**, para quem “*condições de procedibilidade são condições específicas da ação. São os requisitos especiais exigidos por lei para que seja admissível a acusação*”<sup>(7)</sup>. O Substitutivo aprovado na Câmara Federal condicionava o início da ação penal à “decretação da falência” (art. 204), configurando, nessa hipótese, *condição objetiva de procedibilidade*, ou seja, um autêntico requisito específico da ação penal, sem o qual não se poderia iniciá-la. Contudo, esse texto foi alterado no Senado, constando expressamente que a referida decisão judicial é *condição objetiva de punibilidade* (art. 180).

Nesse particular, não há novidade, na medida que a doutrina referindo-se a lei anterior, sustentava que “a sentença declaratória da falência” era um dos exemplos de *condição objetiva da punibilidade*, no crime falimentar<sup>(8)</sup>. Em sentido contrário,

no entanto, para **Assis Toledo**, a exigência da *sentença declaratória de falência*, “*pode-se, com enorme dose de razão, sustentar que o que fica em suspenso, na dependência da superveniência daquela condição legalmente estabelecida, não é o crime ou a tipicidade da conduta, mas sim e tão-somente o exercício da ação penal*”<sup>(9)</sup>.

### 6. Relatório do administrador judicial e a instauração de inquérito policial

“*Art. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial*”.

O art. 186 determina ao *administrador judicial* que, em até quarenta (40) dias, prorrogáveis por igual prazo, entregue o *relatório* da empresa falida, previsto no art. 22, III, alínea “e”, devidamente circunstanciado. Trata-se, na verdade, de um dos *deveres funcionais* do *administrador judicial*, a exemplo do que ocorria na legislação anterior com a figura do *síndico*. Aquele dispositivo<sup>(10)</sup> determina que o *relatório* deverá conter os nomes dos responsáveis e a *individualização dos fatos*, praticados por cada um, devidamente tipificados. Essa exigência legal não deixa de ser a necessidade de fundamentação de *uma acusação preliminar* que exige, no mínimo, *indícios veementes* para justificar uma investigação criminal. Pretende-se, enfim, afastar imputações levianas e irresponsáveis decorrentes, muitas vezes, da simples dificuldade econômica ou financeira enfrentada pelo falido. Essa necessidade de indicar os responsáveis e apontar onde ocorreu a infringência legal harmoniza-se com a *obrigatoriedade* de fundamentar a *admissão ou recusa* de uma futura denúncia ou queixa.

Por fim, as cautelas completam-se com a determinação do parágrafo único do art. 186, de instruir o relatório “*com o laudo do contador, encarregado do exame da escrituração do devedor*”<sup>(11)</sup>.

Na lei revogada (Decreto-lei nº 7.661/45), era atribuição do *síndico* **requerer a instauração de inquérito** (art. 103, § 1º), cabendo supletivamente, na omissão daquele, aos próprios *credores* fazerem-no (art. 104) e ao *Ministério Público* (art. 105). O Substitutivo aprovado na Câmara Federal também atribuía essa função ao “*administrador judicial*”, nova terminologia daquele que exercia a função de *síndico*. No entanto, pelo novo diploma legal, somente o *Ministério Público* está legiti-

mado a “*requisitar a instauração de inquérito policial*” (art. 187, *caput, in fine*), “*se entender necessário*”, para promover a ação penal. Pelo novo texto legal, nem supletivamente o *administrador judicial* e os *credores habilitados* estão autorizados a requerer a instauração de inquérito.

A nova lei comete outro pecado capital: ao contrário da lei revogada que consagrava o *inquérito judicial*, o novo diploma legal, em verdadeiro retrocesso, prevê a requisição de “*inquérito policial*”, para uma atividade que a polícia brasileira nunca esteve, não está e nunca estará preparada e aparelhada para exercê-la.

Por fim, desnecessário destacar que a requisição de “*inquérito policial*”, que preferimos fosse *judicial*, somente se justifica se o dito *laudo pericial* demonstrar ou, pelo menos, sugerir a existência de irregularidades que possam caracterizar crime.

Estão fora das atribuições do *administrador judicial* requerer a produção de provas ou de diligências necessárias à elucidação dos fatos; cabe-lhe, tão-somente, relatar os fatos circunstanciadamente (art. 186). Essas atribuições estão afetas ao *Ministério Público* que, como titular da ação penal, deve procurar subsídios suficientes para formar a *opinio delicti*. Evidentemente, somente serão realizadas aquelas diligências que forem exequíveis e legalmente permitidas; as demais, a própria natureza das coisas encaregar-se-á de indeferilas. Ademais, as provas são limitadas pela própria constituição: somente aquelas que forem “*moralmente legítimas e não forem obtidas por meio ilícito*”.

### 7. Produção de provas e prazo para denunciar

O *caput* do art. 187 determina que intimado o MP da sentença falencial ou recuperatória do devedor, constando a existência de crime “*previsto nesta lei*”, promoverá **imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial**”<sup>(12)</sup>. Promover ação penal *imediatamente* ou, se necessário, requisitar inquérito policial constitui, a nosso juízo, previsão lacunosa e absolutamente equivocada, na medida que pretende “*embretar*” o *Ministério Público*, suprimindo-lhe sua atribuição institucional de avaliar o “*material*” que recebe, formular sua *opinio delicti* e deliberar sobre a *promoção* que, juridicamente, lhe compete. Ignora o texto legal que esse *juízo* é exclusivo do *Ministério Público*, que é o *dominus litis*, isto é, o titular da ação penal. Na verdade, ao receber as “*peças informativas*” o *Ministério Público* analisando-as pode chegar a uma das seguintes conclusões ➔

→ sões: *denunciar* (se houver fundamento para tal); *requisitar diligências* (se necessárias) ou, como diz o texto legal, requisitar a instauração de inquérito, ou ainda requerer seu apensamento.

Essa lacuna, contudo, é facilmente superada com a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, consoante prevê o art. 188. Assim, se as peças que receber estiverem incompletas ou mostrarem-se insuficientes, poderá o Ministério Público requerer a sua complementação, sem que isso represente inércia do *Parquet*, capaz de autorizar a *ação penal privada subsidiária*, consoante reiterada jurisprudência. Logo, se as circunstâncias concretas o exigirem, o Ministério Público poderá (acreditamos até que deverá), requisitar novas diligências para instruir adequadamente a referidas *peças informativas* (inquérito policial ou judicial e cópias dos autos do processo falencial ou recuperatório).

Convém registrar, que a nova lei *revo-ga* expressamente (art. 200) o procedimento dos *crimes falimentares* previsto no CPP (arts. 503 e 512). Por fim, a despeito da ausência de previsão legal, para a propositura da ação penal, via denúncia ou via queixa, é indispensável que se faça *acompanhar do inquérito e das cópias necessárias dos autos do processo de falência*. Em outros termos, essas *provas* não podem ser supridas por nenhum outro meio de prova e essa exigência se justifica, na medida que a decretação da falência ou recuperação da empresa é, não apenas *condição objetiva de punibilidade*, mas também de procedibilidade.

## 8. Obrigação de fundamentar o recebimento de denúncia ou queixa

A nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) nada menciona sobre o recebimento da denúncia ou da queixa e tampouco sobre a necessidade de sua fundamentação, ao contrário do *Substitutivo aprovado na Câmara Federal* cuja exigência era expressa (art. 209), tanto do *recebimento* como da *rejeição*. Esse texto que havia sido aprovado pela Câmara Federal estava de acordo com a Súmula 564 do STF que tem a seguinte ementa: “a ausência de fundamentação do despacho de recebimento de denúncia por crime falimentar enseja nulidade processual, salvo se já houver sentença condenatória”.

Aquela orientação de exigir que a *aceitação* ou *recusa* da propositura de ação penal *seja sempre fundamentado*, insere-se no contexto constitucional moderno que exige fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93. IX, CF). Essa exigência outra coisa não é que um *juízo prévio* sobre a (in)exis-

tência de *justa causa* para ação penal, que vimos sustentando de longa data<sup>(13)</sup>.

Com efeito, não se pode mais admitir a propositura de *ações penais temerárias*, caracterizadoras de verdadeiros *abusos do poder de denunciar*. Não mais se admite instauração de ação penal sem passar pelo crivo do Poder Judiciário a análise prévia da presença dos requisitos exigidos pelos arts. 41 e 43 do Código de Processo Penal.

A ausência de qualquer desses requisitos caracteriza *falta de justa causa* que impede não apenas o *recebimento* da peça preambular da ação penal, mas inclusive o próprio oferecimento pelo *dominus litis*.

Comungamos do entendimento de **Dirceu Aguiar Dias Cintra Junior**<sup>(14)</sup> que, ao analisar a

necessidade de *exame da justa causa*, para receber a denúncia, afirmou: “O papel primordial do juiz, no estado de Direito e em nosso sistema de aplicação da lei penal, é o de fiscalizar a estrita legalidade do exercício da atividade repressiva do Estado. Assim, é-lhe dado analisar a definição típica do fato em face da presença das condições legais para a suspensão do processo, para declarar se o MP pode prosseguir pleiteando o provimento de mérito ou não... A objeção no sentido de que, fazendo-o, estaria o juiz antecipando análise meritória, não tem consistência. Adotar tal entendimento significaria afirmar que a realização da Justiça está adstrita à formal classificação do fato na denúncia, com todas as implicações que disso decorram, inclusive o uso arbitrário daquela classificação. Ora, há necessidade de analisar o fato com todas as suas circunstâncias para qualquer decisão”.

A importância da *definição jurídica do fato*, também denominada de *classificação da infração*, que já era fundamental, assumiu maior relevância a partir das *Leis dos Crimes Hediondos*, crime organizado, crimes ambientais, infrações de menor potencial ofensivo, da própria lei da prisão temporária, pelas inúmeras e diversas consequências que a simples capitulação do fato na denúncia acarreta: quando abusiva, o que não é nada incomum, produz danos irreparáveis ao cidadão!

Diante dessa nova realidade, aquela superada e draconiana orientação jurisprudencial, segundo a qual, no momento inicial do processo o juiz não pode alte-

rar ou corrigir a classificação da infração penal, devendo aguardar a oportunidade para aplicar o disposto no art. 384 do CPP, não pode ter aplicação irrestrita, a partir da vigência da atual Constituição Federal e diante de uma política criminal própria de um Estado Democrático de Direito.

Ninguém ignora que ao *receber* a peça inicial da ação penal — *denúncia* ou *queixa* — o magistrado faz uma *análise preliminar de mérito* — pelo menos, sobre a *admissibilidade* e sobre os limites da acusação — que é o fundamento de sua decisão de acatar ou não o início da ação penal (arts. 41 e 43 do CPP), sem, contudo, constituir pré-julgamento. E nessa análise, exatamente, se

deve verificar a presença, ou ausência, de *justa causa*. Por outro lado, a extensão da análise de *justa causa* não se limita ao exame de eventuais *qualificadoras* ou *causas de aumento* incluídas na exordial, mas estende-se também e, principalmente, à própria definição do fato jurídico, isto é, na classificação mesma da infração penal, atribuída pelo titular da ação penal, seja pública ou privada. A omissão dessa análise pode implicar em *constrangimento ilegal*, passível de *habeas corpus*, para truncamento da ação penal, por falta de *justa causa*.

Por outro lado, também é assente na doutrina e na jurisprudência que, no momento da elaboração da denúncia, é dado ao Ministério Público, na dúvida, optar pela figura mais grave, na medida em que, sustenta-se, nessa fase processual, a dúvida resolve-se *pro societatis*. Aliás, as próprias dificuldades processuais e procedimentais justificam a filosofia ministerial de postular o *mais* para conseguir o *menos*. Com efeito, em sentido semelhante manifestou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, decidindo *habeas corpus*, por unanimidade, nos seguintes termos: “Se é justificável que o órgão acusatório opte pela figura mais grave na dúvida quanto à destinação da substância entorpecente apreendida com o acusado (se para uso próprio ou para tráfico), no concernente à situação em que aquele deve responder ao processo (se em liberdade ou preso), entretanto, a dúvida favorece o réu, sem que tal signifique exame prévio de mérito da acusação”<sup>(15)</sup>.

Enfim, como se percebe, o *exame preliminar* da existência de *justa causa*, é in-

**A opção do legislador, pelo juiz criminal, tem a desvantagem de atribuir a jurisdição e competência a um magistrado que não tem conhecimento do procedimento falencial, que, no entanto, é compensada com o mérito de impedir o pré-julgamento além de impedir que o juiz que investiga seja o mesmo que julga.**

dispensável para que o Estado tenha legitimidade para sujeitar alguém a um processo criminal, com todos os seus efeitos estigmatizantes. Essa nova orientação político-criminal (Súmula 564 do STF), também estava expressa no Substitutivo da Câmara Federal, que, equivocadamente não constou do texto legal final.

## 9. Rejeição da denúncia ou queixa: apelação

O Substitutivo da Câmara Federal havia optado por seguir a orientação do Código de Processo Penal, admitindo *apelação* somente da decisão que “rejeitar” (art. 43 do CPP) a denúncia ou queixa, excluindo, dessa forma, a decisão que “não as receber”. A Lei nº 11.101/2005, no entanto, silenciou a respeito.

Com essa omissão, reedita-se a velha polêmica sobre a distinção entre “não-recebimento” e “rejeição” da peça inicial, com reflexos diretos, na espécie de recurso cabível.

O *não recebimento* tem como fundamento *aspectos formais*, extrínsecos, da denúncia ou queixa, por infringir o art. 41 do CPP. Nessa hipótese, pelo Código de Processo Penal, o recurso cabível é o *recurso em sentido estrito* (art. 581, I, do CPP). A *rejeição*, por sua vez, tem como fundamento *aspectos materiais*, essenciais, não atacando a formalidade, mas a essência da denúncia ou queixa. Fundamentam a *rejeição* da peça preambular, a *atipicidade* do fato narrado, a *extinção da punibilidade*, a *manifesta ilegitimidade de parte* ou a *ausência de condição* legalmente exigida para o exercício da ação penal (art. 43 do CPP).

Enfim, com a *rejeição* da denúncia ou da queixa o juiz põe termo ao processo, e essa decisão é uma sentença terminativa, cujo recurso cabível é a *apelação* (art. 593, II, do CPP). Assim, teria sido mais feliz o texto legal se tivesse incluído, nas decisões passíveis de *apelação* tanto a decisão que *rejeitar* como também a que “não-receber a denúncia” ou a queixa, o que evitaria a discussão referente à *fungibilidade recursal*.

Isso não quer dizer, no entanto, a nosso juízo, que não será admissível o recurso em sentido estrito. Com a *subsidiariedade* invocada do Código de Processo Penal (art. 188), o *não recebimento* da denúncia ou queixa, à evidência, admitirá *recurso em sentido estrito* (art. 581, I, do CPP).

## 10. Procedimento processual: rito comum

Aqui registramos outra impropriedade: o art. 185 prescreve que, recebida a inicial, deve-se observar o rito previsto nos arts. 531 a 540 do CPP<sup>(4)</sup>. No entanto,

nos dispositivos mencionados há dois ritos procedimentais: o sumário para os crimes puníveis com pena de detenção e o denominado sumaríssimo que era adotado para as contravenções penais e os crimes culposos de trânsito. Esses dois ritos, que não se confundem, são excludentes, ou um ou outro, mas qual dos dois?! O Substitutivo da Câmara não era muito melhor: com efeito, no art. 210 determinava que o *procedimento* adotado seria o *comum*. Mas, afinal, qual seria o “rito comum”, seria o *ordinário* ou o *sumário* ou, quem sabe, o *sumaríssimo*?

Teria sido mais feliz, nesse particular, se o texto legal fosse *omisso*, porque assim aplicar-se-ia o Código de Processo Penal e tudo se resolveria. Na verdade, o legislador ignora o que é *procedimento* ou *rito processual* e ao desconheçê-lo tão pouco sabe que o “rito comum” pode ser *ordinário* ou *sumário*, nos termos do Código de Processo Penal. Na autorizada lição de **Frederico Marques**, “O *procedimento comum* é o *procedimento-regra*: serve àqueles casos em que não há *procedimento especial*. Os *procedimentos especiais*, de outro lado, são os *procedimentos-exceção*: servem para a *resolução processual relativa apenas a certos litígios*...”<sup>(17)</sup>. E conclui **Frederico Marques** afirmando que “no Código de Processo Penal há três *procedimentos comuns*, na área do processo condenatório: o *procedimento comum para os crimes punidos com reclusão*; o *procedimento comum para os crimes punidos com detenção*; e o *procedimento comum das contravenções*”<sup>(18)</sup>.

Desafortunadamente, não foi aceita a redação que propusemos ao relator deputado **Biolchi** para esse dispositivo, que tinha o seguinte texto: “Recebida a denúncia ou a queixa, o procedimento assumirá o rito comum, ordinário ou sumário, segundo se trate de pena de reclusão ou de detenção, respectivamente”. Preocupado com os problemas que a atual redação poderia gerar, fizemos nossa sugestão ser acompanhada da seguinte *justificativa*: “condicionar a espécie do rito procedimental à “complexidade da causa” não assegura convenientemente o princípio da ampla defesa, pois estaria na dependência de um fator bastante aleatório e que permite uma gama variada de interpretações. Como regra geral, nos crimes puníveis com reclusão o procedimento é o comum ordinário (Livro II, Título I e Capítulos I e III, do CPP) e, nos puníveis com detenção, o procedimento é o sumário (arts. 531 e sgts. do CPP). Esse critério, além de respeitar a tradição do Direito brasileiro, é mais seguro e de fácil identificação pela defesa”. Infelizmente, nossos argumentos foram insuficientes para lograr êxito perante o ilustre relator. ●

## Notas

- (1) “Art. 184. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública incondicionada”.
- (2) “Art. 184. (...) Parágrafo único. Decorrido o prazo a que se refere o art. 187, § 1º, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de 6 (seis) meses”.
- (3) **Fernando da Costa Tourinho Filho**. *Código de Processo Penal Comentado*, vol. 1, São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 434.
- (4) “Art. 180. A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta lei”.
- (5) **Luiz Regis Prado**. *Curso de Direito Penal*, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 482.
- (6) **Francisco de Assis Toledo**. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 1ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 155.
- (7) **Fernando da Costa Tourinho Filho**. *O Processo Penal*, vol. 1, São Paulo: Editora Jalovi, 1977, p. 261.
- (8) **Luiz Regis Prado**. *Curso de Direito Penal...*, p. 482
- (9) **Francisco de Assis Toledo**. *Princípios Básicos de Direito Penal...*, p. 157.
- (10) “Art. 186. No relatório previsto na alínea e do inciso III do caput do art. 22 desta lei, o administrador judicial apresentará ao juiz da falência exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da conduta do devedor e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir crime relacionado com a recuperação judicial ou com a falência, ou outro delito conexo a estes”.
- (11) “Art. 186. (...) Parágrafo único. A exposição circunstanciada será instruída com laudo do contador encarregado do exame da escrituração do devedor”.
- (12) “Art. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial. § 1º - O prazo para oferecimento da denúncia regula-se pelo art. 46 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, salvo se o Ministério Público, estando o réu solto ou afiançado, decidir aguardar a apresentação da exposição circunstanciada de que trata o art. 186 desta lei, devendo, em seguida, oferecer a denúncia em 15 (quinze) dias”.
- (13) **Cezar Roberto Bitencourt**. *Juízados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, pp. 154/157.
- (14) **Dirceu Aguiar Dias Cintra Junior**. *Boletim do IBCCRIM*, nº 45, p. 12.
- (15) HC nº 63.008-3, Câmara de Férias, relator **Dínio Garcia**, j. 21.01.88, RT, 627/309.
- (16) Art. 185. Recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o rito previsto nos arts. 531 a 540 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.
- (17) **José Frederico Marques**. *Tratado de Direito Processual Penal*, 2o vol. São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, p. 205.
- (18) **Frederico Marques**. *Tratado de Direito Processual Penal...* p. 205.

**Cezar Roberto Bitencourt**  
Advogado e doutor em Direito Penal

Pode-se imaginar a euforia de **Sílvio Marcondes** e de **Joaquim Canuto Mendes de Almeida**, com a publicação do Decreto-lei nº 7.661, em 21 de junho de 1945. Ambos professores da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco — o primeiro dedicado ao Direito Comercial e o segundo ao Direito Processual Penal — teriam conseguido exprimir na lei inovações e correções que deveriam melhorar o instituto jurídico da *falência*.

No âmbito do procedimento especial atinente aos crimes falimentares, **Joaquim Canuto Mendes de Almeida**, criador do conceito de *contraditório* no direito pátrio, teria garantido a contrariedade no inquérito judicial falimentar (art. 106, do DL 7.661/45).

Com a lei, teria ele resguardado o direito de defesa do falido desde a primeira fase da *persecutio criminis*, objetivando atender pleito do Instituto dos Advogados Brasileiros, antigo órgão da classe dos advogados, preocupado com os exageros punitivos da legislação anterior.

Felizmente, nem um, nem outro mestre chegou a conhecer a conformação de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o tema. Afinal, não obstante o conteúdo expresso da lei, os magistrados conseguiram afirmar dispensável o *contraditório*, bem como desnecessárias a intimação pessoal do falido e a constituição de defensor técnico, mesmo depois da Constituição de 1988.

Em suma, em quase 60 anos, destruiu-se o sonho de eficácia dos legisladores, por meio da *praxis* perversa dos nossos tribunais.

Trazer esses fatos à lembrança de todos poderia transparecer um certo pessimismo no momento em que se publica

nova lei sobre a recuperação judicial e a falência. Entretanto, mostra-se um modo de alertar a **Oswaldo Biolchi**, **Renato Luiz de Macedo Mange**, **Daniel Goldberg**, a mim mesmo, dentre os muitos que colaboraram no vaivém do processo legislativo da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

Os eventuais avanços do novo texto legal podem, ainda, sofrer com generalizações, reiteradas nos julgamentos, as quais espelham o preconceito judicial com o falido.

Há muito, existe a tendência de considerar quem vai à ruína empresarial como criminoso. Por trás dos infortúnios do comerciante malsucedido quer-se enxergar conduta dolosa e finalidade ilícita. Procura-se eterna vantagem econômica pessoal do quebrado, oculta em meio às dívidas “deixadas” para pessoa jurídica.

Tanto isto é verdade que o Decreto-Lei nº 7.661/45 contém ranços de responsabilidade objetiva, por exemplo, ao criminalizar a mera falência do leiloeiro (art. 188, inc. IX, do DL 7.661/45).

Não sem motivo, nestes últimos tempos de juiz da falência travestido de juiz criminal, encontram-se muitas condenações por pretense crime falimentar, ausente qualquer fundamento de culpa. Constata-se o fato e, num raciocínio simplista de causa e efeito, se impõe a pena, pouco importando o que dizem o falido e as testemunhas.

E, graças à intolerância com os falidos, acontecimentos sem o menor interesse social foram considerados infrações penais e interpretados em detrimento da demonstração do resultado jurídico no juízo da tipicidade material.

Omissão na escrituração contábil, ausência de livros comerciais, falta de rubrica judicial no balanço mostram-se conhecidas hipóteses de fatos tratados como típicos, muito embora não se lhes examinassem a relevância jurídica, o nexo de causalidade e a culpabilidade.

Exigia-se do empresário a onisciência quanto aos atos praticados no universo da empresa, como se os magistrados negassem a realidade das grandes companhias, como se tudo não passasse do velho estabelecimento comercial de origem familiar, onde o número de pessoas envolvidas na mercancia se conta na palma das mãos.

Desse modo, nos idos de 1997, quan-

do da redação da subemenda global ao Projeto de Lei nº 4.376/93, almejou-se estruturar os tipos a partir de modelos conhecidos, tais como o estelionato e a apropriação indébita — forma de facilitar a tarefa do operador do direito. Também, fez-se iniciar os tipos com verbos que conferissem ao aplicador do direito a noção do fim intrínseco à ação típica. Em particular, buscou-se tutelar bens jurídicos diferentes dos previstos

no Decreto-lei nº 7.661/45, protegendo o esforço coletivo de preservação da atividade econômica mediante a recuperação judicial, bem assim a utilização produtiva dos bens da empresa levada à garra.

A todo custo, orientou-se a construção dos tipos do Projeto de Lei de

Falências no caminho do acatamento pleno ao princípio *nullum crimen nulla poena sine culpa*.

No curso do processo legislativo, velhos fantasmas vieram atormentar o texto projetado, com a tentativa de reavivar a prescrição especial (similar a do artigo 199, do Decreto-lei nº 7.661/45), depois afastada, e com o retorno do crime de omissão dos documentos contábeis obrigatórios, tipo que remanesceu no artigo 178, da Lei nº 11.101/05. Por capricho acadêmico, conseguiram classificar a sentença decretatória da falência como condição objetiva de punibilidade, perspectiva torta que vingou na versão final aprovada pelo Congresso Nacional (art. 180, da Lei nº 11.101/05), mas que não se sustenta frente à melhor interpretação.

Em vigor a Lei nº 11.101/05, surge o dever de vigiar como será aplicada a parte penal da lei e de corrigir, na justiça dos casos concretos, os defeitos que lhe afloram evidentes. Chega a hora de exorcizar os velhos fantasmas que querem ver a expiação do falido, em franco desprezo aos princípios do direito penal da culpa. Chega a hora de sonhar o sonho de **Joaquim Canuto Mendes de Almeida** e de seus discípulos. ◉

**Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo**  
Advogado, mestre e doutorando pela Faculdade de Direito da USP

**Em vigor a Lei nº 11.101/05, surge o dever de vigiar como será aplicada a parte penal da lei e de corrigir, na justiça dos casos concretos, os defeitos que lhe afloram evidentes. Chega a hora de exorcizar os velhos fantasmas que querem ver a expiação do falido, em franco desprezo aos princípios do direito penal da culpa.**

**Os eventuais avanços do novo texto legal podem, ainda, sofrer com generalizações, reiteradas nos julgamentos, as quais espelham o preconceito judicial com o falido.**

A recente Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial, também traz importantes novidades no plano processual penal, que, no seu conjunto, visam à maior agilização do procedimento dos crimes falimentares.

Dentre elas, a primeira e mais relevante é, sem dúvida, a supressão do *inquérito judicial*, procedimento investigatório sobre cuja natureza inquisitória ou contraditória muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência. Na verdade, o seu efeito prático era o de procrastinar a persecução dos ilícitos penais relacionados à quebra, com a conseqüente prescrição, sem, em contrapartida, oferecer reais oportunidades de defesa ao falido.

No novo sistema, prevê-se que o Ministério Público, intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, deverá promover *imediatamente* a ação penal pública ou, se entender necessário, requisitar a abertura de *inquérito policial* (art. 187, *caput*).

Mas o legislador estabeleceu ainda uma terceira alternativa (parágrafo único do art. 187), que certamente terá maior aplicação: ao MP é facultado aguardar a apresentação da exposição circunstanciada do administrador judicial sobre as causas da falência e o procedimento do devedor e outros responsáveis, na qual serão indicados possíveis ilícitos penais; essa exposição deverá ser instruída com laudo contábil (art. 186 e parágrafo único).

Como se sabe, na lei anterior, tal exposição circunstanciada dava *início* ao inquérito judicial, mas, na maioria dos casos, já trazia os elementos necessários à configuração da *justa causa* para a ação penal, até porque os dados mais relevantes para a tipificação desses crimes resultam quase sempre da referida perícia contábil. Assim, é possível pressupor que essa terceira opção será a mais utilizada. É preciso frisar, contudo, que somente será admitida se não houver, ainda, prisão dos envolvidos.

A *ação penal* relativa aos crimes falimentares continua sendo pública incondicionada (art. 184, *caput*), admitida expressamente a ação subsidiária promovida pelo administrador judicial ou por qualquer credor habilitado, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal (art. 184, parágrafo único). Com essa última referência, fica superada a dúvida que suscitava a redação do parágrafo único do art. 108 da lei anterior, sobre a possibilidade de ação subsidiária mesmo quando o MP opinasse pelo arquivamento.

Também é preciso registrar que na Lei nº 11.101/2005 não se faz referência expressa à admissão do administrador judicial e do credor habilitado como assistentes da acusação. Mas essa faculdade continua prevista no art. 506 do Código de Processo Penal, até porque a lei ressalva a aplicação das disposições do CPP, no que não forem com ela incompatíveis (art. 188).

Quanto à *competência* para o processo penal falimentar, o art. 183 do novo diploma estabelece que será do juiz criminal da jurisdição (*rectius*, do foro) onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial.

Trata-se, por sinal, de regra já existente no estatuto revogado (art. 109, § 2º, Dec.-lei nº 7.661/45), mas que, pelo menos em São Paulo, não tinha aplicação porquanto a Lei Estadual nº 3.947/83 (norma de organização judiciária, declarada constitucional pelo STF) determina o processamento da ação penal na própria vara cível da falência.

Embora diante do novo texto seja possível entender-se da mesma forma — não se alterando portanto a situação atual —, com a sistemática agora adotada para a apuração dos crimes falimentares, em que não há mais o *inquérito judicial*, desaparecem as razões de simplificação e celeridade que recomendaram a edição da lei estadual paulista. É que o juiz da falência não terá nenhuma atribuição na investigação criminal, nem a ele caberá, como ocorria na vigência da lei revogada, o recebimento da denúncia ou da queixa subsidiária. Assim, tudo recomenda a revogação da lei estadual.

Outra importante alteração trazida pela Lei nº 11.101/2005 diz respeito ao *procedimento* aplicável aos crimes falimentares.

O estatuto revogado nada dispunha sobre o procedimento, limitando-se a referir que recebida a denúncia ou queixa subsidiária, no próprio juízo da falência, os autos eram encaminhados ao juízo criminal para prosseguimento *nos termos da lei processual penal* (art. 109, § 2º). E o art. 512 do CPP, por sua vez, determinava a adoção do rito ordinário dos crimes de reclusão (arts. 394 a 405 e 498-500).

Agora, a lei falimentar é expressa quan-

to à adoção do rito previsto nos arts. 531 a 540 do Código de Processo Penal (art. 185 da Lei nº 11.101/2005).

Nesse ponto, por sinal, há uma evidente impropriedade do legislador ao referir-se expressamente às mencionadas disposições, pois na verdade os artigos 531 a 537 do estatuto processual disciplina-

vam o antigo procedimento sumário das contravenções penais, que não foi recepcionado pela Constituição de 1988 (diante da incompatibilidade com o art. 129, I, da CF). O que se pode entender, para dar sentido à nova lei, é

que o rito adotado é o mencionado pelo art. 539, com remissão ao art. 538, ou seja, no sistema do Código, o procedimento dos crimes punidos com detenção.

Assim, mesmo para os crimes falimentares punidos com pena de reclusão (todos, aliás, com exceção do tipificado pelo art. 178 da nova lei), o procedimento penal será sempre o *sumário* dos crimes de detenção previsto no CPP. Vale dizer, no que mais importa, que após a inquirição das testemunhas de acusação o juiz deverá designar audiência de instrução para ouvida das testemunhas da defesa, debates orais e julgamento; e o número máximo de testemunhas será de cinco para cada uma das partes.

Resta observar — pelo menos no âmbito destas breves anotações —, que na parte processual penal a lei terá aplicação imediata aos processos em andamento, nos termos do art. 2º do CPP. O disposto no art. 192 da Lei nº 11.101/2005 refere-se apenas aos processos de falência e concordata ajuizados antes de sua vigência, que deverão ser concluídos na forma da lei anterior, não se estendendo essa regra aos processos penais por crime falimentar em andamento. Mesmo assim, devem ser ressalvadas as possíveis situações em que possam ocorrer restrições a direitos assegurados pela Constituição. Pense-se, por exemplo, no *direito à prova*: se a parte arrolou validamente mais do que cinco testemunhas — até oito, como se permite no rito ordinário —, não poderá ser prejudicada pelo advento da nova lei. ●

Antonio Magalhães Gomes Filho  
Professor titular de Processo Penal da  
Faculdade de Direito da USP

**Mesmo para os crimes falimentares punidos com pena de reclusão (todos, aliás, com exceção do tipificado pelo art. 178 da nova lei), o procedimento penal será sempre o sumário dos crimes de detenção previsto no CPP.**

# O FIM DA REPRESENTAÇÃO FISCAL AO MP, CONFORME ALTERAÇÕES DO CODECON – LEI COMPLEMENTAR Nº 939/03

Luiz Gustavo Fernandes e Tatiana Cunha Grion Fernandes

Muito já se discutiu a respeito do cabimento da representação dos agentes fiscais aos membros do Ministério Público, sobre eventuais crimes contra a ordem tributária. Com efeito, muitos e diversificados foram os entendimentos exarados pelos tribunais, não se definindo, assim, se o agente do fisco está ou não obrigado a representar ao Ministério Público, antes de concluído o processo administrativo em que se discute a autuação.

Não existe novidade sobre essa discussão, visto que a revogada Lei nº 4.729/65, no seu artigo 7º, já determinava: *“As autoridades administrativas que tiverem conhecimento de crime previsto nesta lei, inclusive em atos e papéis que conhecerem, sob pena de responsabilidade, remeterão ao Ministério Público os elementos comprobatórios da infração, para instrução do procedimento criminal cabível”*.

Todavia, no Estado de São Paulo, após o ano de 2000, passou a haver verdadeiro desencontro legislativo com relação à representação fiscal para fins penais no que tange à supressão ou redução dos Impostos sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), em face de dois atos mandamentais opostos. De um lado, a Lei Ordinária Federal nº 9.430/96 e, de outro uma portaria do coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo (Port. CAT nº 005/2000).

A precitada Lei Ordinária Federal nº 9.430/96, em seu artigo 83, prescreve o encaminhamento de comunicação ao Ministério Público para fins penais somente após a finalização do processo administrativo e a conseqüente constatação da infração tributária, enquanto que o referido ato infralegal, Portaria CAT nº 005/2000, em evidente desalinho, determina ao agente fiscal de rendas, ao lavrar um Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) em face de supressão ou redução do tributo, que encaminhe a representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, independentemente de decisão do tribunal administrativo.

Deve-se recordar, a traço largo, que uma lei ordinária, caso da precitada Lei Federal nº 9.430/96, para que seja sancionada e promulgada pelo Presidente da República, Chefe do Poder Executivo, há que ser deliberada e aprovada por maioria simples das casas legislativas do Congresso Nacional (sistema bicameral), enquanto que a segunda norma, infralegal, é ato de um órgão de 3º escalão do Poder Executivo paulista que, além de prescin-

dir das formalidades exigidas para a edição de uma lei ordinária, impõe a seus funcionários (agentes fiscais) que ajam em total desconformidade com a lei.

Pois bem, é evidente que a referenciada Portaria da Coordenação da Administração Tributária da Secretaria de Fazenda paulista teve a discrepante intenção de impor o não cumprimento da lei ordinária federal. Todavia, enquanto viger uma Constituição rígida e bem elaborada, como a Carta de 1988, por mais que se ouse criticá-la, deve-se-lhe o respeito, mormente pelas autoridades constituídas. É patente que a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, por sua Coordenação da Administração Tributária, preferiu uma via mais fácil ao não cumprimento da lei ordinária, ou seja, a simples edição da teratológica norma infralegal.

Mais corretamente, quer nos parecer, agiu o Ministério Público Federal que, por intermédio do Senhor Procurador Geral da República, ajuizou ação direta (ADIn 1571) contra a norma inserta no retromencionado artigo 83 da Lei nº 9.430/96, restando, porém, vencido.

O artigo 1º da Lei Federal nº 8.137/90, por tratar de crime material, exige, necessariamente, que se faça a demonstração do resultado. Como se justificar uma condenação criminal sem antes existir realmente a certeza do exigido crédito tributário?

O que se procura chamar à atenção é a questão prejudicial que a norma referida traz a exame, uma vez que, como se sabe, grande parte dos processos tributários julgados pelo Tribunal de Impostos e Taxas, órgão julgador de 2ª instância administrativa do Estado de São Paulo, restam vencidos pelos contribuintes autuados, considerando insubsistentes as peças acusatórias.

A questão prejudicial está intrinsecamente relacionada com o direito substantivo, não se confundindo com a condição de procedibilidade que possui o Ministério Público, matéria esta concernente ao direito processual.

Toda essa discussão desenvolvida em torno do tema trouxe à baila, por óbvio, uma grande insegurança jurídica aos contribuintes, pois, como se sabe, se a resposta do tribunal administrativo for positiva, declarando o contribuinte devedor do discutido tributo, tem ele, ainda e por fim, a oportunidade de saldar o débito, extinguindo-se, assim, legalmente, a punibilidade penal.

Deixemos de lado a latente contradi-

ção entre as duas normas, já que houve, finalmente, alteração da Lei Complementar paulista nº 939/03, confirmando o adágio popular: a justiça tarda, mas não falta.

O senhor governador do Estado de São Paulo, conforme publicação do DOE de 11/01/2005, promulgou a Lei Complementar nº 970/2005, dando nova redação e acrescentando incisos e parágrafos a dispositivos da anterior Lei Complementar nº 939/2003, também conhecida como Codecon - Código de Direitos, Garantias e Obrigações do Contribuinte do Estado de São Paulo.

Assim, limitando-nos ao tema inicial, o novel diploma acrescentou ao artigo 5º da Lei Complementar nº 939/2003 — Codecon—o inciso IX que determina *“o não encaminhamento ao Ministério Público, por parte da administração tributária, de representação para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária enquanto não proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência do crédito tributário correspondente”*.

Assim, mostra-se claro e cristalino que a feliz intenção de reformulação do Codecon é a melhor proteção das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, garantindo a segurança jurídica aos contribuintes, evitando o risco, antes bastante provável, de se verem condenados por sentença criminal e, posteriormente, declarados, no competente processo administrativo, não devedores do discutido tributo.

Para finalizar, valemo-nos da esclarecedora lição do professor da Universidade Federal do Ceará, **Hugo de Brito Machado** — in: *Estudos de Direito Penal Tributário*, Editora Atlas, 2002, p. 162— *verbis*:

*“... a necessidade de prévia decisão da autoridade administrativa, no crime de supressão ou de redução de tributo, é muito mais do que uma questão de Direito Penal ou Processual Penal. É uma questão de Direito Constitucional”*. ◉

**Luiz Gustavo Fernandes**

Advogado, mestrando em Direito Penal pela PUC/SP, pós-graduando em Direito Tributário pela FGV, pós-graduando em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra

**Tatiana Cunha Grion Fernandes**

Advogada, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista

A Lei nº 10.826/03, que ficou conhecida como “Estatuto do Desarmamento”, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com o fito de regular a matéria atinente às armas de fogo. Mais que isso, no bojo de todo um conjunto de iniciativas legislativas marcadas por forte simbolismo penal, traz consigo a falsa idéia da possibilidade de redução dos índices de violência mediante a exacerbação da legislação repressiva.

Movendo-se nesse enganoso terreno, o legislador promove uma série de vilipêndios a direitos e garantias constitucionais.

Neste trabalho enfocar-se-á o disposto no artigo 10, § 2º, da Lei nº 10.826/03 assim redigido:

*“Art. 10, § 2º - A autorização de porte de arma de fogo, prevista neste artigo, perderá automaticamente sua eficácia caso o portador dela seja detido ou abordado em estado de embriaguez ou sob efeito de substâncias químicas ou alucinógenas”.*

O objetivo desta abordagem é a análise do alcance da expressão “perderá automaticamente sua eficácia” contida no dispositivo.

Não se trata aqui de uma norma inquinada de inconstitucionalidade de forma explícita e incontornável, como, por exemplo, a vedação absoluta de liberdade provisória em certos tipos penais<sup>(1)</sup>.

No caso ora em destaque importa ter em mente os contornos e limites a serem atribuídos à perda automática de eficácia do porte de arma, sendo possível uma interpretação e aplicação prática obedientes aos princípios constitucionais.

Ninguém poderia em sã consciência criticar a repressão imediata ao porte de arma por um bêbado ou por uma pessoa sob efeito de outras drogas, lícitas ou ilícitas.

Acontece que a dicção da lei, mencionando uma perda de eficácia automática do porte, pode dar azo a interpretações que não são condizentes com os ditames constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e da legalidade (artigo 5º, XXXIX, LIV e LV, CF).

Inicialmente, sob o ponto de vista administrativo, poder-se-ia pretender que a perda automática estaria a legitimar o entendimento de que nesses casos poderia haver a aplicação da penalidade administrativa de cassação do porte também automaticamente, ou seja, dispensando a instauração de um processo administrativo com as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Afinal, conjugando-se o artigo 10, § 2º, da Lei nº 10.826/03 com o artigo 26, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 5.123/04, que a regulamentou e estabelece a penalidade administrativa de cassação para estes

casos, afigurar-se-ia coerente tal ilação. Além disso, nem a lei de regência do tema, nem o decreto regulamentador fazem alusão e muito menos traçam o procedimento para um processo administrativo punitivo necessário à aplicação de penalidades por infração às normas estabelecidas para a propriedade e o porte de armas de fogo.

Mas toda essa “coerência” somente pode sustentar-se sob um efeito entorpecente do sentimento democrático, como num sonho, ou melhor, pesadelo, ambientado no autoritarismo de um passado que alguns teimam em reviver.

A imposição de qualquer punição, ainda que de caráter administrativo, deve ser precedida do devido processo legal, orçado pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos termos do artigo 5º, LIV e LV, CF. É absolutamente irrelevante se a lei ordinária ou qualquer outro instrumento regulamentador é omissis nesse aspecto. Aliás, se tal omissão não puder ser corrigida mediante um processo de integração do ordenamento, a referida legislação tornar-se-á inaplicável devido a patente inconstitucionalidade. Outra interpretação remeteria ao absurdo de submeter a Constituição às normas ordinárias, numa verdadeira inversão de valores.

Embora sejam realmente omissos tanto a Lei nº 10.826/03 como o Decreto nº 5.123/04 a respeito do devido processo administrativo para suspensão ou cassação do porte, na esfera federal há diploma que trata de forma genérica da matéria do processo administrativo punitivo ou disciplinar, capaz de colmatar a lacuna verificada. Trata-se da Lei nº 9.784/99, a qual, nos termos de seu artigo 1º, “estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”.

Como não poderia deixar de ser, tal legislação impõe o respeito ao devido processo legal, informado pelo contraditório e ampla defesa, a legitimar constitucionalmente qualquer decisão administrativa que venha a conflitar com os interesses dos particulares atingidos (artigo 2º da Lei nº 9.784/99).

Comentando o dispositivo enfocado, assim se manifesta **Luiz Augusto Paranhos Sampaio**:

*“Nos processos administrativos instaurados, principalmente naqueles nos quais se apuram responsabilidades, há que serem resguardados o interesse da administração e do administrado; o da primeira que colima a correção da irregularidade, e do segundo por*

*lhe possibilitar a oportunidade de provar aquilo que deu ensejo à sua denúncia.*

*No processo administrativo onde houver litígio, denúncias ou acusações, para que se impeça o arbítrio do administrador, e se dos trabalhos apuratórios surgirem acusados, há que se obedecer aos princípios do contraditório e da ampla defesa.*

*Por esse motivo é que a Carta Política vigente, no art. 5º, inciso LV, estabelece que aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

*Desse modo, surgindo nos passos processuais acusados, mister que lhes dê a faculdade de acompanharem o processo, de contraditarem, se for o caso, apresentarem suas defesas com todos os meios lícitos e os recursos a elas inerentes.*

*Releva acentuar que o direito à ampla defesa em cada fase do processo administrativo, não importando se se refere ao administrado ou ao administrador, constitui, a nosso ver, parte essencial e irrenunciável em qualquer procedimento apuratório, porquanto a sua omissão ou recusa envolve o prestígio da própria Administração Pública<sup>(2)</sup>.*

A inobservância do devido processo legal, com direito à ampla defesa, conduz à nulidade de qualquer decisão punitiva.

Dissertando sobre as conseqüências do cerceamento ao direito de defesa nos processos administrativos, afirma **José Armando da Costa**:

*“O vício que mais afeta os procedimentos disciplinares, fulminando-os de nulidade, é, estreme de dúvidas, o que concretiza o cerceamento do direito de defesa. Nesse tocante, são uníssonas doutrina e jurisprudência.*

*Qualquer ataque ao legítimo dimensionamento do direito de defesa é o bastante para motivar a anulação do processo ou procedimento e, conseqüentemente, tornar írritas as punições disciplinares que neles tenham-se escorado<sup>(3)</sup>.*

A imposição “automática” de qualquer penalidade administrativa não é de ser, portanto, acatada. O entendimento de que a conjugação ao artigo 10, § 2º, da Lei nº 10.826/03 com o artigo 26, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 5.123/04, possibilitaria a imediata cassação do porte de arma, independentemente de prévio processo administrativo, é insustentável perante a ordem constitucional vigente. Tal como esclarece **Di Pietro**, “o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas<sup>(4)</sup>.”

Qual seria, então, a aplicabilidade da perda automática da eficácia do porte, preconizada pelo artigo 10, § 2º, do Estatuto do Desarmamento? ➔

➔ A única possibilidade de interpretação dessa expressão em consonância com a ordem constitucional é aquela que ressalta o caráter emergencial de uma medida restritiva a impedir de imediato o porte de arma de fogo por uma pessoa que se acha com as capacidades intelectivas e motoras prejudicadas pelo suposto efeito de substâncias alteradoras do psiquismo (álcool ou drogas).

Nessas circunstâncias é imprescindível que o Estado, por meio de seus agentes, possa reter a arma, no interesse maior e **emergencial** da incolumidade pública gravemente ameaçada. Neste caso a situação a exigir medidas imediatas está a salvaguardar, sob o pálio do Princípio da Razoabilidade, a legitimidade de uma atuação momentaneamente mais drástica e submetida a menores limites em face dos direitos individuais (grifo nosso).

Entretanto, passada essa fase emergencial, cessam os efeitos da chamada perda automática de eficácia do porte, dependendo agora sua cassação da estrita obediência ao devido processo legal previsto constitucionalmente.

Encerrada a argumentação sobre a questão administrativa, resta agora analisar as conseqüências no campo penal quando o agente possuidor de porte de arma, utiliza o porte sob efeito de álcool ou entorpecentes.

Mais uma vez é problemática a expressão "*perderá automaticamente sua eficácia*", contida no artigo 10, § 2º, do diploma sob comento:

Se um sujeito está portando uma arma de fogo e possui o porte dessa arma, não comete crime. Mas, se ele porta a mesma arma e está embriagado, diz a lei que o documento (porte de arma), nessas circunstâncias, "*perde automaticamente sua eficácia*". Então será que o portador incide nas penas do artigo 14 da Lei nº 10.826/03, embora seja possuidor de licença legal? Ou seja, a perda automática da eficácia legalmente prevista teria o condão de equiparar a conduta desse portador à daquele que simplesmente porta uma arma de fogo sem ter qualquer autorização?

Novamente a dicção legal deve comportar limitações nos ditames constitucionais e, neste caso, nos princípios básicos do Direito Penal.

A interpretação de que a perda automática do porte poderia conduzir à tipificação do artigo 14 da Lei nº 10.826/03, mesmo para aquele detentor de Porte de Arma, se encontra viabilidade sob o aspecto lógico<sup>(5)</sup>, já não a encontra numa interpretação sistemática que leve em conta os Princípios Penais e Constitucionais, em especial o da legalidade (artigo

5º, XXXIX, CF c/c artigo 1º, CP).

Estreme de dúvidas é que o Princípio da Legalidade é o mais relevante dentre todos aqueles atinentes ao Direito Penal<sup>(6)</sup>. Dentre suas diversas funções garantistas está aquela de "*proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (nullum crimen nulla poena sine lege stricta)*"<sup>(7)</sup>.

A conduta descrita no tipo penal não comporta elastérios e deve ser restritamente interpretada, sob pena de violação ao "Princípio da Legalidade Estrita", conforme lição de **Ferrajoli**<sup>(8)</sup>.

O tipo penal descrito no artigo 14 do Estatuto do Desarmamento não contém previsão inequívoca para o caso enfocado. Trata tão-somente daquele que porta a arma de fogo desprovido de autorização. Nada menciona acerca daquele que detém a respectiva autorização e simplesmente viola obrigações a ela inerentes. Tal situação encontra-se adstrita à responsabilidade administrativa, sendo cabível a cassação da licença, nos termos do artigo 26, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 5.123/04, sempre obedecido o devido processo legal, conforme já demonstrado. O elastério indevido do tipo penal, afora a violação ao Princípio da Legalidade, ainda operaria uma contraproducente e anárquica confusão entre os ilícitos penal e administrativo, de maneira a ocultar de forma inextrincável as fronteiras entre ramos distintos e independentes do Direito.

Dessa forma, o detentor de porte de arma que seja surpreendido portando arma de fogo embriagado ou sob efeito de entorpecentes, não incide nas penas do artigo 14 da Lei nº 10.826/03, em face da atipicidade penal da conduta. Para tanto seria imprescindível que a norma penal houvesse ressalvado a hipótese, o que não fez.

A conduta nesse caso restringe-se à infração administrativa, ensejando a possibilidade de medidas inibidoras nesse campo. A arma pode ser retida em prol da incolumidade pública numa atuação emergencial, por força do artigo 10, § 2º, da Lei nº 10.826/03. Posteriormente, mediante um processo administrativo regular, o porte de arma poderá vir a ser cassado por decisão fundamentada da Autoridade Administrativa, nos termos do artigo 26, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 5.123/04.

Em conclusão, tem-se que a expressão "*perderá automaticamente sua eficácia*", constante do § 2º do artigo 10 da Lei nº 10.826/03, não tem o poder de afastar as garantias constitucionais insculpidas no artigo 5º, LIV e LV, CF, sendo impossível a cassação "automática" da licença, independente de processo administrativo. Além disso, a referida expressão não en-

seja conseqüências no campo penal, de forma a distender a aplicação do artigo 14 da Lei nº 10.826/03, sob pena de violação do Princípio da Legalidade (artigo 5º, XXXIX, CF c/c artigo 1º, CP) e de criação de uma promiscuidade autoritária entre os ramos do Direito Administrativo e do Direito Penal.

Na realidade a única aplicabilidade da invalidação automática do porte refere-se à autorização para a retenção imediata de armas de fogo em poder de ébrios ou drogados, ainda que sejam detentores de porte de arma. Tal restrição impõe-se com base na razoabilidade, tendo em vista o caráter emergencial da medida em prol da segurança pública (*periculum in mora*). ●

### Referências Bibliográficas

- COSTA, José Armando da.** *Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*, São Paulo: Saraiva, 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.** *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e Razão*. Trad. **Ana Paula Zomer et. al.**, São Paulo: RT, 2002.
- GRECO, Rogério.** *Curso de Direito Penal Parte Geral*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos.** *Processo Administrativo*, Goiânia: AB, 2000.

### Notas

- (1) Vide *v.g.*, o art. 21 e sua alusão aos artigos 16, 17 e 18 do diploma sob comento.
- (2) *Processo Administrativo*, Goiânia: AB, 2000, p. 22.
- (3) *Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 73.
- (4) **DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella.** *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1992, p. 349.
- (5) O silogismo que justificaria uma tal conclusão poderia ser assim formulado:
  - a) Para portar arma e não cometer crime é preciso ter porte de arma eficaz.
  - b) "A" tem um porte de arma eficaz.
  - c) Então "A" pode portar arma e não comete crime.
 A seguir *contrario sensu*:
  - a) Para portar arma e não cometer crime é preciso ter porte de arma eficaz.
  - b) "A" tem porte de arma *ineficaz*.
  - c) Portanto, "A" não poderia portar arma e se o faz comete crime.
- (6) **GRECO, Rogério.** *Curso de Direito Penal Parte Geral*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 105.
- (7) *Ibid.*, p. 107.
- (8) **FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e Razão*. Trad. **Ana Paula Zomer et. al.**, São Paulo: RT, 2002, p. 305.

**Eduardo Luiz Santos Cabette**

Delegado de Polícia no Estado de São Paulo, mestre em Direito Social, pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e professor de Direito Penal e Processo Penal nos cursos de Graduação e no programa de Pós-Graduação da Unisal

## 1. A Lei nº 7.492/86

A Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, cuida dos crimes contra o sistema financeiro nacional e do procedimento a estes relativos. Seu título já põe em relevo o objeto da tutela penal, isto é, o bem jurídico protegido, o sistema financeiro nacional, que pode ser conceituado como:

*“O conjunto articulado de instituições financeiras, ou entes a ela equiparados, públicos ou privados, que correspondem ao modelo expressamente definido em lei e estruturados com o escopo de ‘promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade’, instituições de recursos financeiros e valores mobiliários de terceiros — quer entes públicos ou privados — sob a fiscalização do Estado, bem como as relações jurídicas existentes entre tais instituições, seus usuários, seus funcionários e o poder público<sup>(1)</sup>.”*

Nesse sentido, à Lei nº 7.492/86, também chamada de lei do “colarinho branco”, é reservada a importantíssima missão de proteger a salubridade do sistema financeiro nacional, o que, em última análise, significa a proteção de toda a economia brasileira contra práticas espúrias que possam afetá-la de modo especialmente danoso.

Os sujeitos ativos dos crimes descritos na lei estão elencados em seu art. 25: o controlador e os administradores (ou seja, os diretores e gerentes). Discutiremos aqui se, no caso das cooperativas de crédito, essas pessoas podem ser sujeitos ativos do tipo descrito no art. 17, que dispõe:

*“Art 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exer-*

*cido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:*

*Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. (...)”*

Na hipótese de a mãe do presidente de uma cooperativa receber um empréstimo da mesma, a conduta se subsumiria formalmente ao tipo penal em questão, na modalidade de *deferir empréstimo a ascendente de administrador*. A questão que se coloca é: a tipicidade conglobante também se faria presente? Para responder essa pergunta precisamos entender a sistemática das cooperativas, especialmente as de crédito. Vejamos.

## 2. Das cooperativas de crédito

Inicialmente, cabe definir o objeto central da apreciação: a cooperativa. De acordo com a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB),

*“Cooperativa é uma associação autônoma de pessoas que se unem, voluntariamente, para satisfazer aspirações e necessidades econômicas, sociais e culturais comuns, por meio de uma empresa de propriedade coletiva e democraticamente gerida<sup>(2)</sup>.”*

As cooperativas também contam com seu núcleo de princípios, quais sejam: adesão voluntária e livre; gestão democrática e livre; participação econômica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação e interesse pela comunidade<sup>(3)</sup>.

O art. 4º da Lei nº 5.746/71 (que define a política nacional de cooperativismo), nesse mesmo sentido, destacou as peculiaridades das sociedades cooperativas, especialmente com relação às sociedades comerciais:

*“As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de*

*natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:...”*

A citada lei estabelece também (art. 47):

*“A sociedade será administrada por uma Diretoria ou Conselho de Administração, composto exclusivamente de associados (grupos nossos) eleitos pela Assembléia Geral, com mandato nunca superior a 4 (quatro) anos, sendo obrigatória a renovação de, no mínimo, 1/3 (um terço) do Conselho de Administração.”*

Percebe-se, preliminarmente, que as cooperativas perfazem um tipo societário único, claramente distinto dos demais, regulado por normas e princípios próprios, adequados a seus fins e atividades.

De acordo com o art. 6º da mencionada lei, o gênero cooperativa se divide primeiramente em três grandes espécies: as cooperativas singulares, constituídas geralmente por pessoas físicas e que se destinam a prestar serviços diretamente a seus associados; as cooperativas centrais e as confederações de cooperativas.

A partir dessas espécies, infinitas variações são possíveis, pois *“As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade...”* (art. 5º da Lei nº 5.746/71). Dentre essas variantes, destacamos, por suas particularidades, a cooperativa de crédito, que é *“uma instituição financeira, formada por uma sociedade de pessoas, com forma e natureza jurídica própria, de natureza civil, sem fins lucrativos e não sujeita à falência<sup>(4)</sup>.”*

Percebe-se, preliminarmente, que as cooperativas perfazem um tipo societário único, claramente distinto dos demais, regulado por normas e princípios próprios, adequados a seus fins e atividades.

## 3. Dos empréstimos nas cooperativas de crédito

Do exposto, vê-se que a aplicação da vedação de empréstimos aos dirigentes das cooperativas de crédito (art. 17 da Lei nº 7.492/86) levaria ao absurdo de fazer com que o associado, ao assumir função administrativa, seja privado exatamente daquilo que o levou a associar-se, ou seja, a obtenção dos serviços prestados pela cooperativa. Mais teratológico ainda seria vedar empréstimos aos

**A aplicação da vedação de empréstimos aos dirigentes das cooperativas de crédito (art. 17 da Lei nº 7.492/86) levaria ao absurdo de fazer com que o associado, ao assumir função administrativa, seja privado exatamente daquilo que o levou a associar-se, ou seja, a obtenção dos serviços prestados pela cooperativa.**

→ parentes desses administradores, que, assim, teriam a inusitada situação de cooperados sem direito algum. Consequências, aliás, vedadas pelo art. 37, III da lei cooperativista:

*“Art. 37. A cooperativa assegurará a igualdade de direitos dos associados (grifos nossos) sendo-lhe defeso:*

(...)

*III - estabelecer restrições de qualquer espécie ao livre exercício dos direitos sociais.”*

Sobre esse dispositivo disserta **Plínio Antonio Machado**:

*“Dispositivo basilar da filosofia cooperativista, este inciso garante a igualdade de direitos de todos os associados, vedada qualquer discriminação ou restrição. É um autêntico dogma: na cooperativa todos têm direitos iguais”<sup>(5)</sup>.*

Assim, não se aplicam às cooperativas de crédito quaisquer disposições legais ou regulamentares que vedam empréstimos a cooperados (sejam eles simples associados ou mesmo os que exercem funções administrativas) e também a seus cônjuges ou parentes.

Além disso, o art. 9º, II, b da Resolução CMN 2771/2000 preceitua:

*“As cooperativas de crédito podem praticar as seguintes operações:*

...

*II – concessão de créditos, exclusivamente a seus associados, incluídos os membros de órgãos estatutários (grifos nossos), nas modalidades de:*

...

*b) operações de empréstimos e financiamentos.”*

Portanto, entendemos que os empréstimos concedidos a associado que seja membro da diretoria ou seu parente, apesar de se enquadrarem formalmente no tipo do art. 17 da Lei nº 7.492/86, são atípicos, pois a tipicidade conglobante é explicitamente afastada por normas permissivas, constantes principalmente da Lei nº 5.764/71, e pela interpretação sistêmica do Direito Cooperativista. (1)

### Notas

- (1) **Rodolfo Tigre Maia**. *Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional – Anotações à Lei Federal nº 7.492/86*, São Paulo: Malheiros, p. 28.
- (2) “A identidade do cooperativismo”, disponível na internet: <http://www.ocb.org.br>.
- (3) “Princípios cooperativistas”, *idem*.
- (4) “Cooperativa de crédito”, disponível na internet: [http://www.sebraemg.com.br/geral/visualizadorConteudo.aspx?cod\\_area=superior=2&cod\\_area conteudo=73&cod\\_pasta=76](http://www.sebraemg.com.br/geral/visualizadorConteudo.aspx?cod_area=superior=2&cod_area conteudo=73&cod_pasta=76)
- (5) *Comentários à Lei do Cooperativismo*, 1ª ed., São Paulo: Editoras Unidas, 1975, p. 113.

### Alexandre Magno Fernandes Moreira

Procurador do Banco Central do Brasil em Brasília (área de Acompanhamento Criminal), especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá, professor de Direito Penal e Processual Penal na Universidade Paulista (Unip), professor de Direito Administrativo em cursos preparatórios para concursos, facilitador de Direito Administrativo no Centro de Treinamento do Banco Central e articulista



**IBCCRIM**

**INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM -**

(FUNDADO EM 14.10.92)

**DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006**

#### COORDENADORES ESTADUAIS:

- **ACRE**
- **Maria de Saete da Costa Maia**  
E-mail: [cestadual.ac1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ac1@ibccrim.org.br)
- **AMAPÁ**
- **João Guilherme Lages Mendes**  
E-mail: [cestadual.ap1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ap1@ibccrim.org.br)
- **AMAZONAS**
- **Ana Beatriz Baraúna Lopes**  
E-mail: [cestadual.am1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.am1@ibccrim.org.br)
- **Fabiola Montecorado Ghidalevich**  
E-mail: [cestadual.am2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.am2@ibccrim.org.br)
- **BAHIA**
- **Elmir Duclerc**  
E-mail: [cestadual.ba1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ba1@ibccrim.org.br)
- **Selma P. de Santana**  
E-mail: [cestadual.ba2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ba2@ibccrim.org.br)
- **CEARA**
- **Fernando Luiz Ximenes Rocha**  
E-mail: [cestadual.ce1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ce1@ibccrim.org.br)
- **DISTRITO FEDERAL**
- **Carmen da Costa Barros**  
E-mail: [cestadual.df1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.df1@ibccrim.org.br)
- **Heloisa Estellita**  
E-mail: [cestadual.df2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.df2@ibccrim.org.br)
- **MARANHÃO**
- **Themis Maria Pachêco de Carvalho**  
E-mail: [cestadual.ma1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ma1@ibccrim.org.br)
- **MINAS GERAIS**
- **Liliane Cristina de Oliveira**  
E-mail: [cestadual.mg1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.mg1@ibccrim.org.br)
- **Marcelo Leonardo**  
E-mail: [cestadual.mg2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.mg2@ibccrim.org.br)
- **PARÁ**
- **Edmundo Oliveira**  
E-mail: [cestadual.pa1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pa1@ibccrim.org.br)
- **PARAÍBA**
- **Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato**  
E-mail: [cestadual.pb1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pb1@ibccrim.org.br)
- **Guilherme Costa Câmara**  
E-mail: [cestadual.pb3@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pb3@ibccrim.org.br)
- **Oswaldo Trigueiro Filho**  
E-mail: [cestadual.pb2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pb2@ibccrim.org.br)
- **PARANÁ**
- **Maurício Kuehne**  
E-mail: [cestadual.pr1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pr1@ibccrim.org.br)
- **PERNAMBUCO**
- **Adeildo Nunes**  
E-mail: [cestadual.pe3@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pe3@ibccrim.org.br)
- **Flavio Augusto F. de Lima**  
E-mail: [cestadual.pe2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pe2@ibccrim.org.br)
- **Nilzardo Carneiro Leão**  
E-mail: [cestadual.pe1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pe1@ibccrim.org.br)
- **MATO GROSSO DO SUL**
- **Fabio Trad**  
E-mail: [cestadual.ms1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ms1@ibccrim.org.br)
- **RIO DE JANEIRO**
- **Maria Lúcia Karam**  
E-mail: [cestadual.rj1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.rj1@ibccrim.org.br)
- **RIO GRANDE DO SUL**
- **Fabio Roberto D'Ávila**  
E-mail: [cestadual.rs1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.rs1@ibccrim.org.br)
- **Luiz Antônio Bogo Chies**  
E-mail: [cestadual.rs3@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.rs3@ibccrim.org.br)
- **Paulo Vinicius Sporleder de Souza**  
E-mail: [cestadual.rs2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.rs2@ibccrim.org.br)
- **RIO GRANDE DO NORTE**
- **Lena Rocha**  
E-mail: [cestadual.rn1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.rn1@ibccrim.org.br)
- **SANTA CATARINA**
- **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**  
E-mail: [cestadual.sc1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.sc1@ibccrim.org.br)
- **SÃO PAULO - BAIXADA SANTISTA**
- **Vinicius Toledo Pizza Peluzo**  
E-mail: [cestadual.sp1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.sp1@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!**

### ESCREVAM NO BOLETIM!

O **Boletim** depende da colaboração dos leitores. Os artigos devem ser inéditos em quaisquer veículos, Internet inclusive, e ser enviados em envelope contendo gravação feita em disquete 3½ e processador de texto *Word for Windows*, além do texto impresso em 2 vias.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

Solicitamos, ainda, que os artigos tenham 3, 5 ou 6 laudas. Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador para determinar os parágrafos: o próprio já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

Esperamos a sua contribuição.

Tem-se no tipo penal, desde sua formulação por **Beling**, o principal elemento definidor do injusto, descrevendo as condutas humanas proibidas pelo direito dentre as mais gravosas, tendo em vista o grau de sua lesividade ou a natureza do bem jurídico ameaçado, punindo-as de forma mais severa, através da cominação de uma pena, distinguindo-se da tipicidade, que será a adequação entre a conduta do agente e o conteúdo do tipo legal.

Inicialmente, o tipo possuía apenas um teor descritivo, porém, ao longo da construção dogmática da teoria do delito foram se incorporando outros elementos como os subjetivos, por **Fischer e Mezger**, referentes ao chamado especial fim de agir do autor (*com o fim de, para si ou para outrem, etc.*), o que é reforçado, posteriormente, por **Welzel**, com o finalismo, transferindo o dolo e a culpa da culpabilidade para o tipo legal e, também, os elementos normativos identificados por **Max Ernest Mayer**, sob a influência do movimento *neokantista*, que exigem a aplicação de um juízo de valor a fim de se aferir o conteúdo do tipo penal (*mulher honesta, coisa albeia, etc.*).

O tipo penal possui duas funções principais: indicar a ilicitude, definindo os comportamentos que, uma vez praticados, presumir-se-ão, de forma relativa, sua ilicitude, a qual será afastada, tão-somente, quando diante de alguma justificação, uma norma que autorize a prática daquele comportamento quando presentes determinadas condições (*legítima defesa, estado de necessidade, etc.*); e servir como um instrumento de garantia do cidadão ao limitar as condutas penalmente relevantes e, conseqüentemente, o poder punitivo do Estado, expressando a segurança que decorre do princípio da legalidade previsto no art. 1º do Código Penal e no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição federal, consolidada na fórmula iluminista criada por **Feuerbach** *nullum crimen, nulla poena sine lege*, onde uma conduta apenas poderá ser considerada delituosa quando prevista em lei.

Todavia, há que se distinguir o princípio da mera legalidade com o da estrita legalidade.

Para se ver respeitado o princípio constitucional supracitado, tornando-se válida determinada norma penal incriminadora, não basta que a definição da conduta proibida venha descrita numa lei federal, respeitando-se uma legalidade meramente formal. É necessário que esta lei preencha determinados requisitos materiais, a fim de garantir a eficácia da segurança jurídica que decorre da própria norma, devendo ser construída de forma

clara e precisa, sendo proibida a utilização de expressões vagas e indeterminadas, as quais dariam margem a um leque por demais amplo de interpretações e, conseqüentemente, uma aplicação do Direito Penal de forma desenfreada, onde, ferindo o princípio da divisão dos poderes, o Judiciário colocar-se-ia no papel de legislador e preencheria, segundo seu próprio convencimento, a lacuna da norma.

O princípio da estrita legalidade, como nos ensina **Luigi Ferrajoli**, "*condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos... Esta é a garantia estrutural que diferencia o Direito Penal no Estado 'de Direito' do Direito Penal dos Estados simplesmente 'legais', nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei. E é essa diferença que hoje marca o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal*"<sup>(1)</sup>.

Verifica-se, com isto, a inconstitucionalidade dos tipos penais abertos, os quais não definem com precisão o comportamento proibido, indo de encontro à principal função do Direito Penal que é a de limitar a intervenção penal do Estado sobre a vida e liberdade dos indivíduos, o que deve se dar apenas de forma subsidiária, tendo em vista o grande dano social causado pela aplicação deste direito punitivo, pelo que torna-se urgente a minimização de sua incidência, com a observância de uma legalidade material, em consonância com o nosso Estado Democrático de Direito.

Com o mesmo entendimento, para **Juarez Tavares** "*o injusto penal, na qualidade de injusto típico, não pode ser produto de livre criação, nem ser orientado por qualquer propósito, senão o de delimitar com absoluto rigorismo as áreas sobre as quais será admitida a intervenção do Estado*"<sup>(2)</sup>.

Exemplo de tipo penal aberto é o previsto no § 2º, inciso III do art. 12 da Lei nº 6.368/1976, o qual se refere à conduta de quem "*contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*".

Encontram-se previstos na Lei nº 6.368/1976 os crimes referentes ao tráfico, uso e outras condutas relacionadas às substâncias

entorpecentes, formada, quase que integralmente, por modelos de perigo abstrato, ou seja, sem a descrição de um perigo concreto ou ofensas a qualquer bem jurídico e normas penais em branco, as quais, por serem lacunosas, necessitam de outras normas, em sua maioria administrativas, para a sua integração.

Esta lei, com uma finalidade simbólica e uma aplicabilidade concreta irracional, nasce num momento de completa demonização das drogas, as quais passam a ser vistas inicialmente como um grande inimigo interno, desestruturador da família e da sociedade moderna, para atualmente constituir-se em inimigo externo que ameaça nossa soberania, sendo considerado o grande mal que espreita nossas crianças e que deve ser combatido com todas as armas.

Assim, com todas as suas atecnias e inconstitucionalidades, ela permanece em vigor, no combate ao tráfico e a todos que dele sobrevivem, ainda que para isso contribua apenas para o incremento da exclusão social e a estigmatização das camadas de baixo.

Porém, voltando à análise do exposto no inciso III do § 2º do art. 12 da lei, observa-se que a norma não descreve nenhuma conduta, apenas tipifica a mera ação ou omissão de contribuir para o incentivo ao uso ou ao tráfico ilícito de substâncias entorpecente, não importando como se dará esta contribuição, o que leva a absurdos como o indiciamento por este dispositivo um médico que mora numa favela carioca e que prestava seus serviços, inclusive efetuando cirurgias em moradores atingidos por projéteis de arma de fogo provenientes dos diversos embates com a Polícia, por estar contribuindo para a "sobrevivência" do tráfico ao exercer não um direito, mas um dever seu que é salvar vidas. Mas com o atual discurso de tolerância zero qualquer um "contaminado" pelo contado com drogas perde sua condição humana e passa a ser uma doença, uma bactéria a ser exterminada e, por isso, condenável qualquer auxílio a este mal.

Este dispositivo afronta gritantemente o princípio da estrita legalidade, pois, como assevera **Roxin** "*uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso, pouco clara,*"

Este dispositivo afronta gritantemente o princípio da estrita legalidade, pois, como assevera **Roxin** "*uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso, pouco clara,*"

→ não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, pois não implica uma autolimitação do ius puniendi estatal<sup>(3)</sup>.

Caso fosse admitida a validade de tal dispositivo, seria forçosa a tipificação de qualquer conduta que, de alguma forma, viesse a incentivar o uso e o tráfico de entorpecentes. Com isto, deve-se questionar: quem é o maior incentivador desta prática ilícita? Quem é o maior responsável pelas várias influências que levam inúmeros moradores de comunidades carentes a optarem pela prática laborativa do auxílio ao tráfico de entorpecentes? Quem, se não o próprio Estado, onde, numa livre alegoria, é possível apontar como o principal autor desta espécie delitiva.

Nesta modernidade recente, onde impera o individualismo e a meritocracia, "como pode uma sociedade que se legitima em termos de recompensas alocadas por mérito no mercado reconciliar as flagrantes desigualdades de propriedade e oportunidades?"<sup>(4)</sup>.

Um Estado neoliberal que não cumpre com seus deveres pactuados no contrato social, sendo omissivo, não entrando nas favelas com educação, saneamento, perspectivas e amparo, mas que cobra intensamente o seu quinhão e respeito, sobre a pena da exclusão, não faz outra coisa se não incentivar a busca por alternativas em função do próprio impulso natural do homem pela sobrevivência.

Ainda que juridicamente impossível tal hipótese, tanto pela responsabilidade pessoal e subjetiva no Direito Penal, como pela inexistência de tipo culposos na figura ora analisada, seria interessante imaginar a figura do Estado sentado no banco dos réus, acusado de auxiliar um de seus inimigos

mais declarados, sendo interrogado, submetido a uma instrução criminal e, ao final, condenado por um juiz positivista que, em suas justificações, demonstrando a materialidade e a autoria, adequa, como uma luva, a conduta do Estado à uma figura típica vigente, mas inválida, pois, ferindo o princípio da estrita legalidade, é eivada de completa inconstitucionalidade.

Mas, não é isto o que se deseja. Não serão leis incoerentes e sua aplicação destrutiva que irão diminuir a criminalidade, pelo contrário, apenas aumentarão a criminalização e estigmatização das camadas mais pobres ao arrepio dos princípios basilares de nossa carta maior, notadamente o da dignidade da pessoa humana, os quais apenas estarão em sintonia com o Direito Penal quando este encontrar-se comprometido com uma fórmula garantista e de mínima intervenção. ◉

### Notas

- (1) **FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e Razão*, São Paulo: RT, 2002.
- (2) **TAVARES, Juarez.** *Teoria do Injusto Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- (3) **ROXIN, Claus.** *Derecho Penal – Parte General – Tomo I*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- (4) **YOUNG, Jock.** *A Sociedade Excludente – Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

**Luciano Filizola da Silva**

Mestre em Criminologia e Direito Penal pela Universidade Cândido Mendes, advogado no Estado do Rio de Janeiro e professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Estácio de Sá

## Entidades que assinam o Boletim:

- **AMAZONAS**
  - Associação dos Magistrados do Amazonas
  - Ministério Público do Amazonas
- **CEARÁ**
  - Associação Cearense de Magistrados
- **DISTRITO FEDERAL**
  - Associação dos Juizes Federais do Brasil - Ajufe
  - Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- **ESPÍRITO SANTO**
  - Ministério Público do Estado do Espírito Santo
- **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 - Apamagis
  - Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
  - Curso C.P.C.
  - Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP
  - Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - Sindpesp
  - Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

Apoio:



### Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM

Assine a **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Publicada de dois em dois meses, a Revista oferece ao profissional do direito atualizadas reflexões jurídicas, filosóficas e sociológicas sobre o modo como a sociedade, no Brasil e no exterior, se organiza para estudar o crime e a persecução penal. A **Revista** oferece ao leitor quatro seções: *Direito Penal, Processo Penal, Crime e Sociedade* e *O Direito em Ação*. Nesta última, são divulgadas decisões do Poder Judiciário, ementadas ou comentadas, bem como pareceres e peças processuais de advogados e membros do Ministério Público que concretizem as idéias que norteiam a aplicação do Direito Penal no Estado Democrático.

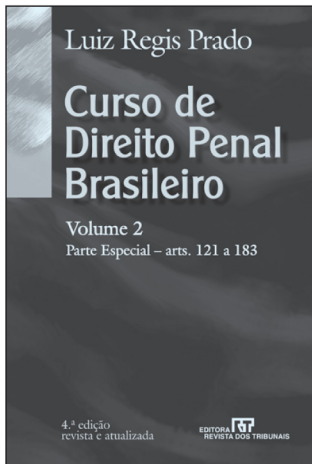
A **Revista** tem publicado autores nacionais e internacionais, colaborando para o intercâmbio necessário à evolução das ciências criminais. No nº 52, entre outros, estão:

- **André de Almeida Panzeri** - *A sanção de perda de bens no Direito Penal Econômico - análise comparativa dos modelos português e brasileiro;*
- **Daniel R. Pastor** - *Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal;*
- **Enrique Bacigalupo** - *Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no Direito Penal;*
- **Maria Lúcia Karam** - *Sistema penal e publicidade enganosa.*

A Revista pode ser assinada por meio da página do **IBCCRIM** na *internet* ou pelo Departamento de Vendas da RT: 0800-702-2433.

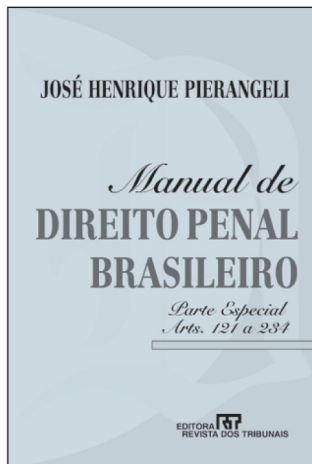
# Novidades RT

cód. 002698



720 páginas  
capa flexível

cód. 002709



912 páginas  
brochura

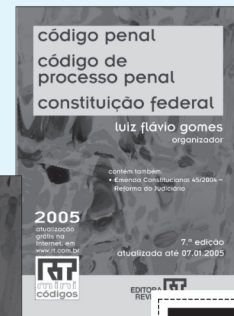
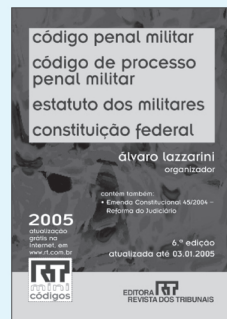
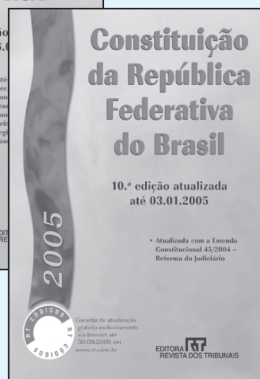
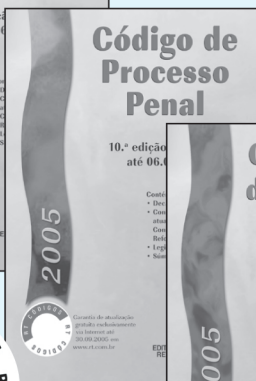
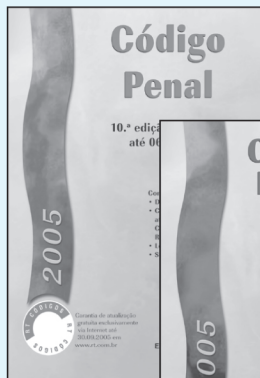
cód. 002696



990 páginas  
capa flexível

## Pensou em Códigos, pensou RT

Atualizados até janeiro de 2005.  
Atualização garantida até 30.09.2005  
em [www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)



Já nas melhores livrarias.

**livraria**  
**RT**

[www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br)

Atendimento ao consumidor  
**0800 702 2433**

EDITORA **RT**  
REVISTA DOS TRIBUNAIS  
[www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)