

---

# *A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do

**Ministério Público Catarinense**

v. 4, n. 9, maio/ago. 2006

# Atuação

Revista Jurídica do

## Ministério Público Catarinense

### Conselho Deliberativo e Redacional

Ivens José Thives de Carvalho - Diretor

Guido Feuser

João José Leal

Pedro Roberto Decomain

Rogério Ponzi Seligman

Rui Carlos Kolb Schiefler

As opiniões emitidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da  
**Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público.**

Endereço eletrônico para remessa de artigo: [revistajuridica@mp.sc.gov.br](mailto:revistajuridica@mp.sc.gov.br)

Catálogo na publicação por Clarice Martins Quint (CRB 384)

ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense / Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Catarinense do Ministério Público. – v. 4, n. 9, (maio./ago. 2006) - Florianópolis: PGJ : ACMP, 2003 –

Quadrimestral

Direito – Periódicos. I. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Procuradoria-Geral de Justiça. II. Associação Catarinense do Ministério Público.

CDDir : 340.05

CDU : 34(05)

Revisão: A revisão dos artigos é de responsabilidade de seus autores

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-240  
(48) 3224.4600 e 3224.4368  
[imprensa@acmp.org.br](mailto:imprensa@acmp.org.br)  
[www.acmp.org.br](http://www.acmp.org.br)

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-904  
(48) 3229.9000  
[pgj@mp.sc.gov.br](mailto:pgj@mp.sc.gov.br)  
[www.mp.sc.gov.br](http://www.mp.sc.gov.br)



## **Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

### **Procurador-Geral de Justiça**

Pedro Sérgio Steil

### **Subprocurador-Geral de Justiça**

Narcísio Geraldino Rodrigues

### **Secretário-Geral do Ministério Público**

Sandro José Neis

### **Assessoria do Procurador-Geral de Justiça**

Durval da Silva Amorim

Abel Antunes de Mello

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

### **Colégio de Procuradores de Justiça**

Moacyr de Moraes Lima Filho

Anselmo Agostinho da Silva

Hipólito Luiz Piazza

Paulo Antônio Günther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobél Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nélson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Sidney Bandarra Barreiros

Lenir Roslindo Piffer - *Secretária*



## **Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

### **Conselho Superior do Ministério Público**

Moacyr de Moraes Lima Filho

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Basílio Elias De Caro

André Carvalho

### **Corregedor-Geral do Ministério Público**

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

#### **Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público**

Marcílio de Novaes Costa

#### **Assessoria do Corregedor-Geral do Ministério Público**

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

Aor Steffens Miranda

Rui Arno Richter

### **Corregedor-Geral Substituta**

Gladys Afonso

### **Ouvidor**

José Galvani Alberton

### **Coordenadoria de Recursos**

Paulo Roberto Speck – *Coordenador*

#### **Assessoria do Coordenador de Recursos**

Fernando da Silva Comin

### **Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional**

Ivens José Thives de Carvalho – *Diretor*



## **Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

### **Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa**

Basílio Elias De Caro – *Coordenador-Geral*

Gladys Afonso – *Colaboradora*

Rogério Ponzi Seligman – *Coordenador*

João Carlos Teixeira Joaquim – *Coordenador-Adjunto*

### **Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente**

Jacson Corrêa – *Coordenador-Geral*

Luciano Trierweiller Naschenweng – *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional do Consumidor**

Antenor Chinato Ribeiro – *Coordenador-Geral*

### **Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações**

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Davi do Espírito Santo – *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude**

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Helen Crystine Corrêa Sanches – *Coordenadora*

### **Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária**

Sérgio Antônio Rizelo – *Coordenador-Geral*

Maury Roberto Viviani – *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional Criminal**

Odil José Cota – *Coordenador-Geral*

Paulo Antonio Locatelli – *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade**

Gilberto Callado de Oliveira – *Coordenador-Geral*

### **Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais**

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin – *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional Cível e Eleitoral**

Ivens José Thives de Carvalho – *Coordenador*



## **Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público**

### **Presidente**

Lio Marcos Marin

### **Vice-Presidente**

Nazareno Furtado Köche

### **1ª Secretária**

Havah Emília P. de Araújo Mainhardt

### **2ª Secretário**

Fabiano David Baldissarelli

### **Diretor Financeiro**

Onofre José Carvalho Agostini

### **Diretor de Patrimônio**

Ary Capella Neto

### **Diretor Cultural e de Relações Públicas**

Andrey Cunha Amorim

### **Conselho Fiscal**

#### **Presidente**

César Augusto Grubba

#### **Secretário**

Abel Antunes de Mello

#### **Membros**

Carlos Henrique Fernandes  
Ivens José Thives de Carvalho  
Jorge Orofino da Luz Fontes

**ASSUNTO ESPECIAL: ORDEM TRIBUTÁRIA**

Condição Objetiva de Punibilidade e Lançamento Tributário..... 9  
*Andreas Eisele*

Os Planos de Refinanciamento Fiscal à Luz da Teoria da Imputação  
Objetiva Implicam a Não Tipificação do Crime Descrito no Art. 2º, Inc.  
II da Lei nº 8.137/90..... 57  
*Márcia Aguiar Arend*

Crime Tributário e Extinção da Punibilidade pelo Pagamento: Breve  
Análise Quanto à Tutela do Bem Jurídico ..... 67  
*Maury Roberto Viviani*

Argumentos Vitimológicos na Sonegação Fiscal e Imputação  
Objetiva.....87  
*Andreas Eisele*

**CÍVEL**

Dos Excluídos da Sucessão – Indignos e Deserdados ..... 109  
*Rui Carlos Kolb Schiefler*

Bloqueio *On-Line* de Ativos Financeiros – Aspectos Práticos ..... 133  
*Eduardo Sens dos Santos*

A Tutela Antecipada e os Limites da Conversibilidade Prevista no § 7º  
do Art. 273 do Código de Processo Civil ..... 143  
*Márcio Schiefler-Fontes*

O Termo de Acordo Extrajudicial de Alimentos em Prol da Pessoa Idosa,  
seu Referendo pelo Ministério Público e Aspectos de sua Executividade:  
a Possibilidade da Prisão Civil..... 163  
*Maristela Nascimento Indalencio*

## CONSTITUCIONAL

Alguns Pontos Constitucionais Polêmicos sobre a Prisão Provisória .....177  
*André Ghiggi Caetano da Silva*

A Competência Constitucional do Tribunal de Justiça para Julgamento  
de Mandado de Segurança contra Ato de Promotor de Justiça ..... 199  
*Renato Franco de Almeida*

## CRIMINAL

O Prefeito Municipal como Sujeito Ativo do Crime Previsto no Art.  
359-D do Código Penal..... 213  
*Fabiano Francisco Medeiros*

Os Crimes Hediondos e a Individualização da Pena à Luz de Uma Nova  
Proposta de Atuação..... 227  
*Fernando da Silva Comin*

## CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE E LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO<sup>1</sup>

Andreas Eisele

*Professor da Univali e da Escola do Ministério Público e  
Promotor de Justiça Promotor de Justiça - SC*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 – A CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. 1.1 – A evasão tributária. 1.2 – O lançamento do crédito tributário. 1.3 – A consumação dos crimes materiais contra a ordem tributária. 1.4 – A justa causa para a propositura de ação penal. 1.4.1 – A diferença entre a justa causa para a propositura de ação penal e a questão prejudicial ao julgamento do mérito no processo penal. 2 – OS ARGUMENTOS JUSTIFICANTES DA DECISÃO DO STF QUE CLASSIFICOU O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COMO CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE NOS CRIMES MATERIAIS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. 2.1 – Os pressupostos teóricos da classificação. 2.1.1 – A definição dos efeitos do lançamento. 2.1.2 – A conceituação das condições objetivas de punibilidade. 2.2 – Crítica ao fundamento da classificação do lançamento como condição objetiva de punibilidade. 2.2.1 – A analogia falaciosa. 2.3 – Análise da justificativa política da decisão. CONCLUSÕES.

---

1 O presente texto foi elaborado anteriormente ao: “A classificação judicial do lançamento tributário como condição objetiva de punibilidade”, publicado na Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, vol. 3, n. 6, Florianópolis, Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Catarinense do Ministério Público, 2005, p. 159/171, e foi concebido como parte de um projeto mais amplo, para publicação autônoma. Porém, tal projeto foi alterado, motivo pelo qual o trabalho é apresentado nesta oportunidade na forma de artigo. Devido a essa inversão da ordem cronológica de publicação, o texto anteriormente mencionado contém referências a este. Os estudos realizados a respeito do tema resultaram em 4 textos conexos, e a intenção do autor é a publicação dos outros dois em breve.

## INTRODUÇÃO

A ciência jurídica tem, como função, não apenas o esclarecimento do conteúdo de institutos jurídicos e sua estruturação sistemática, de modo a facilitar aos operadores do Direito sua aplicação, mas, principalmente, a instituição de um âmbito de segurança jurídica, decorrente da previsibilidade dessa aplicação, devido à definição da racionalidade que a orienta.<sup>2</sup>

Assim, embora o conteúdo da ciência jurídica não determine o conteúdo do Direito de forma absoluta (ou seja, independentemente do conteúdo das disposições legais e das interpretações formuladas em relação a tal conteúdo pela jurisprudência, como pretendia Savigny),<sup>3</sup> a racionalidade do sistema jurídico e da interpretação legislativa é condicionada pela sua compatibilidade com o desenvolvimento teórico da ciência jurídica.

Esse âmbito de previsibilidade evita o arbítrio e implica a adoção de um rigor teórico pelos intérpretes do Direito que viabilize a formulação de soluções racionalmente compatíveis com os conceitos e relações que formam o sistema em que se estrutura o ordenamento jurídico.

Em decorrência dessa racionalidade, é formulado um senso comum teórico que, independentemente da direção política adotada pelo intérprete (seja ela dogmático-conservadora,<sup>4</sup> ou crítico-dinâmica<sup>5</sup>), viabiliza a compatibilidade das soluções, evitando interpretações inconsistentes em sua configuração lógica, devido à possibilidade de sua compreensão racional.

Portanto, a compreensão da configuração, significado, conteúdo, natureza jurídica e conseqüências dos institutos jurídicos, assim como dos aspectos determinantes da sua classificação sistemática, é um re-

---

2 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 117.

3 SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodología jurídica*. reimpr. (trad. SANTA-PINTER, J. J.) Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 06-38.

4 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 100/117.

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 03/07.

quisito teórico indispensável aos operadores do Direito, evitando-se improvisações irracionais.

Como a racionalidade teórica limita as possibilidades da configuração da norma jurídica em sua expressão dinâmica,<sup>6</sup> institui um âmbito de previsibilidade de seu conteúdo, conferindo segurança jurídica aos destinatários das normas que, assim, podem programar suas atividades a partir da consciência do significado jurídico dos fatos.

No presente trabalho, será analisado como a falta de compreensão de um instituto jurídico implicou a formulação de uma decisão judicial incompatível com o conteúdo da ciência jurídica, o que pode instalar um âmbito de insegurança jurídica, decorrente da inconsistência teórica da solução formulada, em face dos limites de possibilidade estabelecidos pela racionalidade concebida pela ciência jurídica, viabilizando decisões arbitrárias, incompatíveis com o modelo político de Estado de Direito.

Ademais, serão indicadas algumas conseqüências decorrentes do conteúdo da decisão, que poderiam ser evitadas pela utilização adequada dos recursos teóricos disponíveis no âmbito de racionalidade formulado pela ciência jurídica.

Trata-se da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária ocorrida em 22/10/2003 (cujo teor somente foi publicado no Diário da Justiça em 13/05/05), no julgamento do *habeas corpus* nº 81.611-8, oriundo do Distrito Federal, em que o lançamento do crédito tributário foi classificado como condição objetiva de punibilidade em relação aos crimes contra a ordem tributária.

## **1 - A CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

A compreensão da relação entre os institutos do Direito Criminal e determinadas modalidades de delitos, de modo a viabilizar a adequação dos princípios teóricos e normativos genéricos às situações específicas, somente é possível após a compreensão, não apenas do conceito e da natureza jurídica dos referidos institutos, como, também, das caracte-

---

6 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3. ed. (trad. MACHADO, João Baptista) São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 77-78.

rísticas específicas da modalidade delitiva em análise.

Portanto, para contextualizar o tema a ser abordado, é necessária uma demarcação teórica, indicando as peculiaridades dos crimes em relação aos quais se analisará a configuração de alguns institutos elaborados pela ciência jurídica, dentre os quais aqui serão enfatizadas as condições objetivas de punibilidade.

Dessa forma, antes da abordagem crítica, será exposta a configuração fundamental dos crimes contra a ordem tributária e sua relação com os âmbitos do ordenamento jurídico que disciplinam o objeto que representa o bem jurídico tutelado pela norma criminal respectiva, quais sejam, o Direito Tributário e o Direito Administrativo.

Não obstante, devido à delimitação específica do objeto do presente trabalho, qual seja, a análise da eventual existência de condições objetivas de punibilidade em relação aos crimes contra a ordem tributária, somente serão abordados os crimes classificados na modalidade material, consistentes naqueles para cuja configuração completa do fato típico (consumação) é necessária a ocorrência de um evento (resultado) descrito no tipo, cuja realização decorra de fatores implementados pela prática da conduta típica.

## 1.1 – A evasão tributária

Na legislação tributária, são veiculadas descrições de hipóteses fáticas com expressão econômica (que indicam capacidade contributiva),<sup>7</sup> correspondentes a modelos abstratos de situações classificadas como juridicamente relevantes.

Devido a essa relevância, é estabelecida (também mediante o conteúdo da legislação) uma consequência jurídica decorrente da realização concreta daquela hipótese, consistente na implementação de uma relação jurídica de conteúdo obrigacional. Essa obrigação jurídica é configurada na modalidade de dar, e o objeto da prestação possui natureza pecuniária. O descumprimento de tal obrigação, pela não satisfação da prestação no prazo correspondente, implementa uma

---

7 FALCÃO, Amílcar. **Introdução ao Direito Tributário**. 4. ed. (atual. NOVELLI, Flávio Bauer) Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 75-76.

situação denominada evasão tributária.

Como a evasão tributária é o aspecto nuclear do tipo criminal que define os crimes materiais contra a ordem tributária, é necessário compreender a configuração de tal relação jurídica, para a definição das características desse instituto.

As hipóteses fáticas definidas mediante descrição legal são denominadas como hipóteses de incidência tributária e têm natureza conceitual,<sup>8</sup> pois consistem em modelos abstratos de configurações ideais de situações fáticas.

Portanto, em seu aspecto formal, a hipótese de incidência é uma descrição lingüística veiculada por dispositivo legal e, em seu conteúdo material, consiste em uma hipótese fática abstrata, de configuração conceitual.

A realização efetiva (concreta) de um fato cujas características sejam consideradas correspondentes ao modelo genérico configurador da hipótese de incidência constitui uma situação denominada fato imponible. Ou seja, o fato imponible é a implementação de uma situação fática concreta, cuja configuração corresponda ao modelo constituinte da hipótese de incidência.<sup>9</sup>

Não obstante a diversidade dos institutos: hipótese de incidência e fato imponible, pois o primeiro consiste em um modelo conceitual abstrato, e o segundo em uma situação fática concreta (correspondente àquele modelo), no Código Tributário Nacional foi utilizada uma denominação equívoca no tratamento do tema, pois ambos os institutos foram designados mediante a expressão “fato gerador”, o que implicou a necessidade de utilização de adjetivos especificadores para diferenciar cada qual.

Dessa forma, à hipótese de incidência foi atribuída a denominação “fato gerador formal” (correspondente ao instituto descrito no art. 114 do referido Código) e, ao fato imponible, a denominação “fato gerador material” (correspondente ao instituto descrito no art. 116 do mesmo diploma legal).

8 ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 53.

9 JARACH, Dino. **El hecho imponible**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, p. 69/72.

A implementação do fato imponible acarreta a incidência de uma norma estrutural, a qual atribui uma consequência jurídica à situação.

A consequência jurídica da ocorrência do fato imponible é a instituição da obrigação tributária (denominada como obrigação principal pelo art. 113, § 1º, do CTN, de modo a diferenciá-la de outros deveres instrumentais), a qual impõe a um sujeito (relacionado com a implementação da situação fática correspondente) o dever de satisfazer uma prestação em favor de outro.

O sujeito a quem é atribuído o dever de satisfação da prestação é denominado como sujeito passivo da obrigação tributária, e o que adquire o direito ao recebimento do objeto da prestação é denominado como sujeito ativo da referida relação obrigacional.

O sujeito passivo da obrigação é a pessoa identificada na legislação tributária como contribuinte (devido à sua relação direta com o fato imponible) ou responsável tributário (devido a um vínculo estabelecido pela legislação entre ele e o fato imponible, em decorrência de sua relação com o contribuinte), a quem é imposto o dever de satisfazer a prestação (ou seja, dar o objeto correspondente) em favor do sujeito ativo.

O sujeito ativo da obrigação é a pessoa especificada na legislação tributária como titular do direito de receber o objeto da prestação e exigir (mediante cobrança) do sujeito passivo a satisfação de tal prestação.

O sujeito passivo também é denominado, de forma simplificada, como devedor e, o ativo, como credor.

A prestação da obrigação tributária é classificada na modalidade de dar e consiste na entrega de algo, que constitui seu objeto.

O objeto da prestação tem conteúdo pecuniário e corresponde ao dinheiro (ou objetos que representem o valor correspondente) que expressa o aspecto substancial do tributo,<sup>10</sup> quantificado por cálculo consistente na multiplicação da alíquota em relação à base de cálculo.

Para a regular satisfação da prestação da obrigação, por parte do devedor, é estabelecido (por norma veiculada na legislação tributária) um prazo e, se a referida prestação não for satisfeita no prazo respectivo, configurar-se-á a situação denominada evasão tributária.

---

10 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 261.

Ou seja, a evasão tributária é o descumprimento da obrigação tributária (principal), pela não satisfação da prestação respectiva, no prazo devido.<sup>11</sup> É, portanto, um ato ilícito (que pode ser qualificado em decorrência da utilização de um meio fraudulento para sua implementação), cujo conteúdo corresponde à não-satisfação (regular) de uma prestação (devida) de uma obrigação (regularmente constituída), e tem como consequência o não recolhimento do tributo em favor do sujeito ativo da obrigação tributária.

## 1.2 - O lançamento do crédito tributário

Com a implementação da obrigação tributária (decorrente da ocorrência do fato imponible) se estabelece a relação de crédito e débito entre os sujeitos ativo e passivo, correspondente a direitos e deveres recíprocos. Todavia, embora o credor tenha o direito ao recebimento do objeto da prestação, desde o momento em que surgir a obrigação correspondente (e o devedor tenha o dever de satisfazer a prestação da obrigação, também, desde tal momento, podendo fazê-lo, regularmente, até o término do prazo estabelecido em lei para tanto), a exigibilidade do cumprimento da prestação, a ser exercida pelo credor em relação ao devedor, não se constitui juntamente com o direito ao respectivo recebimento. Ou seja, o poder de cobrar (do devedor) a satisfação da prestação não se configura do mesmo modo que o direito a seu recebimento.

Para que o sujeito ativo da obrigação tributária possa exigir o cumprimento da prestação (para que o crédito se torne exigível), é necessário que o prazo para que o sujeito passivo cumpra regularmente a prestação se tenha esgotado sem o respectivo cumprimento, configurando uma evasão tributária, e tenha sido elaborado um procedimento administrativo de lançamento do crédito correspondente à obrigação.

O lançamento do crédito tributário é um procedimento administrativo<sup>12</sup> no qual um agente da fiscalização, após identificar a ocorrência

---

11 VAZ, Carlos. **Evasão tributária**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 24.

12 Não obstante a polêmica existente no âmbito teórico, referente à classificação do lançamento como um ato ou um procedimento administrativo, não será desenvolvida a justificativa da adoção da classificação do instituto como procedimento, devido à irrelevância de tal aspecto para a abordagem da questão objeto do presente trabalho.

de uma evasão, declara a realização de um fato imponible e a configuração da obrigação respectiva, assim como o inadimplemento de sua prestação, e liquida o objeto desta.<sup>13</sup>

Para a liquidação do valor do tributo devido (que constitui o objeto da prestação da obrigação tributária), o agente fiscalizador deve especificar a base de cálculo e a alíquota que dimensionarão o tributo e indicar o valor devido, resultante da multiplicação da base de cálculo pelo fator correspondente à alíquota.

Posteriormente à liquidação do objeto da prestação devida, o fiscal deve notificar a pessoa que identificar como o sujeito passivo da obrigação tributária, assinalando-lhe um prazo para que esta recolha o valor indicado, de modo a cumprir a prestação da obrigação tributária anteriormente não satisfeita, ou impugne o lançamento respectivo.

Esta segunda oportunidade para o cumprimento da prestação da obrigação, porém, não modifica a situação anterior, caracterizadora de evasão tributária, motivo pelo qual, na especificação do valor devido, é adicionado, ao valor correspondente ao tributo, outro valor, correspondente a uma sanção administrativa (multa), além de juros moratórios, sendo os valores atualizados pelos índices de correção monetária.

Caso o suposto sujeito passivo a quem foi dirigida a notificação fiscal não reconheça a correção das conclusões formuladas pelo fiscal, ou a adequação do procedimento adotado, poderá impugnar o lançamento, apresentando os motivos respectivos. Essa impugnação será apreciada administrativamente e, se for julgada improcedente, o interessado poderá recorrer da decisão para um órgão colegiado, cuja decisão será definitiva no âmbito administrativo (sem prejuízo da possibilidade de apreciação do assunto pelo Judiciário).

Se a impugnação administrativa ao lançamento do crédito tributário for julgada improcedente (de forma definitiva), ou o prazo para impugnação transcorrer sem iniciativa do interessado, o valor especificado pelo fiscal deverá ser inscrito no livro da dívida ativa da pessoa jurídica de Direito Público que tiver atribuição para a cobrança respectiva, com o que o crédito tributário se torna exigível, podendo o credor executá-lo (cobrá-lo) judicialmente, mediante a execução fiscal

---

13 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 259.

de uma certidão extraída do referido livro.

Portanto, embora o direito do sujeito ativo ao recebimento do objeto da prestação se implemente com a constituição da obrigação tributária, a exigibilidade do crédito correspondente somente se configura com o lançamento respectivo.<sup>14</sup>

A diversidade dos pressupostos, forma e momento da implementação da obrigação tributária (a qual é uma consequência jurídica decorrente da ocorrência do fato imponible) e da constituição da exigibilidade do crédito correspondente à prestação dessa obrigação (que é uma consequência jurídica da regular conclusão do procedimento administrativo de lançamento respectivo), é explicitada por Ferreira Jardim, em relação aos efeitos do lançamento.

Para elucidar os aspectos declaratórios e constitutivos de tal procedimento administrativo, Ferreira Jardim dissocia a característica, no contexto do lançamento, do aspecto do ato do agente fiscal, consistente em atestar a existência de um fato jurídico, da atribuição de eficácia a uma relação jurídica anteriormente constituída.<sup>15</sup> Ou seja, o efeito declaratório da existência da obrigação tributária, do efeito constitutivo da exigibilidade do crédito correspondente àquela obrigação.

Dessa forma, é esclarecido por que o aspecto constitutivo do lançamento tributário não tem por objeto a relação jurídica obrigacional (pois esta já havia sido constituída anteriormente), mas um âmbito de eficácia de um elemento dessa relação.

Esse elemento é o crédito, e a eficácia implementada institui sua exigibilidade, o que corresponde à configuração da possibilidade de execução concreta do direito que, até então, tinha eficácia limitada (ou parcial).

### 1.3 - A consumação dos crimes materiais contra a ordem tributária

Na legislação criminal são tipificados alguns modelos hipotéticos de condutas, cuja implementação pode afetar o patrimônio público em

---

14 AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 371.

15 FERREIRA JARDIM, Eduardo Marcial. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 246.

sua expressão de receita tributária. Dentre tais hipóteses, algumas são estruturadas na modalidade crime material, pois o fato típico respectivo se consuma com a ocorrência de um evento (resultado) específico, o qual corresponde a uma evasão tributária.

Trata-se das hipóteses definidas nos arts. 1º, *caput*, da Lei nº 8.137/90 e 337-A do Código Penal, em que a consumação ocorre com a “supressão” ou a “redução” de tributo ou contribuição social (a qual é implementada em decorrência das condições proporcionadas pela prática de uma conduta instrumental de configuração fraudulenta, cujas formas estão especificadas nos diversos incisos dos dispositivos legais respectivos), e das hipóteses descritas nos arts. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 e 168-A do CP, em que a consumação se implementa com o “não-recolhimento” de tributo (indireto ou devido por agente de retenção) ou contribuição social (devida por agente de retenção).<sup>16</sup>

Em todas essas hipóteses, o evento cuja implementação constitui a consumação do fato típico configura uma evasão tributária.

As modalidades delitivas cujo evento é implementado por uma conduta instrumental de configuração fraudulenta (as definidas nos arts. 1º, *caput*, da Lei nº 8.137/90 e 337-A do CP) são denominadas como sonegação fiscal, e as demais modalidades delitivas anteriormente indicadas, que se consumam com a inadimplência da prestação da obrigação tributária, independentemente da prática de qualquer conduta fraudulenta (as descritas nos arts. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 e 168-A do CP), não recebem a mesma denominação, pois configuram modalidade delitiva distinta, cuja expressão cultural que institui o significado ético do fato no âmbito social não se relaciona com o modo (fraudulento) da realização da conduta que implementa o evento (evasão), mas com a espécie da prestação tributária, cuja configuração formal a diferencia das demais, devido à repercussão financeira da prestação, característica dos tributos indiretos,<sup>17</sup> e à forma de recolhimento, dos tributos e contribuições sociais devidos por agentes de retenção.<sup>18</sup>

Os tipos veiculados na legislação criminal que definem crimes

---

16 Ademais do crime de descaminho, tipificado no art. 334 do CP.

17 BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução às ciências das finanças**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 166-275.

18 VILLEGAS, Héctor. **Curso de finanzas, Derecho Financiero y Tributario**. 8. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 338/339.

contra a ordem tributária são estruturados na modalidade conhecida como lei penal em branco, pois contêm elementos normativos cujo conteúdo significativo corresponde a um conceito jurídico veiculado por outro dispositivo de natureza legislativa.

Como o principal desses elementos é o tributo, para a configuração da situação típica é necessária a ocorrência prévia de um fato imponível, com a instauração da obrigação tributária respectiva.

Se a prestação da obrigação tributária não for satisfeita regularmente, ocorrendo, dessa forma, uma evasão, tal situação de fato poderá, também, ser classificada como fato típico criminal, se a conduta realizada para a implementação da evasão corresponder à hipótese configuradora de uma hipótese típica criminal.

Portanto, caso a conduta mediante a qual foi implementada a evasão tributária seja classificada como típica no âmbito criminal, estará configurado o primeiro elemento do conceito analítico de crime, qual seja, o fato típico, devido à consumação da situação correspondente à hipótese típica, pela realização da conduta e implementação do evento, (cuja concretização afeta o bem jurídico, pela restrição à disponibilidade imediata do patrimônio público por parte de seus titulares diretos e indiretos).

Essa configuração da consumação do delito diferencia o fato típico criminal do fato imponível tributário, pois este implementa a obrigação tributária, e aquele se consuma com a inadimplência (total ou parcial) da prestação dessa obrigação, nas hipóteses definidas na legislação criminal.

A consumação do delito também se dissocia da constituição da exigibilidade do crédito tributário implementada pelo lançamento, porque, enquanto o crime se consuma com a ocorrência do evento caracterizador da evasão tributária, o lançamento da exigibilidade do crédito pressupõe a ocorrência da evasão, pois, se não ocorrer tal evento, não haverá objeto de prestação em relação ao qual a exigibilidade de qualquer crédito possa ser constituída. Ou seja, não existirá crédito em relação ao qual se possa constituir qualquer exigibilidade, pela inexistência do objeto do direito, pois não pode haver crédito a uma prestação sem objeto (eis que o direito obrigacional deve ter uma prestação e esta um objeto, porque não pode haver um crédito a nada).

Portanto, o momento da consumação do crime (a ocorrência do evento configurador da evasão tributária criminalmente tipificada) é anterior ao lançamento que constitui a exigibilidade do crédito (o qual institui o poder de cobrança, do credor), e independe deste, pois a constituição ou não da exigibilidade do crédito tributário não modifica a situação anterior, consistente na evasão tributária, cuja ocorrência é um pressuposto necessário ao lançamento.

#### 1.4 – A justa causa para a propositura de ação penal

A instauração de um processo penal no qual é formulada uma acusação a uma pessoa configura uma forma de afetação da segurança jurídica de sua liberdade, devido à possibilidade de aplicação de uma pena, em decorrência de eventual prolação de sentença condenatória.

Devido a tais efeitos, decorrentes da intervenção estatal no âmbito criminal, o ordenamento jurídico estabelece alguns requisitos à instauração do processo, cuja finalidade é garantir às pessoas a não-sujeição a uma acusação criminal, sem que o titular da ação apresente em Juízo um conjunto de elementos de convicção que demonstre, de forma segura, a viabilidade do pedido.

Tais elementos devem configurar provas ou indícios de materialidade e autoria do fato delitivo, de modo a demonstrar ao juiz a possibilidade concreta de comprovação do fato descrito na inicial (e dos aspectos configuradores de sua classificação jurídica), devido à probabilidade demonstrada pelo conteúdo dos elementos de convicção apresentados com a acusação.<sup>19</sup>

A base para a conclusão decorrente da análise desse conjunto de meios indiciários ou probatórios constitui a justa causa para a propositura da ação penal,<sup>20</sup> e é uma condição necessária àquela propositura.<sup>21</sup>

---

19 JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.

20 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 103.

21 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 516/520, após conceituar a justa causa como o “suporte fático” da idoneidade do pedido, classifica-a como um elemento componente do interesse processual, aderindo, assim, à opção apresentada por CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do pro-**

Por esse motivo, quando a petição inicial com a qual se propõe uma ação penal não estiver instruída com tais elementos, não poderá ser recebida pelo juiz, conforme dispõe a regra veiculada pelo art. 43, III, do Código de Processo Penal.

A conclusão referente à suficiência ou insuficiência de elementos demonstrativos da viabilidade do pedido, necessários a fundamentar a acusação, pode decorrer do conteúdo, da quantidade ou da qualidade dos meios probatórios ou indiciários apresentados, ou do conteúdo de elementos de convicção apresentados pelo sujeito em face do qual é formulada a acusação (ou terceiro), que contrariem o conteúdo dos elementos apresentados pelo titular da ação penal, ou modifiquem a situação (fática ou jurídica) por meio dos quais se pretendia demonstrar.

Portanto, se forem opostos, pelos interessados, argumentos cuja pertinência possa alterar a concepção do juiz, correspondente à configuração jurídica do fato, pela desconstituição de eventual convicção anterior, formada com base na análise dos elementos de convicção apresentados pelo titular da ação penal, a justa causa para sua propositura poderá ser desconstituída.

No âmbito dos crimes materiais contra a ordem tributária, é possível que o Fisco instaure um procedimento de lançamento de um crédito tributário, no contexto do qual é identificada (e declarada) a existência de evasão tributária, cuja forma mediante a qual é indicada sua implementação corresponda a algum fato típico criminal, e o sujeito a quem é atribuída a responsabilidade pelo pagamento do tributo respectivo impugne tal lançamento.

O conteúdo dessa impugnação poderá abordar dois objetos diversos: a existência da obrigação tributária (ou a dimensão do objeto

---

cesso. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 230, referente à adequação dos institutos processuais penais a um contexto de uma suposta “teoria geral do processo”. Porém, tal opção classificatória não é adotada por JARDIM, Afrânio Silva. *op. cit.*, p. 37, nem por MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.*, p. 103, os quais consideram que a justa causa configura uma quarta condição da ação penal, inexistente no processo civil, o que ressalva a diversidade entre ambos, e implica a inviabilidade teórica da formulação de uma suposta “teoria geral do processo”. Não obstante as críticas formuladas à referida “teoria” por TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53/55, no presente trabalho não será desenvolvida a análise da especificação da classificação teórica da justa causa, por não ser tal aspecto indispensável para a abordagem do tema apresentado, bastando, para tanto, sua classificação genérica como uma condição da ação penal.

de sua prestação), ou a regularidade da constituição da exigibilidade do crédito, do qual a prestação é objeto.

Caso a impugnação tenha por objeto a existência da obrigação tributária ou o dimensionamento do objeto da prestação, e seja julgada procedente pelo órgão administrativo competente para a apreciação do pedido, a consequência da decisão será a anulação da declaração de existência da obrigação tributária (cujo âmbito será parcial, caso se refira ao dimensionamento do objeto da prestação respectiva).

Dessa forma, o sujeito ativo da relação jurídica estará reconhecendo a inexistência desta (ou a limitação de seu âmbito de configuração) e, conseqüentemente, a inoccorrência (total ou parcial) de evasão.

Como o tributo é uma elementar do tipo criminal, e o fato típico somente se consuma com a evasão tributária, a constatação da não ocorrência da evasão implica o reconhecimento, pelo suposto sujeito passivo imediato do crime (e sujeito ativo da obrigação tributária), da inexistência do fato típico criminal.

Devido à possibilidade de ocorrer tal situação, quando, no contexto de uma impugnação a um lançamento de crédito tributário (ou de processo judicial que tenha o mesmo objeto), forem apresentadas razões que impliquem uma situação de dúvida (fundada) sobre a ocorrência da evasão tributária declarada pelo fiscal, essa dúvida poderá afetar a convicção decorrente da análise do conteúdo dos elementos informativos (contidos ou não no procedimento de lançamento do crédito tributário), referente à materialidade delitiva.

Caso tal dúvida se instale, os elementos de convicção serão insuficientes para conferir segurança à viabilidade da acusação, em decorrência do que não estará configurada justa causa para eventual propositura de ação penal.

Nesse caso, enquanto não houver sido esclarecida a dúvida, não poderá ser proposta a ação, motivo pelo qual, se for formulada uma denúncia referente ao fato, o juiz não poderá recebê-la, conforme dispõe a regra veiculada pelo art. 43, III, do CPP. Todavia, é relevante ressaltar que não é a existência de procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário em si, ou a apresentação de uma impugnação, pelo suposto sujeito passivo, em seu contexto procedimental, que acarreta a dúvida sobre a ocorrência da evasão, mas o conteúdo da impugnação.

Ou seja, tal impugnação pode ter por objeto a existência da obrigação, o dimensionamento do objeto da prestação ou a regularidade da constituição da exigibilidade do crédito respectivo, e cada uma dessas discussões pode ter conseqüências diversas entre si.

Caso a discussão tenha por objeto a existência da obrigação, e as razões apresentadas pelo interessado sejam suficientes para acarretar uma dúvida sobre a correção da declaração elaborada pelo fiscal, os indícios de materialidade delitiva ficam fragilizados pela insegurança referente à ocorrência da evasão (afetando a convicção necessária à caracterização da justa causa para a ação penal).

Porém, caso a discussão aborde somente a dimensão do objeto da prestação da obrigação tributária (o valor do tributo), a instauração de dúvida sobre a ocorrência de evasão tributária estará condicionada ao fato de o interessado haver pago a parcela do tributo em relação à qual não se instaurou a dúvida.

Ou seja, como em relação à parte do objeto da prestação (valor) não impugnada não se instaurou dúvida sobre a ocorrência de evasão (o que somente ocorreu em relação à parte objeto da discussão), a incerteza abrangerá somente o aspecto quantitativo da evasão e não sua ocorrência.

Dessa forma, embora possa não haver elementos de convicção suficientes para definir o objeto material sobre o qual recaiu a conduta, caso não tenha sido recolhida a parcela excedente ao âmbito da impugnação, há elementos suficientes para a convicção sobre a ocorrência de evasão (cujo dimensionamento mínimo já está configurado) e, portanto, de crime, caso a conduta que a implementou seja classificada como típica no âmbito criminal. Ou seja, na hipótese, há segura convicção sobre a ocorrência de evasão, em relação a um valor mínimo, havendo dúvida somente se tal valor configura a totalidade da evasão, ou se esta abrange uma quantidade maior. Portanto, a justa causa está configurada em relação a uma parcela do objeto material sobre o qual recaiu a conduta.

A terceira possibilidade de discussão, no contexto de uma impugnação ao lançamento do crédito tributário, não abrange a existência (ou não) da obrigação (ou a dimensão do objeto de sua prestação), sendo restrita à regularidade da constituição da exigibilidade do crédito tributário. Exemplos dessa hipótese abrangem tanto as irregularidades formais que impliquem a nulidade do procedimento administrativo,

quanto aspectos que afetem o direito do sujeito ativo de constituir a exigibilidade do crédito, como é o caso da decadência.

Nessa hipótese, o conteúdo da decisão administrativa é irrelevante em relação à convicção sobre a ocorrência da evasão e, portanto, do crime, pois a constituição (ou não) da exigibilidade do crédito tributário não afeta a existência (ou não) da obrigação, ou a ocorrência (ou não) da evasão, que são pressupostos (antecedentes lógicos) necessários à constituição da exigibilidade do crédito.

Portanto, a impugnação apresentada em procedimento administrativo de lançamento de crédito tributário (ou a propositura de ação judicial com o mesmo objeto) poderá afetar a convicção decorrente dos elementos informativos que indicam a ocorrência de evasão tributária, caso o objeto da impugnação seja a existência da obrigação tributária (ou a dimensão do objeto de sua prestação), em decorrência do que poderá não haver justa causa para eventual propositura de ação penal, caso a discussão seja baseada em argumentos viáveis, de modo a instaurar uma dúvida sobre a ocorrência da evasão tributária, e a futura decisão da impugnação possa reconhecer (de modo completo) a inoccorrência de evasão tributária (conforme, inclusive, já se teve oportunidade de esclarecer, em outra oportunidade).<sup>22</sup>

#### **1.4.1 - A diferença entre a justa causa para a propositura de ação penal e as questões prejudiciais ao julgamento do mérito no processo penal**

As discussões referentes à existência (ou não) de uma obrigação tributária (ou à dimensão do objeto de sua prestação) e, conseqüentemente, à ocorrência (ou não) de evasão tributária, cujo conteúdo seja suficiente para provocar qualquer dúvida sobre a configuração jurídica do fato, podem instalar-se antes ou após eventual instauração de um processo penal decorrente de propositura de ação penal em que é formulada acusação referente à prática de um crime, cuja consumação teria decorrido da implementação do evento correspondente àquela evasão tributária.

Se tal discussão surgir antes de eventual constituição de um pro-

---

<sup>22</sup> EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 233/236.

cesso penal, que poderia ser instaurado em decorrência da propositura da respectiva ação penal, afetará a justa causa, a qual configura uma das condições necessárias para tanto. Porém, caso a discussão se instale após a instauração do processo penal, configurará questão prejudicial ao julgamento do mérito (classificada no âmbito da ciência jurídica na modalidade heterogênea, devido ao fato de seu conteúdo ser constituído por tema essencialmente diverso do criminal).

Nessa hipótese, a definição de tal questão é pressuposto lógico necessário à análise do conteúdo da acusação (no que se refere à configuração jurídica do fato), pois a aferição da tipicidade criminal do fato depende do conteúdo da decisão proferida no procedimento ou processo em que a questão prejudicial está sendo analisada.<sup>23</sup>

Portanto, não há diferença de conteúdo entre ambas as situações, mas, somente, de forma, a qual é determinada pelo momento no qual surgir a dúvida referente à tipicidade do fato, em decorrência de discussão formulada no contexto de procedimento administrativo ou processo judicial.

A regra veiculada pelo art. 93, *caput*, do CPP, disciplina os efeitos da questão prejudicial em relação ao procedimento do processo penal, dispondo que, na hipótese de o reconhecimento do ilícito criminal depender da solução de questão controvertida de difícil solução, cuja competência para apreciação seja do Juízo Cível, o processo penal poderá ser suspenso durante o período em que a discussão respectiva estiver sendo realizada.

O dispositivo legal supramencionado indica dois aspectos constituintes da hipótese em que a análise da questão prejudicial ao julgamento do mérito poderia ensejar a suspensão do processo penal, sendo um referente ao conteúdo e, o outro, à forma da discussão.

No que se refere ao conteúdo da discussão, é indicado o fato de a questão controvertida ser de difícil solução.

Tal especificação decorre do fato de que, somente questões cuja análise instaure dúvida sobre a configuração do delito são suficientes para ensejar a suspensão do processo penal (assim como ocorre em relação à eventual afetação da justa causa para a propositura de ação penal,

---

23 TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, p. 272-273.

pois se a discussão não instaurar dúvida sobre a configuração jurídica do fato, os indícios de materialidade serão suficientes para fundamentar a propositura da ação).

Portanto, quando as discussões forem de fácil solução, devido à evidente improcedência do argumento, ou à insuficiência de fundamentos apresentados, o juiz criminal poderá conhecer o conteúdo da discussão de forma incidental (no contexto do processo penal), reconhecendo o fato e elaborando sua classificação jurídica.

Na situação concreta, o juiz poderá reconhecer a ocorrência da evasão tributária, pela constatação da ocorrência do fato impositivo e da configuração de suas conseqüências jurídicas. Nesse caso, o juiz criminal não substituirá a atividade administrativa, pois os efeitos constitutivos do lançamento tributário, consistentes na configuração jurídica da exigibilidade do crédito, somente podem decorrer da atividade administrativa (sendo sua constituição judicial uma exceção específica, diversa da situação em análise). Ou seja, o objeto de análise do juiz criminal não será o mesmo do integrante do âmbito constitutivo do lançamento, abrangendo apenas seus pressupostos fáticos e jurídicos, os quais estão incluídos no âmbito do procedimento em relação ao qual seus efeitos jurídicos são meramente declaratórios.

Portanto, embora o juiz criminal não possa constituir a exigibilidade do crédito tributário no contexto de um processo penal, pode reconhecer a ocorrência da evasão tributária, que corresponde a um elemento do tipo criminal, quando tal reconhecimento for de fácil constatação.

Como condição formal para a implementar essa conseqüência (suspensão do processo penal), o dispositivo legal indica a propositura de ação no Juízo Cível para a discussão da questão prejudicial. Todavia, embora o dispositivo indique somente o processo judicial como o instrumento idôneo para a contextualização da discussão, de modo a constituir a situação fática suficiente à satisfação da condição para que o processo penal seja suspenso em decorrência da regra em análise, como é admitido o emprego de analogia no processo penal (conforme dispõe a regra veiculada pelo art. 3º do CPP), seria admissível a equiparação do procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário ao processo judicial, no caso, por se tratar de extensão da hipótese de incidência da norma processual com efeitos benéficos ao sujeito.

Paralelamente, além da suspensão do processo penal, a legislação criminal disciplina os efeitos de tal suspensão.

Nesse contexto, o art. 116, I, do CP, estabelece uma regra acessória (subordinada) à regra processual que disciplina a suspensão do processo em decorrência da discussão paralela referente a uma questão prejudicial heterogênea, dispondo que, enquanto o processo penal estiver suspenso em decorrência da discussão da questão prejudicial, também ficará suspensa a fluência do prazo prescricional referente à pretensão punitiva correspondente ao crime.

Por se tratar de regra acessória, complementar à que dispõe sobre a suspensão do processo penal, definindo suas conseqüências, caso a suspensão do processo decorra da aplicação da regra veiculada pelo art. 93, *caput*, do CPP, por analogia, também incidirá na hipótese de a discussão estar sendo realizada em procedimento administrativo, devido a seu caráter de subordinação à regra principal (benéfica ao acusado) e, portanto, limitador da completa configuração da norma que acarreta a suspensão do processo penal.

Entretanto, por se tratar de norma acessória específica à regra que disciplina a suspensão do processo no caso de discussão referente a questão prejudicial homogênea, não pode ser aplicada por analogia quando tal discussão for estabelecida em uma situação em decorrência da qual não haja suspensão do processo penal respectivo, como no caso de a referida discussão afetar a justa causa para propositura de ação penal (o que impede a instauração do processo) porque, nesse caso, ocorreria a aplicação de uma regra restritiva à liberdade individual, por analogia (o que é incompatível com o princípio da legalidade).

## **2 - OS ARGUMENTOS JUSTIFICANTES DA DECISÃO DO STF QUE CLASSIFICOU O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COMO CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE NOS CRIMES MATERIAIS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

No julgamento do *habeas corpus* nº 81.611-8, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (ocorrido em 22/10/03), cujo processo foi relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, a constituição da exigibilidade do crédito tributário, mediante seu lançamento em procedimento ad-

ministrativo, foi classificada como condição objetiva de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, em decorrência do que não se considera possível a propositura de ação penal em relação ao fato (delitivo), anteriormente à implementação de tal aspecto (constituição da exigibilidade do crédito).

A decisão foi tomada por maioria de votos (8 a 3), tendo os Ministros Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Maurício Corrêa e Celso de Mello adotado os fundamentos que serão objeto de análise crítica neste trabalho.

Os Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa divergiram da maioria, apresentando votos-vista (cujo conteúdo será brevemente indicado no contexto da crítica ao voto do relator), e foram acompanhados pelo Min. Carlos Britto.

No voto do relator, cujo teor é reproduzido no anexo ao presente texto, foram desenvolvidas duas linhas argumentativas, que serão apresentadas individualizadamente, quais sejam:

- a) a fundamentação teórica da classificação da constituição definitiva da exigibilidade do crédito tributário, mediante o procedimento administrativo de lançamento, como condição objetiva de punibilidade, e
- b) a justificativa política de tal classificação.

No âmbito teórico, o autor do voto inicia o argumento afirmando que a constituição da exigibilidade do crédito tributário pelo lançamento é requisito para a configuração da justa causa para a propositura de ação penal por crime contra a ordem tributária, mas não consiste em questão prejudicial.

Em seguida, aduz que a constituição da exigibilidade do crédito tributário não é elemento do tipo; mas, como antes de sua implementação pode ocorrer uma incerteza sobre a existência e/ou o conteúdo da obrigação tributária, configura condição objetiva de punibilidade, similar a uma questão prejudicial.

Em síntese, o procedimento administrativo de lançamento afeta a justa causa, sem que seu conteúdo consista em questão prejudicial e, portanto, como não é elemento do tipo, configura condição objetiva de punibilidade similar a uma questão prejudicial.

O desenvolvimento desse argumento pode ser identificado nos

seguintes tópicos:

Inicialmente (item 17), foi reafirmada a consideração (anteriormente elaborada, pelo Ministro relator, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 77.002-8)<sup>24</sup> de que a constituição da exigibilidade do crédito tributário é requisito para a configuração da justa causa para a propositura da ação penal, sendo ressalvado (item 18) que as críticas formuladas pelo então Subprocurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, em relação aos fundamentos do voto proferido no julgamento de tal processo (ao afirmar que a decisão administrativa proferida em impugnação ao lançamento, que tem como consequência a constituição do crédito tributário, versa sobre a tipicidade do fato, motivo pelo qual configura questão prejudicial heterogênea, e uma condição objetiva de punibilidade),<sup>25</sup> não “abalaram” a convicção do relator.

Seguindo no raciocínio, o relator anuncia a análise da configuração da justa causa (item 32), afirmando que considera a classificação dos crimes na modalidade formal ou material pressuposto à referida análise (item 34).

Posteriormente, afirma que os crimes tipificados no art. 2º da Lei nº 8.137/90 são crimes formais (item 37), sem, contudo, distinguir entre as cinco modalidades típicas definidas nos incisos desse dispositivo legal, cujo conteúdo é completamente diverso entre si, e conclui que os crimes definidos no art. 1º da mesma lei são classificados na modalidade material (item 41).

No item 45 do voto, após afirmar que o crime material enfocado se consuma com a supressão ou redução do tributo, alega que, conforme uma concepção declarativista do lançamento, a consumação do crime material contra a ordem tributária ocorreria no momento do “fato gerador”, sem dissociar o momento da ocorrência do fato imponible, do momento da evasão.

---

24 O conteúdo do voto proferido nessa ocasião corresponde ao voto-vista proferido em 07/11/01 pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do *habeas corpus* nº 77.002-8, oriundo do Rio de Janeiro, cujo julgamento restou prejudicado (e extinto sem o julgamento do mérito em 21/11/01), devido à desistência do pedido formulada pelos impetrantes, apresentada em decorrência de o processo ter perdido seu objeto.

25 FONTELES, Cláudio. *A constituição do crédito tributário não é condição objetiva de punibilidade aos delitos contra a ordem tributária*. In **Revista dos Tribunais**. vol. 796. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 492/497.

Em seguida (item 46), faz alusão (de forma irônica e desdenhosa) à polêmica existente no âmbito da ciência jurídica, relativa aos efeitos (declaratórios ou constitutivistas) do lançamento, e (no item 47) indica (de forma superficial) a divergência teórica relativa ao fato de a constituição da exigibilidade do crédito ser elemento do tipo criminal, uma condição objetiva de punibilidade, ou o procedimento administrativo respectivo versar sobre questão prejudicial ao julgamento do mérito.

Embora se abstenha expressamente de analisar o conteúdo e a configuração das questões controvertidas indicadas, por não considerar necessária tal definição para a prolação da “decisão” respectiva (item 48), admite que a definição administrativa da constituição da exigibilidade do crédito não é elemento do tipo, pois o crime não se consuma em decorrência do término do procedimento administrativo de lançamento respectivo (itens 65 e 68).

Posteriormente, embora abstendo-se de classificar os efeitos do lançamento, prossegue afirmando que, se no procedimento administrativo é “declarado” não ter havido evasão, não há tipicidade do fato (item 66).

Aplicando um raciocínio similar para a situação contrária, admite que, no procedimento administrativo, pode ocorrer dúvida (incerteza objetiva) sobre a existência e/ou o conteúdo da obrigação (itens 53, 54, 72 e 73), pois, até que se perfectibilize tal procedimento administrativo, é possível formular uma impugnação, cujo objeto seja a existência da obrigação tributária.

Essa abordagem é elaborada conforme a concepção de Alberto Xavier, no sentido de que, embora antes do lançamento a obrigação tributária seja em si mesma certa (pois decorre da implementação do fato imponível), como em relação a ela existe uma incerteza objetiva, devido à possibilidade abstrata de impugnação de sua existência ou conteúdo, é, ao mesmo tempo, incerta, o que implica uma contradição lógica absoluta.

Tal contradição decorre da confusão entre a configuração do fato e a definitividade das possibilidades administrativas de discussão sobre sua classificação jurídica. Ou seja, a dúvida objetiva não corresponde à incompletude da constituição do fato, mas à provisoriedade da classificação jurídica formulada pelo agente fiscal no procedimento de lançamento do crédito correspondente à referida obrigação.

Portanto, a aludida “dúvida objetiva” nada mais é do que a possibilidade de dúvida referente à classificação jurídica do fato.

A partir dessa premissa (ou seja, a possibilidade de, antes da constituição da exigibilidade do crédito tributário, mediante lançamento, haver dúvida referente à existência da obrigação ou a seu conteúdo), o relator conclui que, nessa hipótese, embora o fato seja típico (conclusão não explicada, pois é incompatível com a dúvida anteriormente reconhecida), a punibilidade está “subordinada” à decisão administrativa (item 76).

Em seguida, partindo da premissa de que a decisão não é elemento do tipo, conclui (sem indicar os fundamentos do raciocínio) que “a questão apenas se desloca da esfera da tipicidade para a das condições objetivas de punibilidade” (item 77).

No item 79, o relator indica um dos aspectos característicos das condições objetivas de punibilidade, qual seja, o fato de não integrarem o tipo.

Posteriormente, afirma que a situação dos crimes contra a ordem tributária é similar à dos crimes pré-falimentares (itens 83 e 84), e para exemplificar tal similaridade afirma que o crime se consuma com a ocorrência do fato gerador (embora tenha afirmado, no item 45, que a consumação ocorre com a supressão ou redução do tributo), mas a punibilidade está “subordinada à superveniência da decisão definitiva do processo administrativo”, de lançamento do crédito tributário (item 85), e conclui que a situação é semelhante àquela cujo objeto configura uma questão prejudicial (item 89), embora tenha refutado, no item 18, a proposta de Fonteles, de classificação do conteúdo do procedimento administrativo de constituição do crédito tributário como questão prejudicial.

Com esse argumento, encerra a justificação “teórica” da classificação da constituição da exigibilidade do crédito tributário mediante o procedimento de lançamento como condição objetiva de punibilidade, por considerar necessária a eliminação da possível dúvida referente à existência da obrigação tributária, para a propositura da ação penal correspondente.

Posteriormente, o autor do voto inicia o desenvolvimento de uma justificativa complementar, de enfoque político.

Considerando o fato de que a legislação permite ao sujeito obter a extinção da punibilidade correspondente ao delito, mediante o re-

colhimento do tributo antes do recebimento da denúncia respectiva, considera necessário subordinar a propositura da ação à constituição definitiva da exigibilidade do crédito (itens 95 a 107), porque somente o lançamento liquidaria o valor respectivo, motivo pelo qual o devedor não teria condições de saber a dimensão da prestação antes de tal definição (item 98), inviabilizando o recolhimento necessário e suficiente para a obtenção de tal efeito.

Dessa forma, o relator classifica a constituição da exigibilidade do crédito tributário mediante o lançamento como uma condição objetiva de punibilidade, para viabilizar ao sujeito a definição (de eventual dúvida) referente à existência da obrigação tributária ou à dimensão de seu objeto (ou seja, a prestação correspondente).

A ementa do julgado, diversamente do conteúdo do voto do relator, que serviu de base para a decisão, indica a falta de justa causa como o fundamento jurídico da necessidade da constituição da exigibilidade do crédito tributário mediante procedimento administrativo de lançamento, para a propositura de ação penal nos crimes contra a ordem tributária.

Além disso, indica as condições objetivas de punibilidade e os elementos do tipo como possibilidades de classificação jurídica do lançamento tributário, sem definir a classificação estabelecida no voto do relator (aumentando a confusão, por sequer sintetizar, de forma estrita, as razões do julgamento, além de incluir fundamentos diversos dos adotados para tanto).

O texto da referida ementa está assim redigido:

“1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática de crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo”.

## **2.1 – Os pressupostos teóricos da classificação**

A análise do conteúdo da decisão somente pode ser elaborada

de forma técnica, viabilizando uma abordagem crítica séria, se forem identificados seus fundamentos, que consistem na definição conceitual de seus pressupostos.

Após identificar os fundamentos teóricos da decisão, é possível contextualizar sua justificativa, ou seja, o conteúdo argumentativo em decorrência do qual se elaborou a conclusão, e aferir sua estrutura lógica.

Somente com a definição precisa de tais aspectos da decisão é possível elaborar uma crítica a seu objeto.

Por esse motivo, a explicitação teórico-conceitual não é somente uma necessidade estética ou um componente de rigor técnico de um ato judicial, mas, fundamentalmente, requisito essencial ao ato, em decorrência do princípio normativo da publicidade dos atos judiciais, os quais devem explicitar os fundamentos da decisão, pois somente com a explicação racional da estrutura e do conteúdo argumentativo da decisão é possível aos jurisdicionados compreendê-la.

A seguir, será elaborada tal análise crítica.

### **2.1.1 – A definição dos efeitos do lançamento**

O relator do voto em análise alude à divergência teórica entre os efeitos (declaratórios ou constitutivos) do lançamento tributário, de forma irônica e desdenhosa (item 46), indicando a irrelevância de tal questão.

Porém, a desconsideração da importância da definição de tais efeitos não apenas constitui postura atécnica, como implica a inconsciência dos efeitos que cada solução acarreta na definição do momento consumativo do crime, inviabilizando o tratamento científico das questões específicas referentes à hipótese.

Portanto, a simplificação da complexidade do problema não é um modo de solucioná-lo, mas de aumentar sua complexidade (devido a seus efeitos), pois, em ciência, a relação da complexidade do objeto de compreensão é, geralmente, inversamente proporcional ao âmbito de compreensão da complexidade do objeto. Ou seja, a dificuldade na compreensão implica a incompreensão da dificuldade.

A divergência relativa aos efeitos do lançamento do crédito decorre, em muito, da falta de dissociação das seguintes situações: a ocorrência do fato imponible; o surgimento da obrigação tributária; a configuração do objeto de sua prestação; a especificação do sujeito passivo; a implementação do descumprimento de sua prestação e, por fim a exigibilidade do crédito que tem como objeto tal prestação.

A separação de tais aspectos permite classificar os atos administrativos que compõem o procedimento de lançamento tributário conforme seu objeto, de modo a dissociar os que geram efeitos declaratórios dos que produzem efeitos constitutivos.

Nesse contexto, os atos administrativos componentes do procedimento de lançamento tributário são declaratórios no que se referem à ocorrência do fato imponible, à existência da obrigação tributária, à especificação do objeto da prestação, à identificação do sujeito passivo e ao implemento do descumprimento da prestação; paralelamente, são constitutivos os atos cujo objeto é a implementação da exigibilidade do crédito ao objeto da prestação (o que foi parcialmente apontado pelo Min. Joaquim Barbosa, em seu voto-vista).

Além disso, tal dissociação é fundamental para especificar o momento consumativo do delito, pois, como o núcleo do tipo correspondente indica a supressão e a redução do tributo como o evento (correspondente à evasão tributária) que implementa a configuração completa do fato típico, se o lançamento produzisse efeitos constitutivos (e não meramente declaratórios) em relação à implementação do descumprimento da prestação objeto da obrigação tributária, somente haveria evasão com o lançamento (e não com o não-recolhimento regular do tributo, no prazo estipulado em lei para tanto).

Porém, não obstante a forma displicente como o relator aludiu ao tema, no item 66 do voto afirma que se no procedimento administrativo é declarado não ter havido evasão, não há tipicidade do fato.

Tal afirmação pressupõe não apenas a admissão implícita do efeito declaratório dos atos administrativos componentes do lançamento, em relação à evasão, como, também, sua relação constatatória, e não constitutiva, em relação à tipicidade do fato.

Outro aspecto que demonstra a admissão implícita dos efeitos declaratórios do lançamento em relação à constituição da obrigação

tributária é o fato de nos itens 37 e 41, o relator ter afirmado que os crimes tipificados no art. 1º da Lei nº 8.137/90 são classificados na modalidade material, e os definidos no art. 2º da mesma lei são classificados na modalidade formal, indicando tal especificação como um aspecto necessário para aferir os efeitos do lançamento, devido ao momento consumativo do delito.<sup>26</sup>

Porém, o relator não distingue entre as diversas hipóteses típicas definidas em cada um dos cinco incisos do art. 2º da Lei nº 8.137/90, as quais possuem elementos diferentes entre si, que indicam situações completamente distintas.

No item 45 do voto, o relator afirma que, se forem considerados os efeitos declaratórios do lançamento, o crime material contra a ordem tributária ocorreria no momento em que se implementasse o fato imponible. Tal afirmação é completamente incompatível com a hipótese descrita no núcleo do tipo, consistente na supressão ou redução do tributo, pois tal situação não ocorre no momento da realização do fato imponible, mas no momento em que é (ou deveria ser) satisfeita a prestação da obrigação, ou seja, no momento em que é (ou deveria ser) realizado o pagamento do valor correspondente ao tributo.

Não obstante, no item 84, afirma que os crimes em análise se consumam com a ocorrência do “fato gerador”, indicando a admissão do fato de que o posterior lançamento não altera a configuração da consumação do delito.

Portanto, embora não indique de forma expressa os efeitos declaratórios do lançamento tributário no que se refere aos elementos constitutivos do crime (evasão), admite-os para elaborar os raciocínios acima indicados, não obstante aponte (equivocadamente) como momento consumativo do delito a ocorrência do fato imponible, e não o da evasão (que é a situação que implementa, efetivamente, o evento classificado como “resultado”, e caracteriza o crime como da espécie material).

Dessa forma, apesar das deficiências técnicas na apresentação do

---

26 Não obstante este equívoco, eis que a figura definida no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 também é um crime material, que se consuma com a evasão tributária decorrente da omissão no recolhimento de tributo indireto ou devido por agente de retenção (conforme anteriormente exposto em EISELE, Andreas. **Apropriação indébita e ilícito penal tributário**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 87/92-128/132), tal classificação não será objeto de análise no presente trabalho, porque seu objetivo independe da definição desse aspecto.

argumento e da falta de rigor conceitual em sua elaboração, é possível abstrair do voto a conclusão de que o lançamento foi considerado como um procedimento com efeitos declaratórios em relação ao objeto de análise (ou seja, a obrigação tributária), motivo pelo qual o fato típico se consuma de forma independente e em momento anterior à sua configuração (no âmbito administrativo).

Para ilustrar a concepção adotada e fundamentar sua abordagem, o autor do voto alude (nos itens 50 a 54) à teoria exposta por Alberto Xavier. Como Alberto Xavier é enfático ao afirmar que a obrigação tributária se implementa com a ocorrência do fato imponible,<sup>27</sup> e o lançamento apenas reconhece sua existência declarando-a,<sup>28</sup> é reforçada a conclusão de que a eficácia declaratória do lançamento em relação à obrigação tributária foi admitida como premissa do raciocínio.

Porém, o relator confunde essa concepção com outra, completamente diversa, ao aduzir ao argumento a proposta teórica de José Souto Maior Borges (nos itens 55 a 65), que adota a teoria kelseniana dos deveres jurídicos, conforme a qual as normas de conduta não instituem direitos, mas, somente, deveres.<sup>29</sup>

Além disso, tais deveres são classificados conforme uma divisão das normas que os instituem, em duas modalidades: os abstratos e gerais, decorrentes da norma jurídica prevista em lei; e os concretos e individuais, decorrentes da decisão judicial que os estabelece nesse âmbito.<sup>30</sup>

A partir desse referencial teórico, Souto Maior identifica a obrigação (dever) com a norma jurídica formalizada de modo genérico na lei, denominando-a como obrigação abstrata, a qual é dissociada da obrigação concreta, que decorreria de um ato estatal de aplicação (especificação), como é o caso de uma sentença judicial, por exemplo.<sup>31</sup>

---

27 XAVIER, Alberto. **Do lançamento no Direito Tributário brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 380/381-383.

28 XAVIER, Alberto. *op. cit.*, p. 404/407.

29 KELSEN, Hans. *op. cit.*, p. 142.

30 KELSEN, Hans. *op. cit.*, p. 128-256.

31 BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. In BORGES, José Souto Maior. **Tratado de Direito Tributário brasileiro**. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 05-06.

Posteriormente, identifica o procedimento (ou ato) administrativo de lançamento com o ato estatal que concretiza (individualiza) a norma e, conseqüentemente, a obrigação,<sup>32</sup> o que, efetivamente, acarretaria a determinação do tributo.<sup>33</sup> Portanto, considera que o que surge em decorrência da realização do fato impositivo é a obrigação geral e abstrata (embora essa conclusão não decorra da teoria de Kelsen).<sup>34</sup>

Não obstante a formulação teórica de Kelsen possa ser adequada para explicar a relação jurídica de conteúdo penal (sendo ilustrativo o fato de ser utilizado um exemplo criminal para demonstrar a idoneidade dessa proposta),<sup>35</sup> é insuficiente no âmbito cível para demonstrar o surgimento e a extinção das relações jurídicas obrigacionais cujas prestações são cumpridas voluntariamente pelas partes (eis que Kelsen considera que a incidência da norma jurídica se implementa mediante a aplicação de “sanções”, compreendidas em sentido amplo, abrangendo a pena e a execução forçada).<sup>36</sup>

Nesse sentido, a abordagem formulada por Souto Maior a partir desse paradigma é, inclusive, criticada por Alberto Xavier, o qual afirma sua inadequação para explicar as situações em que os tributos são pagos independentemente de lançamento,<sup>37</sup> eis que nessas situações Souto Maior tem dificuldades para explicar a existência de um pagamento sem a existência de um tributo, objeto de uma obrigação individualizada, com a especificação de um dever concreto.

A min. Ellen Gracie também critica tal proposta teórica em seu voto-vista; no entanto, neste trabalho não será desenvolvida uma crítica ao fundamento teórico da concepção de Souto Maior, ou mesmo da adequação de tal concepção em relação a seu fundamento, tendo apenas sido feita uma alusão à sua configuração para demonstrar a diversidade entre seu conteúdo e, tanto a abordagem formulada no voto em análise quanto a concepção de Alberto Xavier sobre o tema, para ressaltar a impropriedade de sua indicação como fundamento do argumento apresentado pelo respectivo relator.

32 BORGES, José Souto Maior. *op. cit.*, p. 56-96-100-101-504.

33 BORGES, José Souto Maior. *op. cit.*, p. 139.

34 BORGES, José Souto Maior. *op. cit.*, p. 496/497-505/506.

35 KELSEN, Hans. *op. cit.*, p. 257.

36 KELSEN, Hans. *op. cit.*, p. 121-123.

37 XAVIER, Alberto. *op. cit.*, p. 406.

Portanto, a última justificativa teórica é incompatível com o raciocínio implícito no argumento, e seu conteúdo é contraditório em relação à fundamentação teórica anterior; dessa forma, a ilustração fundamentadora indica objeto diverso do fundamentado, acarretando sua impropriedade.

### **2.1.2 - A conceituação das condições objetivas de punibilidade**

O relator do voto em análise não considerou necessária a definição do instituto “condição objetiva de punibilidade” para classificar o lançamento do crédito tributário como uma das hipóteses que compõem tal instituto (item 48). Somente indicou uma de suas características, qual seja, o fato de não integrarem o tipo (item 79).

Portanto, simplesmente não apresentou qualquer conceito do instituto, nem indicou seus elementos constitutivos ou características, apenas aludindo a um dos aspectos que não o constituem. Ou seja, realizou a classificação de uma hipótese em um instituto sem definir que instituto seja esse. Se a definição de tal instituto fosse pacífica no âmbito do senso comum teórico, essa omissão seria não apenas compreensível como desnecessária. Entretanto, não se trata da situação em análise.

## **2.2 - Crítica ao fundamento da classificação do lançamento como condição objetiva de punibilidade**

A racionalidade que viabiliza a correção de um argumento é condicionada pela validade semântica dos termos empregados (no contexto em que são inseridos) e pela estrutura formal do raciocínio. Portanto, tais elementos devem constituir o objeto da análise da correção do raciocínio empregado pelo relator do voto em estudo.

O primeiro aspecto a ser considerado é o conteúdo semântico dos conceitos dos institutos abordados, quais sejam: o lançamento tributário, a justa causa para a propositura de ação penal, as questões prejudiciais ao julgamento do mérito e as condições objetivas de punibilidade.

Como uma das finalidades da fundamentação da decisão deveria ser explicar a natureza jurídica do lançamento e a conseqüente classi-

ficação do instituto em uma das categorias propostas, deveria o autor do voto ter definido os conceitos dos objetos analisados, pois não é possível realizar uma classificação científica de algo que não se sabe o que é, em uma categoria cuja configuração se desconhece. Porém, não foi isso o que ocorreu.

Embora não tenha sido apresentado um conceito de lançamento tributário, a exposição justificativa apresentada nos argumentos contidos nos itens 37, 41, 45, 66 e 84 do voto revelam a admissão da conclusão de que o procedimento administrativo de constituição da exigibilidade do crédito tributário (denominado como lançamento tributário) não institui a obrigação tributária, nem afeta a evasão anteriormente ocorrida, embora possa reconhecer (mediante declaração) a inexistência de ambos (assim como a existência), motivo pelo qual, caso haja uma discussão em seu contexto, sobre qualquer desses aspectos, pode ocorrer uma dúvida (incerteza) relativa à existência da obrigação tributária e, conseqüentemente, da evasão.

Portanto, pode ser apresentado um conceito sintético, nos seguintes termos, de modo a não ser incompatível com as características admitidas no contexto da argumentação exposta no voto em análise: o lançamento tributário é um procedimento administrativo mediante o qual um agente do Fisco identifica a anterior ocorrência de um fato imponível, declara a existência de uma obrigação tributária, liquida o objeto de sua prestação, especifica o sujeito passivo, declara a ocorrência da evasão correspondente e constitui a exigibilidade do crédito respectivo.

Dessa forma, o primeiro requisito à formulação de uma análise crítica ao voto é satisfeita, qual seja, a conceituação do instituto a ser classificado (lançamento tributário).

Assim como ocorreu em relação à especificação do conceito de lançamento tributário, o relator do voto também não definiu a justa causa para a propositura de ação penal.

Todavia, igualmente, apresentou algumas características do instituto, com base nas quais é possível apresentar um conceito a ser utilizado na análise crítica ao voto.

Tais características consistem no fato de a discussão referente à justa causa poder versar sobre uma dúvida referente à aferição da configuração do delito, o que pode ser concluído a partir das considerações apresenta-

das nos itens 64 a 66 e 72 a 74, em que são distinguidos os efeitos da decisão proferida em impugnação do lançamento tributário que reconhece, ou não, a existência da obrigação e, conseqüentemente, da evasão.

Partindo-se dessa abordagem, é possível apresentar um conceito não contraditório com os elementos indicados.

A justa causa para a propositura de ação penal é uma conclusão decorrente de um juízo de probabilidade de materialidade e autoria delitiva correspondentes a um fato, elaborado em face de um conjunto de elementos de informação (indícios ou provas), que viabilizem uma convicção minimamente suficiente da segurança necessária para fundamentar a propositura de uma ação penal.

Diversamente do que ocorreu em relação aos conceitos de lançamento tributário e justa causa para a propositura de ação penal, o relator do voto não apresentou qualquer elemento conceitual ou característico dos institutos: questão prejudicial ao julgamento do mérito e condições objetivas de punibilidade (embora tenha classificado o lançamento tributário nesta última categoria).

As únicas características indicadas em relação às questões prejudiciais foram o fato de configurarem aspectos diversos dos componentes da justa causa para a propositura de ação penal (itens 17 e 18, em que é refutada a conclusão de Fonteles, o qual havia classificado o objeto da discussão eventualmente instaurada no procedimento de lançamento tributário como questão prejudicial), mas semelhantes às condições objetivas de punibilidade (item 89).

Independentemente da contraditoriedade inerente a tais dissociações e equiparações (que serão analisadas posteriormente), será apresentado aqui um conceito operacional de questões prejudiciais ao julgamento do mérito no processo penal, de modo a viabilizar a abordagem crítica, por ser um pressuposto ao desenvolvimento do argumento.

Trata-se de questões que abrangem a discussão referente à configuração de algum aspecto constitutivo do delito, motivo pelo qual devem ser definidas anteriormente ao julgamento do mérito no processo penal, pois sem a solução de tal questão não há certeza referente à materialidade respectiva.

O conceito de condição objetiva de punibilidade igualmente não foi apresentado na fundamentação do julgamento, eis que a única

característica correspondente indicada em relação a tal instituto foi a de não compor o tipo (item 77), além de ter sido comentado o fato de a instituição das condições objetivas de punibilidade no ordenamento jurídico ser objeto de polêmicas no âmbito político, no que se refere à sua legitimidade (item 78).

Como não foi indicada qualquer característica componente do conceito (mas, somente, uma que estaria excluída deste), o conceito operacional a ser adotado na presente análise crítica<sup>38</sup> será o seguinte: aspectos fáticos hipoteticamente definidos em lei, não integrantes do ilícito criminal (fato típico e antijurídico), cuja realização concreta implementa a relevância criminal do fato típico, devido à significação social de seu conteúdo, representada pela afetação do interesse juridicamente protegido pela norma penal (configurando a culpabilidade respectiva ou a punibilidade, caso seja adotada respectivamente a concepção tripartita ou quadripartita do conceito analítico de delito), cuja conseqüência é a instauração da possibilidade de intervenção estatal, no âmbito penal.

Formulados os conceitos dos elementos a serem abordados na análise crítica ao argumento apresentado na fundamentação do voto em estudo, é possível, então, aferir a validade (correção) daquele, no âmbito da lógica formal.

a) O primeiro aspecto a ser considerado é a fixação da proposição que diferencia a justa causa para a propositura da ação penal das questões prejudiciais ao julgamento do mérito no processo penal (contida nos itens 17 e 18 do voto).

A análise do conceito dos institutos indicados implica a conclusão de tratar-se de hipóteses absolutamente iguais no que se refere a seu objeto, diferindo somente a forma e o momento de elaboração da discussão em decorrência da qual se instaura a dúvida referente à materialidade (ou, eventualmente, autoria) delitiva. Ou seja, em ambos os casos, há uma dúvida a ser sanada antes da concreta intervenção estatal.

Portanto, a proposição que dissocia ambos os institutos em relação a seu conteúdo e efeitos é falsa e somente foi formulada devido à

---

38 O conceito de condição objetiva de punibilidade, assim como sua natureza jurídica, será desenvolvido em um trabalho complementar, integrado no projeto anteriormente mencionado, que abrange quatro abordagens sobre o tema que orienta o presente trabalho, cuja intenção do autor é publicar brevemente.

não-definição conceitual desses institutos pelo relator, o que permitiria identificar o erro do qual decorreu a falsidade da proposição.

b) O segundo aspecto a ser considerado é a equiparação da justa causa para a propositura de ação penal com as condições objetivas de punibilidade (decorrente do fato de ter sido indicada, nos itens 17, 32, 64 a 67, 72 e 73, a dúvida referente à obrigação objeto da discussão no lançamento tributário como o conteúdo da situação apresentada, e indicado, como o instituto correspondente, a condição objetiva de punibilidade, no item 77).

Ocorre que cada instituto é completamente diferente do outro. As condições objetivas de punibilidade são aspectos constituintes da situação de fato em decorrência da qual se instaura o poder de intervenção penal. Ou seja, compõem o delito, juntamente com o ilícito criminal, integrando a culpabilidade (ou a punibilidade, se adotada a concepção quadripartita na composição da estrutura analítica do conceito de delito), motivo pelo qual, antes de sua configuração concreta, inexistente qualquer situação de fato penalmente relevante.

Como antes da implementação efetiva de uma condição objetiva de punibilidade não se aferem eventuais elementos de informação sobre suposta materialidade delitiva (pois não há delito a ser investigado), é impossível a constituição de justa causa para propositura de ação penal em relação ao fato anteriormente à implementação da condição objetiva de punibilidade.

Portanto, as condições objetivas de punibilidade compõem o delito, e a justa causa para a propositura da ação pressupõe a composição efetiva do delito (com a implementação fática de todos os seus elementos).

A justa causa é uma aferição que tem o delito como objeto, motivo pelo qual não pode ser iniciada sem que este se tenha configurado em sua constituição completa.

O delito é uma classificação jurídica de um fato, e a justa causa é convicção (subjetiva) referente à ocorrência do fato, decorrente da análise de provas e indícios. Ou seja, a justa causa é um instituto processual que tem como pressuposto necessário a ocorrência de um delito. Portanto, a proposição que equipara a justa causa às condições objetivas de punibilidade também é falsa.

c) O terceiro aspecto a ser abordado é a equiparação entre as condi-

ções objetivas de punibilidade e as questões prejudiciais ao julgamento do mérito, elaborada no item 89 (embora retoricamente dissimulada pelo emprego do termo “semelhança”, em vez de equiparação).

As questões prejudiciais são discussões sobre a prova da ocorrência de um fato ou sua classificação jurídica. Portanto, compõem um instituto de conteúdo processual, que tem o delito como objeto (assim como a justa causa).

Como as condições objetivas de punibilidade constituem o delito, podem, inclusive, ser objeto de questão prejudicial, pois tais condições compõem o delito, e os elementos do delito são o objeto das questões prejudiciais. Portanto, trata-se de institutos completamente diversos, pois a definição (que forma o conteúdo da questão prejudicial) não pode ter a si própria como objeto (devendo versar sobre algo distinto, que, no caso, pode ser uma condição objetiva de punibilidade).

As relações existentes entre as questões prejudiciais ao julgamento do mérito no processo penal e as condições objetivas de punibilidade são semelhantes às relações existentes entre a justa causa para a propositura de ação penal e as condições objetivas de punibilidade, pois enquanto estas (as condições objetivas de punibilidade) integram o delito e podem ser objeto daquelas, as questões prejudiciais e os aspectos constituintes da justa causa possuem configuração processual e podem ter como objeto uma condição objetiva de punibilidade.

Dessa forma, a proposição que equipara as condições objetivas de punibilidade às questões prejudiciais ao julgamento do mérito no processo penal, além de falsa, é contraditória com proposições anteriormente apresentadas, pois se a justa causa é diferente das questões prejudiciais, e a justa causa é o mesmo que condição objetiva de punibilidade, não se poderia afirmar que as condições objetivas de punibilidade diferem das questões prejudiciais (mas o contrário).

Portanto, além de falsas, as proposições são contraditórias entre si, evidenciando a inadequação do argumento.

Além do equívoco na fixação das relações entre conceitos, o que seria suficiente para inviabilizar qualquer elaboração de argumento racional válido, a estrutura da formulação do raciocínio apresentado no voto em estudo é, igualmente, inadequada.

Como o relator indicou a forma silogística de raciocínio dedutivo

no item 36 do voto em análise, reconhecendo, assim, a validade científica desse instrumento de análise da correção dos argumentos,<sup>39</sup> a crítica ao argumento formulado na decisão será elaborada mediante a utilização do mesmo instrumento (embora existam outros mais refinados para aferir a validade do raciocínio argumentativo).

Neste contexto, os instrumentos elaborados pela lógica não serão utilizados para definir a solução adequada (cuja viabilidade é extremamente polêmica), mas para aferir a validade da solução apresentada.

Portanto, as formulações lógicas serão empregadas de modo crítico, pois, como explica Toulmin, “a lógica não diz respeito ao *modo* como inferimos, nem às questões de técnica; ela se move, em primeiro lugar, por um interesse retrospectivo, justificativo – com os argumentos que podemos apresentar depois, provamos que são aceitáveis as conclusões a que já chegamos, porque nos mostramos capazes de justificar nossas conclusões”.<sup>40</sup>

Conforme a definição de Aristóteles, o silogismo é uma enunciação, na qual, estabelecidas certas proposições (premissas), conclui-se outra proposição (diversa) a partir daquelas, mediante dedução.<sup>41</sup>

Um exemplo simples de silogismo poderia ser assim enunciado:

M é P                    (1ª premissa)

S é M                    (2ª premissa)

Logo: S é P            (conclusão)

Uma adaptação dessa forma de raciocínio para a situação em

---

39 A utilização de um recurso da lógica formal para aferir a validade do argumento não implica a admissão da idoneidade de tal método para definir conteúdos normativos na atividade hermenêutica (incluindo, nesse âmbito, a interpretação da configuração da situação fática correspondente), ou para valorar a adequação da decisão, mas, apenas, para a análise da racionalidade da justificativa apresentada como fundamento do raciocínio, eis que, por exemplo, mesmo no âmbito do senso comum, dificilmente seria admissível a justificativa de que “um gato é uma ave porque a lua não é de queijo”; exatamente para evitar tais impropriedades é que se exige, de quem apresente uma justificativa, que explique o raciocínio empregado para formular o argumento, para que a conclusão seja admissível como uma decorrência racionalmente estruturada.

40 TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. (trad. GUARANY, Reinaldo) São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 08.

41 ARISTÓTELES. *Primeros analíticos*. In *Tratados de lógica (el Órganon)*. 11. ed. (trad. LARROYO, Francisco) México: Porrúa, 2004, p. 94.

análise poderia ser:

Sendo M = “a dúvida sobre a existência da obrigação tributária”.

Sendo P = “um aspecto que afeta a justa causa para a ação penal”.

Sendo S = “no lançamento pode ocorrer”.

Teríamos:

(1ª premissa) A dúvida sobre a existência da obrigação tributária é um aspecto que afeta a justa causa para a ação penal.

(2ª premissa) No lançamento pode ocorrer dúvida sobre a existência da obrigação tributária.

(conclusão) Logo, o lançamento é um aspecto que afeta a justa causa para a ação penal.

Para elaborar essa forma de raciocínio é necessário que o conteúdo conceitual das premissas seja definido, e as proposições não sejam contraditórias entre si. Portanto, para a análise da validade do argumento apresentado pelo autor do voto em estudo, devem ser identificadas as proposições adotadas como premissas e a indicada como conclusão.

As duas premissas anteriormente indicadas foram admitidas pelo autor do voto, eis que, nos itens 64 a 66 e 72 a 74, foi admitida, como característica da justa causa, o fato de seu conteúdo poder versar sobre uma dúvida referente à aferição da configuração do delito (ou, mais, especificamente em relação à hipótese em análise, um dos elementos componentes do tipo, qual seja, o tributo) e, nos itens 53, 54, 65, 66, 72 e 73, foi admitido o fato de, no contexto de um lançamento tributário, poder surgir uma discussão cujo conteúdo acarrete dúvidas sobre a existência da obrigação tributária.

Dessa forma, utilizando-se o mesmo instrumento lógico anteriormente indicado, ou seja:

M é P (1ª premissa)

S é M (2ª premissa)

Logo: S é P (conclusão)

Adaptando-se as premissas e conclusão contidas no argumento apresentado no voto, teríamos:

Sendo M = “a dúvida sobre a existência da obrigação tributária”.

Sendo P = “um aspecto que afeta a justa causa para a ação penal”.

Sendo S = “no lançamento pode ocorrer”.

Teríamos:

(1ª premissa) A dúvida sobre a existência da obrigação tributária é um aspecto que afeta a justa causa para a ação penal.

(2ª premissa) No lançamento pode ocorrer dúvida sobre a existência da obrigação tributária.

Porém, a conclusão apresentada no item 77 do voto é a seguinte:

(conclusão) Logo, o lançamento é uma condição objetiva de punibilidade.

O problema é que essa conclusão não decorre das premissas apresentadas, pois seu predicado não corresponde ao termo maior (ou seja: “P”).

Esse argumento poderia ser representado da seguinte forma:

Sendo X = “condição objetiva de punibilidade”.

M é P (1ª premissa)

S é M (2ª premissa)

Logo: S é X (conclusão)

Portanto, a conclusão está formalmente errada.

Poderia haver duas possibilidades para que o argumento estivesse correto, quais sejam:

a) se a justa causa para a propositura da ação penal fosse o mesmo que condição objetiva de punibilidade (ou seja, se  $P = X$ ), o que foi demonstrado anteriormente não ser verdadeiro, por ser um instituto de configuração processual, e o outro compor o delito; e

b) se a condição objetiva de punibilidade fosse uma decorrência da justa causa. Ou seja, se a implementação da justa causa implicasse a implementação da condição objetiva de punibilidade (ou seja: se  $P \rightarrow X$ ), o que não é correto, pois a implementação da condição objetiva de punibilidade é requisito e, portanto, antecedente necessário à configuração da justa causa, motivo pelo qual pode ocorrer uma situação em que se

implemente a condição objetiva de punibilidade e não a justa causa.

Dessa forma, como a justa causa para a propositura de ação penal não é o mesmo que a condição objetiva de punibilidade (ou seja:  $P \neq X$ ), nem a primeira implica a última, o argumento é formalmente inválido, e o raciocínio está errado.

### 2.2.1 - A analogia falaciosa

Após elaborar tal raciocínio (inadequado no que se refere a sua estrutura, motivo pelo qual não permite uma conclusão logicamente sustentável), o relator afirma que a situação dos crimes contra a ordem tributária é similar à dos crimes pré-falimentares (itens 83 e 84).

Essa afirmação modifica completamente a forma de abordagem, pois, diversamente do que se poderia esperar, eis que, até o momento, o relator estava tentando explicar por que a hipótese não configura elemento do tipo e, a partir de então, era de se esperar que se iniciasse a justificar por que o lançamento pode ser classificado como condição objetiva de punibilidade, o argumento substitui a explicação teórica esperada.

Ocorre que, embora o relator não indique os motivos pelos quais considera ambas as situações como similares, é possível inferi-los a partir da exposição das semelhanças identificadas.

A aproximação decorre da identificação dos efeitos de ambas as hipóteses, ou seja, da sentença constitutiva da falência, em relação aos crimes pré-falimentares, com a definição, no procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário, da existência da obrigação e, conseqüentemente, da evasão, em relação aos crimes contra a ordem tributária.

Como, em ambas as hipóteses, a intervenção penal do Estado somente pode ocorrer após a concretização da situação antecedente, estas foram consideradas similares devido à similaridade de seus efeitos. Porém, tal raciocínio é falacioso, pois justifica o antecedente pelo conseqüente, conforme será demonstrado.

Uma falácia é, como esclarece Copi, um argumento que, embora tenha poder persuasivo devido à sua aparente correção, é formalmente

incorreto.<sup>42</sup>

A falácia da afirmação do conseqüente consiste em equiparar as causas pelas conseqüências. Por exemplo: verificando-se que quando chove os automóveis ficam molhados, pode-se aferir, a partir da visualização de um automóvel que adentra uma garagem molhado, que está chovendo.

No caso, o observador está desconsiderando o fato de que os automóveis podem ser molhados devido a outros fatores, como, por exemplo, o fato de terem sido lavados e não enxugados.

A demonstração formal do erro desse raciocínio pode ser elaborada da seguinte forma:

Sendo A = “chove” (antecedente).

Sendo B = “os carros ficam molhados” (conseqüente).

Considerando-se como primeira premissa o fato de que, “se chove, então os carros ficam molhados” e, como segunda premissa, a afirmação “está chovendo” (antecedente), é possível concluir que “os carros ficarão molhados” (conseqüente), o que pode ser representado da seguinte forma:

$\underline{A \rightarrow B}$             (1ª premissa)

$\underline{A}$                         (2ª premissa)

$\underline{B}$                         (conclusão)

A afirmação do conseqüente consiste no fato de, partindo-se da mesma premissa, ou seja, “se chove, então os carros ficam molhados”, adotar como segunda premissa a afirmação de que “um carro está molhado” (conseqüente) e, a partir dessa proposição, aferir que “chove” (antecedente).

Tal raciocínio seria formalmente representado do seguinte modo:

$\underline{A \rightarrow B}$             (1ª premissa)

$\underline{B}$                         (2ª premissa)

$\underline{A}$                         (conclusão)

---

42 COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 3. ed. (trad. CABRAL, Álvaro) São Paulo: Mestre Jou, 1981, p. 73.

Ou seja, no primeiro raciocínio a conclusão foi formulada de forma dedutiva (antecedente  $\rightarrow$  conseqüente) e, no segundo, de forma indutiva (conseqüente  $\rightarrow$  antecedente).

A diferença entre ambos é: no raciocínio dedutivo, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão também “deverá” sê-lo; já no raciocínio indutivo, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão “poderá, ou não” o ser, pois a conseqüência pode decorrer de outros fatores, diversos daquele supostamente concebido como sua provável causa.

Na situação em análise, o relator adotou como primeira premissa o fato de que, “sem a implementação de uma condição objetiva de punibilidade não se configura o poder de intervenção penal do Estado”.

Como segunda premissa, afirmou que “a decretação da falência do sujeito é uma condição objetiva de punibilidade” (antecedente).

Posteriormente, aferiu (mediante raciocínio dedutivo) que “sem a decretação da falência, não se instaura o poder de intervenção penal do Estado” (conseqüente).

Dessa forma, sendo simbolizada a primeira premissa com a implicação “ $A \rightarrow B$ ”, o antecedente indicado na segunda premissa como “ $A$ ”, e o conseqüente afirmado na conclusão como “ $B$ ”, o raciocínio poderia ser representado da seguinte forma:

<u><math>A \rightarrow B</math></u>	(1ª premissa)
<u><math>A</math></u>	(2ª premissa)
<u><math>B</math></u>	(conclusão)

Porém, ao realizar a analogia dessa relação com a existente entre o lançamento tributário e a propositura da ação penal nos crimes contra a ordem tributária, inverteu a posição entre a segunda premissa do argumento e sua conclusão.

A primeira premissa adotada foi a mesma empregada no argumento anterior: “sem a implementação de uma condição objetiva de punibilidade não se configura o poder de intervenção penal do Estado”.

Porém, como segunda premissa, foi adotada a conseqüência: “antes de definida eventual dúvida surgida no contexto de um lançamento tributário, referente à existência da obrigação correspondente e respectiva evasão, não pode ser proposta a ação penal referente ao crime

contra a ordem tributária”.

Por fim, como conclusão, foi afirmado o antecedente, ou seja, o fato de que “a constituição da exigibilidade do crédito tributário, pelo lançamento, é uma condição objetiva de punibilidade”.

Tal raciocínio pode ser representado da seguinte forma:

$\underline{A} \rightarrow B$  (1ª premissa)

$\underline{B}$  (2ª premissa)

$\underline{A}$  (conclusão)

A falácia é demonstrada pela ilustração do fato de que o consequente pode decorrer de fatores diversos dos indicados na conclusão, como, por exemplo, o fato de tal definição afetar a justa causa para a propositura da ação penal respectiva, hipótese na qual o mesmo efeito poderia decorrer de outro fator.

Por esse motivo, a falácia da afirmação do consequente foi denominada por Aristóteles como falácia da falsa causa.<sup>43</sup>

A assimilação dos fatores antecedentes em decorrência dos efeitos é considerada uma falácia estruturalmente rudimentar e cientificamente grosseira, pois equivaleria a equiparar um acidente automobilístico com uma parada cardíaca, porque ambos podem acarretar a morte de um homem.

Portanto, o argumento apresentado não possui validade teórica.

### 2.3 - Análise da justificativa política da decisão

Na parte final do voto (itens 95 a 107), o relator apresentou uma justificativa adicional ao julgamento do mérito, formulada com base nas considerações elaboradas pelo Min. Nelson Jobim em 13/10/98, em pedido de vista requerido no julgamento do *habeas corpus* nº 77.002-8, em decorrência do qual foi proferido, em 16/05/01, um voto-vista que abordou a questão mediante a perspectiva adotada pelo relator do julgamento ora em análise.

43 ARISTÓTELES. *Refutaciones sofisticas. In Tratados de lógica (el Órganón)*. 11. ed. (trad. LARROYO, Francisco) México: Porrúa, 2004, p. 470/473.

Tal justificativa possui conteúdo político, pois tem como objetivo permitir ao sujeito a realização de um comportamento cuja consequência é a extinção da punibilidade correspondente ao delito (comportamento este consistente no recolhimento do valor devido), e estrutura funcional, pois, vincula a propositura da ação penal à definição administrativa do valor do débito a ser satisfeito pelo sujeito passivo da obrigação tributária, no lançamento da exigibilidade do crédito respectivo.

A preocupação do relator foi a suposta impossibilidade de o sujeito saber qual o valor devido antes do lançamento, com o que não lhe seria possível recolher o tributo e implementar a extinção da punibilidade respectiva antes da propositura da ação penal, se esta pudesse ser proposta antes do final do procedimento administrativo.

Todavia, tal preocupação decorre da não-consideração da configuração da relação entre o procedimento de lançamento tributário e ação penal.

Caso, no contexto do procedimento administrativo de lançamento da exigibilidade do crédito tributário, se instaure uma dúvida fundada, referente à existência de obrigação tributária, não há indícios suficientes de materialidade delitiva, pela impossibilidade de se saber, com segurança, se houve evasão, motivo pelo qual não pode ser proposta ação penal em relação a tal objeto, por não estar configurada a justa causa correspondente.

Dessa forma, como não se sabe se houve evasão, e o sujeito não sabe se tem algum débito a saldar, não poderá ser processado criminalmente antes da definição do fato no âmbito administrativo.

No entanto, se no contexto do lançamento não for questionada a existência de obrigação cuja prestação não foi satisfeita (por somente estar sendo discutida, por exemplo, a constituição do crédito respectivo), ou se o conteúdo da discussão for de fácil solução, não se instaurará a dúvida referente à eventual evasão, motivo pelo qual a decisão administrativa não afetará a convicção referente à ocorrência do delito, sendo completamente inútil a definição da questão no âmbito administrativo.

Nesse caso, o recolhimento, ou não, do valor devido pelo sujeito, é completamente independente da discussão administrativa, em decorrência do que não há necessidade de se estabelecer qualquer vínculo

entre o lançamento tributário e a ação penal.

Se, no procedimento administrativo, estiver sendo discutida a dimensão do objeto da prestação, ou seja, o valor da dívida, duas situações podem ocorrer:

a) se o sujeito tiver recolhido a parcela restante, em relação à qual não há discussão, e ainda não tiver sido definida a procedência ou não da cobrança da parcela controvertida, não haverá justa causa para a propositura da ação em relação a tal âmbito do fato, e estará extinta a punibilidade correspondente ao âmbito da prestação satisfeito,

b) se o sujeito estiver discutindo uma parcela da prestação e não houver pago a outra, não há dúvida referente à evasão de parte desse valor e, portanto, como o interessado pode efetuar o recolhimento para se beneficiar dos efeitos jurídicos que implementam a extinção da punibilidade em relação à parte da evasão cuja justa causa para a propositura da ação está configurada, a justificativa deixa de ter fundamento.

Portanto, a preocupação do relator decorre da não-consideração da configuração e dos contornos da justa causa para a propositura da ação, e seus limites em cada situação específica.

Dessa forma, a justificativa político-funcional apresentada deixa de ter sentido, pois não havendo certeza sobre a ocorrência da evasão, não há justa causa para propositura de ação penal, e havendo tal certeza (embora somente em relação a uma parte do valor evadido), a justa causa se configura, nos limites da referida certeza (que, na situação específica, pode abranger somente uma parte da evasão, se em relação a esta não houver dúvidas).

Ademais, o relator incorreu na mesma falácia anterior, qual seja, a da afirmação do conseqüente (ou falsa causa), pois classificou a superação de eventual dúvida ocorrida no procedimento de lançamento tributário como condição objetiva de punibilidade, para viabilizar ao sujeito a realização de um ato em decorrência do qual possa obter um efeito jurídico (extinção da punibilidade), sendo que, se tal definição (relativa à dúvida referente à existência da obrigação tributária e à evasão) fosse classificada como outro instituto teórico, como, por exemplo, um elemento configurador da justa causa para a propositura de ação penal, os efeitos seriam os mesmos, porque, embora o fator considerado (condição objetiva de punibilidade) possa acarretar o efeito indicado

(subordinar a intervenção penal do Estado a prévia solução de eventual dúvida referente à existência da obrigação tributária e à ocorrência da evasão respectiva, surgida no contexto do lançamento tributário), este efeito também pode decorrer de outros fatores, como é o caso da classificação da hipótese como um dos aspectos configuradores da justa causa para eventual propositura de ação penal.

## CONCLUSÕES

Com base nas considerações anteriormente apresentadas, é possível formular, dentre outras, as seguintes conclusões:

Os crimes materiais contra a ordem tributária se consumam com o implemento da evasão tributária decorrente do descumprimento da prestação da obrigação, no prazo estipulado em lei para que seja salgado o débito que constitui seu objeto (o que foi reconhecido pelo Min. Joaquim Barbosa, em seu voto-vista). Portanto, a consumação do delito independe de eventual posterior constituição da exigibilidade do crédito tributário, mediante procedimento administrativo de lançamento.

Para a propositura de ação penal na qual se atribui a um sujeito a prática de um crime, é necessário apresentar elementos de informação (provas ou indícios) suficientes para formar uma segura convicção, no juiz, da viabilidade da acusação, devido à probabilidade de existência de materialidade (e autoria) delitiva.

Essa convicção é formada com base em elementos informativos configuradores de um instituto denominado como justa causa para a propositura da ação penal, o qual tem natureza processual e é classificado como condição da ação penal.

Durante um procedimento de lançamento tributário (ou processo judicial), pode ser apresentada, pelo sujeito, uma impugnação à declaração de existência de obrigação tributária ou à fixação da dimensão do objeto da prestação (o tributo), em decorrência da qual se instale uma dúvida referente à ocorrência da evasão. Essa dúvida pode afetar a convicção referente à materialidade delitiva, motivo pelo qual, quando ocorrer tal hipótese, não estará suficientemente configurada a justa causa para a propositura da ação penal respectiva (o que foi consignado pela

Min. Ellen Gracie em seu voto-vista).

Caso tal dúvida se instaure após o início do processo penal, configurará uma questão prejudicial ao julgamento do mérito, motivo pelo qual, se sua solução for considerada difícil pelo juiz criminal, não deve ser decidida de forma incidental, hipótese na qual o processo criminal deve ser suspenso até a solução da questão no âmbito especializado.

Portanto, o lançamento tributário pode afetar a justa causa para a propositura de ação penal (ou ter como objeto a discussão de uma questão prejudicial ao julgamento do mérito de um processo penal), caso surja, em seu contexto, uma dúvida referente à ocorrência da suposta evasão tributária (decorrente da incerteza sobre a existência da obrigação tributária ou à dimensão do objeto de sua prestação).

Admitindo-se que as condições objetivas de punibilidade são aspectos fáticos cuja implementação instaura a relevância social de um fato típico e antijurídico (ilícito criminal) que, até sua realização, não possuía significado cultural suficiente para fundamentar a intervenção estatal no âmbito criminal (afirmação cuja explicação será desenvolvida em trabalho complementar, conforme anteriormente indicado), a instauração da relevância social do ilícito criminal, decorrente da implementação de uma condição objetiva de punibilidade, se concretiza mediante a efetiva afetação do bem jurídico tutelado pela norma criminal correspondente ao tipo respectivo.

Como a condição objetiva de punibilidade implementa a relevância social do fato, integra a culpabilidade (ou a punibilidade, conforme a concepção teórica adotada) e, portanto, é um elemento do delito. Por ser um elemento do delito, sua inclusão no ordenamento jurídico somente pode ser realizada mediante lei.

Essa limitação decorre do princípio fundamental do Estado de Direito consistente na reserva legal, motivo pelo qual, quando o fato típico não for suficiente para implementar a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma respectiva, a hipótese de sua configuração (relativa à afetação do bem jurídico) não pode ser estabelecida por meio da jurisprudência (conforme advertiu o Min. Joaquim Barbosa, em seu voto-vista).

Portanto, como os crimes materiais contra a ordem tributária se consumam com o advento da evasão tributária (o que é suficiente para implementar a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma correspon-

te, qual seja, o patrimônio público), e não há qualquer hipótese fática complementar prevista em lei para a configuração da culpabilidade correspondente à instauração da relevância social do fato (do que decorre a punibilidade), não existe, no caso, qualquer condição objetiva de punibilidade relacionada a tais crimes.

As condições objetivas de punibilidade não se confundem com os aspectos configuradores da justa causa para a propositura de ação penal ou com as questões prejudiciais ao julgamento do mérito no processo penal, porque as primeiras são um elemento constitutivo do delito e as últimas são institutos de Direito Processual Penal, além do fato de as primeiras poderem implementar-se independentemente das últimas e estas poderem ter aquelas como objeto.

A classificação da constituição da exigibilidade do crédito tributário como condição objetiva de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária é juridicamente inconstitucional, por não respeitar o princípio da reserva legal, e decorreu, no julgamento criticado, da incompreensão dos conceitos dos institutos analisados e da elaboração de um raciocínio incorreto (ou seja, um argumento formalmente inválido, conforme os critérios da lógica formal), além da justificação falaciosa da solução.

Devido a esses motivos, a referida classificação é indevida, inadequada e imprópria.

A criatividade é um mérito indicador da capacidade de solução de problemas, que viabiliza a implementação de diversos instrumentos cujos efeitos pragmáticos podem ser classificados como progressos operacionais.

Porém, a improvisação, especialmente no âmbito teórico, além de evidenciar uma deficiência técnica, contribui para a desconstrução científica.

A ciência jurídica, tanto em sua expressão dogmática, quanto no que se refere ao âmbito decorrente da atuação jurisprudencial, ao implementar a definição racional e a sistematização coerente dos diversos institutos jurídicos, atua de modo a definir o Direito, viabilizando a ampliação do âmbito de segurança jurídica decorrente da previsibilidade de seu conteúdo, o que deve ser possível mediante a análise racional de seus elementos.

Sempre que uma decisão jurisprudencial não é coerente com tal

racionalidade, acarreta uma conseqüência contraditória com sua finalidade.

Em um Estado de Direito, a legitimidade do exercício do poder decisório, pelo Judiciário, é condicionada por tais requisitos, principalmente em se tratando de um Tribunal classificado em um âmbito superior da estrutura estatal, cujas decisões servem de referencial para a atividade dos demais juízes.

Portanto, a decisão objeto da análise anteriormente elaborada é tecnicamente inadequada, por pressupor conceitos teoricamente impróprios, e sua fundamentação é logicamente incorreta, motivo pelo qual não alcança o grau de legitimidade anteriormente afirmado como necessário à elaboração de tal ato.

OS PLANOS DE REFINANCIAMENTO FISCAL À LUZ  
DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA  
IMPLICAM A NÃO TIPIFICAÇÃO DO CRIME  
DESCRITO NO ART. 2º, INC. II, DA LEI Nº 8.137/90

Márcia Aguiar Arend  
*Mester e Doutora em Direito pela Universidade  
Federal de Santa Catarina e Promotora de Justiça - SC*

Sumário: 1 Introdução - 2 A causalidade no Direito Penal: as teorias antecedentes à Teoria da Imputação Objetiva - 3 A Teoria da Imputação Objetiva - 4 Estado de desordem tributária: a assimilação do risco de lesão ao bem jurídico ordem tributária - 5 Considerações finais.

## 1 Introdução

Há um perverso assentimento entre os profissionais das ciências jurídicas, constituindo mesmo uma práxis de hermenêutica processual, a máxima de que “o que não está nos autos não está no mundo”. Tudo para reforçar a premissa de que apenas o conjunto fático e documental presente nas folhas dos processos, sejam judiciais ou administrativos, é que deve ser levado em conta, especialmente no momento de julgamento.

Porém, muito mais incontroversa é a realidade de que há muito mais mundo nos autos do que as cartilhas manualuescas insistem em desprezar. O mundo fora dos autos deve ser levado em consideração, especialmente porque é no mundo do viver diário que se encontram as matrizes axiológicas que convalidam a utilização do Direito Penal como artefato de força para o controle formal das condutas.

O objetivo deste artigo, resultado de reflexões sobre o mundo extra-autos dos processos penais decorrentes de denúncias de práticas delitivas contra a ordem tributária, é realçar a inexistência de justa causa para as ações penais fulcradas na prática da conduta descrita no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.137/90, diante da generosidade irresponsável das autoridades tributárias, que brindam os inadimplentes com mimos de tolerância e que demonstram a total aceitação do risco da própria inadimplência dos contribuintes.

Se a realidade extra-autos é de “alisar” o inadimplente e mesmo o sonegador com privilégios de supressão de sanções tributárias e, inclusive, com redução expressiva do valor do principal devido, então, há que se admitir inexistir lastro autorizador da reprovabilidade da conduta, circunstância que desautoriza a incidência da lei penal.

## **2 A causalidade no Direito Penal: as teorias antecedentes à Teoria da Imputação Objetiva**

A violação a um bem jurídico protegido pela lei penal por meio de ação ou omissão constitui o crime. E todo crime produz resultados jurídicos. Desta forma, o efeito material (palpável) de uma conduta, produz, como leciona Paulo José da Costa Jr., “a mutação do mundo fenomênico – perceptível, portanto, pelos sentidos -, que tem significação para o direito.”<sup>1</sup>

Os delitos que produzem resultado material implicam uma relação entre a conduta do agente e o resultado juridicamente relevante. É este o desafio que estudiosos e doutrinadores tentam desvendar por diversos caminhos teóricos: qual a maneira mais acertada para imputar a uma pessoa a responsabilidade penal por um resultado?

A Teoria da Equivalência dos Antecedentes ou da “*conditio sine qua non*”, defende a premissa de que deve ser entendido como causa de um resultado todas as condições necessárias para a sua produção. Para tanto, a aferição da qualidade de “causa” de um comportamento, em relação a um evento, é realizada mediante o método ou processo hipotético de eliminação.

---

1 **Comentários ao Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 1986 v. I, p. 53.

A principal crítica que se dirige à Teoria da Equivalência dos Antecedentes é a de ampliar, demasiadamente, o campo da responsabilização criminal, por se basear em uma cadeia causal de proporções quase infinitas. Já os defensores desta teoria rebatem a crítica, argumentando que, na hipótese, a imputação do resultado às causas antecedentes sofreria limitação pela ausência de dolo.

As deficiências desta teoria ensejaram muitas críticas e geraram, em contrapartida, duas outras teorias de imputação do resultado: a da causalidade adequada e da imputação objetiva.

Segundo a Teoria da Causalidade Adequada, um resultado somente poderá ser considerado causado por um comportamento humano, quando este tiver sido idôneo à sua produção.<sup>2</sup>

A ação, portanto, poderá ter a qualidade de “causa” quando efetivamente adequada à produção do resultado. As demais condições, ainda que sob o aspecto meramente naturalístico pertençam ao desdobramento causal que leva ao resultado, não poderão ser qualificadas como causa se não portarem a idoneidade necessária à sua realização.

Por meio do denominado prognóstico objetivo posterior (juízo *ex ante póstumo*) é feita a aferição da adequação causal da ação. Em síntese, o juiz, após conhecer o evento concreto no processo, deve elaborar o juízo de adequação, objetivo, observando os fatos como se estivesse presente no momento anterior à sua realização.

Esta Teoria da Causalidade Adequada é criticada por centrar-se na análise dos elementos subjetivos do agente para limitar a cadeia causal, além de não oferecer, sob o ponto de vista normativo, critérios seguros para a fixação do adequado e do inadequado.

### 3 A Teoria da Imputação Objetiva

A partir da década de setenta do século passado, na então República Federal da Alemanha foram sendo produzidos novos estudos teóricos com a finalidade de superar as deficiências das teorias da causalidade. Surgiu a Teoria de Imputação Objetiva do resultado ao

---

2 REALE JR., Miguel. **Parte Geral do Código Penal**, Nova Interpretação, p. 31.

agente, baseada em critérios unicamente normativos, e em substituição ao “dogma causal”.<sup>3</sup>

O responsável pela sistematização dos postulados dessa teoria é, sem dúvida, Claus Roxin<sup>4</sup>, que adota como métodos de esclarecimento e difusão do seu pensamento a exposição de hipóteses casuísticas, posto que, ao seu sentir, nem a equivalência das condições, nem a causalidade adequada, teriam aptidão para ensejar um juízo de imputação. O resultado, segundo Roxin, somente pode ser imputado objetivamente ao agente quando tiver incrementado, indevidamente, um risco para o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, e somente se este “incremento do risco” implicar o resultado típico.

Deste modo, segundo a Teoria da Imputação Objetiva, não poderá ser objetivamente imputado o resultado:

- a) quando o agente tiver diminuído o risco para o bem jurídico;
- b) quando o risco estiver nos limites do socialmente permitido;
- c) se o incremento do risco for insignificante;
- d) se não houver a materialização do risco no resultado típico;
- e) se a finalidade da norma proibitiva (tipo) não alcançar o resultado do modo como ocorrido.

Como exemplo para a compreensão desta teoria, exclui-se a imputação do resultado lesão corporal, em relação à conduta daquele que, apercebendo-se de que uma pedra cairá sobre a cabeça de outrem, desvia a trajetória do objeto ao ombro daquele indivíduo, região menos

---

3 A teoria da imputação objetiva é dominante, também, na Espanha, sendo que ao contrário das proposições alemãs, é entendida como um auxiliar delimitador, e não como substitutiva do nexa causal. No Brasil esta teoria não tem, ainda, influenciado modificações na jurisprudência, passando a ser enfrentada apenas por poucos doutrinadores a partir do final da década de noventa do século XX, dentre os quais destacam-se: Damásio E. de Jesus (Imputação Objetiva, São Paulo: Saraiva, 2000), Fernando Galvão (Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000) e Juarez Tavares (Teoria do Injusto Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 222-238.). Em língua portuguesa, deve ser lembrada, ainda, a tradução feita por André Luís Callegari da obra de Günther Jakobs: A Imputação Objetiva no Direito Penal, RT, 2000 e também a tradução feita por Luís Greco da obra de Claus Roxin: Estudos de Direito Penal, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

4 Sobre a teoria da imputação objetiva de Claus Roxin, cf., o seu *Derecho Penal, Parte General*, tradução de Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

perigosa. Nesta hipótese, o resultado lesão, embora “causado” pelo agente, seja pelo prisma da teoria da equivalência, seja pela teoria da adequação, não lhe pode ser imputado objetivamente, pois seria absurdo proibir uma conduta que melhora a situação do bem jurídico.<sup>5</sup>

Um outro exemplo em que não se dá a imputação objetiva do resultado quando o risco criado é juridicamente permitido, como a ação daquele que aconselha outrem a escalar uma montanha.

Embora situações como esta criem um risco de acidente com resultado morte, tal risco é socialmente permitido e impede a imputação do tipo de homicídio.<sup>6</sup>

O mesmo ocorre quando o risco já existente é aumentado de forma insignificante, como o exemplo daquele que derrama uma bacia contendo água em uma represa que está prestes a romper. Aqui, o tipo penal de inundação não pode ser imputado ao agente, pois uma quantidade tão escassa de água não é suficiente à causação do perigo juridicamente prevenido pela norma penal.<sup>7</sup>

A imputação do tipo objetivo deve ainda ser afastada se a realização do resultado não for consequência direta do perigo provocado pela conduta, mas de simples desdobramento causal desta.

Por fim, não se imputará objetivamente o resultado quando inexistir o nexa entre o risco criado e o evento, mas, simplesmente, um reflexo da extrapolação do risco permitido no resultado.

Vê-se, pois, que a Teoria da Imputação Objetiva instaura no ambiente da Dogmática Penal a discussão sobre a relevância da criação de riscos ao bem jurídico tutelado pelo tipo, mas, mesmo assim, não se afasta do conceito de causalidade e da desafiadora problemática da tipicidade. Ela também percorre a relação do nexa causal, do enlace objetivo entre conduta e resultado. Aliás, o nexa causal, ontologicamente pertencente à realidade, estrutura as proposições jurídicas desta teoria, e é por isso que sem o juízo de causalidade, a imputação objetiva não tem nenhum apoio.

E é bem por isto que seus adeptos a entendem não como critério

---

5 ROXIN, Claus. ob.cit., p. 365-366.

6 Idem, p. 366.

7 Ib.Idem, p. 367.

para a imputação do resultado, mas como uma teoria para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito<sup>8</sup> – com base, portanto, na causalidade-, o que pode parecer um paradoxo na medida em que de teoria da imputação transforma-se em uma teoria da não imputação.

Em apertada síntese, a imputação objetiva é uma teoria que defende que a atribuição de uma conduta ou de um resultado normativo só deve ser imputada a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido.

Defende a idéia de que o resultado normativo (jurídico) deve ser atribuído a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente reprovado ao interesse jurídico e de que o evento deve corresponder àquele que a norma incriminadora procura proibir.

Esta teoria opera com os conceitos de risco permitido (excludente de tipicidade) e risco proibido (a partir do qual a conduta adquire relevância penal).

Como métodos auxiliares, a teoria serve-se dos critérios, segundo Damásio de Jesus, da proibição do “regressus”, do consentimento e participação do ofendido e dos conhecimentos especiais do autor a respeito de condições e circunstâncias pessoais da vítima ou da situação de fato.

Partindo desses aportes teóricos acima repassados apenas para a estruturação da reflexão até aqui expendida, é inevitável compreender que em sede de crimes de menor potencial ofensivo descritos no artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, deve ser adotado, por imperativo de justiça e compromisso com o primado da unidade do injusto, as ferramentas teóricas da Teoria da Imputação Objetiva para o fim de reconhecer-se que há total, contumaz, diuturno, e mesmo eletrônico estímulo ao não recolhimento do ICMS<sup>9</sup>, e de quase a totalidade das demais espécies tributárias que facultam ao contribuinte brasileiro optar por não realizar o pagamento dos tributos no prazo legal estabelecido pela legislação tributária.

Tem-se, na verdade, uma profusão de mecanismos integrantes

---

8 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, p. 222.

9 Vide sítio da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina: [www.sefaz.sc.gov.br](http://www.sefaz.sc.gov.br), para encontrar a farta sedução que concita os sonegadores e inadimplentes em geral, aos benefícios dos planos de refinanciamento fiscal e ao chamado “fundosocial”.

dos chamados planos de refinanciamento fiscal os quais se prestam para revelar que a vítima do crime de falta de recolhimento – a administração tributária – é leniente com os inadimplentes.

O Estado, nas pessoas dos ocupantes de cargos das administrações tributárias das entidades tributantes, parece preferir não receber no tempo certo o tributo apurado. E tanto é assim, que já se tornou anual a expectativa de um “novo REFIS”, PAES, REVIGORAR, RENOVAR, sempre escorada na retórica de que ensinará a quitação dos débitos dos inadimplentes. Um remédio inescrupuloso para incremento de caixa do poder executivo, em explícita renúncia de receita tributária, que vai realçando a inteligência do defraudador em garantir-se favorecido pela próxima lei de tolerância fiscal.

Ocorre que, com o reprisar de leis concessivas de parcelamentos, o Estado vítima estimula o inadimplemento e até legaliza o comportamento dos acostumados a dever tributo, como daqueles que, sem estímulos para o pagamento em dia, passam a deixar de recolher, expectando condições mais vantajosas, inclusive com perdão de multas e redução expressiva de juros.

#### **4 Estado de desordem tributária: a assimilação do risco de lesão ao bem jurídico ordem tributária.**

Este estado de desordem tributária é mesmo estado de risco assumido. A vítima estimula a conduta inadimplente ampliando prazos e reduzindo encargos. Logo, não há como compreender-se criminoso o agente inadimplente.

A inadimplência tributária vem sendo gravemente chancelada pela administração tributária. Como então, admitir-se aviltado o bem jurídico ordem tributária se a desordem parece ser mais benevolmente regrada que a ordem?

No Estado de Santa Catarina o atual governo chegou a instituir o que nominou de “FundoSocial”, conferindo poderes aos inadimplentes para, inclusive, optarem por recolher as parcelas devidas destinando-as a atividades diversas, tudo de molde a desvincular a receita tributária e permitir autonomia e exclusividade de gestão de parte da receita tri-

butária ao Poder Executivo.

O absurdo é tanto, que o devedor tributário pode decidir em que programa quer deixar o dinheiro dos tributos por ele não pagos ou mesmo fraudados (como se o destino do tributo não recolhido pudesse ser decidido pelo administrado). E mais, não há apenas perdão de multa, há até redução de 50% do principal. Ou seja, o Estado abdica de metade do imposto devido.

Ora, diante deste imenso cipoal de incentivos à inadimplência não é admissível o uso da lei penal para modelar ou reprimir conduta incentivada pelo próprio Estado.

*“A atribuição do tipo objetivo consiste na atribuição do resultado de lesão do bem jurídico ao autor, como obra dele. A atribuição do resultado de lesão do bem jurídico pressupõe, primeiro, a criação de risco para o bem jurídico pela ação do autor e, segundo, a realização do risco criado pelo autor no resultado de lesão do bem jurídico”.*<sup>10</sup>

O acesso ao sítio da Secretaria de Estado da Fazenda na Internet, convidando, incitando, promovendo o ingresso nos planos de refinanciamento e no Finsocial, assegura que o inadimplemento no cumprimento das obrigações tributárias não constitui lesão ao bem jurídico por obra exclusiva do contribuinte, mas risco permitido, incentivado e administrado pela administração fazendária.

Se o risco de lesão ao bem jurídico é permitido, então não há crime contra a ordem tributária. E se não há crime contra a ordem tributária em razão da tolerância à agressão a esta mesma ordem, não pode o Direito Penal ser utilizado para reprimir o que o mundo fora dos autos tolera e estimula.

Para a doutrina tradicional o consentimento do sujeito passivo de uma prática descrita como crime pode funcionar ou como causa excludente da tipicidade ou como causa supra legal excludente da antijuridicidade. Nos crimes contra a ordem tributária tem-se como inafastável o dissentimento da vítima (entidade tributante) para com a prática do crime. Lembremos que nos crimes de dano, por exemplo,

---

10 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato imponible**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 57.

quando a vítima consente com a lesão, deterioração ou destruição do bem material, não há o crime do art. 163 do Código Penal.

Assim, se as entidades tributantes decidem por meio de leis concessivas de favores fiscais tolerar a inadimplência de modo muito mais vantajoso do que para quem paga no tempo e quantidade devidos, então há mesmo criação e difusão de fatores subjetivos estimulando um juízo de desimportância e de irresponsabilidade tributária para os contribuintes.

## **5 Considerações finais**

Por todo o exposto, relevando o respeito às posições divergentes, conclui-se:

a - as políticas tributárias que referendam os planos de refinanciamentos fiscais, mesmo não integradas nos autos dos processos penais, constituem fatos importantes a ser considerados na aferição da tipicidade penal dos crimes contra a ordem tributária.

b - não é possível, à luz da Teoria da Imputação Objetiva e das múltiplas leis de refinanciamento fiscal, atribuir-se a prática de crime tributário aos denunciados como autores das condutas descritas no art. 2º, inciso II da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

c - os planos de refinanciamentos fiscais e outros planos de tolerância aos contribuintes inadimplentes, quando subtraem as sanções tributárias originariamente previstas na lei tributária, tornando mais benéfico o recolhimento intempestivo da obrigação tributária, constituem declaração inequívoca de assunção de risco de lesão ao bem jurídico ordem tributária, constituindo óbice instituinte da justa causa da ação penal.



# CRIME TRIBUTÁRIO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO: BREVE ANÁLISE QUANTO À TUTELA DO BEM JURÍDICO

Maury Roberto Viviani

*Mestre em Ciência Jurídica, Professor da Univali e da  
Escola do Ministério Público e Promotor de Justiça - SC*

## 1. Introdução

Inicialmente, não é demais evidenciar que o Sistema Tributário Nacional é matéria tutelada pela Constituição da República Federativa do Brasil (Título VI, Arts. 145 a 162), em que são estabelecidos os princípios tributários, as espécies de tributos, as limitações do poder de tributar, além da definição das competências dos entes federativos para a instituição, arrecadação e repartição de tributos.

Pode-se admitir que a referida matéria integra a denominada “Constituição Econômica”, modelada no seio de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, as condutas que lesionam a organização tributária interferem no equilíbrio desse Sistema Tributário e das finanças públicas, de tal forma que prejudicam a realização dos fins do Estado e do bem comum da Sociedade, os quais por sua vez são garantidos e priorizados por meio de normas (princípios e regras) constitucionais.

Diante da importância social do bem jurídico que compõe a ordem tributária, o Estado, no âmbito da federação, desenvolve uma atividade fiscalizadora, cobradora e punitiva, implementada através

de normas jurídicas.

Inegável é o papel do Direito Penal no tratamento das ofensas de cunho tributário e econômico em geral, de forma que a impunidade penal em tais condutas prejudica a tutela dos bens e valores sociais positivados constitucionalmente.

Nesse sentido e na tentativa de cumprir os mandamentos constitucionais, a legislação infraconstitucional, em especial a Lei 8.137/90, criminaliza algumas das condutas ofensivas à ordem tributária.

Constata-se, entretanto, que o recrudescimento ou o abrandamento com relação aos crimes tributários é reflexo da vontade política, da ideologia ou dos grupos de pressão dominante, notadamente os grupos econômicos, e sofrem variação dependendo do momento histórico.

Dessa forma, não obstante o tratamento punitivo pela legislação penal, algumas normas trazem considerável benefício àqueles que, embora tenham consumado crime tributário, pagaram ou parcelaram débito correspondente ao tributo sonegado.

Essas normas generosas, que excluem a punibilidade da conduta criminosa no caso de pagamento e até de parcelamento, na verdade constituem uma situação privilegiada para tal espécie de criminalidade, notadamente se for considerado que, conforme o art. 16 do Código Penal, para os demais crimes (não tributários) o arrependimento posterior pela restituição do dano apenas diminui a pena.

Assim, tendo em vista o tratamento diferenciado contemplado à criminalidade tributária, pretende-se com este artigo consignar alguma preocupação e brevíssima reflexão quanto à efetiva garantia e respeito ao bem jurídico tutelado.

## 2. O bem jurídico penal

A categoria Bem, desde a antiguidade, possui diversas acepções e, como elucida Prado<sup>1</sup> “A noção de bem – do latim *bonum* – é multímoda. Apresenta-se, *prima facie*, como um problema vocabular e filosófico. Pode ser estudada como um termo (expressão), um conceito ou uma entidade.

---

1 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico- penal e constituição*, p.17.

Assim, tem-se uma definição semântica de bem, uma definição da idéia de bem e uma definição real de bem”.

Segundo definição de Abbagnano<sup>2</sup>, bem é “em geral, tudo que possui valor, preço, dignidade, a qualquer título. Na verdade, Bem é a palavra tradicional para indicar o que, na linguagem moderna, se chama *valor*”. Em um sentido específico a categoria pode se referir ao domínio da moralidade, ou seja, “da conduta, dos comportamentos humanos intersubjetivos, designando, assim, o valor específico de tais comportamentos”. Esse segundo sentido é objeto da ética.

Interessa, aqui, o primeiro sentido de bem, ou seja, o sentido geral. Em sua acepção geral, na História da Filosofia, pode-se distinguir duas teorias fundamentais para a conceituação de bem: a Teoria Metafísica e a Teoria Subjetivista.

Para a Teoria Metafísica, cujo modelo principal é o platônico, bem é a realidade é a realidade perfeita ou suprema e é desejado como tal. Segundo Platão “Bem é o que confere verdade aos objetos cognoscíveis, que confere ao homem poder de conhecê-los, que confere luz e beleza às coisas; em uma palavra, é fonte de todo ser, no homem e fora do homem. (Rep., VI, 508 e 509 b)”.

As noções de bem da Teoria Metafísica vigoraram na era medieval, identificando bem com Deus e, portanto, bom é o que é semelhante a Deus (S.Tomás, *S.Th.*, I. q. 6, a. 4).

Contra-pondo-se à Teoria Metafísica está a Teoria Subjetivista, de base aristotélica. Para esta teoria, “o bem não é desejado por ser perfeição e realidade, mas é perfeição e realidade por ser desejado”.

Se durante a Idade Média prevaleceu a concepção metafísica, volta com o Renascimento a concepção subjetivista, cujo ponto de vista encontra-se nas obras de Hobbes (*Leviath.*, I, 6), Spinoza (*Et.*, III, 9, escól.), Locke (*Ensaio*, II, 21, 43), e de Leibniz (*Nouv. Ess.*, II, 20, 2). Kant, também na esteira da teoria subjetivista, define que o bem “só é bem em relação ao homem, isto é, em face do interesse que o homem tem por sua existência”. Com esta definição Kant acaba conferindo um caráter de valoração objetiva ao bem.<sup>3</sup>

2 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 107.

3 Resumiu-se aqui a noção de bem e das teorias metafísica e subjetivista contida em ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. p. 107-109.

Para Prado<sup>4</sup>, “bem”, em sentido amplo, é tudo aquilo que tem valor para o ser humano e, em sentido estrito, a noção de bem não pode se confundir com a de bem jurídico, (objeto concreto de tutela penal).

Atribui-se a Birnbaum (1843), com a influência das teorias iluministas, a introdução do conceito de bem no contexto jurídico-penal em oposição ao direito subjetivo. Posteriormente, Binding utiliza a expressão “bem jurídico”, embora numa postura formalista e radical do positivismo. Pela concepção de Binding, a norma penal é o único veículo de proteção do bem jurídico.

Esta postura positivista, no entanto, foi aprimorada por Liszt, que ao contrário de Binding não centrou o conceito de bem jurídico no aspecto normativo. Para Liszt, o bem jurídico seria o interesse juridicamente protegido, e não é a ordem jurídica que cria o interesse, mas a vida.<sup>5</sup>

Na verdade, existe grande controvérsia conceitual, mas pode-se dizer, com Fragoso<sup>6</sup>, que “Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma” ou, conforme Santos<sup>7</sup>, são “os interesses e/ou necessidades considerados essenciais para a existência e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, no contexto de estruturas civis e instituições jurídicas e políticas de organização social”.

Assim, os interesses (valores) considerados essenciais para o indivíduo e para a sociedade organizada são denominados bens jurídicos. Alguns, tidos como mais importantes, são protegidos pela lei penal e a ofensa aos mesmos determina a aplicação de pena ou de medida de segurança. A classificação dos tipos penais no Código Penal e também pela doutrina penal é de acordo com os bens jurídicos.

---

4 PRADO, L. *Bem jurídico-penal e constituição*. p. 18.

5 Para aprofundar o estudo dessa evolução conceitual de bem jurídico aqui sintetizada, ver: PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 25-49.

6 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral, p.277-278.

7 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do crime*, p.21.

A propósito de bens jurídicos e objetivos do Direito Penal sob o enfoque da luta de classes e da ideologia, ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: a nova parte geral*, p.22-25.

Na obra de ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 462-465, encontra-se interessante conceituação de bem jurídico, entendido como “relação de disponibilidade” do bem.

Para Tavares<sup>8</sup>, o bem jurídico deve ser identificado como valor e, seguindo a definição de Habermas, norma e valor diferenciam-se: norma se vincula a uma situação de dever, enquanto que valor a uma finalidade. “O bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica”.

Quanto às funções do bem jurídico, Prado<sup>9</sup> elenca as seguintes: a) função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado (restrição na tarefa do legislador); b) função teleológica ou interpretativa (interpretação dos tipos penais); c) função individualizadora (critério de medição da pena); d) função sistemática (classificação na formação dos grupos de tipos no Código Penal).

A importância da identificação do bem jurídico fica bem explicada por Zaffaroni e Pierangeli<sup>10</sup>, quando afirmam que não há conduta típica que não afete um bem jurídico, pois os tipos são manifestações de tutela destes bens. Destacam os referidos autores o papel central do bem jurídico na teoria do tipo, porque dão à lei penal o verdadeiro sentido teleológico. “Sem o bem jurídico, não há um ‘para quê?’ do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura ‘jurisprudência de conceitos”.

Entende-se aqui que a ordem tributária constitui-se em bem jurídico de categoria difusa típica do Estado Social, razão que merece reflexões e atitudes além dos limites do Direito Penal clássico, cuja preocupação principal se restringia a um modelo liberal-individual.

Portanto, há que se repensar e reinterpretar as necessidades de preservação da ordem tributária pelo Direito Penal, atualizado para atender a complexidade da organização social contemporânea.

---

8 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 179-180.

9 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p.48-49.

10 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 462.

### 3. A evolução da legislação penal tributária no Brasil

No Brasil, as infrações tributárias têm sido tratadas na legislação penal, mais precisamente, desde a inclusão do crime de descaminho no Código Criminal do Império (art. 177), também no primeiro Código Penal da República (1890, art. 265), e atualmente no Código Penal de 1940 (art. 334). Com relação à equiparação à apropriação indébita da conduta da falta de recolhimento de contribuições descontadas dos empregados, pelo Decreto-lei 65/37, também regulada posteriormente pela Lei nº 3.807/60 e Decreto-lei 66/66.

A Lei nº 4.357/64 introduziu as figuras típicas penais concernentes ao imposto de renda e de consumo.

Também criaram figuras penais no campo tributário a Lei 8.212/91 e, posteriormente, a Lei 9.983/2000, que acrescentou o art. 168-A no Código Penal referente à figura de apropriação indébita previdenciária, e o art. 337-A, referente à sonegação de contribuição previdenciária.

Em 14 de julho de 1965 foi publicada a Lei nº 4.729, que definia o crime de sonegação fiscal.

O art. 1º da Lei nº 4.729/65 assim estabelecia:

Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis;

V - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou reduzida do Imposto de Renda como incentivo fiscal.

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa de 2 (duas) a 5 (cinco) vezes o valor do tributo.

Posteriormente, foi introduzida no ordenamento jurídico a Lei nº 8.137/90, que além de crimes contra a ordem tributária, também dispôs sobre crimes contra a ordem econômica e relações de consumo, de forma que inclusive ampliou as figuras típicas previstas na lei anterior que restou revogada.

Para os fins de situar melhor a presente exposição, transcreve-se os seguintes dispositivos da Lei nº 8.137/90:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou

inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação;

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V”.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil

diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Os crimes tributários materiais (também chamados de resultado) se consumam com a efetiva evasão do tributo devido (ex: art. 1º da Lei 8.137/90), enquanto que os formais independem da ocorrência do resultado pela evasão.

Neste artigo não se abordará o problema do momento consumativo dos crimes tributários. É oportuno mencionar, entretanto, a decisão do STF proferida na Sessão de 10/12/2003, a qual, com relação aos crimes materiais previstos no art. 1º da Lei 8.137/90, considerou que a decisão definitiva em procedimento administrativo quanto ao lançamento é *condição objetiva de punibilidade* (Habeas Corpus nº 81.611-8 – DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Paciente: Luiz Alberto Chemim. Coator: STJ. Por maioria. Vencidos: Ministra Ellen Gracie e Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que o indeferiram).

Assim, foi concedido *habeas corpus* para trancar ação penal por crime de sonegação fiscal que dependia de decisão definitiva em processo administrativo-fiscal quanto ao lançamento tributário. Sem dúvida, tal decisão, que tem servido de paradigma interpretativo para os tribunais e juízos criminais do País, dá margem de manobra aos sonegadores, que ingressam com reclamações e recursos administrativos, em geral sem cabimento - já que se tratam de crimes realizados mediante fraudes -, objetivando exclusão da aplicação da lei penal.

Esse entendimento pode levar ao absurdo, causando descrédito público quanto à atuação da fiscalização fazendária, e impedindo a deflagração de ação penal pelo Ministério Público enquanto não for decidido definitivamente o lançamento.

Ora, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, muitos julgados e posicionamentos doutrinários acolhiam o entendimento de que os crimes contra a ordem tributária tipificados no art. 1º da Lei 8.137/90, apesar de materiais, consumam com a constituição da obrigação tributária, e não posteriormente, com a constituição do crédito através do lançamento.

A revogada Lei 4.729/65, embora mais branda quanto à sanção penal, tratava as infrações como crimes de mera conduta, ou seja, o crime se consumava independentemente da evasão fiscal. Contudo, com relação ao art. 1º da Lei 8.137/90, que é crime material e, de acordo com a redação do texto legal, ocorre com a supressão ou redução do tributo, fato que tem levado à interpretação de que depende do lançamento fiscal.

Assim, percebe-se a existência de situações constrangedoras no que concerne à preservação do bem jurídico tributário, nos casos de fraudes fiscais, como por exemplo falsificações de documentos e manipulação de softwares de máquinas registradoras sem que se possa coibir penalmente. Desta forma, basta ao sonegador ingressar com a reclamação ou recurso no contencioso administrativo para postergar, e muitas vezes, impedir a atuação punitiva penal.

#### **4. O pagamento/parcelamento do tributo e sua conseqüência penal**

Embora consumado o crime, a legislação penal tributária estabelece que em casos de pagamento, ou, em algumas hipóteses a seguir especificadas, em casos de parcelamento do débito tributário, ocorre a configuração de causa extintiva de punibilidade.<sup>11</sup>

A Lei nº 8.137/90, ao ingressar no ordenamento jurídico, trazia em seu art. 14 a causa da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

Um dos aspectos dignos de nota para fins do presente artigo é que a Lei nº 4.729/65, em seu art. 2º, previa a extinção da punibilidade pelo pagamento ocorrido antes do início da ação fiscal na esfera administrativa, enquanto que a Lei nº 8.137/90, no art. 14, a prevê se o pagamento ocorrer antes do recebimento da denúncia. Nota-se, portanto, que a lei revogada preservava com mais vigor o bem jurídico tributário.

Entretanto, o benefício da extinção da punibilidade sofreu restrição pela Lei 8.383/91, que revogou a referida excludente, de forma a recrudescer o tratamento punitivo das condutas contra a ordem tributária.

---

11 O tema é abordado pormenorizadamente em EISELE, Andreas. *A reparação do dano do direito penal tributário*, p. 17-30.

Contudo, surge a Lei nº 9.249/95, que ripristinou o art. 14 da Lei 8.137/90, razão pela qual prevalece o texto legal original, mantendo o benefício da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. Sem dúvida, a pressão dos atores econômicos (e também dos sonegadores) junto ao Congresso Nacional imperou em detrimento da proteção do bem jurídico tributário.

Quanto aos crimes referentes às contribuições sociais, a Lei 9.983/00, que incluiu os arts. 168-A e 337-A no Código Penal, também estabeleceu conseqüências para a reparação do dano, quando dispõe:

Art. 168-A

[...]

§2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importância ou valores e presta as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

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

[...]

Art. 337-A

[...]

§1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

A Lei nº 9.964/00, que instituiu o REFIS, em seu art. 15 dispôs sobre a suspensão da pretensão punitiva dos crimes previstos nos art. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e no art. 95 da Lei 8.212/95, para aqueles que ingressassem no programa de refinanciamento através de parcelamento “a perder de vista”, mas apenas para os casos em que não fora instaurada a ação penal. No § 3º do art. 15, da referida Lei 9.964/00 estabelece:

§3º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

Não bastasse essa situação, o tratamento benevolente com a sonegação teve especial relevo com o PAES, criado pela Lei 10.684/03, que concedeu a suspensão da pretensão punitiva inclusive para os casos sob processo criminal já instaurado, além de possibilitar artifícios legais de abrandamento e até de exclusão da esfera punitiva penal de crimes já consumados.

A propósito, dispõe o art. 9º, §2º, da Lei 10.684/03:

É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337ª do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

[...]

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Como se vê, o dispositivo legal do PAES inclusive abrange os

pagamentos posteriores ao recebimento da denúncia, ou seja, no curso do processo criminal.

Diversas decisões judiciais estendem a extinção da punibilidade também para os casos de mero parcelamento do tributo sonegado, caso efetivado antes da denúncia.<sup>12</sup>

Também extrai-se da jurisprudência: “O parcelamento do débito tributário, após a vigência do art. 9º, caput, da Lei 10.684/03, constitui causa de suspensão da pretensão punitiva estatal durante o período em que o devedor estiver incluído no programa de recuperação fiscal. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal”.<sup>13</sup>

## 5. Pagamento do tributo e legislação comparada

Embora a legislação brasileira tenha forte inspiração na européia, não parece acompanhá-la inteiramente, entretanto, no que se refere à reparação do dano quanto aos crimes tributários.

A título meramente exemplificativo, seguem algumas referências:

A legislação alemã<sup>14</sup> prevê que, para os casos dos delitos do § 370 (defraudação fiscal) que configurem crime formal, ocorre a impunidade, desde que o autor do fato retifique ou complete os dados inexatos ou incompletos, ou comunique os dados omitidos, para as autoridades fiscais. No caso de crime material, com resultado em redução fiscal ou obtenção de vantagem, a impunidade só ocorrerá se o pagamento dos impostos defraudados se der um prazo fixado por lei.

12 A propósito: STJ, RHC 11.598-SC – Rel. Min. Gilson Dipp, 8.5.02 – Informativo STJ nº 133; HC 9909-PE, DJU, 13/12/99. Também: RHC 18688 / SC ; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2005/0185540-8. Relator Ministro FELIX FISCHER. Órgão Julgador QUINTA TURMA. Data do Julgamento 06/06/2006. DJ 14.08.2006 p. 302). No entanto, registra-se também a existência de decisões em sentido contrário (HC-STJ 20.828).

13 (HC 57445 / SP ; HABEAS CORPUS 2006/0077973-5. Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA . Órgão Julgador - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 03/08/2006. Data da Publicação/Fonte: DJ 04.09.2006 p. 314).

14 Ordenanza Tributaria Alemana (Abgabenordnung, 2000). Trad. Carla Schuster. Presentación Emilio Eiranova. Madrid: Colex, 2001.

O Código Penal espanhol<sup>15</sup>, no seu Título XIV, dispõe sobre os delitos contra a fazenda pública e contra a seguridade social (arts. 305-310). Com referência ao art. 305, que trata de defraudação contra a fazenda pública, a extinção de responsabilização penal é cabível pela regularização do débito tributário, desde que ocorra antes da notificação pela administração tributária, ou, que caso de ausência desta providência, antes que o Ministério Fiscal, o Advogado do Estado ou o representante processual da administração autonômica, foral ou local interponha denúncia ou queixa, ou ainda antes que o Ministério Fiscal ou o Juiz de Instrução realizem atuação formal. De forma semelhante ocorre a extinção quanto crime contra a Seguridade Social (art. 307.3) e no caso de delito para obtenção de subvenção ou ajuda da Administração pública (art. 308.4).

Tanto na Alemanha quanto na Espanha, observa-se como exigências para a concessão da extinção que o arrependimento posterior à consumação do crime (pagamento do débito) seja espontâneo e ocorra de forma integral. Segundo Eisele<sup>16</sup>, o sistema penal, desta forma, mantém coerência e é subsidiário com referência ao sistema tributário.

Na Itália, o art. 13 do Decreto Legislativo 20 março 2000, n. 74<sup>17</sup>, estabelece que o pagamento apenas serve como circunstância atenuante da pena, embora exclua a pena acessória, enquanto que o art. 14 prevê também como circunstância atenuante o caso de reparação do dano em caso de extinção por prescrição do débito tributário. Trata-se, sem dúvida, de tratamento mais rígido à criminalidade tributária, pois apenas concede a diminuição da pena aplicada, e não a exclusão da punibilidade.

Assim, pelo menos nos países acima mencionados, não se encontram as facilidades que a legislação brasileira permite para os crimes tributários já consumados.

---

15 MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). *Código penal y legislación complementaria*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2001.

16 EISELE, Andreas. A reparação do dano do direito penal tributário, p. 17.

17 Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74 – Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto ai sensi dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205. in PISANI, Michele; MANCINI, Alessandro. *Diritto penale tributario: profili applicativi della disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e I.V.A.*

## 6. A função do Direito Penal na proteção do bem jurídico tributário

O valor social e difuso que representa a ordem tributária determina que as condutas desviantes e ofensivas sejam abrangidas pela forma de proteção da *ultima ratio* pelo Estado, ou seja, pelo Direito Penal.

Como bem jurídico supra-individual, cujo valor cultural é reconhecido e assegurado pela hierarquia superior da normatização constitucional, justifica-se a ameaça da sanção punitiva penal para as condutas mais significativas de infração tributária.

Os crimes contra a ordem tributária, além do prejuízo imediato ao Erário (arrecadação), prejudicam a justa repartição da receita entre os entes federativos e obstaculizam a realização dos fins do Estado.

Talvez a principal função e justificativa da sanção penal (a prisão como pena principal) nos crimes tributários seja justamente a prevenção, geral e especial.

A pena funciona como coação psicológica e, lembrando a lição clássica de Feuerbach<sup>18</sup>, a sua cominação tem por objetivo a intimidação geral (todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas) e o objetivo de sua aplicação "*es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz)*."

Nesse sentido é que Muñoz Conde<sup>19</sup> argumenta que, como processo psicológico destinado a proteger os bens jurídicos penais, e como motivação de comportamentos nos indivíduos, o principal meio de coação jurídica é a pena. De todo modo, Muñoz Conde<sup>20</sup> adverte que o legislador penal, além do aspecto intimidativo, deve pensar também na valoração que os cidadãos têm a respeito dos comportamentos delitivos, na importância do bem jurídico afetado e na necessidade de se recorrer à pena quando não são suficientes outros tipos de sanções.

Com as benevolências da lei e da sua aplicação, notadamente ao se permitir expedientes como, por exemplo, o parcelamento dos débi-

---

18 FEUERBACH, Anselm V. *Tratado de derecho penal*. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1989. p. 61.

19 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Temis, 1999. p. 19-22.

20 Idem, p. 127.

tos dos tributos sonegados como exclusão de punibilidade, a função preventiva e de coação penal fica desprestigiada.

Aliás, percebe-se que o efeito penal é transformado em efeito meramente civil ou tributário, insuficiente para a eficaz proteção do bem jurídico tributário.

A propósito, não se desconhece as construções teóricas que procuram classificar o Direito Penal em categorias distintas, entendidas por Silva Sánchez<sup>21</sup> como “velocidades”, ou Hassemer<sup>22</sup>, que propõe um Direito Penal Administrativo (Direito de intervenção intermediário entre Direito Penal e Direito Administrativo), em que os critérios de imputação e de sanção na verdade estabelecem diferenças entre o tratamento da criminalidade concernentes ao modelo do Estado Liberal com relação ao modelo do Estado Social.

Ora, ao se evitar a punição penal com penas privativas de liberdade para a criminalidade típica do Estado Social (e da sociedade pós-industrial), em especial para os delitos fiscais, cria-se o risco de se dar mais relevância à criminalidade clássica, típica do Estado liberal. Assim, tais categorias diferenciadas poderiam também ferir a isonomia entre indivíduos, pois as classes econômicas mais privilegiadas teriam também um Direito Penal que as privilegia.

## 7. Considerações finais

Na linha de raciocínio aqui exposta, pode-se admitir algumas premissas que permitem, longe de constituírem conclusões últimas e apressadas, ao menos uma reflexão a respeito da conveniência - considerando-se a importância do bem jurídico a preservar, dos inúmeros benefícios e privilégios que aqueles que praticam e consumam crimes tributários.

O fato é ainda mais grave ao se considerar especialmente os crimes de sonegação fiscal tipificados pelo art. 1º da Lei 8.137/90, que tratam

---

21 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 159/162.

22 HASSEMER, Winfried. *Viejo y nuevo Derecho Penal*. In *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 67/72.

de condutas de fraude escancarada.

Não parece possível pretender que, como prevenção geral, se produza legislação punitiva penal ao tempo em que se produzem, com muito mais intensidade, mecanismos de exclusão de punibilidade para sonegadores, inclusive contumazes.

Os demais meios legais não são suficientes à efetiva preservação da ordem tributária, pois se sabe das dificuldades estruturais e da apreciação dos excessivos recursos na esfera administrativa, cuja demanda não é atendida pelas instâncias competentes.

Além disso, diversos benefícios fiscais têm sido concedidos àqueles que têm débitos tributários e, o que é mais grave, são estendidos inclusive àqueles cujos débitos são oriundos de prática criminosa de sonegação fiscal.

Se a concessão de extinção da punibilidade após a consumação do crime tributário já é, no mínimo discutível, o que dizer do mero parcelamento do débito, que em alguns casos também é causa de extinção, considerando-se que não há qualquer garantia do cumprimento das prestações.

A situação atual admite algumas preocupações:

a) existem duas categorias diferenciadas de criminalidade: a comum, cujo arrependimento posterior pela reparação do dano é tratada na forma do art. 16 do Código Penal, ou seja, como causa de diminuição de pena, e a criminalidade tributária, erigida a uma categoria especial e privilegiada;

b) a concessão de privilégios tributários, sem o caráter de exceção, fere a isonomia entre os contribuintes, pois àqueles que pagaram os tributos nos prazos e nas formas legais comuns a todos, além de não obterem as benesses de isenção de multas e de pagamentos a longo prazo, sentem-se desprestigiados pelo próprio Poder Público;

c) a sanção penal perde sua característica intrínseca de coação psicológica e transforma-se em sanção meramente de cunho reparatório ou de cobrança de débitos (aliás, sem eficácia);

d) os privilégios concedidos à criminalidade econômica, em especial à tributária, ferem a isonomia entre as pessoas pertencentes às classes econômicas distintas e, por conseqüência, o princípio da igualdade;

e) a condescendência com àqueles que consumam crimes tributários por meio da extinção da punibilidade, ainda mais como regra geral, quando ocorre o pagamento e/ou o parcelamento do débito, enfraquece os meios coercitivos do Estado e fragiliza a proteção do bem jurídico tributário;

f) tal ordem de coisas afeta o caráter de prevenção da legislação punitiva penal, estimula a sonegação e demonstra a fragilidade do Estado face à criminalidade tributária.

É razoável, então, pensar-se em alternativas a fim de auxiliar na proteção da destinação constitucional da ordem tributária. Como mera sugestão, apresenta-se inicialmente os seguintes temas para discussão:

a) a redefinição das condutas previstas no art. 1º da Lei 8.137/90 de crimes materiais para crimes formais;<sup>23</sup>

b) a não concessão do benefício de extinção da punibilidade quando o pagamento ou parcelamento ocorrer após a instauração da ação penal;

c) como regra geral, o pagamento do débito correspondente a crime tributário somente pode constituir extinção de punibilidade se ocorrer antes do início do procedimento administrativo-fiscal;

d) nos demais casos, que seja tratado na forma prevista no art. 16 do Código Penal, ou seja, que o arrependimento posterior com a reparação do dano, ou mesmo com o parcelamento, seja causa de diminuição de pena.

---

23 Sem embargo das diferenças históricas e políticas, tal problema também foi enfrentado na Itália. Em 1982, modificando a legislação penal tributária anterior, que definia as condutas como crime de evasão, ou seja, ocorriam com a efetiva supressão ou redução, e portanto, com sujeição ao lançamento do tributo, a Lei 516/82 alterou a definição típica para considerar o crime como de mera conduta.

## Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 1014 p.

EISELE, Andreas. A reparação do dano do direito penal tributário. In SALOMÃO, Heloisa Estellita (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 17-30.

FEUERBACH, Anselm V. *Tratado de derecho penal*. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal; parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

HASSEMER, Winfried. *Viejo y nuevo Derecho Penal*. In Persona, mundo y responsabilidad. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Temis, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-jurídico penal e constituição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 103 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 351 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do crime*. São Paulo: Acadêmica, 1993. 104 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro; parte geral*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 888 p.



## ARGUMENTOS VITIMOLÓGICOS NA SONEGAÇÃO FISCAL E IMPUTAÇÃO OBJETIVA<sup>1</sup>

Andreas Eisele

*Professor da Univali e da Escola do Ministério Público e  
Promotor de Justiça Promotor de Justiça - SC*

Sumário: 1 Introdução – 2 Delimitação do problema – 3 Considerações sobre a imputação objetiva – 4 Crítica à proposta objeto da presente análise – 5 Conclusões.

### 1 Introdução

Os sistemas penais da atualidade apresentam um grau de complexidade extremamente amplo e profundo, não apenas no que se refere ao conteúdo dos interesses tutelados e às formas de controle e intervenção penal, como também à sua racionalidade teórica, que resulta na criação de instrumentos operacionais sofisticados.

Essa complexidade é uma característica das sociedades atuais, cuja composição cultural e relações políticas internas implica a necessidade de contextualizações extremamente sutis.

Por esses motivos, a análise dos institutos jurídicos exige um profundo grau de contextualização, para evitar a formulação de propostas tecnicamente inadequadas.

---

1 Os fundamentos e conclusões apresentados no presente trabalho correspondem à posição adotada pelo Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Um exemplo das conseqüências que a desconsideração de tal complexidade pode acarretar pode ser identificado na utilização de critérios de imputação objetiva para excluir a intervenção penal do Estado em relação a uma determinada espécie de crime, motivada por uma valoração da atuação da vítima.

No presente trabalho será analisada a formulação de uma proposta com tal teor, elaborada de forma genérica no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, a qual desconsidera inclusive o conceito de bem jurídico coletivo de titularidade complexa e, portanto, de vítima no contexto da criminalidade do Estado Social.

## **2 Delimitação do problema**

A questão colocada consiste na necessidade de identificar se a atuação estatal de concessão reiterada de benefícios fiscais para sujeitos que praticaram evasões tributárias anteriormente (para facilitar a cobrança dos créditos respectivos), de modo a criar a expectativa de que tais benefícios sejam concedidos futuramente de forma periódica, pode ser considerado de forma ampla (ou seja, de modo genérico para abranger todas as situações em que se implemente uma evasão tributária) como uma causa do comportamento do sujeito passivo da obrigação tributária que não satisfaz a prestação respectiva.

Em conseqüência de tal situação, partindo da consideração de que essa atuação estatal (identificando-se o Estado como a vítima de tal delito) seria um comportamento “leniente” que “estimularia” a prática de evasões tributárias, se propõe a utilização dos recursos operacionais que definem a imputação objetiva do resultado na teoria do delito para excluir a relevância penal do comportamento do sujeito que implementa uma evasão tributária correspondente a um crime contra a ordem tributária.

## **3 Considerações sobre a imputação objetiva**

As teorias de imputação são explicações mediante as quais se pretende justificar e sistematizar critérios para atribuir responsabili-

dade pela implementação de um evento (também denominado como resultado no âmbito do senso comum teórico) a uma pessoa que realiza uma conduta.

Trata-se de um método de definição da responsabilidade pessoal no âmbito da tipicidade que, adicionalmente à aferição do nexos causal, viabiliza a classificação do evento como uma obra do sujeito que realizou a conduta.

Como esclarece Jescheck, além da identificação de uma conduta, um evento e um nexos de causalidade (nos delitos comissivos), são utilizados critérios normativos para individualizar os demais fatores relevantes que definem a responsabilidade do sujeito (que realizou a conduta) pela implementação do evento.<sup>2</sup>

O paradigma teórico adotado na modernidade por Liszt e Beling para estabelecer a relação jurídica entre a conduta e o evento partia da dissociação de dois âmbitos de imputação, sendo um deles composto por elementos de configuração objetiva e o outro por aspectos de natureza subjetiva.

No âmbito objetivo o critério de imputação do resultado foi estruturado com base nas leis de causalidade da mecânica newtoniana. Conforme este critério, para a definição da tipicidade do fato deveria ser aferido o nexos causal entre a conduta e o evento.<sup>3</sup>

Paralelamente, as características da configuração subjetivo-anímica da conduta, consistentes na intenção ou assunção do risco de implementação do evento, caracterizadora do dolo, e na forma imprudente de realização do comportamento, configuradora da “culpa”, estabeleceriam a imputação subjetiva da responsabilidade do sujeito pela implementação do evento causado por sua conduta no âmbito da configuração de sua culpabilidade.<sup>4</sup>

Dessa forma, o nexos causal entre a conduta e o evento determinava

---

2 JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte general. 4. ed. (trad. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis) Granada: Comares, 1993, p. 250.

3 LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. (trad. DUARTE PEREIRA, José Hygino) Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, p. 200/202; BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**. (trad. SOLER, Sebastian) Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 60/67.

4 LISZT, Franz von. **Tratado...** p. 250/251-270/272-290/291; BELING, Ernst von. **Esquema...** p. 29/30-35/36.

a tipicidade do fato e o dolo e a culpa a culpabilidade, sendo dissociados os âmbitos objetivos e subjetivos do fato.

Essa concepção foi objeto de críticas devido ao fato de que, como a limitação da responsabilidade subjetiva pelo evento em decorrência da aferição do dolo e da “culpa” somente seria realizada no âmbito da culpabilidade, todos os fatos constitutivos de fatores relacionados com o evento por nexos de causalidade, ainda que remota, deveriam ser classificados como típicos, mesmo que somente seja considerada como causa a condição sem a qual o evento (resultado) não teria ocorrido da forma como se implementou.

Conseqüentemente, a conduta do fabricante de um garfo utilizado por alguém para a prática de um crime de homicídio deveria ser classificada como típica, mesmo que o fabricante desconhecesse tal fato posterior, sendo sua responsabilidade excluída somente no âmbito da culpabilidade, ao ser aferido o dolo e a “culpa” em sua conduta.

Nesse contexto, o fabricante teria “matado alguém”, sem que sua conduta estivesse justificada por qualquer excludente de ilicitude (de modo a configurar um fato típico e antijurídico e, portanto, ilegal), embora seu comportamento não fosse culpável.

Com a formulação da proposta teórica finalista vislumbrou-se uma possibilidade de solução de tal problema.

O finalismo é uma concepção teórica elaborada desde o paradigma filosófico idealista kantiano,<sup>5</sup> conforme o qual o conhecimento é uma construção intelectual do sujeito (transcendental) e não a mera identificação analítica das características do objeto.

A partir dessa premissa epistêmica, Welzel afirmou que o que confere sentido à conduta não são as características empiricamente aferíveis (objetivas) da atuação do sujeito, mas sua representação intelectual (anímica), pelo agente que praticou o comportamento.<sup>6</sup>

Essa premissa foi transformada em uma concepção fenomenológica, conforme a qual não necessariamente se considera como conduta o que o sujeito realiza objetivamente, mas aquilo que ele representa

---

5 WELZEL, Hans. *Causalidad y acción*. In **Estudios de Derecho Penal**. (trad. ABOSO, Gustavo Eduardo; LÖW, Tea) Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 122/124.

6 WELZEL, Hans. *Causalidad...* p. 141.

para si psiquicamente como atuação exterior, pois a ação humana é concebida como o exercício de uma atividade conscientemente dirigida a uma finalidade.<sup>7</sup>

Devido a esta concepção, a consciência e a vontade seriam elementos componentes da conduta, pois a finalidade determinaria o conteúdo significativo do comportamento,<sup>8</sup> motivo pelo qual para a aferição da tipicidade desta seria necessária a consideração do dolo<sup>9</sup> e, dessa forma, o evento não seria imputado a quem realizasse condutas que não estivessem com ele subjetivamente relacionadas.

Essa construção teórica permitiria classificar como atípica a conduta do sujeito que não agisse dolosamente e, no exemplo anterior, excluiria de tal âmbito a conduta do fabricante do garfo.

Independentemente dos problemas decorrentes da concepção fenomenológica (tanto em relação aos delitos praticados mediante conduta imprudente na forma inconsciente quanto no que se refere à dificuldade para a dissociação entre tentativa e consumação), a concepção finalista não resolveu de forma completa os problemas dos limites da imputação, pois não fornece instrumentos suficientes para formular uma solução para as hipóteses em que o sujeito realiza uma conduta socialmente adequada em sua configuração objetiva, que implementa um evento típico (devido à relação causal entre ambos) de forma intencional.

O exemplo paradigmático dessa hipótese é o do “tio rico”, o qual possui diversas variações fundamentais, dentre as quais serão indicadas duas na presente exposição.

Conforme a primeira, um sobrinho que é o único herdeiro de um tio rico, considerando a estatística de acidentes aéreos, lhe estimula a realizar viagens de avião na expectativa de que em uma dessas viagens ocorra um acidente e o tio morra, o que efetivamente ocorre. Em uma outra versão, o aludido sobrinho, considerando a estatística de incidência de raios em um determinado parque, incentiva o tio a passear

---

7 WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal**. (trad. CEREZO MIR, José) Buenos Aires: BdeF, 2001, p. 41.

8 WELZEL, Hans. **El nuevo...** p. 45.

9 WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte general. 11.ed. 4. ed. castellana. (trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; YÁÑEZ PÉREZ, Sergio) Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 72/74.

pelo local com a esperança de que um raio o atinja mortalmente, o que ocorre de fato.

Nessas hipóteses, existe nexos causal entre a conduta e o evento e a conduta é finalisticamente orientada para aquele, motivo pelo qual deve ser classificada como dolosa. Dessa forma, o comportamento seria típico e seria necessário concluir que, em termos de tipicidade penal, o sobrinho “matou” o tio, ou seja: “alguém”.

Porém, os comportamentos de estimular alguém a viajar de avião ou incentivar uma pessoa a passear em um parque são socialmente irrelevantes no âmbito penal.

As principais propostas apresentadas para solucionar tal problema foram as chamadas “teoria da adequação” e “teoria da relevância”.

O núcleo da idéia que orienta ambas as propostas consiste no emprego de critérios valorativos para definir, dentre o conjunto de fatores causais identificados pelo recurso da eliminação hipotética (*conditio sine qua non*), quais causas são ou não juridicamente relevantes em relação ao evento.

Conforme a teoria da adequação, defendida por Welzel, os comportamentos socialmente tolerados devido à implementação de uma esfera de risco permitido (aferido conforme parâmetros culturais de convivência) não integrariam o âmbito de proibição da norma, motivo pelo qual deveriam ser excluídos do âmbito do tipo.<sup>10</sup>

Dessa forma, os comportamentos socialmente adequados, que estivessem contextualizados em uma esfera de risco permitido, admitido culturalmente nas relações sociais, estariam excluídos do âmbito da proibição da norma e, conseqüentemente, do tipo (pois este define condutas proibidas ou obrigatórias).

Nos termos da teoria da relevância exposta por Mezger, deve ser formulada uma valoração das causas do evento, de modo a classificá-las como juridicamente significativas ou não.<sup>11</sup>

Como esclarece Wessels, o critério para a aferição da referida significância seria a finalidade da norma, considerada de forma específica

---

10 WELZEL, Hans. *El nuevo...* p. 84/89.

11 MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. tomo I. 2. ed. (trad. RODRIGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo) Madrid: Revista de Derecho Privado, s/ data, p. 221/230.

em relação a cada modalidade típica,<sup>12</sup> o que assemelha tal critério à teoria da adequação.

Assim, para a definição da responsabilidade pelo evento, além do critério empírico-naturalístico da causalidade, seriam empregados critérios jurídicos de conteúdo valorativo para a atribuição (imputação) do evento ao sujeito, que limitariam o âmbito estabelecido pela utilização do primeiro critério.

Estas propostas, que poderiam solucionar o problema dos limites da imputação objetiva do evento (a segunda, inclusive, independentemente dos aportes do finalismo à concepção causal mecanicista), viabilizaram a utilização de critérios valorativos na definição da tipicidade do fato, o que criou condições para a formulação de propostas de análise normativa de diversos aspectos da responsabilidade penal neste âmbito da teoria do delito (qual seja: a tipicidade).

Ao instituto jurídico que é formado por este conjunto de critérios de análise se denomina “imputação objetiva”.

O grupo de critérios classificados como integrantes de uma categoria denominada como imputação objetiva foi elaborado a partir das considerações das teorias da adequação e relevância que, juntamente com a causalidade e os vínculos subjetivos entre a conduta e o evento, têm como finalidade definir em que hipóteses deve ser atribuída responsabilidade pelo evento ao sujeito que realizar a conduta.

Esta definição decorre da especificação do evento (resultado) como “obra” do sujeito. Portanto, seu objeto é a individualização, dentre os fatores causais, de qual aspecto determinou significativamente a realização do evento, o que é definido conforme critérios de valoração sócio-cultural. Ou seja, a quem o evento será atribuído como sua “obra”.

Como esclarece Jescheck, trata-se de uma concepção teórica ainda em elaboração, que não foi completamente assimilada pelo senso comum teórico devido à indefinição sobre sua composição específica.

Não obstante, no âmbito da teoria jurídica foram apresentadas diversas propostas com diferentes conteúdos (critérios que deveriam integrar a referida categoria) e estrutura teórica (sistematizações opera-

---

12 WESSELS, Johannes. **Direito Penal**. Parte geral. (trad. TAVARES, Juarez) Porto Alegre: saFe, 1976, p. 44.

cionais na teoria do delito), formuladas a partir da idéia central de que a responsabilidade pelo evento somente deve ser atribuída a um sujeito que realizar uma conduta que tenha criado um risco proibido (situação de perigo para o bem jurídico) e este risco tenha se materializado no evento típico (resultado).<sup>13</sup>

A proposta mais difundida no âmbito teórico que adota a racionalidade clássica no Direito Penal (ou seja, a formulada a partir do paradigma sociológico do indivíduo), seja em sua concepção causal-naturalística, seja conforme os postulados do finalismo, é a sintetizada por Roxin.

Sua formulação parte da premissa de que para que se possa imputar um evento como “obra” de um sujeito que realizou uma conduta relacionada com aquele pelo nexó de causalidade, devem ser considerados aspectos adicionais de conteúdo normativo (ou seja, formulados conforme juízos de valor).

Dessa forma, a causalidade seria uma condição necessária, mas não suficiente para imputar objetivamente o evento ao sujeito como “obra sua”,<sup>14</sup> de modo que os critérios para a definição da imputação na verdade viabilizam a exclusão e não a inclusão de situações no âmbito da tipicidade.

Para definir tal imputação são propostos diversos critérios, orientados a identificar a criação de um risco proibido e a realização do evento em decorrência desse risco,<sup>15</sup> pois nas situações em que não se configurem estes requisitos, o evento não deve ser imputado ao sujeito.

No âmbito da implementação do perigo (não permitido) ao bem jurídico são indicados os seguintes critérios,<sup>16</sup> como hipóteses que devem excluir a imputação:<sup>17\*</sup>

---

13 JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado...** p. 258.

14 ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. tomo I. 2. ed. reimp. (trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; VICENTE REMESAL, Javier de) Madrid: Civitas, 1999, p. 349/350.

15 ROXIN, Claus. **Derecho...** p. 363.

16 ROXIN, Claus. **Derecho...** p. 365/373.

17 \* Dentre os critérios é indicada a exclusão dos cursos causais hipotéticos que poderiam implementar o evento independentemente da conduta do sujeito. Porém, este critério não será relacionado no presente tópico por não ser um aspecto que exclui a imputação, mas sim um recurso teórico para impedir tal exclusão.

a) a diminuição do risco (pela atuação do sujeito que causa um evento que lesiona o bem jurídico em uma intensidade ou extensão inferior à que provavelmente ocorreria se o sujeito não tivesse atuado);

b) a não criação de um perigo proibido, devido à adequação social da conduta, do que decorre que o risco implementado pelo comportamento é considerado permitido (tolerado) no âmbito das relações sociais.

No âmbito da realização do evento em decorrência do risco implementado pela conduta, são indicados<sup>18</sup> os seguintes critérios:<sup>19\*\*</sup>

a) a implementação do evento em decorrência de uma causa superveniente e não do risco causado pela conduta do sujeito;

b) a implementação do evento, não em consequência específica e direta do perigo causado pela conduta, mas de outros fatores;

c) a implementação do evento devido a um fator alheio ao âmbito de proteção da norma.

Embora o critério da diminuição do risco possa ser substituído pela análise da causa justificante de exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade; a questão do risco permitido seja um elemento do critério da adequação social, e as questões relativas ao significado dos fatores causais diversos do implementado pelo sujeito (assim como a esfera de perigo diretamente relacionada com este) e a consideração do âmbito de proteção da norma correspondam ao objeto de análise do critério da relevância, a intenção de especificar os aspectos que definem o âmbito de proteção da norma levou Roxin a incluir outros critérios adicionais para a configuração da categoria operacional correspondente à imputação objetiva.

Tais critérios são:<sup>20</sup>

a) a cooperação em uma auto-colocação em perigo;

b) a colocação em perigo de outro aceita por este;

---

18 ROXIN, Claus. **Derecho...** p. 373/386.

19 \*\* Dentre os critérios é indicada a conduta alternativa conforme o Direito e o incremento do risco. Porém, tal critério não será relacionado no presente tópico porque (similarmente ao que ocorre no caso dos cursos causais hipotéticos) não se trata de um aspecto que exclui a imputação, mas que obsta tal exclusão.

20 ROXIN, Claus. **Derecho...** p. 387/402.

c) a atribuição ao âmbito de responsabilidade alheia.

No primeiro caso, o sujeito auxilia a alguém que realiza uma conduta em conseqüência da qual é lesionado um bem jurídico pertencente ao próprio autor da conduta. Conforme este critério, o auxiliar não seria responsável pela conduta do sujeito que se auto-lesionou, pois a conduta que implementa o evento de forma direta foi realizada pela própria vítima. Trata-se de uma derivação específica do critério denominado como “teoria da relevância”.

O segundo critério é utilizado para as situações em que a vítima consente expor-se a um perigo, assumindo assim o risco da lesão de seu bem jurídico. No âmbito técnico não haveria nenhum problema em considerar tal circunstancia no âmbito da culpabilidade para, a partir da reprovabilidade da conduta, considerar o grau de tolerância do comportamento, pois pode ser que o comportamento do sujeito que expõe a vítima ao perigo (consentido) seja ilícito. Portanto, trata-se de um critério cuja inclusão no âmbito da imputação objetiva não traz vantagens estruturais à teoria do delito.

Embora possa ser de difícil dissociação os casos referidos ao primeiro e ao segundo critério, o segundo se utiliza essencialmente em crimes praticados mediante imprudência (pois o sujeito somente consente em expor-se ao perigo, mas não a sofrer as conseqüências do evento ou resultado), enquanto o primeiro abrange, além desta modalidade delitiva, a dolosa.

O terceiro critério exclui a responsabilidade pelo evento quando a situação de fato passa a ser dominada pela esfera de atuação de um terceiro, também configurando uma derivação específica do critério conhecido como “teoria da relevância”, cuja aplicação incidiria, primordialmente, nos casos de implementação de causas supervenientes.

Não obstante a classificação de Roxin seja produto de uma síntese teórica, não há um acordo de sentido comum relativo a quais critérios devem ser utilizados para estabelecer o limite da hipótese típica a partir do âmbito definido pela relação causal entre a conduta e o evento nos crimes materiais praticados na forma comissiva.

Porém, há uma tendência ao reconhecimento da necessidade de definição de alguns critérios para tal finalidade, de modo que se pode aludir a um senso comum teórico relativo à existência de uma categoria

denominada como “imputação objetiva” no âmbito da tipicidade, sem, contudo, que haja uma definição referente a seus elementos componentes.

Na tentativa de sintetizar uma possibilidade de senso comum no âmbito da ciência jurídica alemã, Jescheck relaciona, dentre os instrumentos considerados adequados para a definição da imputação objetiva do resultado, os seguintes critérios:<sup>21</sup>

a) a diminuição do risco, implementada quando o comportamento do sujeito dá causa a um evento para evitar a ocorrência de outro mais grave;

b) a realização de um risco permitido, correspondente à conduta socialmente irrelevante;

c) a implementação do evento por um fator alheio ao risco diretamente produzido pelo sujeito;

d) a irrelevância do risco causado, em hipóteses nas quais o evento ocorreria mesmo que o perigo não tivesse sido implementado pela conduta.

Porém, como o próprio Jescheck reconhece, por se tratar de uma categoria em elaboração cujos elementos não estão suficientemente definidos e sistematizados, os argumentos que sustentam ou criticam qualquer proposta são necessariamente polêmicos.<sup>22</sup>

---

21 JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado...** p. 258/260.

22 Os critérios de imputação objetiva são alguns dos principais recursos utilizados para definir a responsabilidade penal na concepção teórica do Direito Penal de base funcional-sistêmica. O motivo dessa prevalência metodológica deve-se ao fato de que tal paradigma teórico altera completamente os conceitos e a estrutura sistemática da teoria do delito, normativizando seus elementos conforme uma perspectiva macrosocial. Porém, não se deve confundir os conceitos de imputação objetiva e funcionalismo sistêmico, pois, embora aquele recurso teórico seja empregado nesta concepção da ciência jurídica, não é um instrumento exclusivo desta e, inclusive, em tal contexto assume uma configuração distinta. Como a concepção funcional sistêmica não é adotada no âmbito do senso comum pelos operadores jurídicos no Brasil, não será realizada uma análise de sua configuração no presente trabalho (o que desviaria o enfoque objetivo deste texto, devido à amplitude e complexidade do tema incidental), mesmo porque a tese a ser criticada não foi elaborada com base em tal paradigma científico.

#### 4 Crítica à proposta objeto da presente análise

Os critérios de imputação objetiva devem ser aplicados para definir, dentre o complexo de fatores causais que determinaram o evento típico, a quais deve ser atribuída relevância jurídica, de modo a identificar as relações em decorrência das quais poderá ser imputada responsabilidade penal.

Portanto, a identificação da relação causal entre um fator determinado e o evento típico é um pressuposto metodológico para a adequação da utilização de tais critérios.

Esta identificação deve ser aferida de forma concreta em cada situação específica, e não presumida de forma genérica.

Para tanto, deve ser empregado o método de eliminação hipotética da causa e formulada a conclusão da probabilidade de ocorrência do evento, conhecido como critério da condição, descrito no art. 13, *caput*, do Código Penal como a circunstância sem a qual o evento não teria ocorrido (*conditio sine qua non*).

No caso concreto, o fator indicado como causa da evasão é a perspectiva de o sujeito obter futuramente um benefício para o pagamento do débito tributário, implementada devido ao fato de que no passado outros sujeitos passivos de obrigações tributárias foram beneficiados dessa forma. Como tal perspectiva é considerada uma consequência da atuação estatal consistente na concessão reiterada de benefícios fiscais a inadimplentes, tal atuação estatal seria considerada uma causa da evasão.

Para se concluir que a atuação do Estado é causa da evasão deve ser considerado que se não houvessem sido concedidos benefícios de moratória (inclusive na modalidade de parcelamento) ou anistia a devedores de tributos no passado de forma reiterada, o sujeito não teria deixado de cumprir a prestação da obrigação tributária.

Ou seja, deve-se imaginar que se fosse eliminada hipoteticamente a causa (concessão reiterada de benefícios fiscais a inadimplentes), desapareceria a consequência (evasão praticada pelo sujeito passivo da obrigação tributária).

Existem diversos instrumentos para aferir tal relação, dentre os quais podem ser indicados os seguintes:

a) identificar a partir de que momento o Estado passou a conceder tais benefícios de forma reiterada aos inadimplentes, e verificar se antes da implementação de tal prática estatal também houveram casos de evasão, pois se fossem confirmados casos de evasões tributárias anteriormente à adoção de tal prática estatal, esta não seria uma “causa sem a qual o evento não teria ocorrido”;

b) aferir de forma individualizada se todos os sujeitos que realizaram evasão tributária o fizeram devido à referida prática estatal, pois se alguns deles implementaram a conduta independentemente das concessões reiteradas de benefícios fiscais aludida, tal aspecto não configuraria nestes casos uma “causa sem a qual o evento não teria ocorrido”;

c) verificar se em outros Estados da Federação ou mesmo em outros Estados Nacionais em que não há tal prática por parte do sujeito ativo da obrigação tributária também ocorrem evasões, pois se em tais Estados também ocorrerem evasões, a atuação estatal indicada não é uma “causa sem a qual o evento não teria ocorrido”;

As possibilidades são inúmeras, mas fundamentalmente deve ser identificado se com a eliminação da atuação estatal indicada subsiste algum caso de evasão porque se isso ocorrer há comprovação empírica de que tal evento se implementou independentemente do fator que se supõe ser sua “causa”.

Não obstante a multiplicidade de possibilidades, qualquer um dos três métodos anteriormente propostos é suficiente para demonstrar que a atuação estatal, no caso, não é “causa” da evasão, pois seria muito fácil identificar a subsistência de situações caracterizadoras de evasões em qualquer um dos três contextos indicados.

Ademais, para confirmar o nexo causal entre a atuação estatal e a evasão seria necessário identificar, nos casos de cumprimento regular das prestações tributárias, qual o fator superveniente que impediu o resultado, pois se o aspecto indicado como causa (atuação estatal) incide de forma genérica em relação a todas as obrigações tributárias, o fato de terem havido situações nas quais, não obstante a presença de tal fator causal geral, o sujeito passivo da obrigação tributária recolheu o tributo (que inclusive provavelmente superam numericamente o número de evasões, pois a regra é o recolhimento dos tributos), implica a necessidade de identificação de um curso causal posterior que modificou o curso implementado por aquele fator que, sendo causal, deveria acarretar a

ocorrência do evento (evasão).

Tais argumentos demonstram de forma suficiente que a tese proposta é inadequada, pois parte de um conceito equivocado de imputação objetiva e utiliza um método inidôneo para a aferição do nexo da causalidade (o qual é um requisito para a incidência dos critérios de definição de tal imputação).

A equivocidade conceitual decorre do fato de serem confundidos os fatores causais com os motivos que determinam o sujeito à prática da conduta, e a inidoneidade metodológica consiste na aferição das relações causais de forma genérica, considerando-se todos os fatos típicos ocorridos e não as características específicas de cada conduta individualmente considerada.

Na verdade, a atuação estatal aludida é apresentada como um “motivo” que poderia ter levado o sujeito à prática da evasão (talvez considerado equivocadamente como uma “causa” devido à utilização de tal termo em uma concepção semântica metafórica e, portanto, atécnica).

Porém, tanto as relações causais como os motivos não podem ser presumidos de forma genérica para grupos de situações sem serem consideradas as características peculiares de cada fato, individualmente aferido.

Ou seja, os motivos (assim como as relações de causalidade) devem ser analisados de forma individualizada e específica, considerando-se as peculiares características de cada situação fática e não presumidos de forma geral.

Porém, independentemente da ausência de identificação e demonstração concreta do motivo nas situações concretas abrangidas pela tese criticada, é relevante analisar quais seriam os efeitos de tal motivo, se em alguns dos casos considerados fosse demonstrada de forma real e efetiva sua incidência.

Tratando-se de um motivo, sua análise estrutural na teoria do delito deve ser realizada no contexto da culpabilidade respectiva, pois afeta a reprovabilidade da conduta,<sup>23</sup> cuja aferição tem conteúdo ético

---

23 A outra forma mediante a qual os motivos são relevantes na definição do delito é a hipótese de haver uma previsão típica específica, como é o caso da forma de homicídio qualificada pelo motivo fútil (art. 121, § 2º, II, do Código Penal), por exemplo. Como na hipótese tratada no presente trabalho não existe tal previsão típica específica, não será desenvolvido o argumento correspondente, por ser considerada desnecessária tal excursão.

e portanto natureza normativa, conforme a proposição de Frank.<sup>24</sup>

Esta é a solução adotada no ordenamento jurídico brasileiro, o qual contém diversas normas que regulamentam a análise da reprovabilidade dos motivos no âmbito da culpabilidade.

Excluídas as hipóteses nas quais os motivos integram o tipo como elementares (seja da modalidade típica simples, seja da qualificada), existem duas formas fundamentais de incidência dos efeitos dos motivos na definição da responsabilidade penal do sujeito.

A primeira é a exclusão completa da reprovabilidade do fato e conseqüente responsabilidade penal do sujeito, que somente é prevista no Código Penal em casos de coação irresistível, nos termos do art. 22 do referido código.

A segunda é a consideração normativa do significado ético-social (cultural) de tais motivos para a realização de um dimensionamento da reprovabilidade do fato e a quantificação da pena conforme critérios de proporcionalidade.

Existem três contextos nos quais é realizada a aferição de tal reprovabilidade para a definição de tal proporcionalidade e fixação da pena respectiva:

a) o primeiro corresponde à disposição relativa às circunstâncias judiciais relacionadas no art. 59, “caput”, do Código Penal, que estabelece que o juiz deve considerar os motivos do crime para fixar a pena;

b) o segundo consiste na regulamentação das circunstâncias legais agravantes e atenuantes, como é o caso, respectivamente, do motivo fútil ou torpe indicado no art. 61, II, “a”, e do motivo de relevante valor social ou moral previsto no art. 65, III, “a”, ambos do Código Penal;

c) o terceiro corresponde à previsão de causas de aumento ou diminuição de pena, de que são exemplos: o dispositivo do art. 121, § 1º do Código Penal, cujo conteúdo contempla os motivos de relevante valor social ou moral como aspectos que acarretam a diminuição da pena no delito de homicídio; e a regra veiculada pelo art. 122, parágrafo único do mesmo código, em que o motivo egoístico acarretará o aumento da pena relativa ao crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio.

---

24 FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. (trad. EDUARDO ABOSO, Gustavo; LÖW, Tea) Buenos Aires: B de F, 2000, p. 39.

Estas normas jurídicas que regulamentam os motivos tratam do dimensionamento da reprovabilidade do fato, o que corresponde à definição de sua culpabilidade, e servem de critério para a aplicação da pena, como explica Fragoso.<sup>25</sup>

Portanto, na legislação penal os efeitos jurídicos dos motivos são regulamentados de forma específica e, salvo no caso de coação irresistível, a reprovabilidade respectiva pode afetar a quantidade de pena a ser aplicada, mas não excluir a responsabilidade do sujeito.

Dessa forma, a atuação estatal indicada na tese analisada no presente trabalho deve ser considerada um motivo (pois não é uma “causa” a ser aferida conforme critérios de imputação objetiva) em relação à prática do fato típico e, caso seja comprovada a ocorrência concreta de tal motivo em uma situação determinada (o que não pode ser presumido de forma genérica), seus efeitos não podem extrapolar o âmbito das circunstâncias judiciais a serem consideradas na primeira fase de aplicação de pena, pois não há previsão legal específica relativa a seus efeitos em outro instituto penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, é relevante analisar o conteúdo e a configuração do motivo alegado.

O fator que se imagina ter motivado a prática das condutas configuradoras de evasões tributárias penalmente tipificadas indicado é considerado um comportamento “leniente” da suposta vítima.

Dessa forma, se supõe que o sujeito passivo da obrigação tributária decidiu praticar o comportamento típico porque o Estado concedeu facilidades para o pagamento de tributos a outros devedores que anteriormente praticaram condutas similares, criando a expectativa de tal benefício ser concedido futuramente ao mesmo.

Para a análise do argumento é necessário definir dois aspectos, quais sejam:

- a) o conceito de vítima nos crimes contra a ordem tributária;
- b) as conseqüências jurídicas da influência do comportamento da vítima quando esta configura um motivo que determina o sujeito ativo do crime à prática da conduta.

---

25 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 408/409.

Existem duas perspectivas mediante as quais se define o sujeito passivo dos crimes contra a ordem tributária. Cada qual parte de uma perspectiva ideológica distinta, determinada por uma opção política anterior, e devido a essa diferença de paradigma os conceitos formulados também são diversos.

A primeira delas tem como referente o modelo político liberal de Estado e concebe a relação tributária em uma configuração meramente econômica.

Nesse contexto, a análise do interesse do Estado é limitada ao conteúdo da prestação tributária correspondente a um crédito, de modo que a evasão implementaria um prejuízo de natureza econômica, pois o bem jurídico é identificado com o tributo em sua acepção de valor monetário.

Essa perspectiva adota a racionalidade do Direito Privado para conceber a relação entre o Estado e o indivíduo em uma acepção bilateral igualitária, identificando o Estado somente como uma pessoa jurídica, sem considerar qualquer interesse subjacente à sua existência ou atuação.

A segunda perspectiva mediante a qual é possível a identificação do sujeito passivo nos crimes contra a ordem tributária é a orientada ideologicamente pelo modelo social de Estado.

Trata-se de uma concepção conforme a qual se amplia o conceito de interesse público para abranger em tal contexto, além das finalidades institucionais do Estado, as expectativas sociais de atuação estatal.

Essa concepção é uma característica dos modelos de Estado Social e Democrático de Direito contextualizados em uma sociedade pós-industrial, em que ao Estado é atribuída a função de satisfação de interesses coletivos e difusos.

Nesse contexto, como a evasão tributária afeta não apenas o Estado institucionalmente considerado em seu direito de crédito, como também a sociedade beneficiária da atuação estatal a ser implementada com a receita pública em seu direito às prestações sociais, o conceito de bem jurídico (e, conseqüentemente, o de seu titular ou vítima) é ampliado para abranger tal complexidade.

Dessa forma, a evasão tributária afetaria a uma gama de interesses

de titularidade concorrente que em seu aspecto formal (econômico) e direto corresponde ao Estado e em seu aspecto material (representado pelas prestações a serem implementados pela aplicação dos recursos componentes da receita tributária) e indireto é referenciado à sociedade.

Esta relação é explicada por Arroyo Zapatero<sup>26</sup> a partir das considerações de Sainz de Bujanda,<sup>27</sup> que define o patrimônio público em uma dimensão dupla, dissociando um aspecto correspondente à arrecadação e um outro correspondente à aplicação (despesa) da receita. Desse modo, a evasão afetaria não apenas a receita como, igualmente, a despesa, impedindo o Estado de cumprir suas funções sociais.

Como o modelo político definido na Constituição Brasileira corresponde ao Estado Social, deve ser adotada a segunda concepção dentre as indicadas, para compatibilizar os conceitos de Direito Penal com o modelo político constitucionalmente definido.

Na proposta objeto da presente crítica, a definição da vítima nos crimes contra a ordem tributária foi limitada ao Estado institucionalmente considerado.

Trata-se de uma proposição politicamente ilegítima e, portanto, tecnicamente inadequada, utilizada como premissa do argumento, pois a atuação que se supôs ser o motivo da prática da conduta típica teria sido praticada pelo Estado e não pela sociedade.

Assim, a contextualização do conceito de vítima de tal crime no modelo constitucional brasileiro demonstra que, embora o Estado seja uma das vítimas do crime em questão, não é a única.

Não obstante, ainda que se admita que a atuação do Estado, por ser uma das vítimas do delito em questão, possa ser considerada juridicamente relevante de modo a configurar a modalidade de motivo que levou o sujeito à prática da evasão tributária, as conseqüências jurídicas de tal motivo não divergem qualitativamente das atribuídas dos motivos em geral, porque entre ambos se implementa uma relação de gênero para espécie entre elementos da mesma natureza.

---

26 ARROYO ZAPATERO, Luis. **Delitos contra la hacienda publica en materia de subvenciones**. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987, p. 89/93.

27 SAINZ DE BUJANDA, Fernando. **Lecciones de Derecho Financiero**. 10. ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 01/04.

Ou seja, no caso em análise o comportamento da vítima é uma modalidade especial de motivo (pois não é prevista como elemento do tipo) e, como os motivos afetam a culpabilidade do fato (por se relacionarem com sua reprovabilidade), esta situação específica deve ter a mesma consequência que a correspondente à genérica.

Tanto assim o é, que o Código Penal disciplina os efeitos jurídicos do comportamento da vítima de forma conjunta com os motivos em geral, ao tratar das circunstâncias judiciais para a aplicação da pena na primeira fase de seu cálculo (art. 59, “caput”).

Por esse motivo, caso o comportamento da vítima seja o motivo determinante da conduta do sujeito, tal aspecto deve ser considerado de modo a agravar ou atenuar a pena (conforme conclusões realizadas a partir de aferições valorativas das características de tal comportamento).

Portanto, quando se comprovar de forma específica e determinada (e não se presumir de forma abstrata e genérica) que um comportamento da vítima foi o motivo determinante da realização da conduta pelo sujeito ativo do crime e este comportamento seja considerado atenuante da reprovabilidade do fato (mediante um juízo valorativo), tal aspecto deve ser considerado por ocasião da fixação da pena para diminuir a qualidade ou quantidade respectiva, mas não é suficiente para elidir a responsabilidade penal, pois o sistema jurídico brasileiro não atribui ao comportamento da vítima os efeitos de excluir a reprovabilidade da conduta delitiva, mas somente sua atenuação.

## 5 Conclusões

Em síntese, a tese criticada no presente trabalho é incorreta no âmbito teórico e inadequada no âmbito operacional, além de incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro devido aos seguintes motivos:

Os critérios de imputação objetiva são utilizados para restringir a relevância jurídica dos fatores causais que determinaram o evento (resultado) típico, e a atuação estatal no caso não pode ser considerada uma “causa” da ocorrência do fato típico, pois a utilização do critério de aferição da condição (*conditio sine qua non*) não viabiliza a constatação da certeza da exclusão do evento (evasão) com a hipotética exclusão do

fator considerado como “causa”.

Portanto, não se trata de uma questão de “imputação” objetiva, pois não há relação causal entre o fator aludido e o evento.

Ainda que fosse possível estabelecer uma relação causal entre tal fator e o evento, esta relação não poderia ser presumida de forma genérica para todos os fatos, mas deveria ser aferida e constatada de forma individualizada em cada situação concreta.

O fator considerado como determinante da ocorrência do evento evasão tributária, ou seja, a concessão reiterada de benefícios fiscais a sujeitos passivos inadimplentes pelo sujeito ativo da obrigação tributária, deve ser classificado como motivo e não causa, na análise em questão.

Os motivos determinantes da decisão do sujeito de praticar a conduta típica são aspectos que influenciam a reprovabilidade do fato e, portanto, devem ser analisados no contexto da culpabilidade respectiva e não se confundem com as relações causais (que são físicas e não psicológicas) entre o evento e a conduta.

Assim como as relações causais, os motivos não podem ser presumidos de forma geral em relação a todos os fatos típicos, pois se configuram de forma individualizada e específica em cada situação determinada.

A característica específica do motivo aludido é o fato de tratar-se de um comportamento da vítima. Porém, o conceito de vítima adotado para a formulação da tese é constitucionalmente ilegítimo e teoricamente inadequado, pois desconsidera a característica de complexidade do bem jurídico, devido à pluralidade de seus titulares, decorrente de sua configuração difusa, peculiar ao modelo político do Estado Social.

Portanto, o comportamento aludido não é realizado por todas as pessoas que efetivamente são consideradas vítimas do crime em questão, sendo somente parcialmente adequada a classificação do motivo indicado como um “comportamento da vítima”, em decorrência do que não se pode abstrair a amplitude das conseqüências pretendidas da afirmação de que a vítima realizou um comportamento que determinou a prática do fato típico.

Ainda que fossem identificados de forma individualizada os motivos aludidos e desconsideradas as características de complexidade

do bem jurídico em questão, com a especificação da vítima somente na pessoa do Estado, institucionalmente considerado, a completa exclusão da culpabilidade do sujeito que realizar o fato típico devido ao suposto comportamento da vítima seria juridicamente inadequada, pois extrapolaria os limites definidos no ordenamento jurídico nacional, eis que os motivos (no caso, de forma específica quando estes forem referidos a um comportamento da vítima) somente são considerados para o dimensionamento da pena (em tal hipótese, na primeira fase de seu cálculo) e não para a exclusão da responsabilidade penal.

Ou seja, na hipótese de se relevarem todos os óbices apontados na argumentação apresentada neste trabalho e identificarem os requisitos fáticos especificados anteriormente no texto, a reprovabilidade (e conseqüentemente a culpabilidade) poderia ser diminuída, mas não afastada no âmbito penal.

Portanto, a proposta apresentada parte de pressupostos teóricos e metodológicos equivocados, e é tecnicamente incorreta no contexto da dogmática formulada conforme os critérios da ciência jurídica adotada pelo senso comum, além de politicamente ilegítima e juridicamente impossível em face da configuração jurídica constitucional e penal brasileira.



## DOS EXCLUÍDOS DA SUCESSÃO - INDIGNOS E DESERDADOS

Rui Carlos Kolb Schiefler  
*Professor da Escola do Ministério Público  
e Promotor de Justiça - SC*

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Hipóteses de exclusão da herança - 2.1 Renúncia - 2.2 Premoriência - 2.3 Comoriência - 2.4 Indignidade - 2.4.1 Da Vida - 2.4.2 Da Honra - 2.4.3 Da Liberdade - 2.5 Deserdação - 2.5.1 Deserdação de Descendente - 2.5.2 Deserdação de Ascendente - 2.5.3 Deserdação de Cônjuge - 3. Da ação para a exclusão forçada da herança - 4. Requisitos obrigatórios da indignidade e da deserdação - 5. Dos efeitos da deserdação. Pessoais? - 6. Quadro comparativo - 7. Conclusão - 8. Referências.

### 1. Introdução

A regra geral ou a conseqüência natural moderna é que pessoas próximas ao autor da herança, ou *de cujus*<sup>1</sup>, sucedam o seu patrimônio a partir da abertura da sucessão (a partir da morte). Essas pessoas possuem capacidade sucessória, quer pela determinação e previsão legal (sucessão legítima), quer pela última vontade do falecido, que escolhe deixar bens para elas através de testamento (sucessão testamentária).

---

<sup>1</sup> *cujus hereditatis agitur* (Washington de Barros Monteiro) ou *cujus successionem agitur* (Sílvio de Salvo Venosa).

Como o “*nosso Direito é fusão do Direito Germânico, que não admitia a sucessão testamentária, e do Direito Romano, que dava ao testador bastante liberdade para testar*”<sup>2</sup>, pelo menos metade dos bens de alguém necessariamente será destinada à sucessão legítima, garantindo-se a seqüência patrimonial familiar pelo *jus sanguinis* ou pelo vínculo conjugal. Nesse sentido, o artigo 1.845 do Código Civil prevê como herdeiros necessários (obrigatórios, reservatários, forçados ou legitimários), os descendentes, ascendentes e o cônjuge supérstite. Para eles, é reservada sempre a porção legítima do acervo hereditário, que é “*a metade dos bens da herança*”, nos termos do artigo 1.846 do Código Civil.

Já a outra metade dos bens pode ser deixada, por testamento, a qualquer outra pessoa próxima do *de cuius*, desde que válida a disposição de última vontade. E aqui ele possui bastante liberdade para escolher seus herdeiros testamentários, excetuadas apenas as vedações legais<sup>3</sup>.

Veja-se que enquanto a sucessão testamentária é uma liberalidade, a sucessão legítima é obrigatória. Em outras palavras, uma pessoa pode escolher herdeiros através da facção de um testamento. Já quanto à legítima ou na ausência ou invalidade da disposição de última vontade, serão seus herdeiros aqueles que a lei prevê.

Daí que, presentes os requisitos legais e inexistentes vícios formais, essas pessoas beneficiadas pela lei ou pelo testamento obrigatoriamente possuem o direito subjetivo de, através do devido processo legal, sempre judicial, receberem seu quinhão hereditário.

Esse direito subjetivo, porém, não é absoluto.

É que a mesma lei que o prevê e garante, traz causas expressas de exclusão da herança, isto é, de perda do direito sucessório, tanto legítimo quanto testamentário. Algumas dessas causas são naturais ou involuntárias; outras, forçadas, numa espécie de sanção civil. De fato, em razão de algum fato ou ato jurídico, essas pessoas beneficiadas ou herdeiras deixam de ter direito sucessório do autor da herança.

Esse será o foco, portanto, do presente artigo, com destaque muito especial às formas forçadas de exclusão da herança, quais sejam, a indignidade e a deserção, que, segundo Euclides Benedito de Oliveira

---

2 FIUZA, César. *Novo Direito Civil*. 6ª edição, Del Rey Editora, Belo Horizonte:2003, pág. 849.

3 CC, art. 1.801.

e Sebastião Luiz Amorim, “...têm por escopo punir quem se conduziu de forma injusta contra o autor da herança, de modo a merecer reprimenda, tanto do ponto de vista moral como legal”.<sup>4</sup>

Adiante se pretende reafirmar e ressaltar as novidades trazidas pelo atual Código Civil, além de se explicar as principais diferenças entre esses institutos, culminando por deixar consignadas, para reflexão e necessário aprofundamento do assunto, provocações acerca de omissões existentes na lei ordinária civil, a exigir uma oportuna complementação legislativa.

Firme-se desde já: a lei pune, como sanção civil, em razão de causas legais, determinadas pessoas (herdeiros ou legatários), retirando-lhes o direito à sucessão. Essa pena ou esse ‘castigo’ depende, pela própria natureza, do devido processo legal judicial, através da necessária ação ordinária, na qual, preenchidos os requisitos legais e garantida a ampla defesa, o juiz proferirá uma decisão declaratória/condenatória<sup>5</sup>.

É o que ensina Maria Helena Diniz, quando diz que “esse processo ordinário é, indubitavelmente, uma garantia, visto que assegura o direito de defesa do réu, considerando-se que nele o autor procura provar uma das causas legais da exclusão, enquanto o réu pretende evidenciar o contrário”.<sup>6</sup>

Dentre os requisitos dessa ação ordinária merece relevo a legitimidade do(s) requerente(s), que deve(m) ter efetivo interesse na sucessão e na exclusão do herdeiro faltoso. Não há que se falar, pois, em exclusão automática ou imediata por indignidade ou deserdação, por mais grave que venha a ser a conduta antiética ou imoral daquele que, por parentesco ou por vontade, tinha o dever de lealdade, respeito e apreço para com o autor da herança.

Aliás, aqui a justificativa ética da previsão legal de impedimento de acesso à herança daquele que se comportou mal ou criminosamente, em relação ao *de cuius*, “pois repugna à ordem jurídica como à moral que alguém venha auferir vantagem do patrimônio da pessoa que ofendeu”.<sup>7</sup>

---

4 OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. *Inventários e Partilhas, Direito das Sucessões*. 17ª edição. Editora Universitária de Direito. São Paulo:2004, pág. 49.

5 CC, art. 1.815.

6 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*. 6º vol. 19ª edição. Editora Saraiva, São Paulo:2005, pág.56.

7 DINIZ. Op. Cit., pág. 52.

Tratando-se de pena, de pecha, de sanção – ainda que de cunho civil –, o intérprete há que se socorrer dos conceitos de direito penal para o seu processamento e aplicação. Nesse sentido, alguns princípios basilares essenciais para a garantia do devido processo legal, como o contraditório, a ampla defesa, o prazo para a sua declaração (pena de decadência) e, até, a tipicidade da conduta, são indispensáveis. Sem essas características não se pode excluir um herdeiro da sua parte legítima ou do seu quinhão testamentário ou legado.

Por fim, vale o registro, ainda na fase introdutória do presente ensaio, que a entrada em vigor, em 11 de janeiro de 2003<sup>8</sup>, do atual Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), é para o direito das sucessões ponto crucial. Nos termos legais, pode-se afirmar que “*regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela*”.<sup>9</sup>

Em cada caso concreto, portanto, de aplicação das leis do direito sucessório, o operador jurídico deve atentar-se para o exato momento em que ocorreu a abertura da sucessão. Se antes da vigência do atual Código Civil, as regras a serem aplicadas serão aquelas do Código anterior<sup>10</sup>, ainda que o processo venha a ser aberto posteriormente.

Ao contrário, as novas e mais abrangentes hipóteses de exclusão da sucessão somente poderão ser invocadas se as causas legais (tipicidade da conduta), que são *numerus clausus*, ocorreram a partir do dia 11 de janeiro de 2003.

## 2. Hipóteses de Exclusão da Herança

De maneira mais específica, agora, o tema proposto será abordado.

Com efeito, as hipóteses em que alguém pode ser privado do direito sucessório de outrem doutrinariamente podem ser resumidas

---

8 a despeito de doutrinadores de escol afirmarem que o Código Civil atual passou a vigorar a partir de 12 de janeiro de 2003. Dentre eles, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código Civil Anotado e Legislação Extravagante, Editora RT, no prefácio à 2ª ed., São Paulo:2003.

9 CC, art. 1.787.

10 CC/1916 (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916), art. 1.595.

em cinco institutos:

- a renúncia,
- a premissão,
- a comoriência,
- a indignidade, e
- a deserção.

## 2.1 Renúncia

Sabe-se que a renúncia, em síntese, é ato voluntário e unilateral, puro e simples<sup>11</sup> do sucessor que, por razões íntimas e pessoais, de maneira irrevogável<sup>12</sup>, expressa (nunca tácita) e formal<sup>13</sup>, não aceita que se torne definitiva a transmissão da herança desde a abertura da sucessão, quebrando o princípio da *saisine*.

Sim, pois “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.<sup>14</sup> E ainda que não conste dessa regra, pode-se afirmar que essa transferência automática e imediata da herança possui caráter provisório, haja vista a necessidade da aceitação da herança por parte do herdeiro. É o que prevê outro dispositivo legal do Código Civil atual: “Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão. Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança”.<sup>15</sup>

Assim é que eventual renúncia ao direito constitucional à herança (CF, art. 5º, XXX), portanto, é hipótese voluntária de exclusão da sucessão, com conseqüências jurídicas próprias, dentre elas, como regra geral, a de que “ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante”.<sup>16</sup>

---

11 CC, art. 1.808.

12 CC, art. 1.812.

13 CC, art. 1.806.

14 CC, art. 1.784.

15 CC, art. 1.804.

16 CC, art. 1.811.

## 2.2 Premoriência

Já a premoriência, em resumo, significa a morte prematura daquele que seria sucessor, fazendo desaparecer, para ele, então, o direito sucessório. É, pois, sem dúvida, uma causa natural ou involuntária que implica na exclusão da herança. É a morte prévia, antecipada, antes do falecimento do autor da herança. O pré-morto perde, destarte, por óbvio, qualquer direito sucessório daquele que lhe deixaria bens por lei ou por testamento.

Até porque “*a existência da pessoa natural termina com a morte*”<sup>17</sup>, e, com esta, a personalidade civil que lhe garantiria o direito sucessório.

Nesta hipótese, se for o caso, exsurge o instituto do direito de representação, ou seja, “*...a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse*”.<sup>18</sup> Assim é que parentes do pré-morto passam a ter o direito sucessório que ele teria.

O pré-morto está excluído de qualquer sucessão.

## 2.3 Comoriência

Quanto à comoriência, por sua vez, ela se caracteriza pela morte simultânea de duas ou mais pessoas, numa mesma ocasião, sem se poder provar ou concluir qual delas faleceu antes. Neste caso, presume-se então que morreram simultaneamente.<sup>19</sup> Trata-se de presunção *juris tantum*, que pode ser ilidida.<sup>20</sup> Quando comprovada a morte simultânea, com as características da comoriência, entre os comorientes não pode ocorrer transferência patrimonial *causa mortis* pois, nesses casos, a lei considera que faleceram exatamente no mesmo momento.

Se se tratava de pessoas próximas entre si, com vínculo sucessório, este desaparece, sendo a comoriência, destarte, igualmente um fato jurídico natural e involuntário, capaz de fazer cessar qualquer direito

---

17 CC, art. 6º.

18 CC, art. 1.851.

19 CC, art. 8º.

20 RT 639/62.

sucessório entre os comorientes.

Segundo Gustavo Tepedino, citando Caio Mário da Silva Pereira, “a repercussão da presunção de comoriência na transmissão de direitos [...] mostra-se “singela: entre os comorientes, não há transferência de direitos, isto é, nenhum deles pode suceder ao outro, mas devem ser chamados à sucessão os herdeiros daqueles que falecem no desastre que os vitimou em conjunto” (instituições, p. 235)”.<sup>21</sup> É, portanto, mais uma causa legal de exclusão de herança.

## 2.4 Indignidade

O herdeiro ou legatário que, por ato inequívoco, soberamente comprovado, demonstrar ingratidão e descaso para com o autor da herança, pode vir a ser declarado indigno de receber seu direito sucessório. Repita-se: a exclusão da herança, nesse caso, será forçada e aplicada como sanção, como pena civil.

Segundo a doutrina e a jurisprudência, “incorrem em indignidade tanto os herdeiros legítimos como os sucessores irregulares ou ilegítimos, os universais e os singulares, os que recebem por força de lei e os aquinhoados em testamento, vale dizer, todos os que possam adquirir causa mortis. [...] (TJPR – Ac. 4781 – Apelação Cível – Londrina – 6a Vara Cível – 1a Câmara Cível – Rel. Des. Oto Sponholz – 17.6.87)”<sup>22</sup>

Em outras palavras, pode ser declarado indigno, sem exceção, todo sucessor do *de cuius*, quer ostente a qualidade de herdeiro legítimo (e tanto faz necessário ou facultativo), quer seja testamentário.

Diferentemente do que acontece com o instituto da deserdação, como adiante se verá, três valores humanos, de extrema importância, precisam ser agredidos pelo sucessor para que se cogite de sua exclusão por indignidade: a) a *vida*; b) a *honra*; e c) a *liberdade*.

E apenas estas são as hipóteses, sendo vedado aos interessados inventarem outros motivos para pedir, em juízo, a exclusão da herança por indignidade. Problemas de relacionamento, por mais intensos que sejam,

21 TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. Editora Renovar, Rio de Janeiro:2004, pág. 24.

22 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*, vol. VII. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 83.

ou discussões familiares internas acirradas, por mais desgastantes que possam parecer, não podem ser erigidos à categoria de elementos ensejadores de exclusão de herança de herdeiros necessários ou legatários.

É o que se depreende da previsão legal (Código Civil):

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

### 2.4.1 Da Vida

No inciso I, tem-se que a participação direta ou indireta, como autor, co-autor ou partícipe, em crime de homicídio doloso, consumado ou tentado, contra o autor da herança ou contra várias pessoas de sua família, pode levar à indignidade.

Em relação à legislação anterior, a novidade está no acréscimo de pessoas ofendidas a ensejar a exclusão da herança. Com efeito, enquanto no art. 1.565, I, do CC/1916, apenas a vida do autor da herança era protegida, a nova legislação, acima transcrita, protege esta e também a vida do cônjuge ou companheiro dele, bem assim, de seus ascendentes e descendentes. Isso implica dizer que aquele que tentar matar um irmão ou um sobrinho, por exemplo, que são respectivamente filho e neto de seu pai, perderá o direito de herança deste pois terá atentado contra a vida de descendentes dele. Ou, ainda a título de ilustração, se tentar matar sua madrasta, igualmente perderá o direito à herança de seu pai.

Trata-se de exemplos singelos mas que demonstram o alargamento das hipóteses de indignidade de um sucessor em relação ao autor da herança, quando o valor vida for atacado.

Anote-se, segundo Maria Helena Diniz, que obviamente a pecha aqui analisada não se aplica nos casos de homicídio culposo, nem “*tem cabimento no error in persona; na aberratio ictus (CP, art. 20, § 3º); nos casos de: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito, loucura ou embriaguez (CP, arts. 23, I a III, 26 e 28, II)*”.<sup>23</sup> São situações em que não há voluntariedade no ato lesivo, a afastar o dolo de matar e, conseqüentemente, a sanção civil. Segundo César Fiúza, “*error in persona é o erro quanto à pessoa (quis matar A e o confundiu com B, que acabou morrendo). Aberratio ictus é o erro na pontaria (mirou em A e acertou B por engano)*”<sup>24</sup>

Questão curiosa e importante, que por isso merece destaque, é a seguinte: sabendo da previsão legal do inciso I e do princípio da tipicidade de causa legal, um herdeiro, ao invés de matar seu ascendente (de quem herdará), instiga-o ao suicídio. Nesse caso, poderá vir a ser declarado indigno, ou seja, a receber essa sanção civil, mesmo sem expressa previsão legal?

A construção jurídica, nesse caso, deve ser no sentido de uma resposta positiva. Ora, para o mesmo ignóbil e repugnante fim (favorecer-se com o recebimento da herança), o herdeiro criminoso escolhe outro ilícito (CP, art. 122 – induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio), mas que possui o mesmo efeito: ceifar a vida do autor da herança. Veja-se que a conduta antiética e vil, desprezada pela lei civil, é assemelhada. Assim é que, embora não esteja expressamente previsto na lei, esse exemplo igualmente afigura-se causa de exclusão de herança, com aplicação do inciso I do artigo em comento.

Diferente – mas igualmente polêmica –, é a situação daquele que, por piedade, pratica eutanásia, auxiliando o autor da herança na minoração do sofrimento. Seria esse um gesto de amizade e de amor? Ou seria um ato vedado e criminoso, ignóbil, a ensejar a indignidade. Sílvio de Salvo Venosa diz que pode haver perigosa brecha hermenêutica ao se admitir tal circunstância como passível de consideração: “*enquanto a morte piedosa for considerada crime, não há como excluí-la do caso de indignidade em estudo*”<sup>25</sup>

23 DINIZ. Op. Cit., pág. 53.

24 FIUZA. Op. Cit., pág. 873.

25 VENOSA. Op. Cit., pág. 83.

Todavia, se cumpridamente comprovada a eutanásia, há que se reconhecer o desaparecimento da natureza vil ou abjeta na ação do sucessor, que, mesmo ofensiva, não pode ser equiparada àquele que ataca a vida do autor da herança com *animus* sucessório ou simplesmente maldoso, perverso e ingrato, nos termos utilizados por José da Silva Pacheco<sup>26</sup>. Com esse dolo, sim, há repugnância que deve levar à exclusão da herança.

#### 2.4.2 Da Honra

Já a questão da ofensa à honra do autor da herança, de seu cônjuge ou companheiro, é tratada pelo inciso II do artigo acima citado.

De fato, alargando também a hipótese (se cotejada com a do Código Civil anterior (CC/1916, art. 1.565, II)), a atual legislação civil prevê que aquele que houver acusado caluniosamente em juízo o autor da herança, ou praticar algum crime contra a sua honra ou de seu consorte, será excluído da sua sucessão.

Como ensina Sílvio de Salvo Venosa, "*esse dispositivo refere-se aos arts. 339 (denúnciação caluniosa), 138 (calúnia), 139 (difamação) e 140 (injúria) do Código Penal*".<sup>27</sup> Assim, ao difamar ou injuriar a madrastra, por exemplo, estará dando azo ao processo de indignidade, se isso for do interesse dos demais herdeiros após a abertura da sucessão.

#### 2.4.3 Da Liberdade

O inciso III do art. 1.814, do Código Civil, acima transcrito, garante que o sucessor que abusar da liberdade do autor da herança, quer por meio de violência ou através de fraude, impedindo-o de livremente dispor de seu patrimônio em testamento, também incidirá em indignidade e, portanto, como tal, perderá eventual direito à sucessão.

De fato, se não a principal característica, um dos mais importantes

---

26 PACHECO, José da Silva. Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária. 17ª edição, Editora Forense. Rio de Janeiro:2004, pág. 121.

27 Idem.

requisitos de todo testamento é a livre, capaz e consciente autonomia da vontade do testador. Ele não pode sofrer qualquer influência na hora de dispor, para depois de sua morte, de seus bens. Até o menor de 18 e maior de 16 anos, veja-se, que possui completa capacidade para testar<sup>28</sup>, na prática desse negócio jurídico, ou seja, na facção de um testamento, não pode ser assistido por seu representante legal, pena de invalidade da disposição. É que a sua manifestação de vontade poderia ser influenciada, ainda que indiretamente, pela vontade do assistente, circunstância que viciaria o ato. Trata-se de um exemplo firme da total necessidade de se garantir a liberdade de testar, em qualquer circunstância.

Assim é que se alguém, de forma ardilosa ou violenta, com força física ou moral, interfere nessa prerrogativa, certamente dá motivo para ser declarado indigno e perder seu direito sucessório.

E diferentemente dos incisos anteriores, aqui apenas a liberdade do direito de testar do autor da herança é que é protegida, sem se estender essa proteção à liberdade testamentária de pessoas próximas a ele.

## 2.5 Deserdação

Como última forma de exclusão da herança e com características comuns à indignidade, porém outras bem peculiares, o Código Civil, a partir do seu art. 1.961, trata do instituto da deserdação:

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Em primeiro lugar, ressalte-se que este instituto só pode ser utilizado pelo autor da herança e na sucessão testamentária. De fato, diante da ocorrência de uma ofensa contra si ou contra seus familiares por parte de um de seus sucessores legítimos necessários – agressão esta que deve se enquadrar naquelas previstas em lei –, tem o autor da herança a faculdade de confeccionar um testamento quando, numa de suas cláusulas, poderá declinar o motivo pelo qual expressamente retira, de seu herdeiro forçado, o direito sucessório que lhe caberia em decorrência da sucessão legítima.

---

28 CC, art. 1.860, p.ú.

Em outras palavras, visando impedir que um herdeiro necessário receba a herança cabível e obrigatória decorrente da lei<sup>29</sup>, pode o autor da herança invocar, num testamento, uma das causas legais previstas<sup>30</sup> – dentre elas, por força do art. 1.961 do CC, todas as que foram tratadas neste ensaio quanto à indignidade –, para deserdá-lo.

Aqui, porém, outra diferença.

É que o Código Civil traz mais hipóteses ensejadoras de exclusão da herança por deserção do que por indignidade. Sim, pois além daquelas gerais, previstas no art. 1.814 do CC, acima analisadas – que cuidam, repita-se, da vida, da honra e da liberdade –, devem ser acrescentadas outras circunstâncias ofensivas a ensejar a pena civil da exclusão por deserção.

São elas:

### 2.5.1 Deserção de Descendente

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserção dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

### 2.5.2 Deserção de Ascendente

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserção dos ascendentes

---

29 CC, art. 1.829.

30 CC, art. 1.964.

pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Assim, também a *integridade física* do autor da herança, a sua *dignidade*, a sua *vida sexual e moral*, e, ainda, uma eventual *incapacidade civil* têm especial proteção no que toca à relação com seus herdeiros necessários. Se desprezados tais valores, por eles, a conseqüência é a possibilidade de deserdação.

E registre-se que a lei não faz menção, referente ao inciso I, quanto ao tipo de ofensa física, isto é, se grave, gravíssima ou leve, por exemplo. Qualquer ofensa física, por mais leve que seja, pode ser considerada desrespeitosa e abjeta a ponto de ensejar a deserdação. Cada caso precisará ser analisado detalhadamente para se conseguir aferir se, por exemplo, um simples eritema ou uma equimose serão motivos capazes de levar à exclusão da herança.

Já os demais incisos são auto-explicativos pois igualmente precisarão, com cuidado, ser analisados em cada caso concreto. Todos representam o descuido e demonstram o desprezo pelo autor da herança, a falta de apreço e de afeto para com aquele que será responsável pela vantagem patrimonial sucessória. Esse comportamento, por si, desde que devidamente comprovado, justifica a exclusão da herança pela deserdação.

Repita-se aqui: problemas de relacionamento, por mais intensos que sejam, ou discussões familiares internas acirradas, por mais desgastantes que possam parecer, não podem ser invocadas no testamento para o fim de deserdar herdeiro necessário, notadamente descendentes e ascendentes.

### 2.5.3 Deserdação do Cônjuge

Todavia, por absoluto descuido do legislador, o cônjuge supérstite, guindado na atual legislação sucessória à condição de herdeiro necessário<sup>31</sup>, não recebeu um artigo específico prevenendo as hipóteses em que seu consorte pode deserdá-lo. Apenas se lhe aplica a regra geral do art. 1.814 do Código Civil, até aqui já exaustivamente tratada.

Os dois artigos acima transcritos – que tratam especificamente da relação entre ascendente e descendente e vice-versa –, em nenhum momento se referem à possibilidade de deserdação de um cônjuge por outro.

Esta situação, frise-se, não recebeu um artigo assemelhado, prevenido, por exemplo, que pode ser deserdado o consorte que ofender fisicamente o outro, ou que injuriá-lo gravemente, ou que desampará-lo quando enfermo mental, ou, ainda, até, que venha a descumprir os seus deveres conjugais, dentre eles, o da fidelidade<sup>32</sup>. Não há um artigo assim.

Conforme Roberto Senise Lisboa, “o Código silencia sobre eventual deserdação do cônjuge sobrevivente [...]. Caberia a sua deserdação não prevista expressamente pelo legislador, se a regra de interpretação da lei é a de não se aplicar extensivamente norma declarativa ou restritiva de direitos?”.<sup>33</sup>

Mario Roberto Carvalho de Faria igualmente diz que, “considerado herdeiro necessário, o cônjuge poderá ser, também, deserdado pelas causas elencadas no artigo 1.814, já que o legislador não previu outras, como o fez para os descendentes e ascendentes”.<sup>34</sup>

Sílvio de Salvo Venosa concorda e acrescenta: “como não se admite extensão ou analogia de disposições punitivas, não pode ser deserdado, por exemplo, o cônjuge que tiver praticado ofensa física contra o testador. Para tal, haveria de o legislador ser expresso a esse respeito”<sup>35</sup>

31 CC, art. 1.845.

32 CC, art. 1.566.

33 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, Direito de Família e das Sucessões*, vol. 5. 3ª edição. Editora RT. São Paulo:2004, pág. 446.

34 FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões, Teoria e Prática*. 4ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro:2004, pág. 84.

35 VENOSA. *Op. Cit.*, pág. 292.

Também Euclides Benedito de Oliveira acredita em omissão legislativa. Nesse prisma, afirma que *“enseja reparo a omissão do legislador às causas de deserdação do cônjuge. A este se aplicam, com certeza, as causas que servem à indignidade, mas não as demais, relativas unicamente à deserdação dos descendentes e ascendentes, o que significa uma falha de previsão legislativa, pois é bem possível venha o cônjuge a incidir numa daquelas condutas, que seriam naturalmente gravosas à pessoa do autor da herança, tanto quanto o são para os parentes mencionadas”*.<sup>36</sup>

Já Zeno Veloso não discrepa, pois assegura que *“ao regular a deserdação, todavia, nosso legislador, embora anunciando, no art. 1.961, que os herdeiros necessários podem ser deserdados, nos artigos seguintes, indicando as causas que autorizam a privação da legítima, só menciona a deserdação dos descendentes por seus ascendentes (art. 1.962) e a deserdação dos ascendentes por seus descendentes (art. 1.963). E o cônjuge, que é, também, herdeiro necessário? Sem dúvida foi um esquecimento, e essa omissão tem de ser preenchida, para resolver o problema”*.<sup>37</sup>

Na verdade, por amor ao debate, há que se perguntar: foi, de fato, descuido e esquecimento, ou o legislador imaginou que em situações desrespeitosas ou agressivas, como acima exemplificadas, a solução correta seria a separação judicial do casal, enquanto suficiente para fazer cessar o direito sucessório? Sim, pois não é o divórcio que faz desaparecer o direito sucessório. A própria separação judicial, ou até a separação de fato, por mais de dois anos e com culpa recíproca ou do sobrevivente<sup>38</sup>, rompe o vínculo sucessório existente entre os cônjuges.

Acredita-se que houve, de fato, um grave vacilo legislativo.

Por causa de uma traição, por exemplo, deveria haver previsão legal para que um cônjuge deserdasse o outro. É claro que essa conduta é ofensiva à honra do traído, causando-lhe grave injúria. Todavia, como esse fato não se encaixa na causa legal do art. 1.814, II, do Código Civil (que cuida da honra), e tampouco existe um artigo específico destinado aos cônjuges (à semelhança dos arts. 1.962 e 1.963 do CC), não há como ocorrer a deserdação.

36 OLIVEIRA, Euclides de. *Sucessão legítima à luz do novo Código Civil*. Acesso na internet, no site , em 12.4.2006, às 10 h.

37 VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenação Ricardo Fiúza. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo:2004, pág. 1.825.

38 CC, art. 1.830.

Segundo José da Silva Pacheco, “no Código Civil mexicano, o cônjuge adúltero é indigno de suceder ao inocente; indigno também é o co-autor do cônjuge adúltero. Código Civil mexicano, art. 1.316, III e IV”.<sup>39</sup>

Essa causa, na verdade, dá ensejo à separação judicial e, assim, deveria dar azo igualmente à deserdação. Pois a solução à exclusão da herança por deserdação não deveria, necessariamente, passar pelo rompimento do vínculo ou da sociedade conjugal. É que nem sempre haverá tempo ou condições para buscar, via separação judicial, a “deserdação” do outro cônjuge. Além do que, são institutos absolutamente distintos, tratados em Livros diversos dentro da legislação civil e, claro, com conseqüências jurídicas diferentes.

Para solucionar o assunto, há que se corrigir, então, a lacuna legislativa. Para isso, e concordando-se com a sugestão já apresentada por Zeno Veloso, que integra o Projeto de Lei n. 6.960/2002, é necessário o acréscimo de um artigo no Código Civil, que deve levar o número 1.963-A, com a seguinte redação:

Art. 1963-A. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação do cônjuge:

I – a prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar;

II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns;

III – desamparo do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade.<sup>40</sup>

### 3. Da Ação para Exclusão Forçada da Herança

Registre-se que para qualquer das hipóteses forçadas de exclusão da herança, acima discutidas, é necessário o ingresso de uma ação ordinária, pois “a exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos

<sup>39</sup> PACHECO. Op. Cit., pág. 125.

<sup>40</sup> VELOSO. Op. Cit., pág. 1825.

*de indignidade, será declarada por sentença*".<sup>41</sup>

Tanto para a indignidade como para a deserção, o prazo para exercer o direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em 4 (quatro) anos. Trata-se de prazo decadencial, portanto.

Mas há uma distinção importante. Enquanto para a indignidade esse prazo inicia a sua contagem da abertura da sucessão<sup>42</sup>, para a deserção o prazo só tem início a partir da abertura do testamento<sup>43</sup>.

Ademais, só para registrar, segundo Gustavo Tepedino, citando Francisco Amaral, a "*decadência é a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular no período determinado em lei*".<sup>44</sup> Sendo assim, nas hipóteses em comento esse prazo não se prorroga, nem se interrompe e tampouco possui causa impeditiva de escoar.

A legitimidade ativa, por outro lado, é bem importante, a partir da idéia de que apenas o herdeiro interessado ou a ser beneficiado com a exclusão da herança é que pode manejar a referida ação. Inclua-se nesta situação o Ministério Público, se se tratar de feito em que deva intervir.

Por outro lado, o herdeiro apontado como deserçado não precisa aguardar ser demandado. Pode se adiantar e pedir a declaração da inexistência da causa descrita pelo testador".<sup>45</sup>

A seguir, de forma mais organizada e resumida, são destacados os requisitos essenciais referentes a esses institutos.

#### **4. Requisitos Obrigatórios da Indignidade e da Deserção**

São requisitos obrigatórios da indignidade, já referidos neste texto:

ação ordinária;

legitimidade ativa para requerer;

---

41 CC, art. 1.815.

42 CC, art. 1.815, parágrafo único.

43 CC, art. 1965, parágrafo único.

44 TEPEDINO. Op. Cit., pág. 419.

45 VENOSA. Op. Cit., pág. 290.

causa legal devidamente comprovada em juízo;  
 sentença judicial;  
 inexistência de perdão, por ato autêntico ou testamento ;  
 efeitos pessoais; e  
 respeito ao prazo decadencial.

Por outro lado, são requisitos obrigatórios da deserdação, igualmente já referenciados várias vezes neste ensaio:

ação ordinária;  
 legitimidade ativa para requerer;  
 causa legal devidamente comprovada em juízo;  
 existência de herdeiros necessários;  
 sentença judicial;  
 inexistência de perdão, por ato autêntico ou testamento  
 validade e eficácia do testamento, com cláusula deserdatória  
 hígida; e  
 respeito ao prazo decadencial.

## 5. Dos Efeitos da Deserdação. Pessoais?

Importante dúvida há sobre a questão dos efeitos da deserdação, se pessoais ou não. Ao contrário do que acima se disse, o Código Civil não traz um artigo especificando isso. Na indignidade, sim<sup>46</sup>. Na deserdação, não prevê, nem proíbe.

Sobre o assunto Roberto Senise Lisboa aduz que *“na sucessão testamentária, porém, é vedado o direito de representação e somente se torna possível o direito de crescer em favor dos demais herdeiros testamentários se houver previsão expressa do testador neste sentido, sob pena de reversão do quinhão do herdeiro testamentário excluído em favor da legítima”*.<sup>47</sup>

---

46 CC, art. 1.816.

47 LISBOA. Op. Cit., pág. 434.

Na mesma obra, citando Itabaiana de Oliveira, Carlos Maximiliano, Francisco Cahali e Giselda Hironaka, afirma que estes “defendem a possibilidade de contemplação do direito de representação na deserdação, para que não se venha a punir indiretamente inocentes, já que os efeitos da exclusão são pessoais”.<sup>48</sup>

Já Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim entendem pelo direito de representação dos herdeiros do deserdado, pois “não teria sentido que, para as hipóteses mais graves de indignidade, fosse ressalvado o direito dos descendentes do herdeiro excluído, sem extensão de igual benefício nos casos de deserdação, que, aliás, também pode abranger as mesmas causas da indignidade, além das outras”.<sup>49</sup>

Orlando Gomes, citando o posicionamento de Washington de Barros Monteiro, afirma que “... não é pacífico, entre nós, esse entendimento. Argumenta-se que, não contendo a lei no capítulo da deserdação disposição que atribua aos descendentes do herdeiro excluído o direito de sucessão como se ele morto fosse, não podem recolher a herança do deserdado. Passaria aos demais herdeiros do testador”<sup>50</sup>

Na verdade, a questão passa efetivamente pela análise política de se saber se é justo ou injusto o fato dos efeitos serem ou não pessoais.

E são pessoais.

Primeiro, observe-se que se não houve expressa previsão legal a respeito no capítulo que trata da deserdação, o art. 1.961, do Código Civil, por sua vez, remete as hipóteses de deserdação ao capítulo da exclusão da herança, que prevê, expressamente, essa questão. Sim, pois quando o legislador regulou o instituto da indignidade, previu os efeitos, declarando-os pessoais.<sup>51</sup>

Por outro lado, se no testamento que incluiu a deserdação o testador não indicou os herdeiros do deserdado para que, no lugar deste, viessem receber a herança correspondente, decorrente da exclusão, certamente é porque imaginou que o ‘castigo’ seria apenas do deserdado; aos herdeiros deste, então, cabe invocar o direito de representação.

48 idem, pág. 447.

49 OLIVEIRA e AMORIM. Op. Cit., pág. 50.

50 GOMES, Orlando. Sucessões. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. 11<sup>a</sup> edição. Editora Forense, Rio de Janeiro: 2002, pág. 212.

51 CC, art. 1.816.

## 6. Quadro Comparativo

Resumindo as principais características e ressaltando as mais importantes diferenças entre os institutos da indignidade e da deserção, segue abaixo um quadro comparativo:

<b>INDIGNIDADE</b>	<b>DESERÇÃO</b>
SUCESSÃO LEGÍTIMA ou TESTAMENTÁRIA	SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA COM TESTAMENTO VÁLIDO
HERDEIRO/INTERESSADO PRECISA PEDIR E PROVAR  CAUSA LEGAL  PENA CIVIL	PRÓPRIO AUTOR DA HERANÇA COM EXPRESSA DECLARAÇÃO DE CAUSA LEGAL (CC, ART. 1964)  PENA CIVIL  HERDEIRO/INTERESSADO PRECISA PEDIR E PROVAR
CONTRA A VIDA, A HONRA E A LIBERDADE – CC, ART. 1814  Ex: a) INSTIGAÇÃO AO SUICÍDIO EQUIPARA-SE AO HOMICÍDIO DOLOSO? sim  b) PRATICAR EUTANÁSIA (MORTE PIEDOSA) NO AUTOR DA HERANÇA? não  c) ABERRATIO ICTUS? não  d) ERROR IN PERSONA? não  e) LEGÍTIMA DEFESA? não  f) ESTADO DE NECESSIDADE? não  g) EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO? Não	CONTRA A VIDA, A HONRA E A LIBERDADE – CC, ART. 1814  + OUTRAS CAUSAS – CC, ARTS. 1.962 E 1.963

AÇÃO ORDINÁRIA COM COMPROVAÇÃO DO ALEGADO	AÇÃO ORDINÁRIA COM COMPROVAÇÃO DO ALEGADO
4 ANOS DA DATA DA ABERTURA DA SUCESSÃO - DECADENCIAL – CC, ART. 1815, P.Ú.	4 ANOS DA DATA DA ABERTURA DO TESTAMENTO - DECADENCIAL – CC, ART 1965, P.Ú
AÇÃO ORDINÁRIA NÃO PODE SER PROPOSTA EM VIDA	AÇÃO ORDINÁRIA NÃO PODE SER PROPOSTA EM VIDA
EFEITOS PESSOAIS – ART. 1816 – HERDEIROS SUCEDEM POR REPRESENTAÇÃO	EFEITOS PESSOAIS – HERDEIROS SUCEDEM POR REPRESENTAÇÃO? Sim

## 7. Conclusão

É justo que a Constituição da República preveja, como direito individual da pessoa, o direito de herança<sup>52</sup>. Neste sentido, e para regular tal direito, a legislação civil ordinária optou pela estrutura germânica/romana, garantindo a proteção patrimonial sucessória em favor dos parentes próximos do *de cuius* (*jus sanguinis*) e de seu cônjuge sobrevivente (sucessão legítima), mas permitindo, ao mesmo tempo, que metade de seu patrimônio, querendo, pudesse ser por ele livremente disposto (sucessão testamentária). Houve, assim, uma mitigação de formas de sucessão.

Esse direito constitucional, porém, não é absoluto.

Pode uma pessoa ser privada de seu exercício em razão de causas naturais, involuntárias, porém impeditivas de seu acesso à herança. É o caso da morte prévia em relação ao autor da herança (premoriência), ou quando a morte é absolutamente concomitante com ele (comoriência). Ainda, se não quiser exercer este direito (renúncia).

Mas não é só.

<sup>52</sup> CR, art. 5º, XXX.

Se para obter esse importante direito, em qualquer das espécies de sucessão, o herdeiro ferir a ética e praticar atos atentatórios contra a vida, a honra ou a liberdade do autor da herança e, até mesmo, contra pessoas que são próximas a ele, se apresenta então justo que forçadamente ele perca esse direito.

Nesse caso, o sucessor passa a ser indigno de tal direito, sendo que essa indignidade, então, devidamente declarada através do devido processo legal judicial, implicará na sua exclusão da herança.

Por outro lado, o próprio autor da herança, ainda em vida, e através de testamento, pode invocar eventual agressão, descaso ou desprezo de um sucessor, para deserdá-lo. De fato, se for ofendido igualmente em seus valores mais básicos, como a vida, a honra, a liberdade, a sua integridade corporal, vida sexual e moral, capacidade civil, enfim, em sua dignidade, pode impedir que seu sucessor/agressor receba a herança que normalmente lhe seria destinada. Também respeitado, nesse caso, é certo, o devido processo legal.

Como se disse várias vezes no presente artigo, são hipóteses forçadas de se impedir alguém de exercer o constitucional direito de herança.

E são hipóteses justas.

É verdade que ainda carecem de total regulamentação, pois o direito sucessório entre cônjuges, por exemplo, está incompleto em relação às formas de deserdação por ofensa física ou moral.

Em relação à legislação anterior, existem novidades. As hipóteses foram aumentadas, para proteger valores de pessoas próximas ao autor da herança.

Uma vez que estas formas forçadas de exclusão da herança possuem natureza de pena civil, de sanção, impõe-se sejam respeitados os princípios do devido processo legal judicial, com contraditório, ampla defesa e tipicidade legal. As ações ordinárias exigem um rol de requisitos imprescindíveis para que possam culminar com o 'castigo', que é afastar o sucessor maldoso ou criminoso, de sua parte na herança daquele que teria, em outras circunstâncias, lhe beneficiado.

Em suma, este foi o foco do presente ensaio. Permitir a discussão das novidades legais sobre esse importante tema do direito civil, certa-

mente afeto a todas as pessoas, sem perder de vista a crítica construtiva ao processo legislativo.

## 8. Referências

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*. 6o vol. 19a edição. Editora Saraiva, São Paulo:2005.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões, Teoria e Prática*. 4a edição. Editora Forense. Rio de Janeiro:2004.

FIUZA, César. *Novo Direito Civil*. 6a edição, Del Rey Editora, Belo Horizonte:2003.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. 11a edição. Editora Forense, Rio de Janeiro: 2002.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, Direito de Família e das Sucessões*, vol. 5. 3a edição. Editora RT. São Paulo:2004.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. *Inventários e Partilhas, Direito das Sucessões*. 17a edição. Editora Universitária de Direito. São Paulo:2004.

OLIVEIRA, Euclides de. *Sucessão legítima à luz do novo Código Civil*. Acesso na internet, no site , em 12.4.2006, às 10 h.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária*. 17a edição, Editora Forense. Rio de Janeiro:2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. Editora Renovar, Rio de Janeiro:2004.

VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenação Ricardo Fiúza. 3a edição. Editora Saraiva. São Paulo:2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*, vol. VII. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

*NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO*, Estudo Comparativo, com Prefácio do Prof. Miguel Reale, 2ª edição, Editora RT: São Paulo, 2002.



## BLOQUEIO ON-LINE DE ATIVOS FINANCEIROS - ASPECTOS PRÁTICOS

Eduardo Sens dos Santos  
*Promotor de Justiça Substituto - SC*

### 1. Introdução

Este texto tem por objetivo apresentar as vantagens práticas da utilização do sistema Bacen Jud, do Banco Central do Brasil, na busca de informações bancárias e no bloqueio de ativos financeiros de pessoas físicas ou jurídicas, prática que se experimentou na Comarca de Pomerode, Santa Catarina, para resguardar futura execução de sentença por ato de improbidade administrativa.

Muito sinteticamente se examinará também a legalidade do sistema, rebatendo os principais argumentos levantados até o momento contra a sua utilização.

### 2. Características

O Bacen Jud é um sistema informatizado criado pelo Banco Central do Brasil para agilizar o cumprimento de determinações e requisições judiciais relativas a ativos financeiros. Antes de sua criação, os juízes oficiavam diretamente ao Banco Central requisitando as informações, prática que exigia o reenvio das requisições a todas as instituições fi-

nanceiras componentes do Sistema Financeiro Nacional e tornava lento o processamento das ordens.

Além disso, antes do Bacen Jud corria-se o risco do vazamento de informações, pois um simples telefonema de algum intermediário inviabilizaria toda a execução judicial ou a medida cautelar. Com o atual sistema, o bloqueio é realizado automática e eletronicamente, sem transitar em meio físico pelas instituições financeiras. Quando o gerente da conta recebe a ordem, já não há mais tempo hábil para fraudá-la, por exemplo, com a transferência do saldo, porque o sistema registrará também os horários de recebimento da ordem, como se verá adiante.

### **3. Utilidade**

O Bacen Jud nada mais faz que encurtar o caminho entre o Banco Central do Brasil e as instituições financeiras, repassando aos agentes do Sistema Financeiro a ordem judicial, que em pouco tempo é executada.

Assim, por exemplo, se o juiz de direito de Florianópolis determinar o bloqueio de ativos financeiros de alguém em todas as instituições financeiras do país, basta acessar o Bacen Jud e, munido de uma senha, obtida previamente na secretaria da Presidência do Tribunal de Justiça, determinar a constrição. Em determinadas ocasiões, em questão de horas o bloqueio é efetuado.

Além do bloqueio de ativos, o Bacen Jud possibilita requisitar informações sobre a existência de contas correntes e demais aplicações financeiras, como poupanças, fundos de renda fixa e variável e fundos de previdência privada.

A nova versão do sistema, já em vigor, permite ainda a transferência de valores diretamente da conta do sujeito passivo para a conta única do Judiciário para posterior liberação por alvará ao credor.

### **4. Legalidade**

O sistema do Bacen Jud, há muito utilizado na execução pelos juízes do trabalho, pode então ser conceituado como um sistema infor-

matizado para trânsito de ordens judiciais recebidas pelo Banco Central do Brasil entre as instituições componentes do Sistema Financeiro Nacional. Institui, em verdade, ofícios eletrônicos, emitidos pelo magistrado para tornar bens indisponíveis, requisitar informações bancárias ou simplesmente penhorar dinheiro, sendo por isso conhecido como “penhora on-line”.

Embora formalmente criado por simples convênio celebrado entre o Banco Central e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, à semelhança do já realizado desde 2002 com o Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho, não há ilegalidade ou inconstitucionalidade alguma em tal proceder, que se limita a fornecer mais um *meio* para tornar efetivas as decisões judiciais.

Em outras palavras, não é norma processual ou de procedimento, motivo pelo qual não se exige lei em sentido formal para que tenha lugar na prática judiciária, adotada na maioria dos tribunais de justiça brasileiros.

Também não fere normas constitucionais sobre o sigilo bancário. Quem determina a ordem é o próprio juiz, que aliás não toma conhecimento do conteúdo e da movimentação da conta em que recairá a constrição. O sistema apenas lança o débito na conta indicada (ou em todas as contas do sujeito passivo, conforme o caso), limitando-se a informar ao juiz posteriormente sobre o sucesso ou não do bloqueio dos bens.

Acaso a ordem seja de emissão de extratos bancários, por outro lado, haverá sim quebra de sigilo bancário. No entanto, novamente aqui a ordem será determinada por juiz, que tal qual no sistema anterior, do ofício em papel, é a autoridade competente para tanto, estando ademais obrigado a ater-se às situações previstas em lei.

É de se observar que, ao invés de prejuízo ao sigilo bancário, a adoção do sistema Bacen Jud na verdade amplia a garantia constitucional, à medida que torna mais seguro o processamento da ordem judicial e impede que terceiros tomem conhecimento da medida. Em determinadas hipóteses nem mesmo o escrivão judicial sabe da medida antes de o processo retornar ao cartório, situação que inevitavelmente ocorria antes.

O devido processo legal igualmente não sofre restrição com o sistema. As normas processuais e procedimentais continuam exatamente

as mesmas. Na ação de improbidade que requer o bloqueio de bens, por exemplo, a citação do réu ocorrerá depois de examinado o pedido liminar, momento em que terá oportunidade de requerer a revogação da ordem e exercer o contraditório. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, tido como corolário do devido processo legal, não sofre também qualquer interferência, pois a necessidade, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida continuarão de observação obrigatória pelo juiz conforme o caso, sempre fundamentadamente.

Alega-se por vezes que o sistema permite a prática de atos pelo juiz fora de sua competência, como no caso de bloqueio de bens em conta situada em instituição financeira de fora da comarca. Do mesmo modo, aqui não se pode identificar qualquer ilegalidade, pois em se tratando de órgãos públicos ou instituições privadas em exercício de função pública, como é o caso dos bancos, o juiz pode determinar diretamente a realização de atos, como atualmente ocorre com os registros públicos e com as operadoras de telefonia.

Exigir a expedição de carta precatória para cada agência bancária, por outro lado, implicaria providência desprovida de sentido, já que o ato pode ser praticado diretamente pelo juiz, e a carta precatória, como é sabido, limita-se à prática de atos por delegação em caso de incompetência territorial do juiz.

Veja-se, por exemplo, que o Código de Processo Civil já admite expressamente a citação por carta, “para qualquer comarca do País” (art. 222, *caput*), ao passo que a redação do §1º do art. 659 do Código permite que a penhora se realize “onde quer que se encontrem os bens”<sup>1</sup>.

Por outro lado, o sistema não expõe a intimidade do indivíduo a público. Pelo contrário: como os “ofícios eletrônicos” tramitam criptografados eletronicamente, o risco de a informação chegar a pessoas não autorizadas é mínimo, muito menor, diga-se de passagem, do que o risco de uma senha bancária comum ser apropriada por *hackers*.

Por fim, o sistema não desobedece às disposições processuais sobre penhora e sobre medidas cautelares. No que tange às penhoras,

---

1 A respeito do dispositivo tem-se entendido que “Dispensa-se a expedição de carta precatória na constrição judicial de bens localizados fora dos limites territoriais do juízo da execução, se os mesmos foram indicados pelo devedor, mediante lavratura de termo nos autos” (RJTAMG 60/119), *apud* NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 36ª ed. São Paulo : Saraiva, 2004. P. 768.

o próprio Código de Processo Civil determina que sejam feitas preferencialmente em dinheiro (art. 655) e princípios como celeridade, economia processual e máxima eficiência da prestação jurisdicional só recomendam a medida.

Na verdade, o Bacen Jud apenas transformou o *meio* pelo qual transitavam as informações sobre quebra do sigilo bancário e sobre bloqueios: o ofício impresso em papel e remetido pelo correio transformou-se em “ofício eletrônico”, ou seja, em informação criptografada eletronicamente remetida pela *Internet*.

E assim o fez seguindo moderna tendência, verificada já com sucesso quando da implantação do sistema de processo eletrônico (digital) nos Juizados Especiais Federais. No *e-proc*, como foi alcunhado o sistema, as ações somente são propostas e contestadas, inclusive com documentos, por e-mail. A citação e as intimações são todas realizadas virtualmente e a sentença também só existe no plano digital<sup>2</sup>.

Mais recentemente, por força da alteração promovida no Código de Processo Civil pela Lei nº 10.280/2006, não se pode ter mais dúvidas da legalidade do uso do Bacen Jud. Admite agora o parágrafo único do art. 154 que “Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”<sup>3</sup>. E desde 2001, quando da edição do Decreto nº 3.996/2001, o Banco Central do Brasil já utiliza a ICP-Brasil.

Vale ressaltar, no entanto, que há duas ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal contra o convênio firmado entre o Bacen e o TST, propostas pelo PFL<sup>4</sup> e pela Confederação Nacional

---

2 Também por *resolução*, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região criou o sistema *e-proc*. Assim estabelece o art. 2º da Resolução n. 13/2004: “A partir da implantação do processo eletrônico somente será permitido o ajuizamento de causas pelo sistema eletrônico”.

3 A ICP-Brasil é um conjunto de técnicas, práticas e procedimentos que vêm sendo implantados gradativamente pela Administração Federal e por diversas organizações privadas brasileiras com o objetivo de harmonizar os fundamentos técnicos e metodológicos de um sistema de certificação digital. Em outras palavras, é o sistema de segurança digital utilizado pela Administração Federal.

4 ADI n. 3091, rel. Min. Joaquim Barbosa. Já há parecer do Procurador-Geral da República pela improcedência do pedido formulado na ADI. O Sindicato dos Metalúrgicos do ABC e a Anamatra requereu a intervenção no processo na qualidade de *amicus curiae*.

dos Transportes<sup>5</sup>.

Embora sem apreciação pelo STF até o momento, o parecer do Procurador-Geral da República é pela improcedência dos pedidos, concluindo que “O sistema Bacen Jud vai ao encontro das novas tecnologias a serviço de um novo processo judicial, que tem como princípios norteadores a celeridade, a economicidade e a máxima eficácia, e que vem ganhando corpo com a implementação de sistemas de peticionamento *on-line*, dos interrogatórios por meio de vídeo-conferência, dos *sites* dos tribunais, da pesquisa via *internet* da jurisprudência, da autenticação eletrônica de documentos etc. Lembre-se que este Supremo Tribunal Federal, por meio da Resolução n. 287, de 14 de abril de 2004, instituiu o chamado *e-STF*, sistema que permite o uso de correio eletrônico para a prática de atos processuais no âmbito desta colenda Corte Suprema”<sup>6</sup>.

## 5. Procedimento

De forma bastante simples, em execução de títulos extrajudiciais (por exemplo o ajustamento de conduta), na fase de cumprimento da sentença, em cautelares ou mesmo em sede liminar é possível ao juiz, de ofício, mediante provocação de qualquer interessado ou do Ministério Público, realizar o bloqueio de ativos financeiros ou a pesquisa de informações bancárias.

Para tanto, de forma a resguardar o sigilo, o próprio juiz deve solicitar ao Tribunal de Justiça o fornecimento de sua senha pessoal. Em Santa Catarina, basta o juiz pessoalmente ligar para a secretaria da Presidência do Tribunal de Justiça, no telefone 48 3221-1243, e informar sua matrícula e seu e-mail. O servidor responsável – o *master*, no anglicismo utilizado pelo Bando Central – acessará o sistema Bacen Jud e em poucos minutos criará a senha para o magistrado.

---

Os principais argumentos da ADI são os de que o Bacen legislou sobre processo, que a medida permite ao juiz extrapolar sua competência territorial e que a constrição impõe tratamento “degradante e coativo” aos devedores.

5 ADI n. 3203, rel. Min. Joaquim Barbosa. Também foi admitida a Anamatra como *amicus curiae*. O ministro relator determinou a conexão das ações, por continência da segunda na primeira.

6 Parecer n. 2.444/CF, datado de 23 de abril de 2004, Procurador-Geral da República: Cláudio Fonteles.

De posse do código, deve-se então acessar a página [www.bcb.gov.br/judiciario](http://www.bcb.gov.br/judiciario), informar o código da instituição, que também será fornecido pelo servidor responsável, o nome do usuário e a senha e selecionar as opções disponíveis.

Neste momento, é imprescindível o conhecimento do CPF ou do CNPJ do titular dos ativos financeiros a serem bloqueados, pois não é possível pesquisa por nome ou outro dado. Daí a relevância de no pedido indicar-se tal dado com absoluta precisão.

Os centros de apoio operacional do Ministério Público de Santa Catarina dispõem de meios para facilmente encontrar tais dados diante do nome da pessoa a ser pesquisada. O sistema Infoseg, já disponível diretamente aos membros do Ministério Público, permite a procura pelo CPF de qualquer pessoa que tenha veículo registrado em seu nome.

### **5.1. Bloqueio parcial ou total**

O sistema do Bacen Jud permite ao juiz realizar o bloqueio integral de todos os ativos financeiros ou simplesmente bloquear determinada quantia. Em situações que envolvam grandes somas, dependendo da capacidade econômica do sujeito passivo, o interessante é em primeiro lugar determinar o bloqueio integral e requisitar informações para, posteriormente, de posse dos dados, limitar o bloqueio a patamar que não impeça a sobrevivência daquele que sofrer a constrição. Lembre-se que as ordens, tanto de bloqueio quanto de desbloqueio, são processadas em questão de horas. Assim foi feito em Pomerode, na ação cautelar que conseguiu o bloqueio integral das contas de três ex-prefeitos, de um deputado federal e de uma empresa fantasma.

Com a atualização do sistema realizada no final de 2005, tornou-se possível ao magistrado, além do bloqueio parcial e total, obter diretamente informações sobre saldos bancários, extratos das contas correntes ou de investimentos e diretamente *transferir* valores bloqueados para contas judiciais.

Em caso de ordem para bloqueio integral, o sistema captará o saldo do dia seguinte àquele em que a ordem digital for recebida pela instituição financeira, e ficarão vedadas quaisquer operações de débitos na mesma data. Assim, se o magistrado registra a ordem de bloqueio total

no dia 28 de abril de 2006, uma sexta-feira, até às 19h, embora a ordem seja disponibilizada eletronicamente à instituição financeira até as 23h do mesmo dia, somente na segunda-feira os valores serão bloqueados e não poderá mais o sujeito passivo realizar débitos<sup>7</sup>. A ordem deverá ser cumprida até as 23h59 do dia em que recebida. Acaso haja algum atraso na disponibilização da informação ou no cumprimento da ordem, o sistema comunica automaticamente ao juiz.

Os valores creditados posteriormente também serão atingidos no bloqueio integral, o que significa dizer que se inicialmente a conta estiver sem saldo mas vier a receber algum valor posteriormente ao bloqueio, todo o montante será atingido pela providência. Também a ordem atingirá depósitos a prazo, como cheques depositados antes do bloqueio mas ainda pendentes de compensação.

Como a ordem deve ser processada também pelo gerente do banco em que recairá a constrição, é importante nesse momento, dependendo da gravidade da situação, que o Ministério Público ou o interessado acompanhe o cumprimento da ordem de bloqueio integral e futuro, pois falhas interpretativas do mandado eletrônico podem ocorrer. Em Pomerode, por má interpretação da gerência de uma das instituições financeiras, foram liberados valores provenientes de proventos de aposentadoria, situação que foi resolvida posteriormente por ofício requisitório do Ministério Público.

De qualquer forma, no bloqueio integral será informado o montante obtido ao juiz quando do cumprimento da ordem. Informações sobre o bloqueio de créditos posteriores deverão ser solicitadas expressamente em ordem específica.

No bloqueio parcial o juiz se limitará a indicar o valor da constrição. Poderá indicar uma ou mais contas do sujeito passivo, ou ainda optar que a ordem de bloqueio seja cumprida em todas as contas da titularidade do sujeito passivo. Esta opção tem a particular vantagem de “encontrar” ativos financeiros registrados em nome do devedor em qualquer Estado da Federação. Com a atual versão do sistema não há mais o inconveniente de o mesmo valor ser bloqueado nas várias contas do sujeito, o que poderia multiplicar o valor do bloqueio por tantas vezes

---

7 As ordens judiciais protocolizadas no sistema até às 19h dos dias úteis bancários serão consolidadas pelo sistema Bacen Jud 2.0, transformadas em arquivos de remessa e disponibilizadas simultaneamente para todas as instituições financeiras até às 23h do mesmo dia.

quantas fossem as contas existentes. A própria instituição, em caso de saldo superior, definirá qual das contas sofrerá a constrição.

No bloqueio parcial, em caso de não haver saldo suficiente na conta, será necessária complementação posterior, porque o sistema não bloqueia créditos futuros.

## 5.2. Desbloqueio

A operação obedece ao mesmo sistema que o bloqueio, com a vantagem de poder ser determinada por qualquer magistrado, e não somente pelo que ordenou em primeiro lugar. Esta função tem a conveniência de não vincular eternamente um magistrado ao processo, mesmo porque pode ocorrer de sua ordem ter sido emitida quando em substituição a outro magistrado, ou que o juiz venha a ser promovido após a determinação do bloqueio.

Igualmente se aplicam ao desbloqueio os prazos previstos para o bloqueio, de modo que a ordem, tão logo registrada, será disponibilizada às instituições financeiras e cumprida com a mesma celeridade.

## 6. Caso prático

Em Pomerode três ex-prefeitos, um deputado federal, um servidor e uma empresa fantasma foram condenados em ação de improbidade administrativa ao pagamento de aproximadamente meio milhão de reais cada um – trabalho brilhantemente realizado pelos colegas Odair Tramontin e João Carlos Teixeira Joaquim.

Diante do evidente *fumus boni juris*, e à vista do recente *periculum in mora* que significava a notícia da condenação, propôs-se ação cautelar para bloquear todos os ativos financeiros das pessoas envolvidas.

Requeru-se ainda fosse oficiado à Comissão de Valores Mobiliários, tendo em vista a notícia de serem titulares de ações no mercado financeiro, ao Incra, para apurar a propriedade de imóveis rurais, além de ao Detran e aos registros de imóveis da região.

O pedido foi deferido pelo juiz Roberto Lepper, que pessoalmente

registrou o bloqueio *on-line* no Bacen Jud. Dias após todos os ativos financeiros dos réus estavam bloqueados integralmente.

No decorrer da ação sobrevieram informações sobre as contas correntes e demais aplicações financeiras dos réus, bem como sobre os valores indisponibilizados. Posteriormente, mediante novo pedido do Ministério Público, a juíza Iraci Satomi Kuraoka Schiocchet determinou via Bacen Jud que todas as agências do país em que os requeridos tivessem contas apresentassem extratos bancários desde o ano de 1997, o que foi prontamente realizado. De posse dos dados, pôde-se tornar ainda mais evidente a prova de transações ilícitas ocorridas no período em que os agentes públicos exerceram os cargos.

Da decisão os agentes ímprobos interpuseram agravo de instrumento, que até a finalização deste texto não havia sido julgado. Na decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da decisão de primeiro grau, todavia, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por decisão do desembargador Jânio Machado, manteve a liminar, ainda que sem entrar na discussão sobre a legalidade da “penhora *on-line*”, consignando não haver impossibilidade de constrição sobre todos os bens dos agentes ímprobos<sup>8</sup>.

Apesar de os valores encontrados não terem sido suficientes para saldar o débito, a utilização do Bacen Jud se demonstrou ágil e eficaz, notadamente em se considerando a pluralidade de envolvidos e a multiplicidade de contas, inclusive algumas delas situadas em outros Estados da Federação e em Brasília.

Pode-se concluir, por fim, ainda que a experiência de uso do sistema no Ministério Público não forneça maiores dados, que a prática só amplia os instrumentos à disposição do promotor para o desempenho de suas funções, quer na investigação de atos ilícitos praticados mediante uso do Sistema Financeiro Nacional, quer na adoção de providências cautelares ou mesmo na satisfação de créditos oriundos de sentenças condenatórias, ajustamentos de conduta ou mesmo em ações cíveis em que o Ministério Público atua como *custos legis*, como no caso das ações de alimentos.

---

8 Agravo de Instrumento nº 2005.024313-1, de Pomerode, relator Des. Jânio Machado, em 9.9.2005.

# A TUTELA ANTECIPADA E OS LIMITES DA CONVERTIBILIDADE PREVISTA NO § 7º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Márcio Schiefler-Fontes  
*Especialista pela UFSC e Juiz Substituto - SC*

Sumário: 1 Prólogo – 2 Inovações introduzidas pela Lei 10.444 no artigo 273 do CPC – 3 Tutela cautelar e tutela antecipada – 4 O § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil – 5 Considerações finais – 6 Referências bibliográficas.

## 1 Prólogo

Muito embora a antecipação da tutela, já incorporada definitivamente ao imaginário jurídico brasileiro, permaneça constantemente na pauta dos temas fundamentais do processo civil como caracterização dos poderes do juiz<sup>1</sup>, é na atuação do Ministério Público em esferas não-penais que desponta o emprego cada vez mais decisivo desse instituto, a exemplo de ações com pedido de alimentos, daquelas em nome dos incapazes, nas ações civis públicas em geral, pela curial – porém por vezes esquecida – lição de Cândido Rangel Dinamarco: “o Ministério Público é sempre municiado dos poderes e faculdades ordinariamente

---

1 Dinamarco, 2003a, p. 376.

pertinentes às partes em geral”<sup>2</sup>.

No caso da ação civil pública propriamente dita<sup>3</sup>, a situação fica ainda mais candente, à luz da controvérsia sobre a aplicação dos requisitos entabulados no artigo 273 do Código de Processo Civil – CPC à hipótese de liminar prevista no artigo 12 da Lei 7.347, chamada “da Ação Civil Pública”.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, por exemplo, ostenta julgados segundo os quais a natureza jurídica da liminar proferida em ação civil pública é invariavelmente distinta da tutela antecipada regulada pelo artigo 273 do CPC, o que inviabilizaria que se invocassem seus requisitos para se pleitear aquela liminar<sup>4</sup>. Por outro lado, doutrinadores do naipe de Hugo Nigro Mazzilli sustentam entendimento diametralmente oposto, ao defender a natureza de antecipação de tutela àquelas liminares em ações civis públicas que antecipem efeitos da sentença<sup>5</sup>.

Nesse contexto, as modificações manifestadas pela Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, nos §§ 3º, 6º e 7º do artigo 273 do CPC suscitaram as mais diversas interpretações. Esses dispositivos cumprem papel decisivo no âmbito de controvérsias jurídicas de relevância, a exemplo da polêmica que circunda a antecipação da tutela nas ações declaratórias e constitutivas<sup>6</sup>. Entre tais alterações, destaca-se a introdução do § 7º no mencionado artigo.

O instituto da antecipação da tutela foi inserido no CPC pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, mediante o referido artigo 273. O disposto no antigo artigo 273 foi transmudado no parágrafo único do artigo 272.

Desde o início salientou-se que a tutela antecipada se diferencia da tutela cautelar por variadas razões. A tutela cautelar, a começar pelo número 7 da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, é provimento substancialmente instrumental, à medida que almeja assegurar o resultado prático de um processo a ela referido (assegurar um resultado útil ao processo de conhecimento ou de execução), tendo em

---

2 Dinamarco, 2004, p. 687-688.

3 Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

4 STJ, 2001a.

5 Mazzilli, 2004, p. 425-427.

6 Negrão, 2002, p. 357.

vista a realização do direito afirmado pelo autor. Na tutela antecipada, por sua vez, concede-se, de forma antecipada, ainda que provisória, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos, mormente no plano dos fatos, sem excluir o plano do direito.

Segundo Nelson Nery Junior, a tutela antecipatória dos efeitos da sentença é providência de natureza mandamental, efetivando-se mediante execução *lato sensu*, no intuito de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo, ou os efeitos dela decorrentes. Pretende a satisfação do autor no plano dos fatos, realizando o direito e lhe outorgando o bem da vida almejado<sup>7</sup>.

Intróito semelhante é esposado por Teori Albino Zavascki, para quem antecipar os efeitos da tutela significa antecipar as eficácias potencialmente contidas na sentença, satisfazendo, desse modo, o pedido formulado pelo autor na inicial, no plano dos fatos. Em outras palavras, antecipam-se os efeitos que a futura sentença tem aptidão para produzir no plano da realidade, ou seja, antecipa-se a eficácia social da sentença, não a sentença jurídico-formal<sup>8</sup>.

Por ser medida que antecipa provimento de mérito (sentença) ou algum efeito dele decorrente, a antecipação da tutela encontra seus limites na exata extensão do pedido inicial, pois não se pode conceder, antecipadamente, mais do que o autor obteria se eventualmente saísse vencedor na totalidade da pretensão que deduziu em juízo. Há portanto absoluta correlação entre tutela passível de ser antecipada e pedido formulado pelo demandante, à luz do princípio dispositivo<sup>9</sup>.

A princípio, somente o autor teria legitimidade para requerer a tutela antecipatória, pois é ele quem via de regra deduz pretensão em juízo, podendo formular pedido, uma vez que a antecipação está limitada ao que tiver sido deduzido em forma de pedido. Contudo, a legitimidade para requerer a medida é estendida a todos os que eventualmente puderem deduzir pretensão em juízo<sup>10</sup>, como o réu quando reconvém, por exemplo<sup>11</sup>.

---

7 Nery Junior; Nery, 2003, p. 646.

8 Zavascki, 1999, p. 82-85.

9 Encampado pelo artigo 262 do CPC.

10 Artigo 273, caput, do CPC.

11 Negrão, 2002, p. 356.

Embora a expressão “poderá”, contida no *caput* do artigo 273 do CPC, possa indicar poder discricionário do juiz para conceder ou não a antecipação da tutela, é certo que não cabe essa faculdade ao magistrado. Presentes os pressupostos autorizadores da concessão do provimento, deverá o julgador obrigatoriamente conceder a medida – não lhe é lícito, portanto, concedê-la ou negá-la pura e simplesmente. Incide aqui também, por óbvio, o livre convencimento motivado, contexto em que o deferimento do pedido de antecipação da tutela é compulsório na presença dos requisitos legais. Por outro lado, caso os elementos presentes não convençam o juiz dessa circunstância, deve negar a medida. Cabe ainda salientar, na esteira da maioria da doutrina<sup>12</sup>, que somente diante de pedido expresso da parte é que pode o juiz conceder a medida, pois incabível sua concessão *ex officio*.

O *caput* do artigo 273 do CPC prescreve as condições sem as quais não se pode conceder, de regra<sup>13</sup>, a antecipação da tutela. Há uma divergência quanto à terminologia adotada – parte da doutrina chama essas condições, postas no artigo 273, *caput*, de requisitos<sup>14</sup>; outros autores as denominam pressupostos<sup>15</sup>. São dois: prova inequívoca e verossimilhança da alegação do autor. A prova inequívoca seria do fato do pedido do autor (causa de pedir) que sustenta a demanda. Já a verossimilhança seria a probabilidade de que os fatos narrados pelo autor ensejem o direito que alega à luz da legislação.

Não há, todavia, como se pode intuir, separação absoluta entre esses dois pressupostos. Para Calmon de Passos, a prova inequívoca deve conduzir, no que diz respeito ao convencimento do magistrado, à verossimilhança, abstraído juízo de certeza peremptória<sup>16</sup>. Já Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery aglutinam prova inequívoca e verossimilhança no conceito de probabilidade, a qual seria de certo modo mais atinente à verossimilhança, mas não tão peremptório quanto o de prova inequívoca<sup>17</sup>. A probabilidade seria referida à verdade dos fatos narrados pelo autor.

---

12 Assis, 2001, p. 411.

13 Dada a exceção prevista no § 6º do próprio artigo 273 do CPC, adiante examinada.

14 Theodoro Júnior, 2001, p. 326.

15 Alvim Netto, 2002, p. 37.

16 Calmon de Passos, 1998, p. 23.

17 Nery Junior; Nery, 2003, p. 649.

A lei exige ainda, para a concessão da antecipação da tutela, três requisitos alternativos: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; abuso do direito de defesa; ou manifesto propósito protelatório do réu. As três hipóteses são independentes: não é necessário, para a concessão do provimento de antecipação, o congresso dos três requisitos, bastando somente a conjunção de qualquer deles com o anteriormente chamado pressuposto da probabilidade.

O requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, por vezes confundido com o conhecido *periculum in mora*, está previsto no inciso I do artigo 273 do CPC. Segundo Calmon de Passos, para sua caracterização o juiz analisa “a situação do autor e exclusivamente ela, para, em razão de fatores objetivos, concluir pela necessidade ou não da antecipação, e essa necessidade só se verificará quando houver fundados receios de que os danos ocorrerão”<sup>18</sup>.

O requisito do abuso do direito de defesa está previsto no inciso II do artigo 273 do CPC. Ele ocorre quando o réu exercita seu direito de defesa muito além do necessário, objetivando não o alcance da tutela, mas outro objetivo qualquer, para além do processo. Em outras palavras, um desvio de finalidade do direito de defesa.

Por sua vez, o requisito do manifesto propósito protelatório, também previsto no inciso II do artigo 273 do CPC, pode ser caracterizado pela resistência injustificada, por parte do réu, ao andamento do processo. Pode acontecer, por exemplo, quando o réu provoca incidentes desnecessários.

Sobre a oportunidade da concessão da antecipação da tutela, basta dizer que a medida pode ser outorgada *in limine litis* ou em qualquer fase do processo: *inaudita altera parte* (mediante justificação prévia ou não) ou depois da citação; pode ser concedida na sentença, ou depois dela. Frise-se, porém, que não é raro o entendimento de que a concessão fundada no inciso II do artigo 273 só pode ocorrer depois da contestação<sup>19</sup>. A concessão ou denegação da medida no curso do processo é decisão interlocutória – impugnável, portanto, por meio do recurso de agravo.

Há por fim uma última hipótese de concessão da tutela antecipada,

---

18 Calmon de Passos, 1998, p. 32.

19 Negrão, 2002, p. 353.

independente tanto dos elementos do *caput* do artigo 273 quanto de seus incisos. É o § 6º, também inserido pela Lei 10.444/02, como se verá a seguir, e que determina a concessão da tutela antecipada “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Já a revogação da antecipação da tutela pressupõe o reexame dos pressupostos que autorizaram sua concessão. Caso persistam, a revogação é impossível. Normalmente, a revogação, tal qual a concessão, só deve ser levada a cabo mediante a provocação do interessado, embora haja decisões no sentido de que a ampliação da cognição, por obra da instrução, pode infundir tal providência<sup>20</sup>.

## **2 Inovações introduzidas pela Lei 10.444 no artigo 273 do CPC**

A Lei 10.444 alterou a redação do artigo 273 do CPC: modificou o texto de seu § 3º e lhe acrescentou os §§ 6º e 7º.

A alteração do § 3º do artigo 273 do CPC teve por finalidade a melhor integração no sistema dos artigos 273, 461 e 461-A. As demandas que têm por objetivo as obrigações de fazer e não fazer seguem o regime do artigo 273, podendo haver antecipação de tutela na proporção das hipóteses que albergam.

A inclusão do § 6º estendeu a antecipação de tutela quando houver cumulação de pedidos, permitida a antecipação de um ou mais pedidos, isoladamente, quando forem incontroversos.

O § 7º, objeto específico de estudo nestas linhas, permitiu ao juiz, no caso de requerimento de providência de natureza cautelar a título de antecipação da tutela, deferir a medida cautelar em caráter incidental ao processo ajuizado.

Em verdade, o artigo 273 do CPC teve emprestada da Lei 10.444 a seguinte redação:

Artigo 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

---

20 STJ, 2001b.

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;  
ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Pela obra de Sergio Sahione Fadel, atualizada por Carreira Alvim, o § 7º é “um dos pontos mais importantes” da reforma, “manifestação *de lege lata* do fenômeno denominado *sincretismo processual*”:

O sincretismo processual traduz uma tendência de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, *simpliciter et de plano* (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica (e humaniza) a prestação jurisdicional.<sup>21</sup>

Antes porém de ingressar na novidade incorporada ao sistema

---

21 Fadel, 2004, p. 344.

processual pelo dispositivo sob exame, faz-se necessário destacar as características inconfundíveis da tutela cautelar e da antecipação da tutela.

### 3 Tutela cautelar e tutela antecipada

Seguindo a doutrina clássica, o Código de Processo Civil prevê em seus livros, além dos procedimentos especiais, três tipos de processos: conhecimento, execução e cautelar.

De regra, o processo de conhecimento tem como finalidade a jurisdição do conhecimento, conhecer os fatos para aplicar a norma; já o processo de execução tem como escopo fazer cumprir o direito conhecido (jurisdição de execução); e, por fim, o processo cautelar procura *grosso modo* assegurar o direito durante os processos de conhecimento e de execução.

Cada processo porta a tutela jurisdicional respectiva, ou seja, se se deseja tutela de conhecimento, propõe-se uma ação de conhecimento; se de execução, uma ação de execução; e uma ação cautelar, se cautelar.

Como visto, com a reforma do artigo 273 do Código de Processo Civil, mediante a Lei 10.444, incluiu-se o § 7º, que tem a seguinte redação: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Prevê o dispositivo a possibilidade de o juiz conceder tutela cautelar quando o autor solicitá-la “a título de tutela antecipada”, desde que presentes os requisitos para sua concessão: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Ficou expressamente prevista pelo CPC, a partir de então, a aceitação, não obstante excepcional, de tutela cautelar em processo de conhecimento, o que em princípio foge da regra, pois caso se deseje uma tutela cautelar, deve-se ajuizar uma ação cautelar, como leva a crer a autonomia dessa modalidade do processo.

Nessa ordem de idéias, cumpre resgatar os contornos de ambas as tutelas, cautelar e antecipatória, haja vista possuírem notáveis distinções.

Como já salientado anteriormente, são requisitos para a concessão de tutela cautelar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a plausibilidade do direito e o perigo da demora.

A respeito da medida cautelar, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery prelecionam: “Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução”<sup>22</sup>.

A tutela antecipada tampouco prescinde, de certo modo, da plausibilidade do direito e do perigo da demora. Todavia, exige um juízo de veracidade mais acentuado, com fulcro em prova robusta, cabal ou, como denominou o legislador, inequívoca.

Verifica-se, portanto, que os requisitos não são idênticos. Enquanto a tutela cautelar carece apenas da plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano (*periculum in mora*), a tutela antecipatória larga da prova inequívoca e da verossimilhança. Exige-se muito mais certeza na concessão de tutela antecipada do que na tutela cautelar.

Vale destacar que a doutrina<sup>23</sup> vem criticando reiteradamente a expressão “prova inequívoca”, visto que concebe uma idéia de tal rigidez que nenhuma prova poderia sobrepor-se àquela. Ademais, vai de encontro à idéia de verossimilhança, que representa o juízo de mera probabilidade admitido pelo magistrado diante de cognição sumária.

Outra distinção de grande relevância entre as duas medidas é a de que a tutela antecipada, a rigor, exige o requerimento da parte, vedada a concessão de ofício, requisito esse ausente na medida cautelar, já que o artigo 797 do CPC prevê a possibilidade de o juiz a conceder de ofício, consoante enfatiza a doutrina<sup>24</sup>.

Embora produzam efeitos distintos, assemelham-se por serem medidas de urgência da tutela jurisdicional, técnicas desenvolvidas no direito processual para compensar a demora dos processos de conhecimento e de execução.

---

22 Nery Junior; Nery, 2003, p. 910.

23 Dinamarco, 2003b, p. 90.

24 Carreira Alvim, 2003, p. 33.

Não obstante, mister se faz diferenciar, também, os efeitos práticos de ambas as tutelas, cautelar e antecipada. Na tutela cautelar, o provimento almeja assegurar o direito pleiteado na ação principal, para que no curso do processo principal não haja perecimento. Já na antecipação de tutela, o provimento é no sentido de antecipar os efeitos da sentença, antecipar a tutela; há aqui o que a doutrina chama de satisfatividade, traduzida por Ovídio Baptista: “satisfazer o direito e lhe dar vigência fática, no plano das relações humanas, em última análise, é realizá-lo”<sup>25</sup>.

Leciona Carreira Alvim:

Existe, no entanto, clara distinção entre ambas as pretensões e os respectivos provimentos, podendo-se dizer que a liminar cautelar se limita, de regra à outorga de uma providência de índole processual, distinta da pretensão substancial, com o propósito de garanti-la – salvo, evidentemente, se a cautelar tiver caráter satisfativo, caso em que a satisfação da pretensão material esgota o objeto da ação principal –, enquanto a antecipação da tutela adiante a própria pretensão substancial, que, devendo ser reconhecida na sentença, tem os seus efeitos antecipados.<sup>26</sup>

Na cautelar, que exige plausibilidade do direito, assegura-se o direito para que não pereça durante o lapso temporal do processo principal. Na tutela antecipatória, que demanda verossimilhança e prova inequívoca, traz-se o provimento final para o começo do processo, ou seja, antecipam-se os efeitos da sentença. Assegurar a pretensão ou realizá-la de imediato, em ambos os casos na hipótese do preenchimento dos pressupostos respectivos – eis em suma a distinção<sup>27</sup>.

#### **4 O § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil**

O § 7º do artigo 273, como visto, tem a seguinte redação: “Se o

---

25 Baptista da Silva, 2000, p. 97-98.

26 Carreira Alvim, 2003, p. 33.

27 Marinoni, 1992, p. 141.

autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

O escopo do novo dispositivo parece claro: possibilitar, com es-  
peque nos princípios da economia processual e da instrumentalidade  
das formas, a fungibilidade da medida cautelar, quando solicitada “a  
título de” tutela antecipada. Seria o caso, por exemplo, de uma pessoa  
requerer tutela antecipada para suspender o leilão de um bem, quando  
na ação principal se discute sua impenhorabilidade. Há pedido caute-  
lar a título de tutela antecipada para se proceder à suspensão da hasta  
pública. Antes do novo dispositivo o autor teria de deflagrar uma nova  
ação, cautelar, para obter a tutela pleiteada. Depois dele, o juiz pode  
conhecer o pedido de “antecipação de tutela” por sua real natureza,  
cautelar, e deferi-lo se atendidos os requisitos pertinentes.

É assim que enxerga a doutrina, como faz José Horácio Halfeld  
Rezende Ribeiro:

Note-se que o princípio da fungibilidade foi  
resgatado para proteção do jurisdicionado na  
medida em que, não obstante os conceitos distin-  
tos entre cautelares e a antecipação de tutela, no  
plano prático tal distinção, muitas vezes, se torna  
impossível.<sup>28</sup>

Arruda Alvim também é categórico:

O que expressamente veio objetivar o legislador,  
com o referido § 7º ao artigo 273 é manifestamente  
que, por defeito de postulação, requerendo anteci-  
pação de tutela, mas em realidade, a providência  
que haveria de ter sido requerida teria sido de  
natureza cautelar, o juiz deverá deferir a medida  
cautelar, “em caráter incidental ao processo aju-  
zado”. (...) É claro, todavia, que esse § 7º do artigo  
273 coloca como inequívoco o dever do juiz de  
“aproveitar” o requerimento de tutela antecipada

---

28 Ribeiro, 2002, p. 113.

e dar-lhe um tratamento substancial de medida cautelar; e, processualmente, resolverá o assunto tal como resolveria um pedido de antecipação, ou seja, nos próprios autos, no que difere do procedimento das medidas cautelares (...). Em realidade, o que se contém nesse § 7º do artigo 273 é uma modalidade de “fungibilidade”, ainda que na decisão que, ao aplicar esse texto, terá por equivocada a solicitação de tutela antecipada. Isto ocorrendo, deve-se remarcar que a medida cautelar deverá observar o procedimento da antecipação de tutela, ou seja, nos próprios autos e não separadamente.<sup>29</sup>

Dado o fato de que os requisitos da tutela cautelar são mais brandos do que os da tutela antecipada, além do que o juiz poderia, pelo poder geral de cautela (artigo 798 do CPC), conceder de ofício a tutela cautelar, a concessão de cautelar quando o autor requer antecipação de tutela acaba incorporada de fato e de direito no sistema processual civil brasileiro. É o que dispõe Arruda Alvim, ao expor que há interpretações diversas para o dispositivo,

a primeira circunscrevendo o âmbito do texto, exclusivamente, a erro de nomenclatura, i.e., o requerente solicitou medida cautelar com o *nomen iuris* de tutela antecipada; pela segunda, o texto envolveria poderes mais amplos para o juiz, por que significaria que o autor teria solicitado tutela antecipada que não caberia, mas, no lugar desta, caberia medida cautelar. O que o juiz faria, então, nessa segunda visão, seria admitir a medida cautelar cabível, ainda que houvesse sido requerida tutela antecipada, enquanto tal, incabível. É certo que nesta interpretação está necessariamente compreendida a anterior. Esta segunda visão do texto parece-nos a correta, mormente se tivermos presente a regra do artigo 798.<sup>30</sup>

---

29 Alvim Netto, 2002, p. 378.

30 Alvim Netto, 2002, p. 377.

Postas essas considerações, fica claro, a partir da própria letra do disposto no § 7º do artigo 273, que quando o autor requer antecipação de tutela, e estão presentes os requisitos da tutela cautelar, o magistrado detém o poder de conhecer aquela como esta, deferindo-a. Surge então o questionamento: quando o autor requer tutela cautelar, o juiz poderá deferir a tutela antecipada de ofício? Ou melhor: há conversibilidade dupla?

A doutrina e a jurisprudência divergem.

Tem prevalecido até agora o entendimento de que o juiz não pode, de ofício, deferir tutela antecipada não requerida, pois isso contrariaria o princípio dispositivo, da iniciativa das partes<sup>31</sup>, mesmo porque o artigo 273 dispõe que a tutela antecipada só poderá ser deferida “a requerimento da parte”. Dá-se ao autor aquilo que foi pedido, conforme preceitua o artigo 128 do CPC: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Uma situação é o juiz acautelar quando não há pedido da parte, pois apenas asseguraria o direito. Outra seria o juiz deferir antecipadamente à parte os efeitos da sentença, a tutela pleiteada. Na segunda hipótese seria necessário o pedido da parte, sob pena de ferir-se o princípio dispositivo.

Não obstante, a questão costuma ser observada com cuidado, de modo a não prejudicar a efetividade da tutela jurisdicional quando houver nítida dúvida quanto à natureza da tutela de urgência. Em tais circunstâncias, nada obstará, em princípio, desde que presentes os requisitos e o pedido de natureza antecipatória, que o julgador adequasse a ação cautelar aos efeitos da tutela antecipada do processo principal.

Outro aspecto, contudo, apresenta-se: o fato de os requisitos ínsitos à tutela antecipatória serem expressivamente mais rígidos que aqueles necessários à concessão da tutela cautelar. Parece fora de dúvida que a possibilidade de inversão pode-se mostrar prejudicada ante a ausência de tais requisitos.

Embora Sálvio de Figueiredo Teixeira ultrapasse a questão com mera referência a “fungibilidade de procedimentos”<sup>32</sup>, a verdade é que a

---

31 Assis, 2001, p. 411.

32 Teixeira, 2003, p. 214.

doutrina e a jurisprudência ainda não lograram pacificar a contenda.

No entendimento de Arruda Alvim, a inversão não é possível, salvo mero equívoco de nomenclatura, especialmente em razão do princípio dispositivo:

Uma terceira interpretação é cogitável e consistiria em que, se é possível “passar-se” da tutela antecipada para a cautelar, saber se não seria possível o contrário, i.e., se requerida cautelar quando o que caberia é a tutela antecipada. O legislador teria dito menos do que desejava dizer. Há, no caso, que se fazer uma distinção preambular, antes de responder ao cerne da questão. O que nos parece é que, se a parte requerer uma medida cautelar, nominalmente, mas que, em tudo e por tudo, seja uma tutela antecipada, inclinamo-nos pela possibilidade do juiz vir a conceder essa tutela antecipada, como tal, dado que, em tal hipótese, o erro terá sido, única e exclusivamente, de nomenclatura. Deverá, em tal hipótese, observar o procedimento da tutela antecipada e não processar essa medida em separado. Se, todavia – e, aqui respondemos ao âmago da questão –, a parte requerer medida cautelar, propriamente dita, e, portanto, de envergadura menor do que aquilo que poderia ter sido pedido no bojo de uma tutela antecipada, o juiz não poderá hipertrofiar o pedido da parte, acentuar os pressupostos do pedido, acabando por conceder aquilo que a parte não desejou, ou, em relação ao que não expressou a sua vontade.<sup>33</sup>

Entendimento contrário tem Cândido Rangel Dinamarco, abroquelado justamente na fungibilidade:

Quando bem compreendido, em face do sistema das medidas urgentes, esse novo dispositivo tem um significado e uma dimensão que podem ir

---

33 Alvim Netto, 2002, p. 37.

muito além dos objetivos do próprio legislador, em proveito da maior efetividade da tutela jurisdicional e de sua tempestividade. Ele pode valer muito mais pelos caminhos que é capaz de abrir, do que por aquilo que resulta da mera leitura de suas palavras. A fungibilidade entre as duas tutelas deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes – ou seja, para a descoberta de que muito há na disciplina explícita das medidas cautelares que comporta plena aplicação às antecipações de tutela<sup>34</sup>.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em exegese próxima à de Dinamarco, vislumbram a inversão, porém ressaltam a necessidade de verificar a presença dos requisitos específicos da tutela antecipada<sup>35</sup>.

Observa-se na jurisprudência idêntica inclinação.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede em Porto Alegre, inclina-se nitidamente no sentido do seguinte precedente:

Erro de ajuizamento da medida cautelar perante o Tribunal pode ser corrigido pelo próprio Tribunal, pelo juízo de segundo grau, porque o sistema recursal se caracteriza exatamente pela instrumentalidade, que já está prevista no artigo 295, V, do Código de Processo Civil no que diz respeito ao indeferimento da inicial. Quando o procedimento puder se adaptar ao pedido, evidentemente, a prestação da jurisdição haverá de ser feita, porque a forma não pode causar obstáculo ao conteúdo.<sup>36</sup>

Há outras decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que seguem essa linha<sup>37</sup>.

---

34 Dinamarco, 2003b, p. 92-93.

35 Nery Junior; Nery, 2003, p. 652.

36 TRF4, 2003b.

37 TRF4, 2003a.

Por outro lado, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com sede no Rio de Janeiro, também admite a aplicação da fungibilidade na chamada via de mão dupla, podendo ser convertida em antecipação de tutela o requerimento de medida cautelar<sup>38</sup>.

Ainda no segundo grau de jurisdição, na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina encontra-se acolhimento da chamada via de mão dupla, com fungibilidade tanto da tutela antecipada para a cautelar, como prescreve expressamente a lei, quanto da cautelar para a tutela antecipada<sup>39</sup>.

A aplicação literal do § 7º do artigo 273, como não poderia deixar de ser, tem aplicação no Superior Tribunal de Justiça: “Se o autor, a título de antecipação de tutela requer providência de natureza cautelar, pode o juiz, presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado, em atendimento ao princípio da economia processual”<sup>40</sup>.

É valioso perceber, por fim, que ainda antes do advento da Lei 10.444/02 já havia o entendimento, por parte de alguns tribunais, no sentido de aplicar a fungibilidade quando, postulada antecipação de tutela, coubesse tutela cautelar<sup>41</sup>, bem como também sustentavam juristas de escol a duplicidade de meios a conduzir à fungibilidade das providências sob exame<sup>42</sup>.

## 5 Considerações finais

Das inúmeras vezes em que a antecipação da tutela tem-se mostrado imprescindível no caso concreto, em grande parte na proteção dos interesses difusos e coletivos<sup>43</sup>, extrai-se que a aplicação da fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada, à luz do § 7º do artigo 273 do CPC, tende a ser esmiuçada pela jurisprudência e pela doutrina. Alme-

---

38 TRF2, 2003.

39 TJSC, 2003.

40 STJ, 2002.

41 TRF4, 1998; TRF4, 1999; TRF4, 2000.

42 Assis, 2001, p. 451.

43 Mazzilli, 2004, p. 425-427.

jam tanto uma quanto outra prestigiar a efetividade da tutela jurisdicional mediante interpretação dos dispositivos legais pertinentes, na busca pela efetividade, que representa em verdade uma atuação positiva por parte do órgão julgador, de modo a promover a adequação processual diante dos fatos, das provas e do pedido do requerente.

Em muitos casos, os precedentes ressaltam que a aplicação da fungibilidade não é ali prestigiada em detrimento da ordem processual e dos princípios norteadores do processo, o que faz jus a aplausos, dado que o sistema processual brasileiro não admite soluções fora de seu âmbito. Disse Pontes de Miranda: “Sempre levei a sério o direito processual. É o ramo das leis mais rente à vida. Por ele poder-se-iam classificar os povos. Trai, às vezes, o que está na alma dos estadistas. Mas a vida mesma, o século, afeiçoa-o às correntes mais profundas, que independem da nossa transitoriedade”<sup>44</sup>.

As alterações promovidas pela Lei 10.444/02 encontram-se na linha de frente de sucessivas reformas pelas quais nosso Código de Processo Civil vem atravessando. Mauro Capelletti falava em “ondas de reformas”<sup>45</sup>, conceito hodiernamente aplicável ao direito processual civil brasileiro.

Em 1988, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil alargou os horizontes do processo, que não fora concebido de forma a promover direitos coletivos, senão direitos individuais. A Constituição albergou demandas de natureza coletiva – os chamados interesses difusos e coletivos – à medida que alçou a tutela de direitos e interesses transindividuais ao nível constitucional, num contexto legislativo de larga abrangência social e forte peso político. Mais além, deu a Carta Constitucional novos contornos ao controle de constitucionalidade e lançou o desafio de promover os juizados especiais. Não se deve esquecer aqui o surgimento da ação civil pública e do Código de Defesa do Consumidor, instrumentos legais de profunda carga processual, cujos limites não foram ainda claramente alcançados.

Num segundo momento, a partir de 1994, procurou o legislador tornar mais simples e ágil o tramitar dos processos, com transferência de ônus às partes, citação por via postal, alteração da prova pericial, efeito

---

44 Pontes de Miranda, 1995, p. XIII.

45 Capelletti, 1988, p. 31.

suspensivo ao agravo de instrumento e modificações na execução, na ânsia quase generalizada por mais efetividade ao processo. Surgiram ainda a ação monitória, a antecipação da tutela, a arbitragem: o processo ganhava institutos inéditos no Brasil, com conseqüências até hoje não de todo exploradas.

Na atualidade, novos movimentos são perceptíveis: aparece a súmula impeditiva; recursos tiveram seu âmbito de incidência restrito; enfeixaram-se mais poderes nas mãos do magistrado, na contramão do princípio da inércia da jurisdição. Vozes já se levantam contra uma atenção demasiada do legislador contemporâneo à efetividade em detrimento da segurança jurídica, valor tão caro às gerações que nos precederam<sup>46</sup>. A própria Constituição traz em seu seio garantias como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, outrora inexpugnáveis, hoje colocadas incrivelmente em xeque.

Surge nesse ambiente o § 7º do artigo 273. A literal fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada, no caso em que a parte pleiteia antecipação da tutela numa hipótese de tutela cautelar, preenchidos os requisitos desta, é ponto pacífico. Como visto, contudo, avança a interpretação de que o inverso também seria possível, ou seja, se a parte requerer tutela cautelar num caso em que seria adequada a antecipação de tutela, esta deveria ser deferida se preenchidos seus requisitos, distintos dos da tutela cautelar.

Para além do mero erro de nomenclatura, evidentemente assimilável pelo órgão julgador, pretende-se que o juiz amplie por sua conta e risco o pedido da parte, incorpore a cautelar no corpo dos autos principais e antecipe efeitos da tutela, o que esbarra de frente com o devido processo legal e, ainda mais imediatamente, com o princípio dispositivo.

Tal exegese, que lamentavelmente ganha corpo na jurisprudência, não pode ser vista de forma isolada, mas sim como ingrediente de um conjunto de alterações cuja velocidade muitas vezes tem atropelado seus próprios defensores. Esse acelerado caminhar, se desprovido de críticas e exames sérios, dá azo àqueles que asseveram que mudanças dessa monta - e outras que já despontam no horizonte - carregam mais o risco de fazer implodir um sistema cientificamente gerado do que esperanças de resolver problemas complexos com soluções aparentemente simples.

---

46 Baptista da Silva, 2004, p. 29-31.

## 6 Referências

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Direito processual civil*. 3. v. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. 3. v. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada relativa? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 93, v. 821, p. 29-38. mar 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 161.656-SP. Brasília, 19 de abril de 2001a. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 16 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 193.298-MS. Brasília, 13 de março de 2001b. Relator para o acórdão: Min. Ari Pargendler. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 16 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 351.766-SP. Brasília, 6 de maio de 2002. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 16 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível 265793. Processo 200102010202353/RJ. Rio de Janeiro, 3 de junho de 2003. Relator: Juiz José Antônio Neiva. Disponível em: <www.trf2.gov.br> Acesso em: 15 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento 120243. Processo 200204010518791/PR. Porto Alegre, 27 de outubro de 2003. Relator: Juiz Ramos de Oliveira. Disponível em: <www.trf4.gov.br> Acesso em: 15 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento. Processo 9704659962/SC. Porto Alegre, 27 de agosto de 1998. Relatora: Juíza Virgínia Scheibe. Disponível em: <www.trf4.gov.br> Acesso em: 17 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo Regimental na Medida Cautelar 2003.04.01.036338-6/RS Relator original: Juiz Dirceu de Almeida Soares. Relator para o acórdão: Juiz Fábio Rosa. Porto Alegre, 16 de setembro de 2003b. Disponível em: <www.trf4.gov.br> Acesso em: 15 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo Regimental na Ação Rescisória 1998.04.01.023558-1/RS. Porto Alegre, 1º de setembro de 1999. Relator: Juiz Vilson Darós. Disponível em: <www.trf4.gov.br> Acesso em: 17 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 191254. Processo

9704265476/PR. Porto Alegre, 26 de outubro de 2000. Relator: Juiz Paulo Afonso Brum Vaz. Disponível em: <www.trf4.gov.br> Acesso em: 17 mar. 2005.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. v. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela antecipada*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003a.

\_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 1. v. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. atual. por José Eduardo Carreira Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. t. 4. ed. rev. aum. atual. por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: Leis n. 10.325/2001, 10.358/01 e 10.444/02*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível 1998.009970-6. Relator: Des. Nelson Schaefer Martins. Florianópolis, 13 de novembro de 2003. Disponível em: <www.tj.gov.br> Acesso em: 16 mar. 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. ampl. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 1. v. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

# O TERMO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL DE ALIMENTOS EM PROL DA PESSOA IDOSA, SEU REFERENDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E ASPECTOS DE SUA EXECUTIVIDADE: A POSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL

Maristela Nascimento Indalencio  
*Promotora de Justiça - SC*

Sumário: I - Introdução; II - O idoso e os alimentos; III - O papel do Ministério Público na tutela dos interesses individuais indisponíveis do idoso; IV - A viabilidade jurídica do acordo extrajudicial de alimentos em prol do idoso; V - A prisão civil; VI - Conclusão; Referências.

## **I - Introdução**

O presente estudo pretende abordar a constitucionalidade e outros aspectos jurídico-formais de validade do acordo extrajudicial de alimentos formulado em prol de pessoa idosa e referendado pelo Ministério Público como título executivo judicial, sua adequação à ideologia da proteção integral adotada pelo recente Estatuto do Idoso e sua funcionalidade enquanto ferramenta de especial adequação à efetividade que se entende necessária à tutela da pessoa idosa.

A idéia é buscar demonstrar, com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, que a natureza extrajudicial do acordo não impede a projeção de seus efeitos para o plano judicial como determinado pela nova legislação, permitindo sua execução nos moldes do Código de Processo Civil (art. 732 e

seguintes), e com ela a sanção maior cominada ao devedor, ou seja, a prisão civil.

Utilizar-se-á, nesta investigação, referência à doutrina e jurisprudência, além dos elementos empíricos obtidos no dia-a-dia forense, obedecidas as limitações impostas pela natureza incipiente das inovações relacionadas à matéria.

## II - O idoso e os alimentos

O dever alimentar funda-se numa obrigação geral de solidariedade, qualificada juridicamente por laços de parentesco. A esse respeito nossa Constituição Federal foi expressa, dispondo em seu artigo 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, deixando clara a imposição de auxílio mútuo entre ascendentes e descendentes.

Assim, segundo a doutrina, “a lei impõe aos pais (art. 1.568 c/c art. 1.694) o encargo de prover a manutenção da família e, por decorrência jurídica, a eles compete sustentar e educar os filhos. Da mesma forma, aos filhos compete sustentar os pais, na velhice e quando necessitam de auxílio. Por isso, os romanos denominavam a obrigação *officium* e *pietas*, expressões que traduzem o fundamento moral do instituto, o dever de mutuamente, se socorrerem os parentes, na necessidade<sup>1</sup>.”

No caso específico do ascendente idoso, tem-se como referência legislativa mais próxima a Lei 8.648, de 20 de abril de 1993, que veio acrescentar o parágrafo único ao artigo 399 do Código Civil de 1916, dispondo que “no caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas”.

A especificidade de tal norma acabou suprimida no novo código civil, que ao regulamentar os alimentos devidos entre parentes (artigo 1.694) limitou-se a dispor que “podem os parentes, os cônjuges ou compa-

---

1 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado - direito de família**. V. 5, editora Revista dos Tribunais, SP. 2005, p. 381.

*nheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.*

Foi somente com o advento do Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003) que os alimentos devidos à pessoa idosa tornaram a sofrer uma especificidade de tratamento, sendo então regulados pelo artigo 11 e seguintes do referido diploma, que agora estabelece a *solidariedade* entre os prestadores e a *subsidiariedade* do Estado na obrigação alimentar. Os alimentos, portanto, quando se tratar de pessoa com idade superior a 60 anos, passam a ter uma nova dimensão, revelando sua condição de instrumento de garantia da dignidade da pessoa idosa, estendendo-se o dever assistencial para além do vínculo de parentesco, gerando, como se viu, obrigação subsidiária do próprio Estado em caso de impossibilidade da manutenção familiar.

Tal característica diz com a doutrina da proteção integral (preferimos o termo *ideologia*), adotada no Estatuto do Idoso, a exemplo do que já havia sido feito na área da infância e juventude, ou seja, deixa claro que o idoso, por sua particular condição de hipossuficiente diante da dinâmica social - marcada, no regime capitalista, pela competição e pela qualificação pessoal, profissional e econômica, como delimitadores do *status* social - é reconhecido como juridicamente em situação de *desigualdade*, devendo ter suas carências supridas pela família, pela sociedade e pelo Estado como forma de garantir a isonomia constitucional e assim garantir-lhe a dignidade da sobrevivência.

Com esse novo enfoque a obrigação alimentar, mais do que nunca, ganha especial dimensão enquanto direito de natureza indisponível, extrapolando o âmbito das relações privadas, podendo e devendo ser oposto inclusive contra o Estado, em caso de impossibilidade familiar.

### **III - O papel do Ministério Público na tutela dos interesses individuais indisponíveis do idoso;**

Com a Constituição Federal de 1988, a instituição do Ministério Público passou a ganhar um rol de extensas atribuições, projetando-se para além do mero exercício da ação penal pública, com atuação na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses individuais e

coletivos indisponíveis, espraiando-se o rol de atividades no campo cível em praticamente todos os setores de especial dimensão social (infância e adolescência, consumidor, meio ambiente, saúde etc.).

Explica-se tal opção constitucional, em especial no que se refere aos chamados direitos coletivos e difusos: o Brasil era, e é ainda, um país incipiente em matéria de organização social para defesa de direitos, fruto de anos de desigualdade social e de práticas antidemocráticas (ditaduras políticas em especial). Somente há pouco tempo, passados muitos anos desde o fim dos regimes autoritários, vem a sociedade brasileira se organizando para a reinvidicação de direitos, em especial no que se refere aos direitos das minorias e da classe economicamente desfavorecida. Atento a tal *déficit* cultural, optou o legislador constituinte por outorgar a um órgão público, estruturalmente organizado nos níveis federativo e local, e, sobretudo, com relativa autonomia para o exercício de atividades direcionadas contra o poder político, a tarefa de fomentar a tutela de tais direitos, promovendo ações no nível judicial e extrajudicial para a pacificação social e atuando como agente político de modo a influenciar a sociedade e o Estado para a necessidade de tais práticas, estimulando a primeira a reinvidicar seus direitos e obrigando o segundo a cumprir as políticas públicas determinadas pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, percebendo a prática já ocorrente nas comarcas do interior do país, instituiu o legislador a possibilidade de figurar o acordo extrajudicial referendado pelo Ministério Público como título executivo extrajudicial (lei nº 7.244/84, a chamada lei dos juizados de pequenas causas), consolidando situação que posteriormente veio a ser expressamente incorporada pelo Código de Processo Civil (artigo 585, II, alterado pela lei nº 8.953/1994) e pela lei dos juizados especiais, lei nº 9.099/95<sup>2</sup>.

Ou seja, verificando a corrente prática de pacificação social e solução informal dos litígios pelo Ministério Público, em especial nas áreas remotas, ainda mais desprovidas de canais de conciliação informal do

---

2 “art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial”; “parágrafo único. Valerá como título executivo extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público”.

que aqueles poucos até então presentes nos grandes centros urbanos, e percebendo a grande dimensão social a que correspondia tal tarefa, optou o legislador por consolidar a atribuição ministerial na condução de acordos extrajudiciais, concedendo força executiva ao termo referendado<sup>3</sup>.

Trata-se, assim, do reconhecimento de atuação de relevantíssimo aspecto, dada sua inegável utilidade para a pacificação social inerente ao direito. A intervenção do Ministério Público e a condução do acordo, portanto, revelou-se verdadeiro instrumento de cidadania, fortalecendo a instituição perante a sociedade e conferindo-lhe tamanha legitimidade a ponto de posteriormente se lhe estender a tutela de praticamente todos os setores sociais fundamentais para o desenvolvimento social (os atuais termos de compromisso de ajustamento de condutas realizado no âmbito dos direitos difusos e coletivos, por exemplo, de ampla utilização na tutela de tais interesses, nada mais são do que termos de acordo extrajudiciais referendado pelo Parquet, qualificado pela natureza do direito em jogo e pela característica de sua intersubjetividade).

Todavia, embora não fizesse a lei expressa vedação<sup>4</sup>, procedeu a jurisprudência e a doutrina a restrição da abrangência jurídica dos

---

3 Tal prática ainda é corrente, por exemplo, no interior do Estado de Santa Catarina, em especial nas regiões serrana e oeste, onde, principalmente nas comarcas de Promotoria única, tivemos oportunidade de desenvolver inúmeras conciliações entre a população local. Muitos conflitos de vizinhança e mesmo questões de convívio familiar acabaram solucionadas no gabinete que ocupávamos, sem a necessidade de uma demanda judicial. A título de curiosidade, vale menção aos inúmeros “contratos de bem viver” realizados, sem força jurídica, mas que serviam à pacificação entre os membros de uma mesma família, que por vezes apenas reclamavam a intervenção de um agente público com alguma autoridade para o restabelecimento da convivência familiar.

4 Pondera Maria Berecine Dias: “Ainda sobre os alimentos, significativas as novidades introduzidas. A obrigação alimentar estipulada, mediante **acordo** referendado pelo Ministério Público, constitui título executivo (EI 13) a autorizar o uso do processo de execução. A explicitação vem em boa hora. Apesar da clareza da norma processual (CPC 585), resiste a jurisprudência em outorgar aos títulos assim constituídos força executória para uso da ação pelo rito da prisão. Esta postura apresenta-se absolutamente contrária à lei, que não faz qualquer ressalva quanto ao meio executório. Em se tratando de obrigação alimentar, constituída por título executivo extrajudicial, possível o uso de qualquer dos meios executórios (CPC 732 a 735), sem nenhuma distinção quanto à natureza do título. Portanto é possível fazer uso da execução pelo rito da coação pessoal (CPC 733) quando a obrigação alimentar de acordo referendado pelo Ministério Público, Defensoria Pública e advogados das partes.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005, pág. 412. Grifo no original).

efeitos do acordo, que assim, não poderiam versar sobre os chamados direitos indisponíveis, em especial as questões relacionadas ao chamado “estado de pessoa” (dentre eles, os alimentos).

Quando muito, deveriam ser ratificados pelo juiz para então poder surtir os efeitos jurídicos próprios à execução com sanção coativa pessoal.

É a lição de CAHALI:

Como a ação de alimentos pode ser de iniciativa seja do credor, seja do devedor, nada obsta a que, chegando ambos a um acordo extrajudicial, reclamem em juízo a sua homologação.

(...)

A respeito, observa Vladimir Passos de Freitas que tais acordos, celebrados em escritórios particulares ou mesmo perante o Promotor Público, uma vez descumpridos, não sujeitam o devedor a qualquer sanção; em tais circunstâncias, nada mais natural do que pretenderem as partes a homologação do acordo pelo juiz; (...)<sup>5</sup>

Na jurisprudência, um dos paradigmas:

DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - EXECUÇÃO - PRISÃO CIVIL DO ALIMENTANTE - **ACORDO EXTRAJUDICIAL NÃO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE** - PRISÃO MANIFESTAMENTE ILEGAL - EXECUÇÃO NULA - ALEGAÇÕES COMPROVADAS - DESPACHO CASSADO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

**Acordo extrajudicial** não homologado pelo judiciário não é título executivo judicial ou **extrajudicial** a ensejar processo de execução.

Nulo o título que embasa a execução, nulo é o de-

5 CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 2ª ed., revista e ampliada, São Paulo: RT, 1994, p. 653/654.

creto prisional do alimentante. (TJSC, Agravo de instrumento n. 2002.001680-2, de Indaial. Relator: Des. Monteiro Rocha)

Há de se notar o contexto em que tais entendimentos surgiram (e, até aqui, se perpetuaram): como já colocado, havia em tal atuação ministerial a característica da recenticidade, gerando a natural desconfiança dos tribunais e doutrinadores (de regra conservadores quando a questão relaciona-se à outorga de poderes), em especial quando se tratava de direito relacionado à própria existência da pessoa humana, como é o caso dos alimentos devidos.

Porém, se havia o medo da atuação imprudente ou leviana em desfavor do alimentando tal restou devidamente superada. Sem afastar o risco natural de tal ocorrência (que pode se verificar mesmo dentro de uma ação judicial), a *práxis* revelou a responsabilidade com que tais questões vem sendo tratadas no dia-a-dia, revelando a maturidade dos membros do Ministério Público no trato de tais situações, justificando o avanço agora presente no Estatuto do Idoso.

Como pondera **RAMOS** (2003, p. 148/149):

Não parece concebível que hoje, a par de todo o aparato tecnológico disponível, a sociedade brasileira não ofereça as condições mínimas de dignidade às pessoas idosas.

Diante disso, salta aos olhos a importância do Ministério Público na defesa dos direitos desse segmento social, porquanto tem a tarefa primordial de reverter esse quadro de desrespeito a seus direitos, especialmente mediante ações que despertem a atenção da sociedade para a necessidade de sua garantia, lançando mão de todos os instrumentos jurídicos à sua disposição, especialmente o inquérito civil e a ação civil pública, como forma de demonstrar à sociedade que se transitou da barbárie à civilização, traduzida pela efetividade das normas que reconhecem os direitos humanos como imprescritíveis e invioláveis.

Adiante, continua:

Nesse ponto, o Ministério Público pode dar grande parcela de contribuição aos idosos, especialmente através da conscientização de seus direitos, da orientação sobre os mecanismos judiciais de garantia de sua cidadania, cobrando do Estado, dos particulares e dos demais cidadãos nova postura diante desse segmento social, que, segundo as mais atualizadas pesquisas, já corresponde a mais de 8% (oito por cento) da população brasileira.

Assim conscientizados, e, em razão disso, exercendo pressão sobre os centros de poder do Estado, provocarão a materialização dos direitos que lhes assistem, fato que chamará a atenção do restante da sociedade civil par aos resultados que ela poderá alcançar, se devidamente organizada. Isto ocorrendo, os membros do Ministério Público terão colaborado decisiva e definitivamente para a efetivação dos direitos fundamentais, meta maior dessa instituição.<sup>6</sup>

O acordo de alimentos em favor da pessoa idosa, quer parecer, enquadra-se à perfeição na categoria de instrumentos jurídicos colocados à disposição do *Parquet* para a tutela dos direitos de tal parcela da população.

De outro lado, como adiante se demonstrará, o ato de conferir validade executiva ao termo de acordo referendado pelo Ministério Público para justificar a coação pessoal em caso de inadimplência (prisão civil) encontra-se autorizado por sua visível *utilidade*: basta um leve olhar pela realidade e ter-se-á presente sempre ocorrente impossibilidade de defesa do idoso, que por sua condição e por sofrer no âmbito familiar as agressões e omissões que lhe expõe a perigo, nenhuma autonomia possuía para a contratação de um advogado e a busca judicial dos alimentos. Com o Estatuto a tutela ganha uma nova dimensão, dada a

---

6 *in* WOLKMER, Antônio Carlos. LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 148/149.

possibilidade de criação de órgãos especializados na detecção das violações (Conselhos de Defesa da Pessoa Idosa) e com o encaminhamento ao Ministério Público, reiterando-se, aqui, a prática extremamente bem sucedida no campo da infância e juventude, conferindo-se a este o poder para notificar os parentes do idoso, conduzir e referendar acordo de alimentos e aforar eventual ação em caso de inexitosa a composição.

Assim, nos parece equivocado o posicionamento do autor antes já mencionado (RAMOS, 2005, p.23), quando diz que:

Há de se destacar ainda que o Estatuto do Idoso traz dispositivo com previsão consoante a qual as transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça, que as referendará, passando estas, então, em razão disso, a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil.

Não há vantagem nesse dispositivo. A experiência não recomenda esse tipo de prática. Melhor parece resolver a questão diretamente no Poder Judiciário, porquanto haverá conseqüências extremas em caso de inadimplemento, como a de prisão.<sup>7</sup>

A natureza extrajudicial do título, como adiante se demonstrará, não impede a conseqüência da prisão. A referência expressa aos alimentos como objeto do acordo não é casual: quisesse manter a atual disciplina jurídica limitar-se-ia o legislador a repetir a formula genérica presente na legislação processual civil existente (como aliás procedeu na redação do Estatuto do Idoso, ao referir no artigo 74, inciso X, a atribuição do *Parquet* para o referendo de transações envolvendo interesses de idosos previstos neste mesmo diploma).

A legitimidade do Ministério Público para o acordo, de outro lado, permite um maior dimensão dessa mesma transação como instrumento de resgate da dignidade da pessoa idosa, não havendo se falar em inutilidade do referido dispositivo. Ao contrário.

Cabe, a esta altura, adentrar o aspecto jurídico-constitucional da

---

7 RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (org.) **Estatuto do idoso comentado pelos promotores de justiça**. Florianópolis: ed. Obra Jurídica, 2005, p. 23.

viabilidade de tal instrumento processual, buscando os fundamentos de sua validade jurídica e da justificativa de seu uso em ações de execução com característica coativa, tal qual os títulos relacionados aos alimentos em geral, independentemente do *referendum* da autoridade judicial.

É o que agora se pretende realizar:

#### **IV- A viabilidade jurídica do acordo extrajudicial de alimentos em prol do idoso**

Não é difícil defender a plena viabilidade do acordo extrajudicial de alimentos, homologado pelo órgão respectivo do Ministério Público para a tutela dos interesses fundamentais do idoso.

Um primeiro aspecto que salta aos olhos é a plena compatibilidade de tal instrumento jurídico com a regra do artigo 230 da Constituição Federal, antes já mencionada: pela celeridade e desburocratização que representa, a *desjurisdicionalização* não é apenas desejável como impositiva, permitindo uma solução absolutamente mais rápida e efetiva do conflito instaurado. A exemplo do que ocorre com a determinação legal de prioridade dos feitos envolvendo idosos em seus pólos ativo ou passivo, também a resolução informal e assistida do conflito alimentar atende à regra maior de que o tempo, no caso do idoso, é algo de extrema importância pelo efeito degenerativo que produz em todos nós, especialmente agravado no caso de quem já atingiu a época de acentuação do inevitável declínio orgânico.

Depois, pode-se invocar, aqui, o princípio da proporcionalidade, em especial na sua vertente germânica, utilizado como guia para a solução do conflito de princípios incidentes na espécie.

Pois bem, quais os princípios em conflito no caso presente e qual o fundamento para a utilização da máxima antes mencionada ?

A nosso sentir, dois os princípios que se colocam em antagonismo no caso em exame: primeiro, a segurança jurídica; depois, a efetividade.

De fato.

A principal objeção que sempre se opôs à possibilidade da va-

lidade de um acordo extrajudicial do acordo de alimentos funda-se na ausência de uma maior segurança do ato, que tem como projeção concreta, de um lado, a manutenção do alimentando e, de outro, a possibilidade de coerção física do alimentante. A ratificação judicial do ato, assim, atenderia às necessidades do primeiro na medida em que traria ao documento um caráter de maior “estabilidade jurídica”, e ao segundo permitiria não sofrer uma prisão por algo feito sem maior fiscalização por um órgão estatal independente e imparcial.

De outro lado, o acordo perante o Ministério Público permite maior efetividade, na medida em que, embora igualmente fiscalizado por um ente público imparcial e independente, permitiria o acesso à justiça de modo simplificado, sem os custos econômicos e pessoais de um processo judicial, com maior celeridade e, portanto, com maior ganho para os envolvidos e, em especial, para a parte hipossuficiente, ou seja, o idoso. Cabe lembrar que outro elemento importante, aqui, é o consenso entre os envolvidos, ou seja, a manifestação livre, consciente e (principalmente no caso do idoso) assistida acerca dos interesses em jogo.

Pode-se extrair daí, portanto, que a redução na segurança jurídica praticada melhor atende à razoabilidade, porque melhor condiz com a dignidade da pessoa humana estabelecida na Constituição Federal, principal sustentáculo de um efetivo Estado Democrático de Direito. Na ponderação, esta visivelmente sobressai, possuindo peso decisivo a favor de sua utilização.

Valendo-se da máxima de **ALEXY** (2002, p. 111), de outro lado, pode-se dizer que a validade de tal acordo extrajudicial (a) é *adequada* ao fim a que se destina, permitindo maior efetividade na tutela prioritária do idoso, tal qual compromisso adotado no plano constitucional pelo Estado Brasileiro; (b) é *necessária*, já que reduz os custos e a burocracia para o acesso à Justiça; e (c) é *proporcional em sentido estrito*, já que fornece maiores ganhos do que perdas, permitindo uma maior relativização da segurança jurídica em favor da efetividade.

Por isso que à luz da dignidade da pessoa humana e do princípio da proporcionalidade, não há razões para negar a projeção judicial do acordo de alimentos formulado informalmente, assistido e homologado pelo Ministério Público em favor do idoso.

## V - A prisão civil

Postas as questões acima, vale uma última indagação: pode, mesmo assim, um título executivo extrajudicial projetar seus efeitos de modo a atingir a liberdade de outrem, ainda que partícipe do acordo? Não haveria, aí sim, um desequilíbrio na ponderação dos princípios que regem a matéria, provendo-se a *efetividade* em prejuízo da *liberdade individual*? Superada a proporcionalidade e trazendo-se o direito de liberdade para a ponderação, não haveria justamente a inversão de tal equação?

A contradição é mais aparente do que real.

Primeiro, há de se colocar que a prisão civil, de matiz constitucional, funda-se na defesa de um interesse tão ou mais importante que a liberdade do alimentante, qual seja, a própria sobrevivência do alimentando. Não se trata de contrapor uma *dívida*, apenas, ao direito de liberdade de terceiro, estando em jogo, ao contrário a própria sobrevivência daquele que necessita da assistência. Esta, certamente, deve prevalecer, estando justificada a supressão da liberdade para a garantia da continuidade da vida digna daquele que necessita dos alimentos.

Depois, há de se lembrar, a prisão, embora efeito da inadimplência, somente pode ser decretada após regular processo contraditório, garantida a ampla defesa. Cabe a autoridade judiciária, ouvido o devedor, proceder ou não a ordem de prisão e tal reduz o risco de arbitrariedade ao nível “normal” das execuções de alimentos e aí se mantém a segurança jurídica necessária à validade da coerção derivada de tal documento consensual.

O que se pode admitir como razoável, porém, é uma ampliação da matéria de defesa, que poderá ir além da simples justificativa do inadimplemento, abordando determinados aspectos formais do próprio acordo (desatendimento de regras de atribuição, pelo Promotor, não legitimação do executado para a obrigação etc.). Sem descurar, em todo caso, eventual impugnação por vício de consentimento (fraude, coação etc.), a ser efetuada pela vias já existentes na lei processual civil em vigor, ou seja, a ação de anulação de ato jurídico.

## VI- Conclusão

Em síntese, podemos resumir as idéias presentes neste estudo nas seguintes premissas:

a) Os alimentos, no Estatuto do Idoso, ganharam nova dimensão, projetando-se, a assistência alimentar, para além dos limites da relação de parentesco. Frente a proteção integral adotada por tal diploma legislativo, o dever alimentar é garantia de sobrevivência do idoso, condição de resguardo de sua isonomia e dignidade, tornando efetiva a tutela planejada a nível constitucional.

b) Tendo o Ministério Público função constitucional de defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, entre os quais se insere a dignidade da pessoa humana e a própria garantia de sobrevivência do idoso (direito à vida), nenhum óbice se opõe a sua atuação na condução e ratificação do acordo de alimentos, o qual, levando em conta as necessidades do alimentando e as possibilidades dos alimentantes, corresponde a um dos mais efetivos instrumentos de tutela da pessoa idosa.

c) Ainda seguindo tal enfoque, é de se considerar que a efetividade decorrente do acordo extrajudicial de alimentos orientado e homologado pelo Ministério Público em favor do idoso atende ao princípio da dignidade da pessoa humana invocado como fundamento do Estado brasileiro e do próprio Estado Democrático e Social de Direito. A relativização da segurança jurídica nele presente pode ser admitida com base na proporcionalidade, devendo prevalecer o princípio antes citado da efetividade porque esse o espírito da proteção integral decorrente da norma constitucional de regência, estando atendidas as máximas de ponderação estabelecidas pela doutrina alemã (ALEXY).

d) É plenamente viável a prisão civil decorrente do inadimplemento de acordo de alimentos formulado nas bases aqui mencionadas, dado que atende à necessidade de garantir a sobrevivência do alimentando, justificando a coerção extrema. Como é decretada pela autoridade judiciária após regular processo contraditório, resguardada está a ampla defesa e com ela o devido processo legal. Faz-se razoável, todavia, diante da natureza extrajudicial do acordo, pequena ampliação da matéria de defesa para abranger aspectos de validade formal do documento, o que normalmente encontra-se afastado nas execuções judiciais pela maior

segurança jurídica do título que a embasa.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Primeira impressão, terceira reimpressão, Madrid:Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002;

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 2. ed., revista e ampliada, São Paulo: RT, 1994;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005;

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. v. 5, Direito de Família, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (org.) **Estatuto do idoso comentado pelos promotores de justiça**, Florianópolis: ed. Obra Jurídica, 2005;

WOLKMER, Antônio Carlos. LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

## ALGUNS PONTOS CONSTITUCIONAIS POLÊMICOS SOBRE A PRISÃO PROVISÓRIA

André Ghiggi Caetano da Silva  
*Assessor Jurídico do MPSC*

Sumário: Introdução - 1 Prisão Provisória - 1.1 Pontos constitucionais polêmicos sobre a prisão preventiva - 1.2 Pontos constitucionais polêmicos sobre a prisão em flagrante - 1.3 Pontos constitucionais polêmicos sobre a prisão em decorrência de pronúncia e sentença penal condenatória - 1.4 Pontos constitucionais polêmicos sobre a prisão temporária - 2 Conclusão.

### INTRODUÇÃO

Não obstante o paradoxo natural existente entre os institutos da prisão e da liberdade, com o advento da Constituição da República de 1988 (CR) - mercê do rol de garantias individuais esculpidos em seu art. 5º, - ambos receberam profundas modificações para um fim comum: o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que não foi por acaso que o legislador constituinte de 1988 situou as aludidas espécies do gênero Direitos Fundamentais antes da organização do próprio Estado. O desiderato da eloqüente posição tem fundamento sistemático de suma importância, pois revela a “idéia

de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu”<sup>1</sup>. Exprimem o conceito de que o homem não pode servir de instrumento para algo, que ele basta em si mesmo, ou seja, que a própria razão de existência do Estado é o ser humano, o qual é detentor natural de um piso mínimo de garantias inatingíveis.

O conceito de liberdade, “*faculdade de praticar tudo o que não for proibido por lei*”<sup>2</sup> ou “*supressão ou ausência de toda a opressão considerada, anormal, ilegítima, imoral*”<sup>3</sup>, por sua vez, pode ser analisado sob diversos enfoques: de associação, de consciência, de expressão, de imprensa, de informação e de locomoção, sendo esta a que será objeto de análise, porquanto atingida pela prisão.

A privação de liberdade de ir e vir (livre locomoção, com seus bens, no território em tempo de paz: CR, art. 5º, XV), conforme o sistema processual e penal pátrios, pode se dar de duas formas: prisão-pena, imposta por sentença penal condenatória, e prisão sem pena ou processual, destinada a assegurar o profícuo desenvolvimento da investigação criminal e do processo penal, denominada, por razões óbvias, de provisória.

Sob o novel prisma constitucional, nenhuma dessas hipóteses de restrição de liberdade passou a ser, em alguns aspectos, tão criticada pela doutrina do que a última.

O enfoque do presente e breve escrito é justamente a espécie mais atacada, pois em razão de ser uma exceção à regra da prisão decorrente de sentença transitada em julgado (CR, art. 5º, LVII), em tese, seria a mais suscetível de conter antinomias com a preeminência da Constituição, devendo receber, caso verificado a inexistência do referido pressuposto vertical de validade, a pecha da não-recepção ou da inconstitucionalidade.

## 1 PRISÃO PROVISÓRIA

A lei adjetiva penal pátria (CPP), promulgada em 1941, sob a égi-

---

1 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Comentários à Constituição Federal. 2. ed., Saraiva. São Paulo: 1997, pág. 23.

2 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Coordenação e edição de Margarida dos Anjos & Marina Baird Ferreira. Versão integral do Novo Dicionário Aurélio - Eletrônico XXI, versão 3.0. RJ, Nova Fronteira, novembro de 1999.

3 Idem.

de da “Polaca”, Constituição outorgada em 1937 pelo então Presidente Getúlio Vargas, que entre outras medidas antidemocráticas concentrou toda a iniciativa legislativa no Poder Executivo bem como subjugou a Magistratura Nacional ao seu talante, cerceando as garantias que lhe foram conferidas pela Lei Fundamental de 1891, prevê quatro hipóteses de prisão provisória, de cunho cautelar e excepcional: preventiva, flagrante, decorrente de pronúncia e prisão em virtude de sentença condenatória recorrível.

No âmbito da legislação extravagante, a Lei 7.960/89 regulou a prisão temporária, também compreendida no gênero “prisão provisória”, razão que a torna um dos alvos do estudo em tela.

## 1.1 PONTOS CONSTITUCIONAIS POLÊMICOS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

*A priori*, urge lembrar que a prisão preventiva possui assento constitucional, haja vista que o art. 5º, inciso LXVI, permite a proibição de liberdade provisória pelo legislador infraconstitucional.

Percebe-se, igualmente, que tanto os autores de vanguarda do direito processual penal brasileiro, quanto os modernos, são praticamente unânimes acerca da natureza e pressupostos para o deferimento da prisão preventiva. Todos ressaltam sua índole cautelar-excepcional, isto é, que visa a garantir a utilidade de um *decisum* persecutório ulterior, que poderá se tornar sem préstimo, caso não sejam tomadas medidas emergenciais constrictivas da liberdade do acusado. Do mesmo modo, é circunstância de exceção, porquanto a regra é que alguém somente pode ser preso após o devido processo legal, apurada, com veracidade absoluta, a autoria imputada na denúncia ou na queixa-crime.

Por conseguinte, não existem maiores discussões sobre os requisitos para o seu deferimento, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*.

Ressalte-se, outrossim, que por expressa disposição legal, a prisão preventiva só poderá ser decretada nos casos de crimes apenados com reclusão (art. 313, I) ou com detenção, se o indiciado for vadio ou de identidade duvidosa (art. 313, II), quando houver prova da existência

do crime e indícios suficiente de autoria (art. 312), elementos que demonstram que o Código de Processo Penal (CPP), ao contrário de uma sentença de condenação, contenta-se “com elementos probatórios não concludentes e unívocos, não sendo necessário, portanto, a certeza da autoria”.<sup>4</sup>

Todavia, o tema em tela começa a ganhar contornos mais controvertidos ao tratar da competência para o deferimento da constrição acautelatória, mormente em relação à possibilidade de sua decretação *ex officio* pelo juiz (art. 311 do CPP).

Estribada nos princípios do sistema acusatório - adotado pelo Brasil - que tem como característica fundamental a separação entre as funções de acusação, defesa e julgamento - *actum trium personarum* - parcela da doutrina advoga ser defeso ao juiz, sem provocação das partes, tomar iniciativas que extrapolem o único exercício de julgar a *quaestio*, para que assim, na doutrina do mestre Pimenta Bueno, citado por José Frederico Marques, não crie em seu espírito as deletérias “primeiras suspeitas”.<sup>5</sup>

Sobre o sistema acusatório ponderou este último autor:

No sistema acusatório, autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz, - tal como o consagra o direito brasileiro. A titularidade da pretensão punitiva pertencente ao Estado, representando pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu.

Concorda-se com tal posicionamento. A Constituição da República atribuiu ao parquet, salvo nas hipóteses restritas de ação penal privada, a iniciativa de dar ignição à função persecutória do Estado no âmbito judicial (art. 129, I). O magistrado que determina de ofício a prisão pre-

---

4 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11.ed. Atlas. São Paulo: 2003, pág. 799.

5 **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Vol. IV. Milenium. São Paulo: 2000, p. 65.

ventiva do acusado ou investigado, antes mesmo de ser influenciado, em tese, por tais providências de imputação, suplanta atribuição constitucional privativa do Ministério Público.

Ora, se a um órgão estatal foi cometida a função de deflagrar a ação penal, consectário lógico que este seja igualmente titular das atividades decorrentes da mesma.

Outrossim, à luz da necessária imparcialidade, é inquestionável que o julgador, ao se adiantar em decretar a prisão cautelar, consolidará juízo apriorístico acerca da culpabilidade do acusado, quando deveria se manter alheio a influências que possam comprometer a aplicação justa da lei penal.

O Ministério Público, munido do *status* de guardião da ordem jurídica (CR, art. 127), nos caso de ação penal pública, é o único legitimado a sopesar se há ou não perigo plausível para se requerer medida cautelar obstativa de liberdade.

O desrespeito à citada atribuição particular fica mais explícito na possibilidade deferida à autoridade policial pelo art. 311 do CPP. No atual sistema, permite-se que um agente público dotado da função constitucional específica de apurar o cometimento de infrações penais (CR, art. 144, § 4º) exerça atividade postulatória, ainda que o fruto de seu trabalho seja destinado a quem, pela mesma Lei Maior, tem a responsabilidade privativa para o ajuizamento da denúncia.

Incensuráveis, desta forma, as lições que defendem a não-recepção pela Constituição da República das disposições sobre a prisão preventiva *ex officio* e a representação, para este fim, por parte da autoridade policial.

Feitas as devidas considerações a respeito dos pressupostos, imperioso se torna a apreciação das quatro hipóteses de enclausuramento preventivo. Seguindo-se a lógica até então utilizada, far-se-á primeiro o cotejo dos temas menos controversos, para finalmente, prolongar-se as discussões relativas aos ângulos tormentosos.

Caso uma pessoa investigada ou processada, no afã de livrar-se impune das conseqüências do ato que lhe é imputado, coaja testemunhas, determinando que nada digam a seu desfavor em juízo ou demonstre estar prestes a se evadir para local remoto, não há como se afastar a imposição da prisão preventiva, uma vez que conveniente à

instrução criminal, estando em xeque, no segundo exemplo, a efetiva aplicação da lei penal.

Fernando da Costa Tourinho Filho elucida as situações:

(...) Se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunhas, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, do contrário, a instrução criminal ficará deturpada, e o Juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal.

Também será indispensável e salutar a segregação provisória do indigitado autor do crime como segurança de aplicação da lei penal, Evidente que se o indiciado ou réu está se desfazendo dos seus bens de raiz, injustificadamente, se “lhe é indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos da repressão penal”, a medida cautelar se impõe, a fim de que se evite o *periculum libertatis*, assegurando-se, pois a aplicação da lei penal.<sup>6</sup>

Não se encontra antinomia entre o texto da Constituição e essas duas circunstâncias autorizadoras da preventiva, podendo-se dizer, por óbvio, que refletem o ideário imaginado pelo legislador constitucional para um Estado Democrático de Direito, estando, portanto, recepcionadas.

Entretanto, ao se avaliar as disposições remanescentes, a matéria não parece ser tão remansosa. Severas críticas são realizadas contra o termo “garantia da ordem pública”, o qual, em decorrência de seu exagerado elástico, pode dar margem ao arbítrio.

Fauzi Hassan Choukr, comentando o art. 312 do CPP, defende a inadequação constitucional da hipótese supramencionada, assinalando, também, a falta de coesão a respeito do tema:

---

6 **Processo Penal**. 23 ed. Vol II. Saraiva. São Paulo: 2001, pág. 487.

(...) A única tímida manifestação de unidade (mesmo assim não podendo ser considerada como posição jurisprudencial dada sua diluição) foi a da aproximação do conceito de “ordem pública” com o de “periculosidade” a partir da revogação da prisão obrigatória em fins da década de sessenta.

Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal mostrou-se capaz de fornecer linhas de atuação, deixando ao sabor arbitrário do julgador (vez que inexistem parâmetros) no caso concreto entender o que é ou não ordem pública. A ausência de parâmetros faz com que aflore o uso da fórmula sem seu aspecto puramente retórico, nela podendo ser inserida ou retirada a hipótese desejada sem que trauma formal algum seja sentido.<sup>7</sup>

Em virtude da ausência de precisão do conceito, consoante pesquisa realizada por este último doutrinador, a ordem pública fora interpretada pelos Tribunais em vários aspectos, entre eles, o de “confiança na Justiça, mera repetição da fórmula legal, ordem pública e lei penal, ordem pública e periculosidade, clamor público, clamor público e mídia, como meio de segurança do acusado”<sup>8</sup>.

À evidência que certas construções jurisprudenciais não encontram respaldo constitucional, tampouco infraconstitucional, a citar a prisão motivada pela repercussão do fato perante a mídia ou em razão de alarido popular.

Igualmente colidente com a Constituição é a reclusão cautelar para a segurança do acusado, pois não se pode beneficiar alguém cerceando sua liberdade, já que ao mesmo Estado que prende preventivamente é atribuído o dever de garantir a integridade física de seus cidadãos, estejam eles sendo processados ou não.

Entretanto, a despeito dos posicionamentos que asseveram a integral inconstitucionalidade da hipótese “ordem pública”, verifica-se que a prisão cautelar não pode ser descartada no momento em que alguém, se mantido solto, pode continuar a cometer crimes e ameaçar a segurança da sociedade.

Justifica-se este posicionamento no próprio texto da Lei Fundamental, que em seu art. 144 *caput*, dispõe: “A segurança pública,

7 Ob. cit., pág. 498.

8 Idem, págs. 498-501.

dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)”. A previsão ora coligida trata-se de verdadeira garantia individual, uma vez que o § 2º do art. 5º da CR adverte que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Eis a exata baliza para o termo em discussão. O judiciário pode prender preventivamente, para o abono da ordem pública, quando a liberdade do investigado/acusado colocar em risco potencial à integridade dos administrados bem como aos seus bens materiais.

Além do que, mesmo que inexistente a mencionada previsão na Constituição da República, o problema poderia ser resolvido pelo critério da harmonização ou do caso concreto, técnica utilizada para dirimir o conflito de garantias individuais, neste caso, a liberdade e o direito à vida - que tem como corolário o direito de não ser lesionado, não ser abalado psicologicamente, não ser sexualmente molestado etc. - e à propriedade.

Daí a advertência - que se cumpre fazer presente - feita por Alexandre de Moraes:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.<sup>9</sup>

---

9 Direito Constitucional. 17. ed. Atlas. 2005: São Paulo, pág. 28.

Assim, partindo-se da premissa que os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição “não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas”<sup>10</sup>, seria equivocado todo o *decisum* que com supedâneo no princípio da presunção da inocência ou da não-culpabilidade negasse pedido de prisão preventiva, formulado pelo Ministério Público, contra um investigado/acusado perpetrador de homicídios em série, por exemplo, havendo elementos plausíveis de que se continuar mantendo relações desimpedidas com a sociedade, permanecerá a ofender o objeto jurídico protegido pela norma penal.

Observa-se que o equilíbrio defendido nas considerações antecedentes traduz o próprio espírito do Código de Processo Penal, conforme declarou o Ministro Francisco Campos na exposição de motivos do diploma, não obstante as origens ditatoriais da ideologia governamental dominante à época, *verbis*:

XVIII - Do que vem de ser ressaltado, e de vários outros critérios adotados pelo projeto, se evidencia que este se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e sua segurança e liberdade. Se ele não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais.

Ao arremate, no tocante à garantia da ordem econômica, previsão acrescida ao CPP pela Lei Antitruste (8.884/94), adere-se ao ponto de vista de que a mesma pecou pela falta de instrumentalidade (característica indissociável de qualquer medida cautelar, pois a razão de sua existência é a utilidade de um processo principal), tendo, o que é ainda pior, caráter meramente repressivo.

Fernando da Costa Tourinho Filho mais uma vez esclarece a afirmativa:

---

10 Idem, pág. 27.

Quer-nos parecer, contudo, à primeira vista, que tal circunstância é um tanto quanto esdrúxula. Não porque ofenda à ordem jurídica. Em rigor, toda prisão preventiva deveria ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantia de seus resultados (assegurar a aplicação da lei penal). Mas, na hipótese em que o Juiz a decreta como garantia da ordem pública, onde está sua instrumentalidade processual? Assim, se a nossa prisão preventiva não tem esse exclusivo objetivo, nada de extraordinário permiti-la como garantia da ordem econômica... à maneira do que ocorre quando ela é decretada para garantia da ordem pública. Sem embargo, é uma medida esdrúxula. Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela medida ideal para coibir abusos contra a ordem econômica. **Antes, tem acentuadas e inequívocas funções repressivas.** Se a medida visa a preservá-la, evitando a ganância, a *auri sacra fames*, o certo seria adotar uma espécie de medida de segurança à maneira daquelas que havia, entre nós, até antes da reforma da Parte Geral do nosso Código Penal. Que se estabeleçam sanções contra a empresa, como, por exemplo, seu fechamento por determinado tempo... Se a farmácia vende um produto por preço extorsivo, que se instaure processo-crime contra o proprietário e, ao mesmo tempo, que se aplique, provisoriamente, esta ou aquela medida de segurança de natureza patrimonial em relação ao estabelecimento. Os resultados seriam bem melhores... Para o ganancioso, meter-lhe a mãos no bolso é o castigo maior. (grifou-se)<sup>11</sup>

É cediço que o Estado, em razão dos dogmas do devido processo legal, do contraditório, ampla defesa e da não-culpabilidade, só pode

---

11 Ob. cit., pág. 479.

punir após o exaurimento de procedimento previsto em lei, estando estribado em provas indenes de dúvida. Pena cautelar é inconstitucional, sendo que toda disposição nesse sentido deve ser desarraigada do ordenamento pelo controle de constitucionalidade.

O Código de Defesa do Consumidor prevê o ajuizamento de ação civil pública pelo órgão do Ministério Público, cujos objetivos, salvo melhor escólio, são praticamente idênticos aos buscados pela preventiva para a garantia da ordem econômica (suspensão da atividade, fechamento do estabelecimento etc.).

Chega-se a essa ilação com base no raciocínio de que se o fim almejado é o da imprescindível prisão do agente para que cesse a atividade criminosa lesiva à livre iniciativa (CR, art. 170), à saúde do consumidor etc. - uma situação remota, pois a maioria desses delitos são cometidos por meio do escudo da pessoa jurídica - tal aspiração já estaria abarcada, conforme declinado, pela garantia da ordem pública.

Caso o empresário infrator esteja aliciando testemunhas, extinguindo provas ou buscando se evadir, o art. 312 também já contém a redação necessária para inibir essas ações.

É indubitável, desta forma, que nos crimes contra a ordem econômica a ação metaindividual com pedido liminar de antecipação de tutela contra o ente de direito privado é a medida mais harmônica com os ditames constitucionais, deixando-se de se galgar pela punição corporal, resultados mais condizentes com a seara cível.

Ressalte-se, por razões óbvias, que o raciocínio exposto no tópico em tela não se aplica aos crimes contra a ordem tributária, os quais estariam teoricamente inseridos no conceito de proteção à ordem econômica, pois existe teratológica vedação ao ajuizamento de ações transindividuais para veicular pretensões que envolvam tributos (art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85).

## **1.2 PONTOS CONSTITUCIONAIS POLÊMICOS SOBRE A PRISÃO EM FLAGRANTE**

A espécie possui base constitucional no art. 5º, incisos LXI, LXII e LXIII, tendo quatro possibilidades taxativamente expressas no art. 302 do

CPP: quando o agente é surpreendido cometendo a infração; acabando de cometê-la; é perseguido, logo após, em situação que faça presumir ser autor da infração; é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O professor Fauzi Hassan Choukr, membro do Ministério Público Paulista, comentando o art. 310 do CPP, apresenta seis razões pelas quais considera a prisão em flagrante como “palco para potenciais violências do Estado”<sup>12</sup>: a possibilidade do juiz natural da causa não ser comunicado da prisão quando realizada em local diverso do julgamento de mérito; a falta de contato imediato entre o mesmo juiz natural e a pessoa presa, em virtude da mera comunicação burocrática, por meio de ofício, da prisão; a inexistência de limitação temporal para a comunicação; o desconhecimento imediato do legitimado ativo para deflagrar a ação penal sobre a prisão; o fato de eventuais irregularidades na consecução da constrição não ter efeitos sobre o conteúdo do auto flagrancial, “que pode ser plenamente empregado para a formação do “convencimento do legitimado ativo”; o fato do relaxamento não impedir que o flagrado seja imediatamente preso a título de prisão preventiva ou temporária.

Afora os elementos de censura acima mencionados, nota-se que sobre três pontos do instituto em análise recaem, com maior intensidade, os açoitamentos dos operadores do direito: as expressões ficcionais “logo após” e “logo depois” dos flagrantes impróprio e presumido, respectivamente, e a falta de prazo expresso para a lavratura do auto.

Fustigam-se as citadas locuções adverbiais (logo após e logo depois) em função da “porosidade”<sup>13</sup> que lhes é peculiar. Argumenta-se que os conceitos podem incitar a quebra da imprescindível equipolência no tratamento dispensado pelo Estado em relação a pessoas em situações idênticas, fato verificado na jurisprudência, que tem produzido critérios cronológicos elásticos para os termos.

A celeuma reside em se estabelecer uma baliza temporal para o flagrante, haja vista, que ultrapassada essa fronteira, a constrição se desvinculará de sua fonte legal legitimadora, isto é, a Constituição da República. Demonstra-se a falta de critério cronológico com os seguintes

---

12 **Código de Processo Penal - Comentários Consolidados e Críticas Jurisprudencial.** Lumem Juris. Rio de Janeiro: 2005, pág. 469

13 Choukr. ob. cit., pág. 478.

julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

HABEAS CORPUS - NARCOTRAFICÂNCIA - PRISÃO EM - WRIT OBJETIVANDO O RELAXAMENTO DO AUTO FLAGRANCIAL, POR NÃO PREENCHER OS REQUISITOS DO ARTIGO 302, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - LAPSO TEMPORAL HAVIDO ENTRE A APREENSÃO DO MATERIAL TÓXICO NA DELEGACIA DE POLÍCIA E DETENÇÃO DA PACIENTE, EM SUA CASA, QUE DESCARACTERIZA A FIGURA DA PRISÃO EM FLAGRANTE - ORDEM CONCEDIDA. (...) na espécie versada nos presentes autos, manifesta é a **dúvida** sobre se a prisão da paciente ocorreu em flagrante, não obstante o caráter permanente do delito cuja prática a ela foi atribuída, caráter ao qual não se pode dar muito elástico.<sup>14</sup> (grifou-se)

HABEAS CORPUS. FURTO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ALEGADA IRREGULARIDADE. INOCORRÊNCIA. PRETENDIDO RELAXAMENTO. HIPÓTESE QUE CARACTERIZA O FLAGRANTE PRESUMIDO. ORDEM DENEGADA. Se alguém é encontrado, após o transcurso de **razoável lapso temporal** da prática de delito, portando objetos que façam presumir tenha sido o seu autor, caracteriza-se o flagrante presumido.<sup>15</sup> (grifou-se)

Muito embora a relevância dos referidos argumentos, partindo-se da premissa de que é impossível ao legislador descrever à saciedade todas as possíveis ocorrências fáticas, ao juiz, pautado na razoabilidade, fica a responsabilidade de executar a justa subsunção do fato à norma (art. 302 do CPP), pois critérios rígidos (limites em minutos, horas e dias, por exemplo) podem provocar o pernicioso engessamento da atividade policial, devido às peculiaridades de cada caso concreto.

14 TJSC, Habeas Corpus n. 99.016322-9, Relator Desembargador Alberto Costa.

15 TJSC, Habeas Corpus n. 2002.023175-0, Relator Desembargador Sérgio Paladino.

No que diz respeito à inexistência de prazo expresso para a lavratura do auto de prisão em flagrante após a constrição do conduzido, fato que também enseja austeras críticas, parece que o problema não foi dirimido com a nova redação dada ao art. 304 do CPP pela Lei nº 11.113/05, que não exigiu as assinaturas do condutor, das testemunhas e do interrogado no momento imediato à redação daquele, mas antes de sua confecção:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

A redação revogada, por sua vez, dispunha:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas que o acompanharam e interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se o auto, que será por todos assinado.

O art. 306 do mesmo diploma legal limita-se a determinar seja entregue ao preso nota de culpa dentro de 24 horas contadas da prisão, sabendo-se que esta só poderá ser fornecida após a lavratura do auto.

Depreende-se, assim, que, embora a jurisprudência tenha construído entendimento que o prazo máximo para lavratura seja de 24 horas, para não se desrespeitar os postulados constitucionais pertinentes, deve-se preencher tal lacuna legislativa com interpretação no sentido de que a autoridade deve lavar o auto tão logo lhe seja apresentado o preso (no mesmo dia), pois a demora dessa providência constitui-se em constrangimento ilegal ao direito de locomoção do indivíduo, reparável por habeas corpus.

Questão final merece ser abordada no presente tópico, diz respeito à garantia do juiz natural na prisão em flagrante, direito decorrente da previsão de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela

autoridade competente” (CR, art. 5º, LIII).

Fauzzi<sup>16</sup> assinala “que não se pode tratar o tema apenas pelo seu enfoque administrativo”, aduzindo a insuficiência dos entendimentos sobre a inexistência da competência *ratione loci* para a lavratura do flagrante, ou seja, de que a feitura deste em localidade diversa de onde foi efetuada a prisão não configura ilegalidade, afirmando:

Deve-se, cremos, acrescer em qualidade a análise, para frisar que, sem embargo poder ser o auto lavrado em local distinto daqueles em que será efetivamente desenvolvido o juízo de valor do titular da ação penal e do potencial *locus* para o desenvolvimento do processo de conhecimento e das “medidas” cautelares, é o juiz natural e não qualquer outro juiz que deve apreciar a imediata legalidade da constrição.

O citado entendimento doutrinário é de curial relevância, mormente no tocante a casos - como o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, mencionado pelo autor na obra consultada<sup>17</sup> - em que o agente, após perpetrar a infração, não é preso no lugar desta conseguindo fugir, iniciando-se a perseguição policial.

Nada mais condizente com a garantia constitucional enfocada, que finalizado o auto seja imediatamente remetido à autoridade policial sob a jurisdição do juiz competente para julgar o mérito de eventual ação penal, devendo este analisar, no decorrer das investigações, todo e qualquer pedido em relação ao fato (liberdade provisória, por exemplo). Ademais, percebe-se que tal providência é exigida pelo art. 304, § 1º, segunda parte, do CPP:

Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, **e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que seja.** (grifou-se)

---

16 Choukr. ob. cit, pág. 483.

17 Idem, pág. 484

### 1.3 PONTOS CONSTITUCIONAIS POLÊMICOS SOBRE AS PRISÕES DECORRENTES DE PRONÚNCIA E DE SENTENÇA PENAL RECORRÍVEL

Determinam os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 408, do CPP, respectivamente:

Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.

Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.

Nota-se que as previsões retro estabelecem critérios menos rigorosos para a decretação da prisão cautelar se comparados com os pressupostos da prisão preventiva, uma vez que para tanto é suficiente que o acusado não possua em seu favor os denominados bons antecedentes.

Nessa espécie de constrição provisória, à luz da letra fria da lei, mitigam-se os princípios basilares da cautela, levando-se a crer que a prisão do acusado é mero efeito da sentença de pronúncia. Prende-se não porque há necessidade, mas porque o ordenamento determina, abdicando-se de qualquer atividade axiológica, pois a norma cria óbice a toda iniciativa interpretativa.

À evidência que a citada previsão legal, ante os postulados que irradiam da Constituição da República, não se sustenta, ou seja, cede ao mais superficial dos olhares críticos.

Contudo, a aludida insustentabilidade não decorre da falta de autorização da Lei Máxima, pois esta, como dito exaustivamente em linhas pretéritas, defere essa espécie de prisão em seu art. 5º, LXVI, mas em razão de não exigir o requisito do *periculum in mora*, contentando-se com o *fumus boni juris* (maus antecedentes).

Ora, é a própria excepcionalidade, nela contido como elemento

inexorável, o perigo da demora, que dá o suporte vertical de validade à prisão provisória, assumindo a função de elo entre a disposição infraconstitucional e os ditames da Constituição da República, motivo pelo qual, para se decretar a prisão na oportunidade da pronúncia, deve estar presente uma das hipóteses da prisão preventiva previstas no rol do art. 312 do CPP.

Ademais, ousa-se dizer que o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 408 do CPP é obsoleto, sendo absolutamente suficiente a redação do referido art. 312, que deve ser entendida como norma de caráter genérico, aplicável a toda lei adjetiva penal.

Sobre a imprescindível observância das regras dos arts. 311 e 312 no *decisum* de pronúncia ensinava Julio Fabbrini Mirabete:<sup>18</sup>

(...) deve-se entender que a prisão cautelar deve sempre ser motivada, somente se justificando quando necessária ou conveniente. Em encontro de juízes de Tribunais do Júri do Estado de São Paulo, em 1998, concluiu-se que “a inclusão de qualificadora na denúncia de crime de homicídio na obsta a concessão de liberdade provisória, nem obriga a prisão, devendo o juiz decidir a respeito em conformidade com o disposto nos arts. 311 e 312 do CPP”.

Com supedâneo em tais argumentos que também se critica a prisão decorrente de sentença penal recorrível (art. 393, inciso I e II do CPP). Expedir-se mandado de prisão somente com base nos maus antecedentes do réu (art. 594 do CPP), fere, igualmente, a natureza excepcional da prisão preventiva, devendo aquele dar causa à sua reclusão cautelar, demonstrando que irá se evadir para não cumprir a pena imposta na sentença, por exemplo.

#### **1.4 PONTOS CONSTITUCIONAIS POLÊMICOS SOBRE A PRISÃO TEMPORÁRIA**

A Lei 7.960/89 formalizou no cenário jurídico pátrio a prisão tem-

---

18 Ob. cit, pág. 1.101.

porária, “prática reconhecidamente existente no plano das atividades de polícia judiciária e que já havia sido contemplada no anteprojeto de Código de Processo Penal de 1983”.<sup>19</sup>

Muito embora o art. 1º do diploma em apreço não tenha sido claro sobre o momento exato do cabimento da constrição temporária, haja vista que apresenta três hipóteses de decretação<sup>20</sup> - cujo tema sobre a necessidade de cumulação encontra divergência doutrinária - restou pacificado na doutrina que aquele seria o da investigação criminal, efetivada por meio do inquérito.

Destarte, mercê de seu caráter *sui generis*, não se pode imiscuir os pressupostos desta espécie com os das demais prisões antes da sentença condenatória.

Contudo, como o enfoque do presente mister científico é a análise do texto da lei sob a ótica da Constituição da República, escolhem-se dois assuntos de acentuada polêmica no objetivo de delimitar esse capítulo, quais sejam, a possibilidade da prisão temporária no deslinde da investigação do Ministério Público e a possível inconstitucionalidade da previsão que defere à autoridade policial a iniciativa de representar pela prisão temporária ao juiz competente.

Para dirimir o *primo* tópico, é imprescindível buscar-se o fundamento constitucional da investigação criminal direta pelo *parquet*, tarefa aparentemente hercúlea, devido a imensa controvérsia gerada sobre tal atribuição do Ministério Público, discussão que levou ao ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1517 no Supremo Tribunal Federal pela ADEPOL (Associação Nacional dos Delegados de Polícia), na qual se aventou a suposta exclusividade daquela função pela polícia.<sup>21</sup>

Conforme decidido na referida ação, investigação criminal não é

---

19 CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal à luz da Constituição. 1. ed., Edipro. São Paulo: 1999, pág. 83.

20 I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em quatorze crimes específicos.

21 Disponível na Internet: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>.

monopólio da Polícia Judiciária, conclusão óbvia que pode ser extraída do próprio texto da *Lex Suprema*, pois o único momento em que esta se refere à mencionada exclusividade foi no inciso IV do seu art. 144 ao atribuir à Polícia Federal o exercício das funções de polícia judiciária da União.

Desta forma, chega-se à ilação que o art. 4º do CPP, na ocasião em que assevera que a competência de investigação criminal deferida à Polícia Judiciária “não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”, foi recepcionado pela CR.

Ademais, a CR dispõe em seu art. 129, inciso IX, que cabe ao Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”, sendo um grande equívoco jurídico afirmar-se a incompatibilidade daquele a quem foi incumbido a defesa da ordem jurídica bem como a deflagração da ação penal pública de apurar o cometimento de infrações penais.

Vários são os diplomas que autorizaram o Ministério Público a investigar diretamente a perpetração de atos delituosos, entre eles a Lei Complementar nº 75/93 (art. 8º, V e VII) que disciplina minuciosamente os poderes e prerrogativas institucionais conferidos ao mesmo - de aplicação supletiva aos Ministérios Públicos Estaduais (art. 80 da Lei nº 8.625/93).

Por conseguinte, carece de fundamento a alegação de que ao Ministério Público somente é dado conduzir investigações que se refiram a inquéritos civis, sendo que vencida a presente celeuma pode-se sustentar, sem qualquer bruma de incerteza, que não é defesa a determinação da Prisão Temporária no âmbito da investigação direta daquele órgão ministerial.

Ora, se a polícia judiciária não tem o privilégio privativo de conduzir uma averiguação de âmbito penal, e a prisão temporária só pode ser concretizada nessa seara pré-processo, é lógico que o Ministério Público em virtude de deter parcela dessa função decorrente da garantia constitucional da segurança pública (CR, art. 144), pode requerer ao órgão jurisdicional que a determine pelo prazo estipulado em lei, ainda que esteja conduzindo a investigação exclusivamente.

Qualquer argüição no sentido de que a prisão temporária apenas poderá ser decretada no bojo de inquérito policial - ato administrativo

não compreendido nas atribuições do *parquet* - é absolutamente rejeitável, haja vista que, malgrado a Lei 7.960/89 disponha em seu art. 1º, inciso I, que aquela somente será determinada “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”, existem outros procedimentos para tal desiderato, a citar os formulados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e os procedimentos investigativos criminais no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais<sup>22</sup>.

Além do que, se o próprio CPP admite em seu art. 3º interpretação extensiva e aplicação analógica, porque a uma norma de idêntica natureza (processual), pelo simples fato de compor legislação extravagante, não será dado o mesmo tratamento?

Por derradeiro, quanto à possibilidade da autoridade policial representar pela prisão temporária, em que pese a expressa autorização legal (art. 2º, da Lei 7.960/89), reitera-se o posicionamento assinalado referente à prisão preventiva, ou seja, de que é inconstitucional a referida disposição pois, como fulcro no sistema acusatório adotado pelo Direito Processual Penal pátrio, não se pode deferir atividade postulatória a um funcionário público incumbido unicamente da atividade administrativa de apuração da autoria de delitos.

Caso o delegado necessitasse da providência reclusiva estudada neste tópico para lograr êxito na investigação - *de lege ferenda* - deveria oficialiar ao Ministério Público - órgão que após a revogação do procedimento judicialmente detém legitimação exclusiva para deflagrar a ação penal pública bem como de ajuizar pedidos que tenham relação a esta atividade constitucional - que, se presentes os requisitos legais, requerê-la-á ao magistrado natural do caso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante se pode aferir desse conciso escrito, é extremamente laborioso ao autor jurídico encontrar um ponto de equilíbrio ao se deparar com o constante e inexorável embate entre o dever punitivo do Estado, no afã de garantir a ordem jurídica, afirmando a vigência da

---

<sup>22</sup> Regulado em Santa Catarina pelo Ato Conjunto PGJ-CGMP no 001, de 05 de outubro de 2004.

norma penal violada por meio da pena, e a liberdade do jurisdicionado, que só pode ser cerceada depois de processo munido de todas as garantias asseguradas pela Constituição, apurada a culpabilidade por prova inequívoca.

A celeuma é ainda mais incisiva quando há necessidade de se prender o indiciado/acusado antes da sentença penal condenatória para se garantir a utilidade do processo. Nessa seara que a cautela deve ser redobrada, porquanto se trata de medida excepcional, havendo maior margem para o cometimento de arbitrariedades por parte do ente estatal.

Da mesma forma, há que se ter o cuidado de não se permitir que as referidas garantias individuais sirvam de escudo para a prática de condutas ilícitas, motivo pelo qual o critério do caso concreto, utilizado para dirimir eventuais conflitos entre normas de tal matiz, é a única solução viável galgar a subsunção mais justa da norma ao fato.

Contudo, em que pese as considerações supramencionadas, existem disposições cautelares vigentes na adjetiva penal pátria - apreciadas brevemente no presente trabalho - que não se sustentam quando observadas sob o prisma constitucional inaugurado em 1988, razão porque devem receber a pecha de não recepcionadas ou de inconstitucionais, dependendo da fase em que passaram a produzir efeitos no ordenamento processual hodierno.

Assim se chegou às conclusões acima declinadas, que poderiam ser discutidas de forma mais aprofundada caso não existisse o óbice do pequeno e necessário elastério proporcionado no mister científico em tela.

## REFERÊNCIAS

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. Lúmen Juris. Rio de Janeiro: 2005.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal à Luz da Constituição – Temas Escolhidos**. 1. ed. Edipro. São Paulo: 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Coordenação e edição de Margarida dos Anjos & Marina Baird Ferreira. **Versão integral do Novo Dicionário Aurélio – Ele-**

**trônico XXI, versão 3.0. Nova Fronteira.** Rio de Janeiro: novembro de 1999.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal.** 23. ed. Vol. II. Saraiva. São Paulo: 2001.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** 2. ed. Saraiva. São Paulo: 1997.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 2. ed. Vol. IV. Milenium. São Paulo: 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado.** 11. ed. Atlas. São Paulo: 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17. ed. Atlas. São Paulo: 2005.

Agradecemos ao Dr. Marcelo de Tarso Zanelatto (Promotor de Justiça da Comarca de Jaguaruna) e ao colega Assessor na Procuradoria-Geral de Justiça, Flávio Caliri Schimdt, pela gentileza de terem revisado este escrito.

## A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA

Renato Franco de Almeida

*Especialista Direito Público, Mestre em Direito e Instituições e Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino.*

*Professor de Pós-Graduação, Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça e Promotor de Justiça - MG*

RESUMO: Analisa, sob o aspecto dos princípios constitucionais, a competência do Tribunal de Justiça para o julgamento de mandado de segurança proposto contra ato de Promotor de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios; Mandado de Segurança; Ato ilegal; Promotor de Justiça; Competência; Tribunal de Justiça.

### 1 INTRODUÇÃO

Em um país como o Brasil, cuja inteligência jurídica sofreu e sofre os influxos do pensamento positivista europeu, mormente no que diz respeito à teoria mais adequada ao Direito, mostra-se de difícil aceitação as correntes teóricas que dispensam a lei do *status* de principal fonte do Direito. Daí que o “fetiche da lei” – influência da doutrina liberal-burguesa inaugurada com a Revolução Francesa – está ainda extremamente arraigada em nossos juristas, não obstante datar do final do século XVIII a eclosão de sua primazia.

A despeito disso, mister reconhecer que a lei formal não é senão um dogma estabelecido pelas classes econômicas proprietárias da representação política em uma democracia falaciosamente representativa, que sucumbe à primeira análise mais detida de sua engrenagem.

Daí ser necessário buscar a construção de caminhos, os quais não passaram de “promessas não cumpridas” (BOBBIO, 1987) nas democracias representativas do Estado Social, que logre efetivamente alcançar os desígnios democráticos.

Sem embargo de autorizados entendimentos em contrário, dentre essas trilhas possíveis, pensamos que o *constitucionalismo*, como forma de ofertar normatividade vinculante aos princípios jurídico-políticos plasmados em documento escrito com supremacia sobre outras normas de conduta e sobre a vontade democrática manifestada por eventuais maiorias congressuais, satisfaz o escopo de realização social pluralística (BOBBIO, 1987, p. 60), pois mitiga a produção de dogmas legais na medida em que o legislador, também ele, está preso àquela normatividade. Isso porque não se deve nunca olvidar o alerta, extremamente consentâneo com tal pensamento, de Pablo González Casanova (2000, p. 47), segundo o qual “É verdade que quando um homem acostumado a pensar dogmaticamente se vê sem dogmas, dá-se conta de que está acostumado a não pensar.”

Com efeito, para o presente estudo, o *pós-positivismo* encerra a teoria jurídica mais adequada para o deslinde da questão jurídico-constitucional que se colocará na seqüência. É que, na dicção do pensador estadunidense Ronald Dworkin, o *positivismo jurídico* traduz-se no “ponto de vista da maioria dos leigos e o hino dos conservadores em questões de direito.” (1999, p. 141). De outro lado, no *jusnaturalismo*

O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado.(DWORKIN, 1999, p. 185)

Dessa forma, a coerência entre os princípios jurídicos de uma comunidade será o norte e a vinculação para a atividade do legislador e do julgador, principalmente o Julgador constitucional que não poderá fazer abstração da estrutura política e jurídica de sua comunidade,

assim como do passado convencionalista ou do futuro pragmático (DWORKIN, 1999, p. 272). Não se trata, portanto, de opção por uma ou por outra concepção, porém, de um *tertius genus* que dá relevância a todas dentro do espectro coerente dos princípios constitucionais. Nessa linha de pensamento teórico, pois, poder-se-á vislumbrar que:

A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento. (DWORKIN, 1999, p. 229)

Dessarte, mesmo que ausente a regra jurídica que demonstre *prima facie* a solução para o caso concreto (ou para a questão teórica posta em discussão), o juiz não está livre para adotar suas próprias concepções políticas, jurídicas e econômicas sobre a hipótese trazida à consideração, em puro subjetivismo, senão que se encontra vinculado pela coerência dos princípios insertos na constituição ou no direito pressuposto (GRAU, 2000), aquela especificamente o documento escrito com supremacia sobre outras normas ou decisões políticas eventualmente majoritárias.

É o que tentaremos demonstrar na seqüência.

## **2 DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA**

### **2.1 IDENTIDADE HISTÓRICA COM O HABEAS CORPUS**

Pensamos que a hipótese colocada, referente à competência do

Tribunal de Justiça local para julgar mandado de segurança impetrado contra ato de Promotor de Justiça, pode ser comprovada por diversas linhas argumentativas, todas com capacidade de convergir aos mesmos resultados teórico e prático.

A despeito disso, imperioso reconhecer que a questão posta não prescinde de uma incursão histórica que proceda ao cotejo do mandado de segurança com o *habeas corpus*, quanto à origem comum, a revelar o equívoco do argumento segundo o qual tem competência o juízo de 1º grau de jurisdição para o julgamento do mandado de segurança impetrado contra ato supostamente ilegal de membro do *Parquet* de 1ª instância. Isso porquanto aquelas garantias não diferem na sua origem.

De efeito, tendo surgido primeiramente em diplomas legislativos pátrios, notadamente na primeira Constituição republicana, o *habeas corpus* tinha seu objeto, originariamente, incidente sobre o afastamento de ato ilegal ou praticado com abuso de poder que desse ensejo à violência ou à coação. Nesse sentido o § 22 do art. 72 da Constituição de 1891:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 22. Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Com essa redação elástica, o instituto teve sua história marcada por uma ampliação em seu objeto levada a efeito pela doutrina e jurisprudência brasileiras, à míngua de outras garantias constitucionais, não previstas naquela Carta republicana, que ficou conhecida como *doutrina brasileira do habeas corpus*, tendo como seu precursor o gênio de Rui Barbosa.

Como ensina Lêda Boechat Rodrigues (1991, p. 33):

Diante da falta de outros remédios existentes no direito anglo-americano – o *mandamus*, a *injunction*,

o *certiorari* e o *quo warranto* – o Supremo Tribunal Federal viu à sua frente apenas um caminho: ampliar o *habeas-corpus* através da interpretação lata ou *construction* do texto constitucional, art. 72 § 22, na visão liberal que dele teve, em primeiro lugar, como grande advogado e excelso constitucionalista, Rui Barbosa.

Destarte, a ausência de instrumento processual hábil, previsto constitucionalmente e direcionado às garantias outras que não só a liberdade de locomoção, fez com que o Supremo Tribunal Federal, no início do século XX, conferisse interpretação ampla ao *habeas corpus* na tentativa de salvaguardar direitos ainda órfãos de uma garantia processual específica. Daí afirmarem Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1989, p. 323) que:

Em 1891 o *habeas corpus* foi erigido à condição de garantia constitucional, pela Lei Maior desse ano. Mas os demais direitos permaneciam não tutelados por formas especiais de acesso ao judiciário. Não havia, com efeito, no Texto de 1891, qualquer preocupação com a tutela específica de outros direitos senão do de locomoção. (Grifo nosso)

A despeito disso, evidencia-se, à época, a necessidade premente de um instrumento apto a proteger outros direitos que não os de locomoção. Nessa medida é que nossa Suprema Corte, amparada na mais autorizada doutrina, fomentou a ampliação do objeto do *habeas corpus*.

Com efeito, anota Rodrigues (1991, p. 33) ainda que “Conseguiu o Supremo Tribunal Federal fazê-lo magnificamente, ficando o seu esforço coroado como a Doutrina Brasileira do *Habeas-Corpus*.”

Referida doutrina revelava-se, como mencionado alhures, na ampliação conferida pela nossa Suprema Corte ao instituto do *habeas corpus* que, ante os desmandos do Chefe do Poder Executivo da época e a ausência de instrumento mais eficaz, alargou o seu objeto, de modo a açambarcar hipóteses outras que não somente a liberdade de locomoção, mesmo porque na redação originária da Constituição de 1891 nada ensejava a interpretação segundo a qual o *habeas corpus* prestava-se tão-somente a proteger a liberdade de locomoção, senão a sua utilização

no direito comparado.

De 1891 a 1926 vai-se assistir, sob o influxo dessa corrente de pensamento, a um gradativo alargamento da utilização do *habeas corpus* até o ponto em que ele deixa de proteger diretamente a liberdade física para colher na sua malha tutelar a proteção de qualquer direito para cujo exercício se fizesse imprescindível a liberdade de locomoção. Com esse fundamento concedeu-se *habeas corpus*, por exemplo, para asseguramento da posse em cargo público de funcionário nomeado. (BASTOS & MARTINS, 1989, p. 323)

Importa frisar que a chamada *doutrina brasileira do habeas corpus* reinou absoluta no Supremo Tribunal Federal até a Reforma Constitucional operada em 1926, quando então essa garantia teve seu objeto restrito à liberdade de locomoção, deixando desnudos de proteção quaisquer outras espécies de direitos.

Não obstante a referida Reforma, importa, na oportunidade, frisar que, com a aparição constitucional do mandado de segurança na década de 30, notadamente na Constituição de 1934, essa garantia veio por cobro a desmandos emanados de autoridades, protegendo exatamente aqueles direitos que suplicaram a ampliação do objeto do *habeas corpus*, concedida pela nossa Suprema Corte, dando ensejo, como já referido, à doutrina do *habeas corpus* no Brasil.

Mais uma vez Rodrigues (1991, p. 35), com sua autoridade de lídima historiadora do Excelso Pretório, assevera que:

No Brasil, nos últimos anos antes da Reforma Constitucional de 1926, adotou-se o fundamento de conceder *habeas-corpus* apenas quando o direito fosse certo, líquido e incontestável. Restrita a sua definição à garantia de direito de locomoção pela Reforma de 1926, o *habeas-corpus* passou a proteger exclusivamente tal direito, *strictu sensu*. Depois de 1930 criou-se o mandado de segurança, exigindo-se, exatamente, que o direito pleiteado fosse certo, líquido e incontestável. Foi este o meio encontrado

pelo legislador ordinário para proteger áreas que, no intervalo, haviam ficado órfãs do *habeas-corpus* aplicado ampliativamente. (Grifo nosso)

Divisa-se que o surgimento do mandado de segurança em sede constitucional, como de resto no ordenamento jurídico pátrio, veio suprir o vácuo jurídico-processual de garantias existente no direito brasileiro, mormente após a Reforma Constitucional de 1926, a qual abortou a interpretação ampliativa conferida por nossa Corte Constitucional ao objeto do *habeas corpus*.

Infere-se daí que ontologicamente os institutos constitucionais sob comento não diferem, eis que o objeto atual de um (mandado de segurança) já o foi do outro (*habeas corpus*) e, diga-se, com singular eficácia, nas linhas interpretativas da *doutrina brasileira do habeas corpus*.

Corroborando essas assertivas, Bastos e Martins (1989, p. 315) anotam que:

A partir de 1934, surge o mandado de segurança, o que elimina as reais causas que estiveram por trás da formulação da teoria brasileira do *habeas corpus*. É que sempre se ressentiu da ausência de meios adequados para proteção de outros direitos que não o da locomoção. Com a garantia instituída na Constituição de 1934, tornam-se protegidos os demais direitos, desde que líquidos e certos, mesmo quando obliquamente venham a afetar a liberdade pessoal. (Grifo nosso)

Daí a incontestável natureza comum de ambos os institutos.

Nessa linha de raciocínio baseada na construção (*construction*) coerente das linhas históricas dessas garantias, forçoso reconhecer que, se para o *habeas corpus* é correto afirmar que a competência originária está definida em função de previsão do texto constitucional (convenção política), não há dúvida que isso deve valer em relação ao mandado de segurança. Isso porquanto neste como naquele *writ*, à autoridade coatora atribui-se a prática de ato ilegal ou abusivo, e, portanto, ambos os institutos possuem o mesmo objeto. Tal coincidência é, às escâncaras, conseqüência direta da origem comum entre essas garantias constitucionais, sendo escorreito frisar, mais uma vez, que não há distinção

ontológica entre as mesmas.

Daí que somente uma atitude interpretativa coerente do texto constitucional – coerência entre os princípios ali insculpidos – fará emergir o raciocínio segundo o qual se deve inserir, através de interpretação inclusiva, o mandado de segurança contra ato de membro do Ministério Público de 1ª instância na competência do Tribunal de Justiça local, na medida em que o raciocínio inverso nos parece subversão à lógica dos princípios constitucionais cogentes.

## **2 TRATAMENTO DESIGUAL E IRRAZOÁVEL DA INTERPRETAÇÃO QUE CONFERE PRIVILÉGIO AO PODER JUDICIÁRIO EM DETRIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AOS RESPECTIVOS MEMBROS. MALFERIMENTO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Cabe anotar que não é somente pela linha argumentativa histórica que se pode asseverar estar incluso na competência do Tribunal de Justiça local o julgamento do mandado de segurança impetrado contra ato de Promotor de Justiça.

A questão alcança as raias do princípio da igualdade, na sua vertente da *isonomia*, tangenciando o pensamento contrário a violação do referido princípio.

Com efeito, abeberando-se nas lições de Nitti, Paulo Bonavides (2005, p. 270) assevera que a isonomia, a isotimia e a isagoria eram pressupostos básicos, para os gregos clássicos, das formas de governo democráticas. Assim, ensina ainda o constitucionalista cearense (2005, p. 270), na linha do aprendizado de Nitti, que:

Com a *isonomia* [...] proclamava o gênio político da Grécia a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou riqueza. Dispensava a ordem jurídica aí o mesmo tratamento a todos os cidadãos, conferindo-lhes iguais direitos, punindo-os sem foro privilegiado.

Já com a *isotimia* (BONAVIDES, 2005, P. 271):

[...] abolia a organização democrática da Grécia os títulos ou funções hereditárias, abrindo a todos os cidadãos o livre acesso ao exercício das funções públicas, sem mais distinção ou requisito que o merecimento, a honradez e a confiança depositada no administrador pelos cidadãos.

De seu turno, a *isagoria* encerra o “[...] direito de palavra, da igualdade reconhecida a todos de falar nas assembléias populares, de debater publicamente os negócios do governo.” (BONAVIDES, 2005, p. 271)

Na medida em que, modernamente, essas bases da democracia grega clássica vêm sendo adotadas, em regra, pelos sistemas constitucionais democráticos, com mudanças de pequena monta, importa deixar registrado que é ponto imprescindível à existência, mínima que seja, da democracia moderna a obediência aos princípios que essas bases encerram. Hoje, na verdade, as bases são os próprios princípios, em regra, constitucionalizados.

Via de conseqüência, imperioso afirmar que a quebra desses princípios, notadamente o da isonomia, no particular, confuta com o sistema democrático, desenganadamente com o Estado Democrático instalado por ocasião da promulgação do atual texto constitucional (art. 1º CR/88).

Vem a calhar, ademais, a assertiva segundo a qual os efeitos da isonomia não se restringem à pessoa física, ao indivíduo, senão que se expandem às Instituições estatais e às pessoas jurídicas, desde a mais simplória microempresa até as grandes corporações capitalistas. Nesse particular, haverá malferimento a esse pressuposto democrático se existir tratamento desigual entre as Instituições estatais, tais como o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Na linha de pensamento exposta, conferir tratamento desigual à Instituição do Ministério Público em relação ao Poder Judiciário, notadamente conferindo maior proteção judicial, com a afetação de prerrogativa de foro, a atos supostamente ilegais praticados por juízes, é macular o princípio isonômico, especificamente naquilo que se refere ao processo e julgamento do mandado de segurança impetrado contra ato de Promotor de Justiça, mormente após o advento da Emenda Constitucional (EC) n.º 45/2004, a qual fomentou, desenganadamente, o estreitamento

de identidade quanto aos perfis das Instituições, assim como no que se refere aos direitos e deveres dos respectivos membros.

Facilmente demonstrável a aproximação ensejada pela supracitada Emenda no tocante às Instituições sob comento. Assim é que o artigo 129, § 4º da Constituição da República, com a redação dada pela EC n.º 45/2004, estabelece que ao Ministério Público aplicar-se-á *todo o conteúdo do artigo 93*, no que couber, ao contrário do que ocorria em sua redação original, que determinava tão-somente a observância dos incisos II e VI do mesmo artigo 93.

Isso significa, até não mais poder, que, sob o aspecto institucional, não haverá, a partir de então, quaisquer diferenças entre o Poder Judiciário e o Ministério Público, senão as distinções essenciais de natureza quanto às atividades-fim, resguardados os direitos eventualmente adquiridos pelos seus membros. Aquelas (as diferenças) para existirem necessitarão de razoável motivo sem o qual o *discrímén* adquirirá a pecha de inconstitucionalidade.

Dessa maneira, na medida do quanto anota Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 38),

é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

Impende frisar, portanto, que não há razão a convencer do acerto do *discrímén* em relação à matéria competencial aqui tratada, ensejando, claramente, desigualdade irrazoada, e, portanto, inconstitucional.

Não convence, a outro giro, a idéia segundo a qual o princípio igualitário somente é aplicável a pessoas físicas. Sobre ser possível ter como destinatário de direitos individuais – dentre eles o direito à isonomia – Instituições, e, portanto, pessoas jurídicas, vale conferir as lições de Bastos e Martins (1989, p. 5):

Mais uma vez, aqui, quer-nos parecer que o Texto disse menos do que pretendia. A tomá-lo na sua literalidade seria forçoso convir que ele só beneficiaria as pessoas físicas. Mas, novamente, estaríamos

diante de uma interpretação absurda. Em muitas hipóteses a proteção última ao indivíduo só se dá por meio da proteção que se confere às próprias pessoas jurídicas. O direito de propriedade é um exemplo disto. Se expropriável uma pessoa jurídica, ela há de o ser mediante as mesmas garantias por que o são as pessoas físicas.<sup>1</sup>

É no mesmo diapasão que José Afonso da Silva, após tecer comentários sobre o posicionamento de parte da doutrina criada sob a égide da Constituição de 1967, se posiciona no que toca aos destinatários dos direitos individuais, *verbis*:

O princípio é o de que os direitos e garantias assegurados nos incisos do art. 5º se dirigem às *peçoas físicas*, ao indivíduo, e não às pessoas jurídicas. [...] O princípio é o mencionado acima, mas a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade [...] (Grifo nosso e do autor)<sup>2</sup>

Por necessidade de similitude, releva, no particular, que, quanto aos membros dessas Instituições, estes terão os mesmos direitos, deveres, obrigações e restrições, aqui, porém, de forma idêntica, e não somente semelhante. E, por tal motivo, impõe-se o acolhimento das lições doutrinárias transcritas.

Via de conseqüência, impende reconhecer que a competência dos Tribunais de Justiça locais para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de juiz de direito deve ser ampliada, por força de nova redação dada à cláusula constitucional acima mencionada, para acolher também a competência daqueles Órgãos do Poder Judiciário para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de Promotor de Justiça, em razão, repise-se, da similitude entre as Instituições e da identidade de direitos e deveres entre os seus respectivos

1 ob. cit. p. 5.

2 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1994. 768p. p. 175-6.

membros, uma vez que não há fundamento lógico-racional a ensejar o *discrímen*.

Na mesma linha de raciocínio, não é despiciendo afirmar ainda que o legislador constituinte concedeu aos integrantes do *Parquet* tratamento igualitário com relação aos membros do Judiciário não somente em relação ao agente político em si, senão também com vistas a garantir o exercício de suas tarefas institucionais com independência e liberdade de convencimento, devendo prestar obediência à ordem jurídico-constitucional e à sua consciência ético-jurídica.

Destarte, impende ressaltar que os dispositivos inseridos nas Constituições dos Estados-Membros que não prevejam na competência do Tribunal local o julgamento do mandado de segurança contra ato de Promotor de Justiça devem ser interpretados *conforme* a Constituição da República, com a modificação antes referida da EC n.º 45/2004, para inserir naquela competência a apreciação desse ato.

### 3 CONCLUSÃO

Divisa-se que, a despeito da medida de sua importância, tanto o argumento histórico quanto o principiológico convergem ao mesmo resultado.

Com efeito, no que se refere a este (o principiológico), forçoso reconhecer que se sobrepõe à regra positivada nas Constituições Estaduais que o contrariem, na medida em que a igualdade, na sua vertente isonômica, fulcra-se em princípio que não pode ser afastado por regra, em razão de que os valores ali em considerados possuem hierarquia relacional prevista no texto constitucional. Segue daí que, por encerrar direito fundamental – não só de pessoas naturais – a igualdade sobrepuja mera regra de competência firmada constitucionalmente. Isso porque, como é cediço, todo o texto constitucional pátrio deve ser interpretado consoante as orientações axiológicas plasmadas na sua parte imutável, notadamente quanto aos direitos e garantias fundamentais.

Corroborando a argumentação principiológica, o aspecto histórico firma-se como supedâneo de tudo o quanto foi dito. Com efeito, o resgate das origens de determinado instituto jurídico, a despeito de

sua razoável limitação, encerra ponto de partida qualificado para outros desdobramentos interpretativos. É nessa dimensão que esse aprofundamento temporal pode sugerir ou não a atualização interpretativa conferida aos dogmas jurídicos.

Seja como for, adote-se um ou outro argumento, ou até mesmo ambos, mister inferir que é na competência dos tribunais locais que deve radicar o julgamento do mandado de segurança impetrado contra ato de Promotor de Justiça.

Março/2006

RESUMEN: *Analiza, bajo el aspecto de los principios constitucionales, la competencia del Tribunal de Justicia para el juicio de mandado de seguridad propuesto contra acto de promotor de justicia.*

PALABRAS-LLHAVES: *Principios; Mandado de seguridad; Acto ilegal; Promotor de Justicia; Competencia; Tribunal de Justicia.*

#### 4 BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 171p.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 498p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 755p.

CASANOVA, Pablo González. Globalidade, neoliberalismo e democracia. In: GENTILI, Pablo. *Globalização excludente*: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 46-62.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 209p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 48p.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: doutrina brasileira do habeas corpus*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. III.

## O PREFEITO MUNICIPAL COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME PREVISTO NO ART. 359-D DO CÓDIGO PENAL

Fabiano Francisco Medeiros  
*Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Cesusc.*  
*Assessor Jurídico do MPSC*

A lei baixa comandos, com caráter geral e obrigatório, não cabe ao legislador formular definições, definir é obra da doutrina.

[Caio Mário da Silva Pereira]

### 1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n. 10.028/2000, de 19 de outubro de 2000, foi acrescentado o Capítulo IV ao Título XI do Código Penal, que trata dos crimes contra a administração pública. Tal alteração ocorreu em virtude da necessidade de se impor um tratamento criminal para o descumprimento das disposições da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas sobre as finanças públicas voltadas para a responsabilidade da Gestão Fiscal<sup>1</sup>.

Dos novos tipos inseridos no Estatuto Penal Repressivo, este trabalho se dedicará ao estabelecido no art. 359-D, que trata do crime de ordenação de despesa não autorizada por lei, diante do aparente

---

<sup>1</sup> DAMÁSIO, E. de Jesus. *Código Penal Anotado*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.1130.

problema de hermenêutica jurídica que pode emergir quando o referido crime for praticado por Prefeito Municipal, haja vista que o art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, trata de crime com semelhante redação, conforme se observa a seguir:

[...]

V - ordenar ou efetuar despesa não autorizada em lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

Desse modo, desponta o seguinte questionamento: o Alcaide deverá responder pelo crime previsto no art. 1º, V, do Dec.-lei n. 201/67, que comina pena de detenção de três meses a três anos, ou pelo art. 359-D do Código Penal, que estabelece a pena de reclusão de um a quatro anos.

## 2. A ANTINOMIA DAS LEIS

O delito previsto no art. 359-D do Código Penal tem como sujeito ativo qualquer agente público que ordenar despesa não autorizada em lei, seja ele Governador, Secretário de Estado, etc. No entanto, como alhures exposto, em relação ao Prefeito Municipal ainda persistem dúvidas quanto a sua aplicação.

Trata-se de um problema de antinomia jurídica, que segundo a lição de Norberto Bobbio<sup>2</sup> pode ser conceituada como *a situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e tendo o mesmo âmbito de validade.*

Ou, ainda, em um conceito mais abrangente, pode-se definir a antinomia como a oposição que ocorre entre duas ou mais normas (total ou parcialmente contraditórias), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, as quais colocam o destinatário numa posição insustentável devido à ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado<sup>3</sup>.

2 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1982, p. 88.

3 ANTINOMIA. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. Coord. Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 7, p. 14.

Importante esclarecer que não se trata de um “conflito de normas”, como de modo errôneo afirmam alguns juristas, mas sim um conflito “aparente” entre duas ou mais normas, ou seja, aquele para o qual o ordenamento jurídico encontra forma sistêmica de solução<sup>4</sup>.

Nesse sentido, Norberto Bobbio<sup>5</sup>, com a desiderato de solucionar tais conflitos, estabeleceu os seguintes critérios:

a) O critério hierárquico - *lex superior derogat legi inferiori* (norma superior revoga inferior);

b) O critério cronológico - *lex posterior derogat legi priori* (norma posterior revoga anterior), estatuído no art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil;

c) O critério da especialidade - *lex specialis derogat legi generali* (norma especial revoga a geral).

Consoante a lição de Maria Helena Diniz<sup>6</sup>, as antinomias aparentes são facilmente solúveis por intermédio dos critérios já enunciados. No entanto, no caso das antinomias reais, entre as quais estão as antinomias de segundo grau, ou seja, as que implicam no conflito entre os três critérios de solução, *não há uma regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério*<sup>7</sup>.

Por fim, não se pode esquecer que o critério hierárquico é soberano no conflito com os demais<sup>8</sup>. Nas palavras de Vitor F. Kumpel<sup>9</sup>, isso significa que a norma superior prevalece sempre. O grande dilema estaria no caso de uma norma geral posterior conflitando com a norma especial anterior, exatamente como no caso do art. 359-D do Código Penal que

4 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 212.

5 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1982, p. 88.

6 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2001. p. 472.

7 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2001. p. 475.

8 BOBBIO, Norberto. *Des critères pour résoudre les antinomies*. In: PERELMAN, C. *Les antinomies du Droit*. Bruxelles: Editions Bruylant, 1965. p. 250.

9 KÜMPEL, Vitor Frederico. *A antinomia de segundo grau e o novo Código Civil brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 352, 24 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5373>. Acesso em: 3 de maio de 2005.

colide, em parte, com o art. 1º, V, do Dec-Lei n. 201/67.

### 3. A SOLUÇÃO DO CONFLITO

*Prima facie*, à luz do princípio da especialidade, a interpretação que emerge é no sentido de aplicação do art. 1º, V, do Dec-lei n. 201/67. Senão vejamos:

De acordo com o axioma jurídico *lex specialis derogat generali*, a lei de natureza geral, por abranger ou compreender um todo, é aplicada tão-somente quando uma norma de caráter mais específico sobre determinada matéria não se verificar no ordenamento jurídico. Em outras palavras, a lei de índole específica sempre será aplicada em prejuízo daquela que foi editada para reger condutas de ordem geral.

Sobre o tema Damásio de Jesus<sup>10</sup> leciona:

Se a lei especial, incriminando certos fatos, ou considerando determinadas figuras típicas sob ângulo diferente, ditar preceitos particulares para a sua própria aplicação, em contraposição às normas do Código, o conflito aparente de normas será resolvido pelo princípio da especialidade.

A principal função do princípio da especialidade é afastar a incidência de dois tipos a uma mesma conduta, ou seja, impede que ocorra o *bis in idem* e, por conseqüência, evita que a punição seja duplamente aplicada em face de um mesmo delito.

Além disso, o princípio da especialidade está expressamente previsto no art. 12 do Código Penal, cujo texto legal se encontra assim redigido:

Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

No entanto, orientado pela interpretação acima referida, poderá surgir uma injusta proteção aos Prefeitos Municipais, em detrimento

---

10 DAMÁSIO, E. de Jesus. *Direito Penal*, 1º vol., Saraiva, 16. ed., 1992, pág. 26.

dos demais gestores públicos. Essa disparidade ocorreria, por exemplo, quando um Governador e um Prefeito (sem conexão alguma) ordenassem despesas não autorizadas por lei. Assim, o Governador estaria sujeito a uma pena de reclusão de 1 a 4 anos, enquanto o Alcaide teria uma pena, consideravelmente mais branda, ou seja, detenção de 3 meses a 3 anos.

Não existem motivos no nosso ordenamento jurídico que justifiquem essa desigualdade. Aliás, em respeito ao consagrado princípio da isonomia, jamais se poderia tratar de modo diferenciado pessoas que exercem atividades tão semelhantes.

Nunca é demais lembrar que o referido princípio isonômico está insculpido na nossa Constituição Federal da República do Brasil de 1988, em seu preâmbulo, art. 5º, *caput*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...].

O artigo isonômico da Carta Magna, segundo Celso Ribeiro Bastos<sup>11</sup> deixou de ser um direito individual tratado tecnicamente como os demais. Passou a ser o carro chefe da lista dos direitos e garantias individuais. A função, pois, do preceito instituidor da isonomia (art. 5º *caput*) é a de um princípio que informa e condiciona todo o resto do direito. É a linha mestra a ser seguida.

Nota-se que o preceito magno da igualdade é dirigido tanto ao aplicador da lei, como para o próprio legislador. Não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas<sup>12</sup>.

Nesse sentido, Francisco Campos, citado por Celso Antônio Ban-

11 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 169.

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: RT, 1984. p. 13/16.

deira de Mello<sup>13</sup>, assinala:

Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação, por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

Na mesma alheta é a doutrina de Pinto Ferreira<sup>14</sup>:

O princípio da igualdade é norma constitucional básica chamada também de princípio da isonomia, consistindo na igualdade jurídico-formal de todos diante da lei. O seu objetivo é extinguir privilégios.

[...]

Não se trata evidentemente de igualdade absoluta nem de igualdade econômica, conduzindo ao nivelamento social. Balladore Pallieri salienta que o princípio não obriga a tratar igualmente

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: RT, 1984. p. 57.

14 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. V. 1, p.62.

situações de fatos desiguais, proibindo apenas o arbítrio diante de diferenciações fundamentadas em qualidades pessoais do indivíduo, tais como raça, riqueza, sexo, profissão, classe etc. A igualdade deve ser proporcional.

Nunca se deve interpretar como desigualadas legalmente certas situações, quando a lei não haja “assumido” o fator tido como desequilibrador. Isto é, circunstâncias ocasionais que proponham fortuitas, acidentais, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar<sup>15</sup>.

Não haverá sociedade justa e solidária, se as leis não forem justas, equânimes, isonômicas e dirigidas ao bem comum. Não podem criar privilégios ou restrições desarrazoadas ou despropositadas. Cumpre primordialmente aos juristas interpretar as normas sem ofender o princípio da isonomia, contido na Carta Magna (art. 5º, *caput*), devendo-se buscar alternativas para solucionar esse aparente conflito de normas.

Para tanto, pode-se invocar o princípio da posterioridade<sup>16</sup> (*lex posteriori derogat priori*), visto que o art. 359-D do Código Penal foi inserido pela Lei n. 10.028/2000, posteriormente a edição do Decreto-lei n. 201/67.

Desse modo, de acordo com o critério cronológico, a norma editada em data posterior passaria a ter validade, em face da revogação da mais antiga. Assim, consoante o art. 2º, § 1º, do Decreto-lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), o art. 359-D revogou a parte primeira do art. 1º, V, do Dec-lei n. 201/67, por tratarem da mesma matéria.

Vitor F. Kämpel<sup>17</sup>, defende, com absoluta razão, que o critério cronológico prevalece sobre o critério da especialidade pelas seguintes razões:

Em primeiro lugar, porque a Lei de Introdução

---

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: RT, 1984. p. 57.

16 Também denominado por alguns autores como princípio da posteridade ou da ulterioridade.

17 KÜMPEL, Vitor Frederico. *A antinomia de segundo grau e o novo Código Civil brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 352, 24 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5373>. Acesso em: 3 de maio de 2005.

ao Código Civil só previu o critério cronológico. Para essa aferição, basta a simples leitura do art. 2º o qual apresenta a revogação expressa e tácita no *caput* e no § 1º, estabelecendo, no § 2º, que, com a ausência de incompatibilidade, a lei nova (qualquer que seja a sua natureza) se harmoniza e não revoga a anterior, passando ambas a incidir no sistema jurídico.

Em segundo lugar, porque as normas gerais, os Códigos, tais como o Civil, o Penal, o Processual, por tratarem de ramos do ordenamento, ao entrarem em vigor, não podem nascer esfacelados ante a impossibilidade de revogação de normas especiais já existentes e que petrificariam o sistema. Podemos citar como exemplo um novo Código Penal o qual não pudesse, a não ser de forma expressa, revogar crimes previstos no Código de Trânsito.

Em terceiro lugar, porque, caso houvesse a prevalência da lei especial anterior sobre a geral posterior, obrigaria o legislador a conhecer todas as leis especiais anteriores, para revogá-las expressamente, sob pena de criar letra natimorta de lei.

Importante ressaltar que a mesma celeuma existiu em relação ao delito tipificado no art. 1º, XI, do Dec.-lei n. 201/67 (*adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei*) com o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 (*dispensar ou inexigir licitações fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade*).

Todavia, a doutrina e a jurisprudência, acertadamente, optaram por utilizar o princípio da posterioridade ao invés do princípio da especialidade, como ensina Rui Stoco<sup>18</sup>:

Contudo, essa norma já não mais tem eficácia quando a conduta do agente constitua a aquisição de bens ou serviços sem licitação, como vinha entendendo a jurisprudência, pois tal comportamento está expressamente previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitação) que, por ser mais recente,

---

18 STOCO, Rui. *Legislação Complementar Interpretada*. p. 2706.

prevalece sobre a lei anterior, Dec.-lei 201/67.

Ainda sobre o tema, não se pode olvidar o princípio da razoabilidade, por meio do qual busca-se revelar a realidade, a impedir que a letra fria da lei sirva como elemento legalizador de uma situação injusta.

O referido princípio é assim definido por Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>19</sup>:

Cada norma tem sua razão de ser. Esta razão da norma (...) determina a sua aplicação em perfeita coerência com o que produz a sua existência e determina a sua eficiência. (...) Assim, há que se buscar a razão do princípio constitucional para que corretamente se o interprete. A razoabilidade como princípio faz com que haja identidade absoluta entre a razão de ser e de aplicar-se o princípio constitucional.

Na advertência do Min. Edson Vidigal<sup>20</sup>, *toda a atividade jurisdicional deve atender à finalidade precípua da norma que a rege, e em caso de dúvida, buscar nos princípios a sua solução. Aqui, impõe-se a aplicação teleológica do Princípio da Razoabilidade; ser razoável é ser moderado, comedido, ponderado, sensato, sem ser injusto, e nessa linha de raciocínio deve ser alçada a interpretação dos regramentos legais.*

O princípio da razoabilidade está alicerçado em valor superior ao ordenamento jurídico, que é a justiça. Nessa mesma trilha, Juan Francisco Linares<sup>21</sup> realça que o princípio da razoabilidade valoriza a lei justa, banindo a norma arbitrária e descompassada com a realidade da Constituição, como se observa a seguir:

En síntesis, lo que allí sostenemos es que la razoabilidad consiste en una valoración jurídica de justicia, por manera que cuando la constitución política del país impone a los cuerpos legislativos el deber

19 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 54.

20 STJ, REsp 230.795 - RS, Rel. Min. Edson Vidigal, J. 14.12.1999, DJU 21.02.2000

21 LINARES, Juan Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, pág. 135.

de dictar leyes razonables los obliga a dictar leyes justas.<sup>22</sup>

Ademais, o princípio da razoabilidade faz uma indispensável parceria com o princípio da isonomia. À vista da constatação de que legislar consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ele visado é legítimo.

Aliás, sobre esta parceria razoabilidade/isonomia, Luiz Roberto Barroso<sup>23</sup> ensina que de fato, ao lado princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Desse modo, amparado pelos princípios acima expostos, quais sejam, isonomia, razoabilidade e posterioridade, o Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa do Ministério Público do Estado de Santa Catarina vem defendendo a tese de que o Alcaide, ao ordenar despesa não autorizada por lei, responde pelo crime previsto no art. 359-D do Código Penal.

Esse entendimento, inclusive, já vem sendo aceito pelo Tribunal de Justiça Estadual, como, por exemplo, na decisão condenatória do Prefeito Municipal de Itapema, proferida no dia 2 de maio de 2006, referente ao no processo-crime n. 04.033238-7, de relatoria do Des. Torres Marques, a qual resultou a seguinte ementa:

[...]

PROCESSO CRIME – CRIMES DE RESPONSABILIDADE DO PREFEITO MUNICIPAL E DE SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL

22 Tradução livre do autor: *Em síntese, o que sustentamos é que a razoabilidade consiste em uma valoração jurídica de justiça, de maneira que quando a constituição política de um país impõe aos corpos legislativos o dever de criar leis razoáveis, os obriga a criar leis justas.*

23 BARROSO, Luiz Roberto. *Os Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional*. Rev. Forense, Vol. 336, p. 125

- DESVIAR OU APLICAR INDEVIDAMENTE RENDAS OU VERBAS PÚBLICAS (ART. 1º, III, DO DEC.-LEI N. 201/67) - DAR DESTINAÇÃO DIVERSA DAQUELA PREVISTA NOS ORÇAMENTOS OU INSTRUÇÕES REFERENTES AOS PLANOS DE APLICAÇÃO DE FUNDOS - AUSÊNCIA DE NARRATIVA NA DENÚNCIA DE FATO QUE AQUI SE ENQUADRE - DESCLASSIFICAÇÃO DAS SEIS CONDUTAS CAPITULADAS NO REFERIDO TIPO PARA O DELITO DESCRITO NO ART. 359-D DO CP - APLICAÇÃO DO ART. 383 DO CPP

**ORDENAR DESPESA NÃO AUTORIZADA POR LEI - CONFLITO APARENTE DE NORMAS ENTRE OS TIPOS PENAIIS PREVISTOS NO ART. 1º, V, DO DEC.-LEI N. 201/67 E NO ART. 359-D DO CP EM RELAÇÃO AO PREFEITO MUNICIPAL - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA POSTERIDADE, ISONOMIA E RAZOABILIDADE - REVOGAÇÃO TÁCITA DA PRIMEIRA PARTE DO ART. 1º, V, DO DEC.-LEI N. 201/67 PELO ART. 359-D DO CP**

ORDENAR DESPESA NÃO AUTORIZADA POR LEI - NORMA PENAL EM BRANCO COMPLEMENTADA PELAS DISPOSIÇÕES DA LEI ORÇAMENTÁRIA LOCAL, DA LEI N. 101/00 E LEI N. 4.320/1964 - REALIZAÇÃO DE DESPESAS POR MEIO DE ADIANTAMENTOS EFETUADOS DE FORMA IRREGULAR EM FAVOR DE SECRETÁRIO MUNICIPAL, SEM PRÉVIO EMPENHO E SEM A DEVIDA PRESTAÇÃO DE CONTAS - FARTA DOCUMENTAÇÃO COMPROVANDO A EFETUAÇÃO DE DEZOITO PAGAMENTOS EM DESACORDO COM AS NORMAS ORÇAMENTÁRIAS - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE AS CONDUTAS - RECONHECIMENTO DA UNIDADE DE DESÍGNIOS

[...]

DENÚNCIA JULGADA PROCEDENTE EM PARTE.

(grifo nosso)

A doação desse entendimento é a solução jurídica que impossibilitará um tratamento privilegiado ao Chefe do Poder Executivo Municipal, pois, desse modo, responderá pelo mesmo crime e estará sujeito as mesmas penas que as estatuídas aos demais gestores públicos, notadamente quando ordenar alguma despesa não autorizada em lei.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a lei não se presta a fazer diferenças ou classificações arbitrárias e tendenciosas, pois o critério da razoabilidade e a isonomia limitam o poder normativo do Estado.

Portanto, à luz dos princípios da posterioridade, isonomia e razoabilidade, a interpretação que deve prevalecer é no sentido que o Prefeito Municipal ao ordenar despesa não autorizada por lei deverá responder pelo crime previsto no art. 359-D do Código Penal, que por tratar de matéria idêntica, revogou a parte primeira do art. 1º, V, do Dec.-lei n. 201/67.

Não obstante as respeitáveis opiniões em sentido contrário, entende-se que a exegese ora sustentada é a que, em sintonia com os princípios constitucionais aplicáveis, evita o tratamento desigual de agentes públicos pela prática de ilícitos idênticos.

#### 5. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTINOMIA. *In*: Enciclopédia Saraiva do Direito. Coord. Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 7.

BARROSO, Luiz Roberto. *Os Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional*. Rev. Forense, Vol. 336, p. 125.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 372 p.

- BOBBIO, Norberto. *Des critères pour résoudre les antinomies*. In: PERELMAN, C. *Les antinomies du Droit*. Bruxelles: Editions Bruylant, 1965.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1982.
- DAMÁSIO, E. de Jesus. *Código Penal Anotado*. 16. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2004.
- DAMÁSIO, E. de Jesus. *Direito Penal*. 1<sup>o</sup> vol., Saraiva, 16. ed., 1992.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. V. 1.
- KÜMPEL, Vitor Frederico. *A antinomia de segundo grau e o novo Código Civil brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 352, 24 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5373>. Acesso em: 3 de maio de 2005.
- LINARES, Juan Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, pág. 135.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: RT, 1984.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 54.
- STOCO, Rui. *Legislação Complementar Interpretada*. p. 2706.



# OS CRIMES HEDIONDOS E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA À LUZ DE UMA NOVA PROPOSTA DE ATUAÇÃO

Fernando da Silva Comin  
*Assessor da Coordenadoria de Recursos do MPSC  
e Promotor de Justiça - SC*

Sumário: 1. Apresentação; 2. Evolução histórica: um paralelo entre a lei e sua aplicação pelos tribunais superiores; 3. O HC nº 82.959 e a nova realidade jurisprudencial – alcance da declaração de inconstitucionalidade; 4. Controle difuso “abstrativizado” da constitucionalidade e suas implicações na aplicação do direito; 5. Uma nova proposta de atuação: a aplicação do interstício diferenciado como reflexo da individualização da pena – influxos da nova orientação na existência do art. 112 da LEP; 6. Projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional; 7. Considerações finais; 8. Referências.

## 1. APRESENTAÇÃO

Atingida por recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que afastou o óbice da progressão de regime aos crimes hediondos e a estes equiparados, significativa parcela da população carcerária nacional vem sendo beneficiada pelo instituto da progressão prisional, alcançando estágios mais brandos para o cumprimento da pena.

Se, por um lado, ainda são desconhecidos os reflexos sócio-políticos de tal migração em escala, parece haver consenso quanto à necessidade de imposição de um tratamento diferenciado, também na fase da execução da pena, em relação aos crimes hediondos ou a estes equiparados, contemplando-se de modo particular situações ontologicamente desiguais.

Dentro dessa lógica e a partir da constatação de que referido entendimento vem sendo igualmente sufragado sob a égide da nova composição naquela Corte Constitucional, no próprio Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais estaduais, tem o presente trabalho a pretensão de, na ausência de apropriada alteração legislativa, apontar diferentes alternativas ao enfrentamento da questão, através de outros argumentos capazes de viabilizar uma nova perspectiva de tal realidade pelos Tribunais.

## **2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA: UM PARALELO ENTRE A LEI E SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

A Lei nº 8.072, sancionada em 25 de julho de 1990 e publicada no DOU do dia seguinte, promoveu uma série de inovações no tratamento penal dos crimes que listou, atribuindo-lhes a marca da hediondez.

O novo regramento, como sói acontecer em nosso País, sob o impacto dos meios de comunicação de massa, foi produto do sentimento de insegurança e fragilidade que abalou a sociedade brasileira a partir de inúmeros episódios envolvendo pessoas proeminentes da sociedade brasileira<sup>1</sup>, por isso recrudescendo o tratamento jurídico aos crimes hediondos e assemelhados, mediante não só o aumento de algumas das penas a estes cominadas como, também, impedindo alguns benefícios concedidos aos crimes comuns em geral: a anistia, a graça e o indulto, a fiança e a liberdade provisória, promovendo, além disso, o aumento do prazo da prisão temporária e a obrigação do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Desde então, malgrados alguns precedentes isolados, os Tribunais sempre admitiram a constitucionalidade da vedação, permitindo

---

1 Caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina, por exemplo.

irrestritamente a aplicabilidade da norma, com isso negando os benefícios do instituto geral da progressão de regime aos crimes hediondos e equiparados.

Mereceu especial atenção, naquele momento, a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que, igualmente na missão do controle difuso da constitucionalidade, nos autos do HC nº 69.657-1/SP, julgado em 18 de dezembro de 1992 e publicado no DJU de 18 de junho de 1993, por nove votos a dois (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence), reconheceu a constitucionalidade e completa validade da restrição imposta pelo §1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, quando afirmou:

[...] o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.

A partir daquele momento, algumas minoritárias resistências foram suplantadas, passando a vigorar, agora com o aval da Suprema Corte, ainda mais intensamente, o óbice representado pela Lei nº 8.072/90 na execução penal.

Assim, pacificou-se durante alguns anos esse entendimento até que, no dia 8 de abril de 1997, foi publicada a Lei nº 9.455/97 e, ao definir os crimes de tortura (equiparado a hediondo pela Lei nº 8.072/90), estabeleceu regime menos rigoroso na execução da pena para este crime, admitindo a progressão prisional (“**Art. 1º [...] §7º. O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado**”).

Daí por diante, começou a tomar corpo em alguns Tribunais, especialmente no Superior Tribunal de Justiça<sup>2</sup>, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, por se tratar de diploma legal de igual categoria à Lei nº 8.072/90, ao disciplinar de modo diferente a mesma matéria, admitindo a progressão de regime até então vedada por esta última, derogara a Lei dos Crimes Hediondos na parte em que com esta incompatível, afe-

2 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 140.617/GO, Sexta Turma, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 15.12.1997, pág. 66580.

tando a disciplina unitária determinada pela Carta Política, permitindo a progressão de regime não só ao crime de tortura, como também aos demais hediondos ou equiparados.

Apesar desse entendimento, as divergências foram novamente fulminadas quando, em sessão plenária ocorrida no dia 24 de setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal, na linha de inúmeros precedentes daquela Corte, aprovou a Súmula 698, segundo a qual: **“Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”**.

Destarte, uma vez mais sufocada a tentativa de restituir o instituto geral da progressão de regime também aos crimes hediondos, firmou-se novamente perante os Tribunais Superiores o entendimento quanto à compatibilidade da norma impeditiva com a Constituição Federal.

Todavia, a hegemonia jurisprudencial até então dominante foi rompida com o recente julgamento do HC nº 82.959-7/SP, impetrado pelo próprio detento, condenado a 12 anos e 3 meses de reclusão por atentado violento ao pudor, quando o Tribunal Pleno da Corte Suprema, sob nova composição, ao reanalisar a matéria, em sessão ocorrida no dia 23 de fevereiro de 2006, por seis votos a cinco (vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim) declarou “*incidenter tantum*” a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, com isso permitindo a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

### **3. O HC Nº 82.959 E A NOVA REALIDADE JURISPRUDENCIAL - O ALCANCE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Não há dúvidas de que o julgamento do HC nº 82.959-7/SP, a despeito de resolver caso determinado, representa um divisor de águas no pensamento jurídico nacional e inúmeras razões explicam o fenômeno.

Primeiramente, por imposição lógica, porque no modelo processual constitucional brasileiro ao Supremo Tribunal Federal incumbe a guarda da Constituição Federal, mediante o exercício da jurisdição constitucional em qualquer de suas vias, sendo que o respeito à autoridade de suas decisões decorre da própria índole do Estado Constitucional e

Democrático de Direito.

Além disso, a decisão proferida nos autos do HC nº 82.959-7/SP foi fruto da discussão abstrata travada no âmbito do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da nova composição, quando apenas quatro dos ministros que haviam votado no julgamento do HC nº 69.657-1/SP (em 1992, quando o mesmo órgão julgador havia reconhecido a constitucionalidade) participaram da última votação.

O resultado apertado da votação (6x5 a favor da progressão), devido à aposentadoria do Ministro Carlos Velloso e com a saída do Ministro Nelson Jobim, tende a aumentar em favor da tese referendada no pleno, sobretudo levando-se em conta que já há precedentes da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, recém ingresso na Corte Suprema, adotando a orientação do órgão plenário<sup>3</sup>.

Outrossim, o próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>4</sup> e demais Tribunais já começaram a difundir o entendimento adotado pela Corte Constitucional, em um movimento aparentemente irreversível de aceitação da tese, o que dificulta até mesmo a admissibilidade nos Tribunais *a quo* de eventuais recursos aos Tribunais Superiores, devido a seus pressupostos especiais<sup>5</sup>.

Não obstante isso, o alcance da decisão é claro, limitou-se apenas à declaração da inconstitucionalidade da vedação contida no §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 quanto à impossibilidade de progressão no cumprimento da pena, permanecendo inalterada, contudo, a disposição legal no que diz respeito ao regime inicial do cumprimento; vale dizer, na determinação do regime inaugural de cumprimento da pena o juiz deverá continuar estabelecendo obrigatoriamente o fechado, independentemente do tempo da condenação.

É que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo aludido, por unanimidade, ex-

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 86.948/MG, publicado no DJU de 06.04.06, pág. 050.

4 Cf., por exemplo: HC no 35.654/RO, DJU 20.03.06, pág. 357; HC no 46.391/SP, DJU 10.04.06, pág. 244; REsp. 798.955/SP, DJU 03.04.06, pág. 410; RHC no 18.394/PI, DJU 03.04.06, pág. 417.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 83 STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

plicitou que:

[...] a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão – sem grifo no original.

Portanto, se a decisão da Suprema Corte, de acordo com a unanimidade dos julgadores, “envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional”, é evidente que o regime inicial do cumprimento da pena para os crimes hediondos ou equiparados continua sendo o fechado, com a nota diferenciadora do “inicialmente” em vez de “integralmente”.

Nessa linha de tradução, inclusive, revelaram-se, exemplificativamente, os votos dos Ministros Gilmar Mendes<sup>7</sup>, Carlos Ayres Britto<sup>8</sup> e Marco Aurélio<sup>9</sup>.

Cumprе assinalar, ainda, que ao reconhecer a possibilidade de progressão, o Supremo Tribunal, na linha do voto do Ministro Gilmar Mendes, adotou para o caso a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados, mesmo no controle incidental, ou seja, ao reduzirem

---

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal: [http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=82959&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=82959&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M) – com acesso em 04.05.06.

7 “Demonstrada a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime em crime hediondo, passo a adotar as razões esposadas na RCL 2.391, pois, também agora entendo que o Tribunal, ante a sua reiterada jurisprudência anteriormente firmada, haverá de fixar a eficácia restrita dos efeitos da presente declaração”.

8 “No ponto questionado, portanto, tenho por bem decidir pela superação do óbice instituído pelo §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por se tratar de cláusula com flagrante vício de inconstitucionalidade”

9 “Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado”

os rigores da aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional, admitiram os Ministros que **“os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão”** não sejam afetados pela declaração de inconstitucionalidade. Em outras palavras, atribuíram os eméritos julgadores eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, devido às possíveis repercussões do veredicto na seara civil, processual e penal, de molde a alcançar apenas as condenações **“que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão”**, pois a declaração não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas naquela data.

Alguns poderiam questionar, todavia, se a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo foi exercida no controle difuso ou aberto, cujos efeitos **“somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração”**<sup>10</sup>, qual teria sido então a mensagem da ressalva de que **“a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências com relação às penas já extintas”** naquela data? Se a declaração se verificou no controle difuso, em processo determinado, com partes determinadas (lide de índole subjetiva), não deveria projetar-se a restrição particularmente em face da pena aplicada naquele caso concreto?

E mais, com fundamento nestes mesmos argumentos (a declaração de inconstitucionalidade foi exercida no controle difuso para um caso determinado), não pareceria desarrazoada toda a fundamentação e preocupação da Suprema Corte com relação aos reflexos cíveis, processuais e penais nos demais processos?<sup>11</sup>

A resposta mais instantânea poderia levar à errônea conclusão.

É que embora o julgamento não alcance os demais processos em tramitação, devido à via de exceção em que reconhecida a inconstitucionalidade, é inegável a influência e a repercussão da decisão plenária em todos os casos semelhantes e a todos os órgãos do Poder Judiciário, que apesar de não vinculados por súmula do STF<sup>12</sup>, terão suas decisões ajus-

10 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 651.

11 “No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente” – voto do Ministro Gilmar Mendes.

12 Apesar da decisão plenária, ainda não foi editada, com fundamento no art. 103-A da CF, súmula vinculante sobre a matéria.

tadas ao entendimento quando confrontadas naquela Corte Suprema.

No entanto, há quem entenda que a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959-7/SP, por analisar a causa à luz da interpretação de lei “em tese”, preocupando-se com os efeitos e a repercussão da decisão em relação aos demais casos, efetivamente encampou a teoria da “abstrativização” da constitucionalidade no controle difuso, permitindo a conclusão de que o julgado teria efeitos “erga omnes”, ainda que proferido na via de exceção ou defesa, o que será analisado a seguir.

#### **4. CONTROLE DIFUSO “ABSTRATIVIZADO” DA CONSTITUCIONALIDADE: IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DA “OBJETIVAÇÃO” DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Além da motivação anteriormente assinalada com relação ao efeito e ao alcance da decisão, há também um fator importante a ser considerado na aferição de sua repercussão nas demais condenações.

Trata-se da “abstrativização” da constitucionalidade no controle difuso, decorrente da objetivação da jurisdição constitucional.

Com efeito, tem se intensificado nos últimos tempos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal determinada ênfase à transformação da jurisdição constitucional difusa, sobretudo a concretizada através de recurso extraordinário e concebida primordialmente para o exercício do controle concreto da constitucionalidade, para o fim de contemplar igualmente uma argumentação abstrata e “em tese” de determinadas matérias constitucionais, semelhantemente ao que ocorre, por exemplo, nas arguições de inconstitucionalidade perante os Tribunais em geral.

Firmado na premissa de que o Supremo Tribunal Federal não é instância revisora das decisões dos Tribunais, a Alta Corte vem admitindo em alguns julgados a transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle difuso e abstrato da constitucionalidade das leis, o que vem sendo denominado por alguns autores como a “objetivação” do recurso extraordinário<sup>13</sup>.

---

13 DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. Disponível em: [www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br), acesso em dezembro/05.

Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, no julgamento do AI nº 375.011, assinalou que **“o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões”**, lembrando a discussão travada pelo Tribunal Pleno da Corte nos autos da Medida Cautelar no RE nº 376.852/SC, cujo voto do Ministro Gilmar Mendes, ao reportar-se ao recurso extraordinário como meio de provocação da jurisdição constitucional, sublinhou que este **“instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a fundação de defesa da ordem constitucional objetiva”**.

Com isso, aquela Corte vem firmando os primeiros passos na remodelação da jurisdição constitucional, acenando na flexibilização do sistema recursal concreto, no controle difuso da constitucionalidade, para admitir igualmente nessa via o controle abstrato da constitucionalidade das leis.

Exemplo dessa aplicação é lembrado por Luiz Flávio Gomes<sup>14</sup>, ao recordar a decisão proferida pelo Pretório Excelso nos autos do RE nº 197.917/SP, quando estabelecidos critérios para a fixação do número de vereadores no País, o que, posteriormente, através de resolução do Tribunal Superior Eleitoral (Resolução 21.702/04), acabou ganhando efeito *erga omnes*, posto que as duas ações diretas de inconstitucionalidades ajuizadas em face deste ato normativo foram rejeitadas.

Justamente por isso alguns autores têm defendido a idéia de que a decisão do Supremo Tribunal, ao reunir todos os requisitos da nota “abstrativizadora” ou generalizadora – a) decisão do Tribunal Pleno, órgão competente para o julgamento na via concentrada; b) discussão abstrata da matéria (progressão de regime em crimes hediondos); c) abstenção dos ingredientes ou características personalíssimas do caso concreto; d) delimitação dos efeitos para os casos futuros – teria efeito *erga omnes* e vinculante, especialmente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Todavia, a conclusão mais acertada, à luz das características do controle difuso da constitucionalidade, de acordo com o modelo cons-

---

14 Nesse sentido: “STF admite a progressão de regime nos crimes hediondos”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>, acesso em maio/06.

titucional hoje vigente, recomenda conclusão diversa.

Isso porque, a despeito desse movimento de transformação do controle difuso, em verdade, o Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou a matéria explicitamente, permanecendo íntegra a aplicabilidade da norma do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que exige o pronunciamento suspensivo do Senado, mediante resolução da Casa Legislativa.

Outro entendimento corroboraria a inutilidade do preceito, porquanto tivesse a declaração incidental do STF efeito vinculante e *erga omnes*, despidiendia seria a atividade do Poder Legislativo, o qual inclusive não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal, conforme reconhecido tanto no Supremo<sup>15</sup>, quanto no Senado<sup>16</sup>.

Portanto, ainda que o julgamento circunscreva-se à validade da norma, ou seja, atente ao aspecto material ou substancial do texto, apreciando sua compatibilidade com a Lei Maior, nem por isso o recurso extraordinário ou outros meios de defesa da Constituição deixam de ser instrumentos de controle da ordem constitucional objetiva, pelo só fato de seus efeitos serem restritos às partes.

Por isso, tem-se que a declaração incidental da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público ordinariamente vincula apenas as respectivas Turmas do próprio Supremo Tribunal Federal, na forma de seu regimento interno<sup>17</sup>, não havendo se falar em reclamação ou mesmo responsabilidade civil do Estado na aplicação, por alguns juízes, de posicionamento diverso do Supremo, ao menos até que editada a necessária resolução senatorial.

Nesse sentido o Ministro Carlos Britto decidiu recentemente nos autos da Reclamação 4263/MT, em julgamento realizado no dia 06.04.06 e publicado no DJU de 19.04.06, pág. 024, quando reconheceu a ilegitimidade de um determinado reclamante para buscar, através daquele instrumento, a garantia da autoridade da decisão proferida nos autos do HC nº 82.959-7/SP (que admitiu abstratamente a progressão de regime

---

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção no 460-9/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 16.06.94, pág. 15.509.

16 Conforme pareceres da “Revista de Informação Legislativa” nº 48/265, ano 12, 1975.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RISTF, artigos 176 e 177.

para outro condenado), haja vista que daquela relação processual não participou o reclamante.

Para melhor ilustrar, vale a pena transcrever parte do julgado:

Assim sumariado o caso, passo a decidir. Ao fazê-lo, observo que não se juntou instrumento de mandato, falha que, se fosse única, poderia ser objeto de sanção. Noves fora essa questão formal, entendo ser a reclamatória manifestamente incabível. Isto porque a reclamação constitucional prevista na alínea "I" do inciso I do artigo 102 da Carta-cidadã se revela como uma importante ferramenta processual para o fim de preservar a competência desta colenda Corte e garantir a autoridade das suas decisões. Nesta última hipótese, contudo, sabe-se que as reclamatórias podem ser manejadas ante o descumprimento de decisórios proferidos, com efeito vinculante, nas ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, tanto quanto em processos de índole subjetiva (desde que, neste último caso, o eventual reclamante deles haja participado). 4. Com os olhos postos no caso concreto, observo que a decisão tomada no processo apontado pelo reclamante não possui efeito vinculante e eficácia erga omnes, razão pela qual o pronunciamento jurisdicional exarado nesse feito apenas tem a finalidade de atar as partes neles envolvidas. Se é assim -- vale repisar --, se o reclamante não figurou em nenhum dos pólos da relação processual instaurada no seio do precitado processo, é de se inferir que falta ao acionante legitimidade ativa ad causam. 5. Por tudo isso, frente ao § 1º do artigo 21 do RI/STF, nego seguimento à reclamação, restando prejudicado o exame da medida cautelar. Publique-se. Brasília, 6 de abril de 2006. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator – sem grifo no original.

Ao assim decidir Sua Excelência, acabou reconhecendo que a deci-

são do Supremo Tribunal, ainda que fruto de discussão abstrata travada no âmbito do Tribunal Pleno, de acordo com o atual modelo da jurisdição constitucional não tem o condão de vincular a atividade dos demais órgãos jurisdicionais do País em relação aos demais casos, pelo menos não direta e automaticamente, não obstante a autoridade do precedente.

## **5. UMA NOVA PROPOSTA DE ATUAÇÃO: A APLICAÇÃO DO INTERSTÍCIO DIFERENCIADO COMO REFLEXO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - INFLUXOS DA NOVA ORIENTAÇÃO NA EXISTÊNCIA DO ART. 112 DA LEP**

Atentando-se a essa perspectiva não vinculante, porém indiscutivelmente determinante, traçada pelo Supremo Tribunal, urge a ordenação de uma nova leitura na concepção vetusta que tem inspirado a progressão no regime de cumprimento da pena com base no artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

E essa nova ordenação deve inspirar-se na própria garantia da individualização da pena.

Isso porque, admitida a possibilidade de progressão no regime do cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tem-se que a garantia da individualização da pena não se exaure no momento da cominação sancionatória ou da própria dosimetria da pena, devendo servir como parâmetro também na fase subsequente de sua execução.

Convém explicitar: um regime sancionatório como a privação da liberdade, originariamente concebido tanto como instrumento retributivo do mal praticado quanto regenerador da personalidade transviada, inspirado, portanto, não só na gravidade do ilícito, como também nas características e na pessoa do transgressor, necessariamente há de perseguir uma lógica personalíssima não só na cominação (cominam-se penas mais pesadas para crimes de maior repulsa social) e na aplicação (aplicam-se maiores reprimendas para condenados com maior culpabilidade) das penas, como também ao longo de toda a execução da medida. Somente assim estar-se-ia cumprindo o mandamento jusfilosófico de “dar a cada um o que é seu”, contemplando-se particularmente pessoas e fatos à luz de suas características singulares.

A ressocialização do agente e a ideal retribuição somente serão alcançadas quando obedecida essa lógica individualista, balizadas pela personalidade do agente, sua culpabilidade, seus antecedentes, sua conduta social, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, a conduta da vítima no contexto do crime e, especialmente, o comportamento e demais reflexões subjetivas do condenado ao longo do cumprimento da pena.

Todavia, há também um ingrediente objetivo nessa fórmula, que deve atender à natureza do crime perpetrado, ao viés ontológico do ilícito.

Neste particular, é inegável tenha o constituinte originário conferido aos crimes hediondos e a estes equiparados tratamento jurídico diferenciado, colocando-os em plano diverso das demais infrações penais, subtraindo-lhes uma série de benefícios que aos demais crimes não são vedados<sup>18</sup>.

Por outro lado, também não há dúvida de que a natureza do crime igualmente deva ser observada como diretriz orientadora da execução da pena, como sugere o próprio artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição Federal.

A mensagem diferenciadora do constituinte, portanto, não pode ser invalidada na execução da pena, pois como bem ressaltou o Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento do HC nº 82.959-7/SP, também se deve ter por inconstitucional **“a aplicação da regra geral de 1/6 aos condenados pelos delitos hediondos”**, inconstitucionalidade que, de acordo com seu entendimento, **“não implica em retirar do mundo jurídico o diploma viciado”**.

De fato, não há a necessidade de retirar do mundo jurídico o disposto no artigo 112 da Lei nº 7.210/84, desde que sua interpretação venha a ser inspirada na individualização da pena e na natureza da infração penal.

É que o artigo 112 da LEP, a despeito da cominação geral e abstrata da fração de 1/6 da pena, assim o fez mediante o estabelecimento de um **interstício mínimo** a ser observado pelo juiz da execução, que não obriga a aplicação linear pelo magistrado.

---

18 BRASIL. CF, art. 5º, inciso XLIII.

De acordo com artigo 112 da LEP, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão – sem grifo no original.

Infere-se daí que a progressão no regime prisional, sob a ótica objetiva, está vinculada ao cumprimento de “ao menos” 1/6 (um sexto) da pena, vale dizer, o condenado deverá ter cumprido, no momento da postulação, pelo menos 1/6 (um sexto) da pena no regime mais grave. Logo, a expressão “ao menos” indica a idéia de um interstício mínimo a ser observado e não condiciona, de forma alguma, sua aplicação linear pelo juiz da execução.

Interpretação diversa conspira contra a própria individualização da pena e malfere os princípios da proporcionalidade, igualdade e razoabilidade, na medida em que impõe ao aplicador do direito a sujeição de situações ontologicamente desiguais ao mesmo referencial objetivo, em desarmonia à mensagem da Constituição.

Não há, pois, de acordo com o dispositivo legal suscitado, uma limitação temporal inflexível, mas tão-somente um referencial mínimo de 1/6 (um sexto) a ser observado para a progressão de regime, interstício este que, em homenagem à Constituição Federal, deverá ser diferenciado em relação aos crimes hediondos e equiparados.

Essa constatação traz em si a necessidade da definição de um outro critério determinante do referencial mínimo para estes crimes, vez que a aplicação do fracionamento mínimo de 1/6 (um sexto) ficaria restrita às infrações penais comuns.

Nesse sentido, reconhecida a constitucionalidade da Lei nº 8.072/90 quanto às demais alterações promovidas no sistema penal (pois a declaração de inconstitucionalidade do STF somente se refere à possibilidade de progressão de regime), parece lógica a manutenção da proporção matemática instituída para a concessão do livramento

condicional aos crimes hediondos, ou seja, a observância da mesma proporção objetiva instituída pelo legislador para o livramento, também em relação à progressão de regime.

Com efeito, a Lei nº 8.072/90<sup>19</sup>, ao acrescentar o inciso V<sup>20</sup> ao artigo 83 do Código Penal, **majorou em dobro** o prazo para a concessão do livramento condicional para os crimes hediondos e equiparados (de 1/3 para 2/3), sinalizando dessa forma um critério matemático para a determinação do interstício mínimo também na progressão de regime, ou seja, o dobro do anteriormente exigido.

Como o Supremo Tribunal Federal preservou a constitucionalidade das demais disposições da Lei dos Crimes Hediondos e não há, na Lei de Execução Penal, qualquer disposição específica aos crimes hediondos, parece adequada a utilização da mesma proporção matemática para que o interstício da progressão de regime igualmente seja aplicado em dobro, ou seja, em vez de 1/6, 1/3 da pena, no mínimo.

Qualquer outra interpretação que apregoe a utilização dos mesmos critérios para os crimes hediondos e os demais conflita com o ordenamento constitucional, pois redundaria em “tratamento jurídico igual para situações ontologicamente desiguais”, nos termos do voto do Ministro Carlos Ayres Britto<sup>21</sup>.

Todavia, forçoso é concluir-se que a aplicação do interstício mínimo de 1/3 (um terço), com base nesse entendimento, consubstanciaria o emprego de analogia *in malam partem*, vedada pela ciência penal.

Portanto, até que norma legal específica venha a ser editada para balizar o mínimo legal, tem-se que os condenados por crimes hediondos ou equiparados, ao resgatarem mais de 1/6 (um sexto) da reprimenda em regime fechado passam a ter o direito de pleitear a progressão para regime menos rigoroso do cumprimento da pena, cujo deferimento, no caso concreto, deverá pautar-se na análise dos demais vetores de

19 BRASIL. Lei nº 8.072/90: “Art. 5º Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:”.

20 “Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: [...] V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apelado não for reincidente específico em crimes dessa natureza”.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82.959-7SP.

ordem subjetiva inerentes à pessoa do reeducando, podendo o juiz da execução, bem por isso, valer-se de qualquer outro limitador, inferior a 2/3 (dois terços), quando se opera para estes crimes o requisito objetivo necessário ao livramento condicional<sup>22</sup>.

Vale dizer, apesar de não ser possível, à minguada de regramento legal próprio, a utilização de limitador mínimo para os crimes hediondos, pode o juiz da execução, atento às características subjetivas do condenado e à natureza hedionda do crime, tomar qualquer outra fração superior a 1/6 e inferior a 2/3, pois, se é admissível que mesmo um condenado por crime comum venha a resgatar até 1/3 da pena em regime fechado - bastando para tanto não lograr mérito suficiente à progressão -, de igual sorte é de se cogitar possa um condenado por crime hediondo, a depender de seu comportamento, assim cumpri-la até o limite de 2/3 (dois terços), referencial temporal do livramento condicional.

Nessa linha de raciocínio, afiguram-se corretas algumas decisões que, inspiradas na garantia da individualização da pena, têm aplicado interstícios diferenciados para a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, superior a 1/6 e inferior a 2/3.

Além disso, a decisão do Supremo Tribunal Federal fez resurgir com maior vigor a necessidade de prévia realização do exame criminológico, providência que, a despeito da nova redação do artigo 112 da LEP, alterada através da Lei nº 10.792/03, subsidiará o levantamento de elementos concretos com relação ao mérito do reeducando como requisito indispensável à concessão da benesse.

Portanto, ainda que a nova redação do artigo 112 da Lei nº 7.210/84 admita a progressão de regime com base em mero atestado de conduta carcerária emitido pelo diretor do estabelecimento penal, subsiste a possibilidade do juiz da execução, mediante decisão fundamentada, antes de resolver a questão, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinar a realização do exame criminológico, sempre que julgar necessário à aferição dos elementos subjetivos próprios do incidente<sup>23</sup>.

---

22 Pois ao atingir o cumprimento de 2/3 da pena, admitido o mérito necessário, o reeducando terá direito, preferencialmente, ao livramento condicional em vez da progressão de regime.

23 Conforme assinalou Marcelo Gomes Silva: “Fundamental, pois, é que se avalie não apenas se o apenado praticou ou não faltas disciplinares, mas sim, suas condições psicológicas para regresso ao convívio social, típico do sistema de progressão adotado pelo Brasil.

Nesse sentido, além de recentes julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, proferidos nos autos do HC nº 88.052-5/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 04.04.06 (DJU 28.04.06)<sup>24</sup> e do RHC nº 86.951-3/RJ, Rel. Ministra Ellen Gracie, julgado em 07.03.06 (DJU 24.03.06)<sup>25</sup>, registram-se diversos outros precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça<sup>26</sup>.

Em síntese, ao concretizar a individualização da pena em sede de

---

A análise da personalidade do sentenciado, seu grau de periculosidade, entendimento dos fins da reprimenda, probabilidade de voltar a delinquir e sugestão de formas de medidas necessárias ressocialização são fundamentais para a colocação do apenado em um regime prisional mais brando” (“Fim do exame criminológico?”. Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Jan-abr/2004 – nº 2 – Florianópolis, pág. 185).

- 24 “CRIME HEDIONDO OU DELITO A ESTE EQUIPARADO - IMPOSIÇÃO DE REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 - PROGRESSÃO DE REGIME - ADMISSIBILIDADE - EXIGÊNCIA, CONTUDO, DE PRÉVIO CONTROLE DOS DEMAIS REQUISITOS, OBJETIVOS E SUBJETIVOS, A SER EXERCIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO (LEP, ART. 66, III, “B”), EXCLUÍDA, DESSE MODO, EM REGRA, NA LINHA DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE (RTJ 119/668 - RTJ 125/578 - RTJ 158/866 - RT 721/550), A POSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EXAMINANDO PRESSUPOSTOS DE ÍNDOLE SUBJETIVA NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS CORPUS”, DETERMINAR O INGRESSO IMEDIATO DO SENTENCIADO EM REGIME PENAL MENOS GRAVOSO - RECONHECIMENTO, AINDA, DA POSSIBILIDADE DE O JUIZ DA EXECUÇÃO ORDENAR, MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO - IMPORTÂNCIA DO MENCIONADO EXAME NA AFERIÇÃO DA PERSONALIDADE E DO GRAU DE PERICULOSIDADE DO SENTENCIADO (RT 613/278) - EDIÇÃO DA LEI Nº 10.792/2003, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 112 DA LEP - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE, EMBORA OMITINDO QUALQUER REFERÊNCIA AO EXAME CRIMINOLÓGICO, NÃO LHE VEDA A REALIZAÇÃO, SEMPRE QUE JULGADA NECESSÁRIA PELO MAGISTRADO COMPETENTE - CONSEQÜENTE LEGITIMIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DO EXAME CRIMINOLÓGICO (RT 832/676 - RT 836/535 - RT 837/568) - PRECEDENTES - “HABEAS CORPUS” DEFERIDO, EM PARTE”.
- 25 “CRIME HEDIONDO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROGRESSÃO NO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE EM FACE DO PRECEDENTE DO PLENÁRIO (HC 82.959) JULGADO EM 23.02.2006, QUE RECONHECEU, INCIDENTALMENTE, A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90. O provimento do recurso, todavia, é parcial, cabendo ao juiz da execução examinar os demais requisitos para a progressão no regime menos rigoroso, procedendo, se entender necessário, o exame criminológico. RHC provido parcialmente”.
- 26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 38.719/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa; HC 39.364/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz; HC 40.278/PR, Rel. Ministro Felix Fischer e HC 42.513/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz.

execução penal não está o juiz adstrito, como pretendem alguns, ao simples atestado de conduta carcerária, recomendando-se, para tanto, a realização prévia do exame criminológico, sempre que entender necessário<sup>27</sup>.

## 6. PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL

Após o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, alguns projetos de lei foram apresentados no Congresso Nacional, fundamentalmente no intuito de disciplinar um interstício mínimo da progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

Neste particular, destacam-se os Projetos de Lei nº 6714 e 6842, de autoria dos Deputados Colbert Martins e Betinho Rosado, respectivamente, que estabelecem o interstício mínimo de 1/3, além do Projeto de Lei nº 48/2006, apresentado pelo Senador Demóstenes Torres, já aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que fixa em 1/2 tal requisito objetivo mínimo para condenados primários e 2/3 para os reincidentes.

Além disso, tramita também na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6793, de proposição governamental, que aumenta para 1/3 o interstício mínimo para os condenados primários e 1/2 para os reincidentes.

Alterado o interstício mínimo exigido pela LEP para a progressão de regime em relação aos crimes hediondos e equiparados, será dispensável a fundamentação da adoção do critério mínimo superior ao correspondente às condenações por crimes comuns, persistindo, no entanto, a necessidade de assim proceder o juiz da execução toda vez que repute necessária a adoção de proporção superior ao mínimo legal dos crimes hediondos.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se disse anteriormente, não há dúvida de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao afastar o óbice da progressão de regime

---

27 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. pág. 957.

aos crimes hediondos e a estes equiparados, inaugurou uma nova realidade no cenário político criminal brasileiro.

Se, por um lado, representa o reconhecimento da fragilidade e ineficiência do sistema de ressocialização da pena no Brasil, admitindo na progressão a última esperança na consecução de sua finalidade, por outro demonstra preocupação com a dignidade da pessoa humana e assenta definitivamente o princípio da individualização da pena como postulado regulador da execução penal.

Apesar disso, uma quantificação igualitária entre os crimes comuns e os denominados hediondos, mediante a aplicação de idênticos critérios objetivos para a progressão de regime, relega a plano secundário o tratamento diferenciado concebido pela Constituição a tal categoria criminosa e desvia-se da meta da proporcionalidade, desnaturando por completo o especial sistema encetado pela Lei nº 8.072/90, fazendo tábula rasa de seus preceitos.

Nesse contexto é que a aplicação do interstício diferenciador mínimo desponta como alternativa razoável à contenção do esvaziamento da *ratio* da rotulagem da hediondez, equacionando com equilíbrio a individualização da pena e os anseios sociais decorrentes de tais práticas.

Contudo, forçosa é a conclusão de que, até diploma legal específico ser editado, poderá o juiz da execução adotar qualquer fração que seja superior a  $1/6$  e inferior a  $2/3$  para a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados ( $1/5$ ,  $1/4$ ,  $1/3$  e  $1/2$ , por exemplo), inspirado na natureza da infração penal e, particularmente, nas condições subjetivas da pessoa do condenado, sendo-lhe facultado, sempre que conveniente, lançar mão do exame criminológico para a aferição do mérito do reeducando, instrumento balizador do próprio critério objetivo a ser adotado, caso a caso, em homenagem à garantia da individualização da pena.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, nº 48/265, ano 12, 1975.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

\_\_\_\_\_. Código Penal. São Paulo: RT, 2006, 11ª edição.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. São Paulo: RT, 2006, 11ª edição.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210/84.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.072/90.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.455/97.

\_\_\_\_\_. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) , [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) e [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br) .

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra, 1992.

DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. Disponível em: [www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br), acesso em dezembro/05.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

FILHO, Antônio Carlos Santoro. Fundamentos de Direito Penal. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. STF admite a progressão de regime nos crimes hediondos, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>, acesso em maio/06.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, 5ª edição.

MIOTTO, Armida Bergamini. Curso de Direito Penitenciário. São Paulo: Saraiva. 1975.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (coordenação). Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Alexandre de Castro Coura, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, Cássius Guimarães Chai, Cíntia Garabini Lages, Francisco de Castilho Prates, Heloisa Helena Nascimento Rocha, José Emílio Medauar Ommati, Lúcio Antônio Chamon Junior, Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Marcelo Gomes. Fim do exame criminológico?. Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Florianópolis: PGJ/ACMP, jan-abr/2004, nº 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELLI, José Enrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.