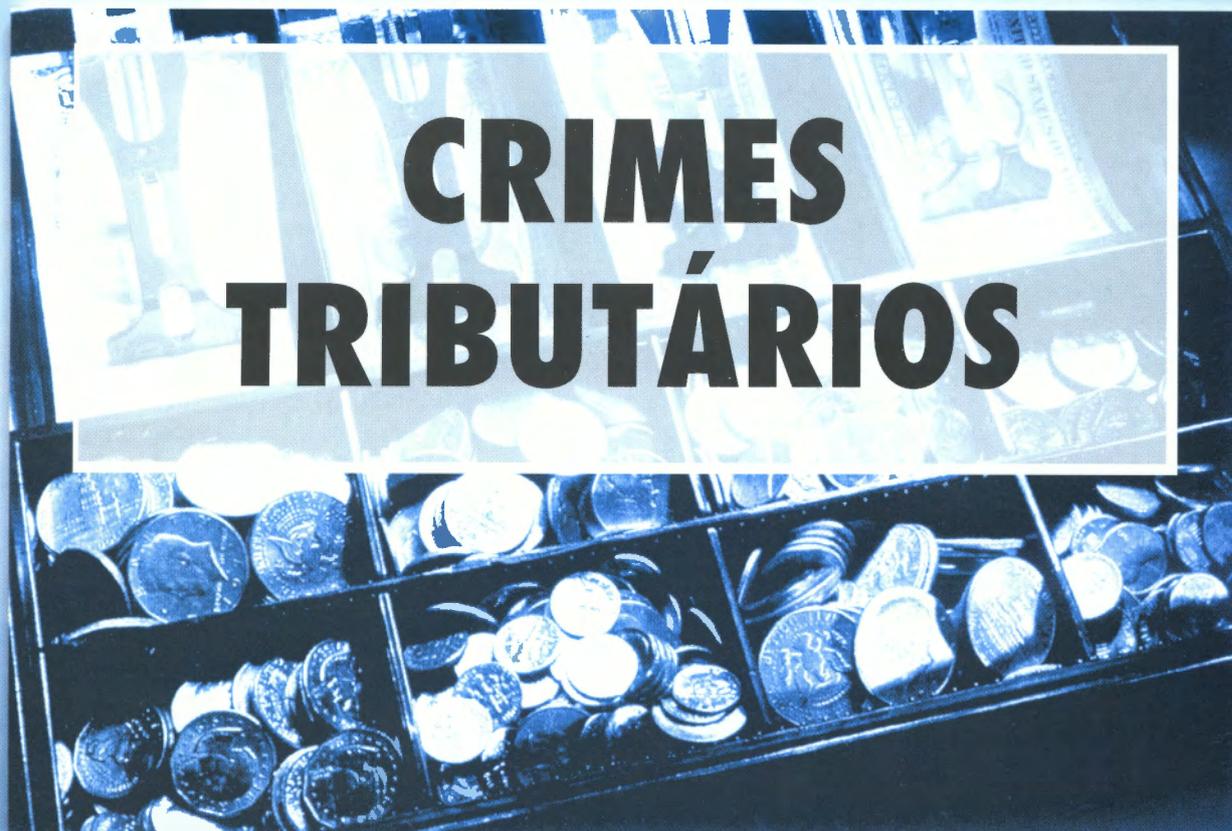


ANO V - Nº 49 - MAIO - 2002



CRIMES TRIBUTÁRIOS

ACOMPANHE NESTA EDIÇÃO:

**CRIMES TRIBUTÁRIOS E CONDIÇÃO
OBJETIVA DE PUNIBILIDADE**

TUTELA CRIMINAL PATRIMONIAL

**A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO
TRIBUTÁRIO NÃO É CONDIÇÃO OBJETIVA
DE PUNIBILIDADE AOS DELITOS
CONTRA A ORDEM
TRIBUTÁRIA**

DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

**DESCONSTITUIÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO
CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL - OUTRAS
PROVAS - INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS
ADMINISTRATIVA E JUDICIAL**

**A COMPETÊNCIA FEDERAL E OS CRIMES
CONTRA O MEIO AMBIENTE - Uma crítica
à jurisprudência dos Tribunais Superiores**

BOLETIM DOS
PROCURADORES DA REPÚBLICA
ANO V - Nº 49 - MAIO 2002

Conselho Editorial: Aloísio Firmo, Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Maria Helena Nogueira de Paula, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, Odim Brandão Ferreira e Rosângela Pofahl Batista.

Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva:
Conselho Curador: Carlos Eduardo Vasconcelos, Cláudio Fontelles, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Flávio Paixão de Moura Júnior, Inês Virgínia Prado Soares, Márcia Nool Barboza e Marcos Antônio da Silva Costa.

Diretoria Executiva: Antonio Carlos Fonseca, Denise Vince Túlio, Humberto Jacques de Medeiros e José Leovegildo Oliveira de Moraes.

ANPR - Associação Nacional dos Procuradores da República:

Presidente: Carlos Frederico Santos

Vice-Presidente: Valquíria Oliveira Quixadá Nunes

Diretores: Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Carlos Augusto da Silva Cazarré, Delson Lyra da Fonseca, Elton Venturi, José Adércio Leite Sampaio, Mauricio Gotardo Gerum, Nicolao Dino de C. e Costa Neto, Nívio de Freitas Silva Filho, Robério Nunes dos Anjos Filho e Rose Santa Rosa.

Revisão: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Diagramação, Impressão e Distribuição:

Artchip Editora Ltda.: (11) 5044-7679 - 5041-8899

www.artchip.com.br - artchip@terra.com.br

Capa: Fábio Lyrio

Tiragem: 2.500 - Distribuição gratuita

Os artigos são de inteira
responsabilidade de seus autores.

Na Internet:
www.anpr.org.br

Sumário

CRIMES TRIBUTÁRIOS E CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE

Aloísio Firmo Guimarães da Silva

PR/RJ 3

TUTELA CRIMINAL PATRIMONIAL

Celso Antônio Três

PR/DF 6

A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO É CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE AOS DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Claudio Fonteles

Subprocurador Geral da República 10

DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Fernanda Arcoverde Cavalcanti Nogueira

Advogada em Pernambuco 14

DESCONSTITUIÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL - OUTRAS PROVAS - INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

PRR/3ª Região 17

A COMPETÊNCIA FEDERAL E OS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE

Uma crítica à jurisprudência dos Tribunais
Superiores

Ubiratan Cazetta

PR/PA 24

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA ISSN Nº 1519-3802

O código ISSN (International Standard Serial Number) é um número que identifica o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo. Possibilita um método eficaz e simples na identificação rápida da publicação, organização de acervos, serviço de indexação e resumos, serviços de aquisição bibliográfica etc.

CRIMES TRIBUTÁRIOS E CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE

Aloísio Firmo Guimarães da Silva
PR/RJ

"...I - Não é razoável a propositura de ação penal, se a própria administração não pode afirmar a existência da sonegação fiscal, porquanto não encerrado o processo administrativo para esse fim instaurado.

II - Em razão das atribuições constitucionais do Ministério Público, nada obsta que seja deflagrado procedimento criminal, independentemente do resultado administrativo.

III - Tal procedimento fica vedado, no entanto, quando a ação penal for única e exclusivamente arriada em procedimento fiscal, tida como fonte de informações para propiciar a materialidade e a autoria, o que constituiria em coação ao contribuinte no exercício de seu direito de impugnar o débito fiscal.

IV - A conclusão do processo administrativo fiscal é condição objetiva de procedibilidade (sic) na esfera penal, com natureza jurídica análoga à sentença declaratória de falência, na apuração e perseguição de crimes falimentares". (TRF/2ª Região, Recurso Criminal nº 97.02.20064-4, 1ª T., Rel. Des. Fed. Ney Fonseca, j. em 16.09.97, v.u., DJU de 31.03.98).

I - Introdução.

O acórdão acima colacionado, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, entendeu, à unanimidade, que não pode o Ministério Público deflagrar a ação penal, nos delitos contra a ordem tributária, antes do encerramento do processo administrativo-fiscal onde é discutida a legitimidade da constituição definitiva do crédito tributário correspondente, ao argumento de que ele possuiria a natureza jurídica de *condição objetiva de punibilidade*.

A leitura do corpo do julgado revela que a decisão colegiada teve como fundamento a previsão constante do art. 83 da Lei nº 9.430/96,¹ representando, na realidade, uma tentativa de contornar o teor do julgamento liminar proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 1571 (Rel. Min. Néri da Silveira, Informativo STF nº 64), quando restou assentado que tal dispositivo tem como destinatários exclusivos os agentes da administração fazendária, não constituindo condição de procedibilidade da ação penal, de molde a impedir que o Ministério Público formule a acusação penal pelo cometimento de crimes tributários, ainda que a exigibilidade da exação fiscal esteja pendente de recurso na esfera administrativa.

A tese agasalhada pelo aresto, todavia, malgrado recentemente prestigiada pelo Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, do STF,² não resiste a uma análise integrada da legislação penal tributária à luz dos conceitos penais e tri-

butários adotados pelo legislador na tipificação dos fatos incriminados pela Lei nº 8.137/90, denotando, ainda, emprego tecnicamente impreciso da expressão *condição objetiva de punibilidade*, erroneamente denominada de *condição objetiva de procedibilidade* (sic), nomenclatura estranha à teoria do nosso direito processual penal, que somente reconhece as expressões *condição de procedibilidade* e *condições (ou pressupostos) de perseguibilidade da ação penal*, fundamentadora (s) da possibilidade de ser instaurada a relação jurídico-processual.

II - Obrigação, crédito e lançamento tributário. Natureza jurídica e momento consumativo do tipo penal previsto no art. 1º, caput, da Lei nº 8.137/90.

Discute-se, em sede doutrinária, sobre o momento de surgimento do crédito tributário, tendo em vista que o Código Tributário Nacional emprega terminologia segundo a qual obrigação e crédito tributário são conceitos distintos, vale dizer, a obrigação ensejaria o crédito, o qual só seria "constituído" pelo lançamento definitivo.

Cabe esclarecer, porém, que a doutrina mais moderna tem refutado tal distinção, salientando que tanto a obrigação quanto o crédito tributário ingressam no mundo jurídico simultaneamente, no momento em que o contribuinte pratica um determinado ato do mundo fenomênico apto a acarretar o surgimento de um correspondente dever fiscal (= fato gerador).

Nesse sentido, de grande pertinência trazer à colação o magistério do mestre RICARDO LOBO TORRES,³ que teceu os seguintes e judiciosos comentários sobre o tema: "O CTN diz, no art. 113, § 1º, que a obrigação tributária "extingue-se juntamente com o crédito tributário". A obrigação e o crédito não só se extinguem como também nascem conjuntamente. Nada obstante, o Código reserva o termo "crédito" à obrigação que adquire concretidade ou visibilidade e passa por diferentes graus de exigibilidade". (...) "A técnica utilizada pelo Código deve ser empregada com cautela, pois obrigação e crédito não se distinguem em sua essência, como declara o próprio CTN no art. 139: O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza deste". (...) "A distinção que por vezes faz o CTN deve ser entendida no sentido didático. Embora o crédito se constitua juntamente com a obrigação pela ocorrência do fato gerador, recebe ele graus diversos de transparência e concretidade, na medida em que seja objeto de lançamento, de decisão administrativa definitiva ou de inscrição nos livros da dívida ativa. O crédito tributário passa por diferentes momentos de eficácia: de crédito simplesmente

constituído (pela ocorrência do fato gerador) torna-se crédito exigível (pelo lançamento modificado ou pela decisão administrativa definitiva) e finalmente crédito exequível (pela inscrição nos livros da dívida ativa), dotado de liquidez e certeza” (nossos os grifos).

O lançamento, ato de conteúdo meramente declaratório, segundo a vertente doutrinária supra, servirá tão-somente para materializar o nascimento da obrigação/crédito tributário ocorridos anteriormente, dotando-os dos atributos da exigibilidade, certeza e liquidez. Entrementes, conquanto esses requisitos sejam necessários para a concreção objetiva da exação fiscal, na órbita administrativa, especialmente no tocante à sua cobrança coercitiva pelo Fisco, apresentam importância secundária, na órbita penal, para fins de identificação do momento consumativo do tipo tributário e a propositura da ação penal correspondente.

Nada obstante o crime capitulado no art. 1º da Lei 8.137/90 seja de natureza material, consoante forte entendimento doutrinário,⁴ inclusive já chancelado pela Suprema Corte,⁵ por exigir o resultado *supressão* ou *redução* do tributo,⁶ a adoção dessa classificação, porém, não pode conduzir à conclusão apressada de que a consumação delitativa estaria postergada para o instante da “constituição” (*rectius*: formalização) definitiva do crédito tributário pela administração fazendária, feita após a conclusão do procedimento administrativo-fiscal.

A respeito desse tema importantíssimo, já tivemos oportunidade de enfatizar alhures que, “*Para efeitos penais, em consonância com a Teoria da Atividade agasalhada no art. 4º do Estatuto Repressivo, a consumação do delito tributário ocorre em momento cronologicamente anterior à ultimação da ação fiscal, quando o agente (contribuinte) realiza uma das condutas previstas na lei extravagante, resultando numa sonegação total (supressão) ou parcial (redução) do pagamento do tributo, que será concretizada, segundo o escólio de PEDRO ROBERTO DECOMAIN, após o escoamento do ‘prazo dentro do qual, pela legislação pertinente, deveria ter sido recolhido o tributo suprimido’.*”⁷

Destarte, **consumando-se o crime tributário com o vencimento do prazo previsto para o recolhimento do tributo** - é nesse exato instante em que acontece a evasão fiscal, ocasionando a *redução* ou *supressão* do tributo reclamada pelo tipo penal, tanto assim que, se não houver impugnação do contribuinte, o auto de infração torna-se imutável na via administrativa -, exsurge como corolário inarredável que os atos subseqüentes de apuração da profundidade e extensão do crédito tributário estão vinculados ao exaurimento do crime, como bem observado por ANDREAS EISELE,⁸ em sua excelente obra sobre a Lei nº 8.137/90, *in verbis*: “...O resultado ocorre no momento em que a lei tributária prevê como prazo final para o recolhimento do tributo ou da contribuição social, e o valor correspondente não é recolhido ou apenas o é parcialmente, de modo que as condutas anteriores à ocorrência do resultado constituem mera fase de execução. Eventuais aspectos posteriores à verificação do resultado, como a destinação do montante evadido referem-se apenas à fase do exaurimento do crime. Dessa forma, os atos posteriores praticados pelo agente ou pela vítima (fisco), na qualidade de credora, no sentido da constituição do crédito (lançamento), ou outros análogos (fiscalização), exas-

peram o campo da consumação do crime e não são pressupostos ou condições do mesmo, eis que se situam no campo do exaurimento do delito.”

III - Delimitação do conceito de *condição objetiva de punibilidade* e reflexos sobre o tema em estudo. Interrelacionamento entre as instâncias administrativa e penal e prevalência do princípio da verdade real no processo penal.

Imprescindível, a esta altura, deixar estabelecido o que se entende por *condição objetiva de punibilidade*, apontando-se, após, as razões pelas quais é incorreto englobar-se a conclusão do procedimento administrativo-fiscal em seu alcance conceitual.

Hodiernamente, constitui entendimento amplamente dominante na doutrina nacional e estrangeira que a punibilidade não é requisito (ou elemento) do delito, mas a sua conseqüência jurídica. Praticado determinado fato criminoso, surge para o Estado o direito de punir o infrator, sujeitando-o a uma sanção penal, após reconhecida a existência do ilícito em seu tríplice aspecto (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), em regular processo penal condenatório.⁹

As condições objetivas de punibilidade, como acontecimentos externos vinculados à imposição concreta da pena,¹⁰ concebidas pelo legislador por razões de política criminal e fundamentadas no conceito doutrinário de *risco assumido*,¹¹ além de não integrarem a estrutura do tipo de injusto e da culpabilidade, também não estão cobertas pelo dolo ou culpa do agente. Pois bem, partido-se dessa concepção doutrinária, torna-se inconcebível aceitar a conclusão do processo administrativo-fiscal como *condição objetiva de punibilidade*, de forma a coarctar o órgão ministerial de oferecer a peça acusatória respectiva.

De fato, se a efetiva exigibilidade do tributo espelhada no auto de infração ainda encontra-se sob o crivo da administração tributária, face à pendência de recurso interposto pelo contribuinte, é possível que, em determinada situação específica, qual seja, quando houver a impugnação do nascimento do fato gerador da obrigação tributária, o resultado da decisão administrativa definitiva afete o tipo de injusto, vinculando, por conseguinte, o teor da sentença penal no sentido da não-caracterização do ilícito penal tributário.

Nessa situação particular, em que o conteúdo da decisão definitiva da instância administrativa possui aptidão para esvaziar o conteúdo do tipo de injusto, caso seja reconhecida a pretensão do contribuinte, forçoso concluir que ela não pode ser tida como *condição objetiva de punibilidade*, mas sim como *elemento integrante do tipo penal tributário*, uma vez que estará ausente a efetiva *supressão* ou *redução* do tributo estampada no auto de infração.

Vê-se, portanto, que, malgrado se reconheça a autonomia entre as esferas penal e administrativa, em certas circunstâncias especiais,¹² há uma relação recíproca de interferências, que poderá conduzir a uma unidade do ilícito, justificando não o impedimento ao exercício da ação penal, mas sim a aplicação da disciplina das questões prejudiciais heterogêneas (arts. 92/93 do CPP), suspendendo-se o curso do processo penal, como, aliás, já proclamado há tempos pelo Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE,

no corpo do atualíssimo RHC nº 53.410/SP: "...A ação penal não está, de modo algum condicionada à instauração e ao julgamento do processo fiscal. Se a questão penal nela versada estiver, porventura, condicionada ao desate da questão fiscal, resolver-se-á o problema pela disciplina legal da prejudicialidade heterogênea (CPP, arts. 92 e seguintes)".¹³

De outro lado, cumpre obter, por relevante, que a unidade do ilícito preconizada acima somente ocorrerá se e quando, no curso do processo criminal, não for possível a produção de outras provas comprobatórias do aperfeiçoamento do ilícito penal tributário. Isso significa dizer que é lícita a prolação de sentença condenatória ainda que tenha havido, na instância administrativa, a desconstituição ou cancelamento da autuação fiscal, seja pelo reconhecimento de vício formal,¹⁴ seja por razões de mérito.¹⁵

Aqui, é preciso esclarecer que a prolação de uma decisão condenatória em tais circunstâncias não significa que o juiz criminal estará invadindo seara reservada à autoridade administrativa, no tocante à competência exclusiva para constituir créditos tributários, mas sim que, à luz dos princípios da verdade real e da livre convicção, no curso da ação penal foi produzido um novo conjunto probatório tido como confirmador da autoria e da materialidade delitivas, a justificar, inclusive, a propositura de ação no juízo cível visando a desconstituição da decisão fiscal em sentido contrário.

Sobre a possibilidade do juiz criminal valer-se de novas provas para fulcrar uma sentença condenatória em delito de natureza fiscal, nesse sentido já teve oportunidade de se manifestar a Min. ELLEN GRACIE NORTHFLEET, do STF, ao analisar a questão sob a ótica do art. 83 da Lei nº 9.430/96, como atesta a passagem adiante reproduzida: "...O acolhimento dessa alegação implicaria ainda ofensa ao princípio da verdade real que caracteriza o processo penal, segundo o qual não está o juiz limitado a esta ou àquela prova, baseando seu convencimento no conjunto probatório, cuja produção, salvo nas poucas hipóteses de vedação legal ou constitucional, é livre. Em conseqüência, haveria também ofensa ao disposto nos artigos 155 a 250 do CPP, que regulam a produção de provas, já que condicionar a apuração do tributo por meio do procedimento administrativo-fiscal, para fins de caracterização do ilícito penal em causa, seria obstar que isso pudesse ser feito em juízo, através de prova pericial."¹⁶

III - Conclusão.

Em apertada síntese, podemos concluir com o Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, na redação dada à ementa do aludido RHC 53.410/SP, que, nos crimes tributários em geral, sejam de mera conduta, formais ou materiais, a "apuração do débito fiscal, na instância administrativa, não constitui condição de procedibilidade da ação penal, ou condição objetiva de punibilidade", sendo certo que a possível prevalência de entendimento em sentido contrário provavelmente acarretará a inaplicabilidade da legislação penal tributária, estimulando os seus infratores a perpetrá-los ante a quase certeza da impunidade.

¹ Condicionou o encaminhamento da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, nos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, somente após a esfera administrativa concluir sobre a legitimidade da autuação fiscal.

² Em julgamento cujo mérito não foi apreciado por todos os integrantes da Corte, face à superveniência de fato causador da perda de objeto da impetração (STF, Pleno, HC nº 77.002/RJ), o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE aderiu a essa exegese, proferindo voto-vista "no sentido de que, nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, sem a qual a denúncia deve ser rejeitada, uma vez que a competência para constituir o crédito tributário é privativa da administração fiscal, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo". (Informativos STF nºs 249, 5 a 9 de novembro de 2001, e 251, 19 a 23 de novembro de 2001). Na doutrina, perfilhando o mesmo entendimento, artigo do prof. ANTÔNIO CARLOS DA GAMA BARANDIER ("Condição objetiva de punibilidade e crimes contra o sistema tributário", Boletim IBCCRIM 57/13 (agosto de 1997)).

³ Curso de direito financeiro e tributário, ed. Renovar, 1993, p. 190/191 e 221/222.

⁴ A título exemplificativo, RUI STOCO ("Leis penais especiais", 1997, p. 2.087), PEDRO ROBERTO DECOMAIN (Crimes contra a ordem tributária, ed. Obra Jurídica, 2ª ed., 1995, p. 44), ANDREAS EISELE (Crimes contra a ordem tributária, ed. Dialética, 1998, p. 60/61).

⁵ STF, HC 75.945-2, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 13.02.98.

⁶ Estabelece o dispositivo em alusão: "Art. 1º - Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas...".

⁷ "Considerações sobre a natureza jurídica da norma prevista no art. 83 da Lei nº 9.430/96", trabalho escrito em co-autoria com o colega PAULO FERNANDO CORRÊA, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 23, p. 147. Nesse trabalho citamos jurisprudência do TRF/1ª Região, abonadora dessa interpretação: "PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DECLARAÇÃO FALSA. CONSUMAÇÃO. MOMENTO. PRAZO ADMINISTRATIVO PARA PAGAMENTO. RECIBO DE TRATAMENTO DENTÁRIO FALSO. 1 - O crime contra a ordem tributária praticado com o propósito de reduzir o imposto de renda, mediante declaração falsa, se consuma com a entrega à Receita Federal da declaração do imposto de renda. 2 - É possível a comprovação da falsificação ideológica por indícios - indício é prova." (TRF/1ª Região, ACR nº 95.01.19147-8/DF, 3ª T., Rel. Juiz Tourinho Neto, DJU de 30.04.96).

⁸ Ob. cit., p. 123.

⁹ Nesse sentido, dentre outros: JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, "A moderna teoria do fato punível", ed. Freitas Bastos, 2000, p. 272; LUIZ REGIS PRADO, "Curso de direito penal brasileiro", ed. RT, 1999, p. 479; JOHANNES WESSELS, "Direito penal", Parte Geral, Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 38, tradução de JUAREZ TAVARES; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoria geral do delito", Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 170, tradução de JUAREZ TAVARES e LUIZ REGIS PRADO.

¹⁰ Aí reside mais um aspecto diferenciador entre as condições objetivas de punibilidade e as condições de procedibilidade (ou pressupostos processuais, na terminologia de alguns, v.g., HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade", RT 739/757), ligado aos respectivos efeitos processuais, caso seja indevidamente iniciada a persecução penal em juízo: enquanto a ausência daquelas conduz à absolvição do imputado, dotada a sentença de mérito dos atributos da coisa julgada formal e material, a ausência destas determina o arquivamento do processo, impedindo a apreciação do *meritum causae*, mas não obstando a renovação do mesmo feito, uma vez sanado o impedimento processual (WESSELS, ob. cit., p. 38).

¹¹ Cf. JUAREZ TAVARES ("Teoria do injusto penal", ed. Del Rey, 2000, p. 202).

¹² O teor da decisão fiscal poderá também afetar a culpabilidade, v.g., quando a questão debatida no processo tributário envolver a fundada e comprovada divergência sobre a interpretação da lei tributária, pela possibilidade do reconhecimento do erro de proibição (cf. ANDREAS EISELE, ob. cit., p. 194).

¹³ STF, RHC 53.410/SP, 2ª T., j. em 13.05.75, DJU de 06.06.75.

¹⁴ STJ: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME TRIBUTÁRIO. AUTONOMIA DE INSTÂNCIA. Impossibilidade de se trancar a ação penal por força de decisão do Conselho de Contribuintes favorável ao paciente, em face da independência entre as instâncias penal e administrativa, em sede de delito tributário, mormente se aquela decisão não apreciou o mérito da questão, limitando-se a anular o auto de infração por vício formal. Recurso a que se nega provimento." (RHC 9.691/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 18.12.2000, DJU de 5.2.2001, págs. 113/114). Em idêntica frequência: TRF/4ª Região, em acórdão assim ementado: (Inq. nº 97.04.01077/SC, 1ª Seção, Rel. Juiz Wilson Darós, j. 6.10.99, DJU de 10.11.99, p. 347).

¹⁵ TRF/4ª Região, HC nº 2001.04.01.006031-9/RS, 1ª T., Rel. Juíza Maria Lúcia Leiria, DJU, : "PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DESCONSTITUIÇÃO DO LANÇAMENTO. PROVA PRODUZIDA NA INSTURÇÃO CRIMINAL. 1. Embora a administração tributária tenha desconstituído o lançamento fiscal, os fatos levantados na ação penal e que não foram considerados pelo fisco podem ser fundamento para a condenação, uma vez que a decisão administrativa pautou-se pela ausência de prova da fraude. 2. Não tendo sido demonstrada de plano a atipicidade da conduta do paciente, e sendo necessário o revolvimento do conjunto fático probatório, é incabível o habeas corpus".

¹⁶ STF, HC nº 80.764-0/SP; 1ª T., j. em 22.05.2001, DJU 10.08.2001.

TUTELA CRIMINAL PATRIMONIAL

Celso Antônio Três
PR/DF

A efetividade da jurisdição penal é imperativo impostergável no Brasil, onde viceja a mácula de impunidade, vergonha nacional. A tibieza da instrução e a lentidão do processamento são seus principais algozes. Agora mesmo, justificando expedita liminar que revogou a prisão de banqueiros implicados com milionários crimes contra o sistema financeiro, cujas conseqüências assaltaram as finanças públicas, já passados 07 (sete) anos dos fatos, inusitadamente, um Exmo. Ministro da Suprema Corte acoimou a prisão de açodada.

O viés patrimonial empresta efetiva densidade à persecução criminal. Consoante consagrado pela sabedoria popular, *“o bolso é o órgão mais sensível do corpo humano”*. Especialmente no caso do *“colarinho branco”*, cujos *“bolsos”*, porque abarrotados, regra geral com recursos privatizados a *“forceps”*, embora fugidio pelos paraísos fiscais, é alvo que, uma vez acertado, efetiva a defesa social. Além do que, deferido pelo Juízo *“A Quo”*, ao menos em sede de telegráficas liminares em *habeas corpus*, não tem sido reformado.

Nesse sentido, está a hipoteca legal aparelhada com o seqüestro liminar, utilizável não apenas na sonegação, com dano direto ao erário, mas também para garantir multas pecuniárias, ao *“colarinho branco”*, gravosas (v.g., art. 33 da Lei nº 7.492/86).

Assim, visando estimular sua utilização, apresentamos *“petitum”* dessa espécie no âmbito da sonegação fiscal, revestido da sofisticação hoje comum no submundo da evasão criminosa, constituição de empresas *“off shore”*, inteiramente acolhido pela Justiça Federal. Tutela essa, comum no Estado RS, sendo uma das razões pelas quais ganhou notoriedade nacional pela efetividade na repressão à sonegação fiscal. Registre-se a contribuição do brilhante Procurador da República, Dr. Douglas Fischer. Identicamente, do Dr. Luiz Felipe Hoffmann Zanzi, pioneiro da iniciativa no RS.

1 – Dos Fatos

R. O., T. M., V. G. e P. M. foram denunciados como incurso nas sanções do art. 1º, incisos I, II, III e V, e art. 2º, inciso I, c/c art. 12, inciso I, todos da Lei 8.137/90, em concurso (art. 29 do CP) e c/c art. 288 do Código Penal, e V. B. e G. M. foram denunciados como incurso nas sanções do art. 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90, em concurso (art. 29 do CP) e c/c art. 288 do Código Penal, por **reduzirem tributos federais, no montante de R\$**

5.158.100,12 (cinco milhões, cento e cinquenta e oito mil, cem reais e doze centavos).

Uma vez recebida a denúncia, presentes certeza da materialidade e indícios da autoria, requisitos para decretação da medida (art. 134, *“in fine”*, do CPP).

2. Dos Fundamentos

2. 1. Garantia à Reparação da Sonegação Fiscal

As medidas assecuratórias visam, como o próprio nome diz, assegurar a devolução das coisas ao ofendido e ao terceiro de boa fé, **bem como possibilitar seja reparado o dano causado pela infração penal**. Tais medidas, por conseguinte, possuem natureza cautelar.

Segundo Borges da Rosa, *“medidas assecuratórias são as que se destinam a garantir a satisfação do dano causado pela infração penal, e o pagamento das penas pecuniárias e custas judiciais”* (Processo Penal Brasileiro, Volume I, Livraria Globo, p. 334) - grifei.

A hipoteca legal, espécie de medida assecuratória, tem por escopo garantir a reparação do dano e vem prevista nos artigos 134 e 137 do CPP. Prescrevem referidos dispositivos, *“verbis”*:

“Art. 134 - A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

...

Art. 137. Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser seqüestrados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis.”

Dissertando sobre a *hipoteca*

legal, assim leciona Tourinho Filho:

“Hipoteca legal . Esta é outra medida assecuratória que pode ser requerida perante o Juiz penal. Diverge profundamente do seqüestro de que cuidam os arts. 125 e 132, muito embora haja entre ambos os institutos profundos laços que os aproximam. Os bens seqüestrados ou hipotecados ficam seguros e, além disso, servem de garantia para a satisfação do dano ex delicto, com esta diferença: o bem hipotecado destina-se, ex-

clusivamente, ao ressarcimento do dano e despesas processuais, enquanto o bem seqüestrado de que tratam os arts. 125 e 132 visa a satisfação do dano e, eventualmente, se apurado mais do que o montante que deve ser dado ao lesado ou terceiro de boa-fé, reverterá a sobra para os cofres da União.” (Código de Processo Penal Comentado, Saraiva, pág. 295)

Portanto, busca, o instituto referido, nada mais do que resguardar a aplicação de um dos efeitos da condenação, previsto no artigo 91, I, do CP, qual seja, tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Tal procedimento encontra supedâneo, também, no Decreto-Lei n.º 3.240, de 08.05.1941, que dispõe:

“Art. 1º. Ficam sujeitos a seqüestro de bens de pessoa indicada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública, ou por crime definido

....

Art. 2º. O seqüestro é decretado pela autoridade judiciária, sem audiência da parte, a requerimento do Ministério Público fundado em representação da autoridade incumbida do processo administrativo ou do inquérito policial.

Art. 3º Para a decretação do seqüestro é necessário que haja indícios veementes da responsabilidade, os quais serão comunicados ao juiz em segredo, por escrito ou por declarações orais reduzidas a termo, e com a indicação dos bens que devem ser objeto da medida.”

Dispositivo este que, igualmente, é de todo aplicável, como sacramentou o **EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**:

“Penal. Seqüestro de Bens. Crime de Sonegação Fiscal. Decreto-Lei n.º 3.240, de 1941. Aplicação A teor da orientação já firmada na Sexta Turma do STJ, não está revogado, pelo Código de Processo Penal, o Decreto-Lei n.º 3.240, de 1941, no ponto em que disciplina o seqüestro de bens de pessoa indicada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública. Recurso Especial conhecido e provido.” (R.Esp. n.º 132.539-SC, Rel. Min. William Patterson, **DJU. 09.02.98**, pág. 48)

Como visto, os requisitos exigidos pela lei para o deferimento da medida assecuratória em comento resumem-se em dois: certeza da infração e indícios suficientes da autoria, precisamente os pressupostos de recebimento da denúncia, já acolhidos pelo **DOUTO JUÍZO**.

No caso, não restam dúvidas de que os pressupostos se encontram presentes, autorizando a hipoteca legal sobre os bens dos réus

Sendo clara a presença dos requisitos autorizadores da hipoteca legal, desnecessário que se demonstre a eventual proveniência ilícita dos bens objeto do pleito.

A Douta Juíza Federal da 2ª Vara Criminal da

Capital, Dra. Salise Sanchotene, apreciando pedido similar em outro feito criminal (98.005941-5) e acolhendo tal entendimento, assim se manifestou:

“Prima facie, cumpre registrar que, apesar da lei processual penal, em seu artigo 134, referir-se a ‘ofendido’, como único titular para requer a hipoteca legal, dentro de tal conceito deve ser também incluído o Ministério Público Federal, porque, no caso presente, se prejuízo ocorreu, este foi suportado pela União, donde deflui a titularidade para tanto.

Superado isto, deve-se traçar distinção entre a hipoteca legal e o seqüestro, previsto este no artigo 127 do mesmo “codex”, pois o Ministério Público Federal pediu, preliminarmente, o seqüestro, para, depois, fazer incidir a hipoteca legal.

O magistério de Tourinho Filho, ‘in Código de Processo Penal Comentado, Ed. Saraiva, 1997, 2ª edição, vol. 1, p. 293, ensina:

“Hipoteca legal . Esta é outra medida assecuratória que pode ser requerida perante o Juiz penal. Diverge profundamente do seqüestro de que cuidam os arts. 125 e 132, muito embora haja entre ambos os institutos profundos laços que os aproximam.

Os bens seqüestrados ou hipotecados ficam seguros e, além disso, servem de garantia para a satisfação do dano ex delicto, com esta diferença: o bem hipotecado destina-se, exclusivamente, ao ressarcimento do dano e despesas processuais, enquanto o bem seqüestrado de que tratam os arts. 125 e 132 visa a satisfação do dano e, eventualmente, se apurado mais do que o montante que deve ser dado ao lesado ou terceiro de boa-fé, reverterá a sobra para os cofres da União.”

“Dispõe o art. 827, VI, do Código Civil, que a lei confere hipoteca legal ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para a satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas. Segundo a denúncia, a importância, em tese, obtida ilicitamente, monta R\$ 57.103,61.

É de ser deferida, pois a hipoteca legal dos seqüestrados bens pertencentes ao denunciado, conforme faz prova sua Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física ...

Assiste razão ao Ministério Público Federal quando invoca a necessidade de seqüestro prévio dos bens nominados, forte no artigo 136 do CPP, considerando-se que é demorado o procedimento de especialização e inscrição da hipoteca legal, razão pela qual defiro o seqüestro, in limine, nomeando o próprio denunciado depositário fiel dos bens ...” (grifei)

Não foi outro o entendimento do MM. Juiz José Paulo Baltazar Junior, da 1ª Vara Federal Criminal da Capital, ao apreciar pleito nos autos do processo n.º 97.0026430-0, *verbis*:

"(...)

2. ... requer o MPF a hipoteca legal dos bens dos denunciados, arrolados na inicial, bem como o seqüestro prévio, para garantir a hipoteca.

(...)

4. O requerente é legitimado para a propositura da medida (CPP, art. 142). A hipoteca legal está prevista no art. 134 do CPP, que aponta como requisitos para a sua concessão a certeza da infração e indícios suficientes da autoria. Ao contrário do seqüestro, então, a hipoteca legal prescinde do requisito da proveniência ilícita dos bens.

No caso dos autos, a certeza da infração está consubstanciada na representação fiscal que instrui a denúncia, na qual está evidenciada a omissão no recolhimento de montantes relativos ao IPI arrecadados dos contribuintes.

Há, também, indícios suficientes da autoria, pois os denunciados são, respectivamente, Diretor-Presidente e Diretor-Contábil da empresa responsável pelas vendas que resultaram na omissão do recolhimento do tributo, como comprovam as atas das fls. 33 e 34. Ademais, quando interrogados na ação penal nº 96.18738-0, que tramita na 2ª Vara Federal Criminal desta capital, os acusados admitiram que eram os responsáveis pela administração da empresa, como se lê nas cópias das fls. 35 a 38.

Atendidos os pressupostos legais, deve ser deferida a hipoteca legal sobre os bens arrolados pelo MPF na inicial, uma vez que existe prova do domínio, já que embasado o rol nas declarações de renda dos acusados. ...

Cabível, ainda, o seqüestro liminar, com fundamento no art. 136, do CPP, já que a demora no processo de especialização de hipoteca legal pode comprometer a eficácia do procedimento. Deverão ser nomeados depositários os requeridos...
Em 07 de janeiro de 1998."

Nesta mesma senda, decidiu o Magistrado Titular da 1ª Vara Federal da Circunscrição de Caxias do Sul, Dr. Daniel Machado da Rocha, ao julgar pleitos da mesma natureza (processos n.º 2000.71.07.004386-7 e n.º 2000.71.07.006527-9), conforme excerto que se transcreve:

"1. Medidas assecuratórias de hipoteca legal e de arresto (impropriamente denominada pelo CPP de seqüestro), objetivando resguardar a reparação de dano causado à União Federal que importaria em R\$ 11.202.048,83 (Onze milhões, duzentos e dois mil e quarenta e oito reais, com oitenta e três centavos) (...)" [Processo 2000.71.07.004386-7]

"1. (...)

2. Medidas que não desapropriam os bens dos acusados, mas apenas buscam tutelar de forma eficaz o direito da Fazenda Pública de receber os valores relativos às penas pecuniárias e despesas

processuais decorrentes da prática de ilícito penal, e que não se confundem com aquelas previstas nos artigos 125 a 133 do Código de Processo Penal, que trata do seqüestro dos produtos provenientes da infração, não implicando transferência da posse dos bens gravados para o credor. O arresto prévio é a hipoteca legal, só se mantém enquanto durar o processo penal, pois se o réu for absolvido ou extinta a punibilidade o seqüestro será levantado e a hipoteca cancelada (art. 141). (...)" [processo n.º 2000.71.07.006527-9]

O "fumus boni juris" emana do recebimento da exordial acusatória (art. 134 do CPP).

O "periculum in mora" deriva da própria magnitude criminosa.

Neste sentido, a ação delituosa dos REQUERIDOS afigura-se prática de insofismável lesividade, o que, naturalmente não permite qualquer ponderação ante o ardil de dissipar seus bens para frustrar a execução pecuniária.

Destarte, as alterações perfectibilizadas através da 2ª Consolidação Contratual da empresa Base Administração e Participações Ltda. (em anexo), mormente a cláusula "segunda", configuram, de forma insofismável, medidas tendentes a confirmar a assertiva acima. No curso da ação fiscal, os REQUERIDOS, simularam, em conluio, a transferência da totalidade de seus bens, para a empresa M. C. S/A., sediada no exterior (fato "Dois" da denúncia).

Assim, restou comprovada a intenção dos REQUERIDOS em desfazer-se de seu patrimônio, através da simulação de alienação de bens para empresa com sede no exterior, fazendo exsurgir evidente prática fraudulenta, visto que, contemporâneo aos fatos acima, em curso fiscalização empreendida pela Delegacia da Receita Federal de Caxias do Sul, por crime contra a ordem tributária, com provas inequívocas da autoria e materialidade, o que, faria incidir, para os imóveis que foram objetos da simulada transferência, o dispositivo inserto no art. 4º, do Decreto-Lei n.º 3.240/41, que dispõe, *verbis*:

"Art. 4º O seqüestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave."

Há se ressaltar o precedente neste sentido, consoante decisão (cópia anexa), proferida pelo Juiz da 1ª Vara Federal da Circunscrição de Caxias do Sul, Dr. Daniel Machado da Rocha no processo n.º 2000.71.07.004386-7, em que também foi verificada a ocorrência da pretextada transferência de bens para empresa sediada no exterior, conforme excerto que se transcreve:

"12. Os bens os quais será efetivado o gravame serão os arrolados pelo Ministério Público na manifestação das fls. 384/387, os quais foram transferidos pelo réu Eucalixtino, por intermédio de sua procuradora, Dra. Sandra Pistor, da

empresa Florestas Exóticas Ltda. para a empresa uruguaia MONTECAP S/A, a seguir relacionados (...)"

3 - Estimativa Do Valor Da Responsabilidade

A responsabilidade patrimonial dos réus-requeridos, é representada pelo prejuízo causado aos cofres públicos com as mencionadas condutas.

Segundo se infere da denúncia e documentos constantes dos autos, o prejuízo causado totalizou o montante de R\$ 5.158.100,12 (cinco milhões, cento e cinquenta e oito mil, cem reais e doze centavos).

Importa ainda, considerar a existência, no âmbito desta Procuradoria da República de outra Representação Fiscal Para Fins Penais, oriunda da Delegacia da Receita Federal em Caxias do Sul, que apurou, em tese, novos crimes contra a ordem tributária (Arts. 1º e 2º, da Lei n.º 8.137/90), praticados pelos ora requeridos, na condição de administradores e/ou responsáveis pela empresa Lojas Ruy Ltda., CNPJ 88.642.236/0001-72, e que resultou em crédito tributário, no total de R\$ 11.315.880,68 (onze milhões, trezentos e quinze mil, oitocentos e oitenta reais e sessenta e oito centavos). [relatórios em anexo]

4. Bens a Seqüestrar

Desse modo, manifesto está o cabimento deste pedido, razão por que o autor arrola os seguintes bens de propriedade dos RÉUS, bem assim das pessoas jurídicas das quais são sócios, estimando seu valor:

5 - Seqüestro Prévio Dos Bens Para Fins De Hipoteca Legal

O artigo 136, do CPP, autoriza o seqüestro prévio, de índole cautelar, dos bens a serem inscritos com hipoteca legal, face a demora no processo de especialização e inscrição.

Tourinho Filho, comentando o artigo 136 do CPP, assim disserta, "verbis":

"Muitas vezes o processo de inscrição e especialização da hipoteca legal se alonga no tempo, e, com o intuito de oferecer maiores garantias à vítima do crime, ou ao Ministério Público, se for o caso, o art. 142 (sic) permite às pessoas a tanto legitimadas a formulação de pedido no sentido de serem seqüestrados (melhor seria empregasse o legislador o termo arrestados), os bens sobre os quais se pretenda recaia a hipoteca, até que essa medida constritiva se concretize. Trata-se de excelente expediente para julgar possível fraude por parte do acusado (...)" (ob. cit. pág. 294/295) - grifamos

A jurisprudência, da mesma forma, permite a

medida cautelar prévia, conforme se pode ver no aresto abaixo colacionado:

"MEDIDA ASSECURATÓRIA - Hipoteca legal - Seqüestro prévio - Possibilidade de incidir sobre quaisquer bens do acusado - Providência cautelar que NÃO se confunde com o seqüestro de bens adquiridos com os proventos da infração, previsto no art. 125 do CPP - Inteligência do art. 136 do mesmo Código.

O seqüestro prévio instituído pelo art. 136 do CPP tem natureza meramente cautelar, como providência liminar a ser decretada pelo juiz, antecedendo a hipoteca legal, para garantia da almejada medida assecuratória. Assim, quaisquer bens imóveis do réu podem ser seqüestrados.

Tal medida não se confunde com os seqüestros de bens adquiridos com proventos da infração, previsto no art. 125 do CPP" (MS 171.716 - 1ª C. - j. 25.8.88, rel. Dias Tatit - RT 636/297).

No caso, considerando sobremaneira a natural demora no procedimento de especialização e inscrição da hipoteca legal, imperativo se faz o seqüestro prévio, para garantir a indenização do dano causado pelo delito.

Os gravames a serem procedidos, na existência de outras hipotecas sobre os imóveis relacionados, será em grau subsequente.

6 - Requerimentos

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer:

a) com fundamento no disposto no Decreto-Lei n.º 3.240/41 e no art. 136, do CPP, LIMINAR-MENTE, determine o seqüestro, e, em seguida, o arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos bens retronominados, nomeando-se perito avaliador (art. 135, do CPP) e, finalmente, seja determinada a inscrição definitiva da hipoteca legal;

b) a juntada das cópias anexas, de denúncia contra os requeridos, bem como de seu recebimento;

c) a juntada dos documentos referentes aos registros dos imóveis e registros RENAVAL, relativos aos bens a serem objetos da constrição;

d) a juntada dos documentos consubstanciados nos Relatórios de Atividade Fiscal, integrantes da Representação Fiscal Para Fins Penais contra a empresa Lojas Ruy Ltda., sucedida por Organizações RA Oliveira Ltda.;

e) a juntada das declarações de Imposto de Renda Pessoa Física dos réus, referentes ao exercício de 2000, e

f) a juntada de cópia da decisão em questão análoga, proferida no processo n.º 2000.71.07.004386-

7.

P. Deferimento.

A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO É CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE AOS DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Claudio Fonteles
Subprocurador Geral da República

1. Colho a motivação para estas reflexões do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, como proferido no H.C. nº 77.002, a despeito da declaração, superveniente e como conseqüência do Voto-Vista da Ministra Ellen Gracie, da perda do objeto da impetração.

2. Por certo, a conclusão final do julgado não dissipa a preciosa argumentação do Ministro Sepúlveda Pertence, então expendida e real, estimulando-me à análise de tão rica argumentação.

3. Dela discrepo, todavia, no sempre útil debate em torno das manifestações jurídicas.

4. De pronto, é de se registrar que o Ministro Sepúlveda Pertence enfatiza “que o artigo 83, da Lei nº 9430/96 não condicionou a legitimação do Ministério Público para a ação penal pública por crimes contra a ordem tributária”. De se ler no voto, verbis:

“Sigo convencido de que o art. 83 da L. 9.430/96 não condicionou a legitimação do Ministério Público para a ação penal pública por crimes contra a ordem tributária ao que chamou de “representação fiscal para fins penais” relativo a tais delitos”. (pg. 6 do voto)

5. E, em fundamentação, verbis:

“Donde, agredir o sistema, que a elas se equiparasse à chamada “representação-fiscal”, o que importaria confiar à burocracia fazendária – cuja ação a lei exige seja “plenamente vinculada”(CTN, art. 3º, 141 d 142) – mais que a descrição, o arbítrio para decidir da persecução ou não dos crimes contra a ordem tributária: o absurdo da conclusão evidencia o erro da premissa. De assentar-se, pois, que nos delitos cogitados, a ação penal pública é incondicionada (¹): o que significa dizer que – titular privativo de sua promoção (CF, art. 129, I) – pode o Ministério Público propô-la, independentemente de qualquer iniciativa condicionante da administração tributária – a qual, pelo contrário, está vinculada ao atendimento da requisição de documentos e informações que, para instruir eventual denúncia,

por aquele lhe sejam endereçadas (LC 75, art. 8º, II; L. 8.625, art. 26, I, b).” (pg. 8 do voto)

6. Estabelece, em seguida, raciocínio sobre a natureza dos crimes capitulados nos arts. 1º e 2º da Lei 8137/90 para extrair que sendo de natureza material, ou de resultado, o delito do artigo 1º - reservada a natureza formal ao delito do artigo 2º -, e versando a situação fática descrita nos autos sobre o artigo 1º, impossível acolher-se a tese do parecer da Procuradoria Geral, “a teor do qual os crimes previstos na Lei 8137, em particular aqueles capitulados nos arts. 1º e 2º, são formais ou seja, não se exige a produção de um resultado para a sua consumação.”(pg. 9, do voto)

7. Neste ponto, indo além do que enuncia o Ministro Sepúlveda Pertence, considero que tanto o delito do artigo 1º, quanto o do artigo 2º, ambos são delitos de resultado.

8. Quanto ao artigo 1º, bem acentua o Ministro Sepúlveda Pertence que expresso no tipo penal o suprimir ou reduzir tributo nas várias condutas elencadas (tipo misto alternativo), óbvia a exigência deste resultado na constituição típica.

9. Todavia, o artigo 2º também disso não prescinde.

10. É que está, com todas letras, no caput desse preceito, verbis:

Artigo 2º: Constitui crime da mesma natureza. (grifei)

11. Ora, se ambas as infrações penais, tanto a do artigo 1º quanto a do artigo 2º, esta por expressa remissão àquela, têm a mesma natureza, por óbvio não se lhes pode assentar natureza diversa, ao primeiro fazendo-o infração penal de resultado, e ao segundo, não.

12. É que ambas as infrações contemplam comportamentos de sonegação fiscal, que, em ambas, trazem-se em efetivo dano à Fazenda Pública, na assim manifesta volição do legislador, que alterou o entendimento passado da Lei 4729/64 quando todas as condutas por ela definidas como de sonegação fiscal não exigiam o resultado danoso ao Fisco, mas a conduta em si.

13. A distinção a se fazer do artigo 1º para o arti-

go 2º, e por isso a maior apenação conferida a ele está em que nele o contribuinte, a despeito de já se encontrar em situação de investigado pelas autoridades fazendárias, progressivamente realiza comportamentos fraudulentos. De se ler os incisos do artigo 1º, verbis:

“I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias.

II – fraudar a fiscalização tributária...”(grifei)

14. No artigo 2º, o contribuinte assume comportamentos fraudulentos, sem ainda estar sob a fiscalização tributária.

15. Esta a eloqüente distinção, cuja maior apenação à primeira infração efetivamente atende ao critério da proporcionalidade, pela maior reprovabilidade à conduta de quem, mesmo sob fiscalização, não estanca seu comportamento de sonegação fiscal.

16. Avançando, e agora sim, atingindo o porto central do pensamento do Ministro Sepúlveda Pertence, sua construção doutrinária estabeleceu constituir-se o crédito tributário, na instância administrativa-fiscal, condição objetiva de punibilidade.

17. Concede, pois, relevo ao lançamento, nestes termos, verbis:

“Da disceptação dos tributaristas em torno da natureza do lançamento – embora me valha predominantemente de passagem da admirável reconstrução teórica do tema por Alberto Xavier –, extraio apenas alguns pontos consensuais, que independem do ponto de partida teórico e aos quais, de resto, o Cód. Tributário Nacional não permite fugir.

O primeiro é – embora se conceda, ao gosto dos “declarativistas” e a teor do art. 113 CTN que “a obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador” – que o lançamento – ou, se for o caso, a sua ratificação ou alteração “em virtude de impugnação do sujeito passivo”(CTN, art. 145, I), na decisão final do procedimento administrativo – desempenha função de accertamento da existência e do conteúdo da mesma obrigação.

O que, aliás, é próprio de todo ato declaratório, como enfatiza um “declarativista” assumido, o il. Ruy Barbosa Nogueira(8), até porque, a rigor, como anota o mestre Souto Maior Borges (9), “uma eficácia jurídica puramente declaratória corresponderia a algo paradoxal”. (pg. 13, grifos do original)

18. Ao depois, diz da eficácia preclusiva à solidificação do lançamento, verbis:

“Em segundo lugar, conspiram os tributaristas, no interregno de suas desinteligências teóricas, em que a eficácia preclusiva é um dos instrumentos com os quais opera o lançamento para realizar sua função de accertamento definitivo, na órbita administrativa, da existência, individualização e quantificação do crédito tributário.

Efeito preclusivo que, como é sabido, se mani-

festa – no que interessa – contra a administração, pela impossibilidade de revisão do lançamento, em desfavor do contribuinte, salvo hipóteses legais, restritas e taxativas (CTN, arts. 145, III e 149).

“No que concerne às garantias no interesse e da iniciativa da Administração”- disserta a propósito Alberto Xavier – “a lei submeteu os poderes de revisão do lançamento de ofício a duas ordens de limite: limites temporais respeitantes ao prazo dentro do qual a revisão pode ser legitimamente efetuada, e limites objetivos, respeitantes aos fundamentos que podem ser invocados para proceder à revisão”.

“Assim- conclui -, esgotado o prazo de decadência ou não existindo fundamento legítimo de revisão, o lançamento torna-se irrevisível ou imodificável pela Administração, operando-se assim a sua eficácia preclusiva e a prevalência da relação jurídica abstrata”. (pg. 15, grifos do original)

19. Tudo assim estabelecido, ao punctum saliens chega o Ministro Sepúlveda, verbis:

“O ponto é indagar dos reflexos penais dessa eficácia preclusiva da decisão definitiva do procedimento administrativo do lançamento, em favor do contribuinte ou contra ele.

Se é contra ele – de modo a reafirmar a evasão fiscal -, para não acender a grita da corrente majoritária dos “declarativistas”, que, por isso, de regra, atribuem retroatividade ao lançamento -, convém não ir até o ponto de enxergar nessa hipótese, na decisão administrativa, um elemento essencial do tipo, que só com o advento dela se consumaria.

O que verdadeiramente ilide o juízo positivo de tipicidade - quando se cogita de crime de dano -, é a eficácia preclusiva da decisão administrativa favorável ao contribuinte: irrevisível essa, corolário iniludível da harmonia do ordenamento jurídico impede que a alguém – de quem definitivamente se declarou, na esfera competente para a constituição do crédito tributário, não haver suprimido ou reduzido tributo devido – se possa imputar ou condenar por crime que tem, na supressão ou redução do mesmo tributo, elemento essencial do tipo.” (pg. 16/17, grifei e grifos do original, também)

20. E conclui o Ministro Sepúlveda Pertence, verbis:

“De tudo resulta que, enquanto pendente o processo administrativo, essa incerteza objetiva sobre a existência e o conteúdo da obrigação permanecerá.

Ora – dadas, de um lado, a competência privativa da Administração fiscal para “constituir o crédito tributário” e, de outro, que o crime definido no art. 1º da L. 8.137 pressupõe a existência de tri-

buto – rectius, do crédito tributário – que, mediante uma das condutas prescritas, o agente antes houvesse logrado “suprimir ou reduzir” -, não se pode afirmar, sequer para a denúncia, a ocorrência desse pressuposto, enquanto, a respeito, não opere, pelo menos, o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo.

Não se trata – é imperativo notar – de subordinar a denúncia à prévia certeza de todos os elementos de fato necessários à sua procedência: seria imperdoável retrocesso relativamente à autonomia do direito de ação, pilar de todo o Direito Processual moderno.

Cuida-se, sim, de hipótese extraordinária – posto que não única -, em que, quando não a tipicidade, a punibilidade da conduta, do agente – malgrado típica – está subordinada à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal.

Por isso – se não se quer, para fugir de polêmica desnecessária, inserir a decisão definitiva do processo administrativo de lançamento entre os elementos do tipo do crime contra a ordem tributária – a questão apenas se desloca da esfera da tipicidade para a das condições objetivas de punibilidade.” (pg. 18/19, grifei e grifos do original também)

21. Explicitando ainda, verbis:

“Mas – porque, na hipótese aventada, o tipo é de mera conduta – prefiro recordar outro caso de condição objetiva de punibilidade, geralmente indicado pela doutrina e melhor assimilável à espécie: o da sentença de falência, em relação aos crimes falimentares, inclusive os de danos.

A equação é semelhante à da espécie.

Nela – sempre no suposto da sua retroatividade -, à data do fato gerador da obrigação tributária ou, pelo menos, àquela do lançamento originário, o crime material contra a ordem tributária, desde então, estaria consumado.

Não obstante, a sua punibilidade – pelas razões sistemáticas antes apontadas – estará subordinada à superveniência da decisão definitiva do processo administrativo de revisão do lançamento, instaurado em virtude de ofício ou da impugnação do contribuinte ou responsável.

Só então o fato – embora, na hipótese considerada, já aperfeiçoada a sua tipicidade – se tornará punível.

Até então, por conseguinte, a denúncia será de rejeitar-se, nos termos do art. 43, III, C. Pr. Pen., por “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”. (pg. 20)

22. Aqui, e apesar do brilho da argumentação que busquei reproduzir, no essencial, a partir do item 16, retro, aparto-me dela.

23. De plano, importa bem estabelecer o que seja condição objetiva de punibilidade.

24. Está em Giuseppe Bettiol, verbis:

“Há porém casos determinados nos quais o legislador, embora considerando estruturalmente perfeito um crime, faz depender a punibilidade do fato delituoso da verificação de um ulterior evento, que Código e doutrina chamam de condições de punibilidade. Assim, por exemplo, o fato da embriaguez recebe punição (art. 688) quando o ébrio seja surpreendido em tal estado em lugar público ou aberto ao público. (Direito Penal – vol I – pg. 240)

25. Adiante, e a partir das colocações de Vannini, prossegue o em. penalista, verbis:

“Indiscutivelmente – afora a já afirmada inexistência de um crime antes que a condição se verifique – o critério apresentado atinge o escopo porquanto isola a condição de punibilidade dos elementos do fato, e enquanto o fato é o complexo dos elementos materiais reconduzíveis à ação humana, a condição de punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer repercussão que a ação humana possa ter sob o aspecto da causalidade física ou da psicológica. Como afirmou Delitala com exatidão, a condição de punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer relação causal com a ação humana. Se ela se encontra em relação de dependência causal com a ação, no sentido de que possa ser considerado como efeito embora remoto da ação, tal evento não poderá ser considerado condição de punibilidade mas será elemento constitutivo do fato. Assim, o escândalo público no delito de incesto está sempre em dependência causal com a ação incestuosa e é portanto elemento constitutivo do fato no delito de incesto. A condição de punibilidade é independente ainda da culpabilidade, porque não se exige que ela seja desejada pelo sujeito agente.”(pg. 243/4, grifamos)

26. É por isso que, exterior ao elementos que constituem o fato típico, inclusive à culpabilidade, agregase ao conceito a expressão: objetiva. Assim, condição objetiva de punibilidade.

27. Posicionando-se na mesma linha, o em. Heleno Claudio Fragoso, centrado na punibilidade como fator de presença na estrutura do delito, ainda quando não como constitutivo, mas como decorrência inevitável esclarece, verbis:

“A punibilidade não é característica geral do crime, ou, se se quiser, elemento do crime, mas sua consequência. Porém, é indispensável à existência do delito. Pode haver crime que não seja, eventualmente, punido (morte do réu, prescrição, decadência, etc.) mas não pode haver crime que não

seja um fato punível. As condições objetivas de punibilidade são, sem sombra de dúvida, elementos constitutivos do crime, desde que sem elas o fato é juridicamente indiferente: São, pois, condições de punibilidade do fato.

Não existe crime antes que a condição objetiva de punibilidade se verifique. Antes da condição, portanto, não há crime condicional ou condicionado, nem crime de punição condicionada, mas fato irrelevante para o Direito Penal. Tal fato somente se torna punível, ou seja, somente adquire significação para o Direito Penal, no momento em que se verifica a condição objetiva de punibilidade, sendo impróprio falar-se aqui em retroação.”(Lição de Direito Penal – A Nova Parte Geral, 11ª edição – pg. 224/5, grifamos)

28. Ora, se a condição objetiva de punibilidade só pode ser um acontecimento futuro, ou concomitante, e incerto ao fato acontecido (ainda: Fragoso – pg. 226), como conciliar-se tal perspectiva com a prévia colocação do Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que, verbis:

“Donde, agredir o sistema, que a elas se equiparasse à chamada “representação-fiscal”, o que importaria confiar à burocracia fazendária – cuja ação a lei exige seja “plenamente vinculada”(CTN, art. 3º, 141 d 142) – mais que a discricão, o arbítrio para decidir da persecução ou não dos crimes contra a ordem tributária: o absurdo da conclusão evidencia o erro da premissa.

De assentar-se, pois, que nos delitos cogitados, a ação penal pública é incondicionada (1): o que significa dizer que – titular privativo de sua promoção (CF, art. 129, I) – pode o Ministério Público propô-la, independentemente de qualquer iniciativa condicionante da administração tributária – a qual, pelo contrário, está vinculada ao atendimento da requisição de documentos e informações que, para instruir eventual denúncia, por aquele lhe sejam endereçadas (LC 75, art. 8º, II; L. 8.625, art. 26, I, b).” (vide: transcrição feita no item 5, deste escrito)

29. Então, como autorizar-se, legitimando-a, a iniciativa persecutória do Ministério Público à punição do sonegador fiscal, inclusive vinculando a administração fazendária “ao atendimento da requisição de documentos e informações” à instrução de eventual denúncia, se não se verificou a condição objetiva de punibilidade: a constituição do crédito tributário?

30. Sejam rememoradas as palavras retro-transcritas do em. Heleno Claudio Fragoso, verbis:

“As condições objetivas de punibilidade são, sem sombra de dúvida, elementos constitutivos do crime, desde que sem elas o fato é juridicamente inexistente”. (transcrição no item 27, retro)

31. Como autorizar-se a persecução penal sobre fato juridicamente inexistente?

32. Na verdade, a constituição do crédito tributário jamais pode ser condição objetiva de punibilidade, mas sim questão prejudicial heterogênea.

33. Aliás, o Ministro Sepúlveda Pertence a isso justamente alude, no seguinte trecho de seu voto, verbis:

“Cuida-se, sim, de hipótese extraordinária – posto que não única -, em que, quando não a tipicidade, a punibilidade da conduta do agente – malgrado típica – está subordinada à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal.”(trecho da transcrição feita no item 20, deste)

34. Data venia, não.

35. A questão posta “à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal” e que, no caso, versa sobre a constituição, ou não, do crédito tributário, se não o afirma, por óbvio impede a afirmação de que houve supressão, ou redução, do tributo e, assim, versa sobre a tipicidade penal, daí porque se constitui em questão prejudicial – atinge a pretensão posta no juízo penal – heterogênea, porque sua decisão está “em autoridade diversa do juiz da ação penal”, para ficar-se com as próprias expressões do Ministro Sepúlveda Pertence.

36. Questão prejudicial heterogênea quando, por exemplo, o acusado apresenta, documentalmente, na sede penal a decisão administrativa de não constituição do crédito tributário e a sociedade, por seus servidores dotados de legitimação acusatória – os membros do Ministério Público – apresenta, também documentalmente, a prova do ajuizamento de ação cível a questionar tal conclusão administrativa. Abre-se campo à incidência do artigo 93, do Código do Processo Penal, tudo dentro da organicidade do due process of law..

37. Também não posso ter por adequada a ilação do Ministro Sepúlveda Pertence quando, nos instantes conclusivos de seu elaborado voto, formula, verbis:

“Até então, por conseguinte, a denúncia será de rejeitar-se, nos termos do art. 43, III, C. Pr. Pen., por “falta condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”.

38. Ora, a rejeição, por tal fundamento, da peça acusatória reveste-se do caráter dilatatório, a teor do quanto traz o Parágrafo único, do mesmo preceito, ao passo que a condição objetiva de punibilidade impede o exercício da ação penal, peremptoriamente.

39. Com o intuito único de manter sempre acesa a chama do debate, possibilidade viva do encontro, ofereço estas considerações, anotando a excelência de trabalhos a que tive acesso, dentre eles Frischeisen, Luiza: parecer dado no H.C. 26958-1 (TRT – 3ª Região) e Fischer, Douglas e Feldens, Luciano: “A decisão desconstitutiva do crédito tributário e a ação penal”.

DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Fernanda Arcoverde Cavalcanti Nogueira
Advogada em Pernambuco

Introdução

A Lei nº 9.099/95, como se sabe, criou diversas medidas despenalizadoras, entre as quais podemos citar como mais importantes a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo (também chamada de *sursis* processual).

A adoção de tais medidas teve diversos objetivos, podendo ser relacionados como mais relevantes os seguintes:

- Evita-se o assoberbamento desnecessário do Judiciário com processos de menor importância (cujo destino, quase sempre, é a prescrição), restando mais tempo para cuidar dos casos considerados mais importantes;
- O autor do fato não mais se submete às chamadas “cerimônias degradantes” referidas por Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, como citação em sua casa, interrogatório, oitiva de testemunhas, constituição de advogado para acompanhar um longo processo, entre outras;
- A forma simplificada do procedimento, com a adoção do princípio da oralidade, torna o feito mais célere, atendendo a uma justa reivindicação da coletividade insatisfeita com a morosidade dos julgamentos.
- Evitam-se diversas prisões cautelares desnecessárias, o que é extremamente salutar, diante da atual situação do sistema carcerário brasileiro;
- A aplicação imediata de medidas não privativas de liberdade afasta a sensação de impunidade.

A boa intenção do legislador, todavia, não evitou que diversas controvérsias surgissem no momento da aplicação da Lei nº 9.099/95, uma vez que diversos dispositivos carecem de maior detalhamento, exigindo que a doutrina e a jurisprudência apresentem soluções nem sempre satisfatórias para diversas hipóteses.

2. Cerne do problema

Um dos casos não solucionados pela Lei nº 9.099/95 é exatamente o descumprimento da transação penal proposta pelo Ministério Público.

A proposta de transação penal deve ser formulada quando se tratar de crime de ação penal pública, ou, nas hipóteses de ação penal pública condicionada em que houve exercício do direito de representação.

Somente ao Ministério Público, na qualidade de único titular da ação penal pública, cabe o direito de

formular proposta de aplicação imediata de pena não privativa, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95.

Obviamente, a pena não privativa de liberdade pode ser restritiva de direitos ou multa. Em relação a esta última, não há maiores controvérsias, pelo menos no que concerne à possibilidade de sua conversão em prisão.

Desde o advento da Lei nº 9.268/96, a pena de multa passou a ser considerada como dívida de valor, sendo vedada, em qualquer hipótese, sua conversão em pena privativa de liberdade.

A *vexata quaestio* está em saber como deve atuar o Ministério Público diante do descumprimento, pelo autor do fato, da avença celebrada quando da transação penal.

3. Elenco das penas restritivas de direitos

Antes de manifestar um posicionamento único em relação a todas as penas restritivas de direitos, é imprescindível que se compreenda a natureza de cada uma delas, uma vez que, em determinadas hipóteses, a solução é mais simples.

Nos termos do art. 43 do Código Penal, são penas restritivas de direitos: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana e prestação de outra natureza.

A multa, que também é uma pena não privativa de liberdade, ficará de fora do elenco, uma vez que ela é considerada dívida de valor, sendo vedada sua conversão em prisão. Deve a multa, portanto, ser executada nos termos da legislação processual civil em vigor.

4. Medidas restritivas de direitos cujo descumprimento pode ser sanado sem maiores transtornos

Nos termos do art. 45, § 1º, a prestação pecuniária “consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta). O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.

A transação penal, como se sabe, sempre deve ser homologada pelo juiz. Ora, em se tratando de compromisso de pagamento de determinado valor em dinheiro, é evidente que o inadimplemento pode ensejar o processo de execução por quantia certa, nos termos da legislação processual civil. Afinal, estaremos diante de um título executivo judicial,

conforme previsão expressa do art.584, III, do Código de Processo Civil.

Assim, pelo menos em relação à pena de prestação pecuniária, não existem maiores problemas no que concerne ao seu descumprimento, uma vez que a execução por quantia certa é o meio mais adequado para solucionar o inadimplemento.

No tocante às interdições temporárias de direitos, também não há polêmica significativa. Com efeito, prevê o art. 359 do Código Penal, em seu *caput*: "Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial".

É necessário aqui distinguir duas hipóteses, quais sejam:

O descumprimento se deu em razão de suspensão ou interdição de direitos fixada em sentença condenatória, após a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Nesse caso, a única alternativa possível é a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, pelo tempo fixado na sentença;

Se, por outro lado, a aplicação da pena se deu após a realização de transação penal, deve ser aplicado o disposto no art. 359 do CPB.

Quanto à perda de bens e valores, também não há transtorno significativo. O bem sobre o qual recairá a perda deverá ser perfeitamente individualizado. Em se tratando de bem imóvel, deve o juiz ter o cuidado de expedir, imediatamente, mandado de averbação ao competente Cartório de Registro Civil de Imóveis. Em se tratando de bens móveis, deverá ser providenciada a tradição imediata.

Finalmente, a prestação de outra natureza – que sempre depende, mesmo em caso de sentença condenatória, de anuência do autor do fato – pode, a depender da natureza da restrição imposta, padecer do mesmo problema da prestação de serviços à comunidade e da limitação de fim de semana. Caso a prestação de outra natureza tenha por objeto obrigação de dar, a solução é a mesma apresentada em relação à prestação pecuniária.

5. Prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana

As penas de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana constituem o verdadeiro dilema de juízes e membros do Ministério Público, uma vez que aparentemente não existe solução para o problema. Ou melhor, a Lei nº 9.099/95 não tratou expressamente do tema.

Suponha-se que alguém, ao celebrar a transação penal, se comprometa a prestar serviços à comunidade em um hospital público, por exemplo, pelo período de seis meses, com carga de 08 (oito) horas semanais. O que fazer se ele jamais aparecer no local?

O mesmo se aplica à limitação de fim de semana. Qual a solução para a hipótese de o autor do fato jamais aparecer em casa do albergado ou estabelecimento adequado?

5.1 – Soluções apontadas

Ao longo dos quase 07 (sete) anos de vigência da Lei nº 9.099/95, surgiram algumas sugestões para a solução

do problema. As mais aceitas serão examinadas a seguir.

5.1.1 – Conversão imediata

A primeira solução apontada é no sentido da conversão imediata da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Tal posicionamento, segundo seus defensores, estaria respaldado pela Lei de Execução Penal, em seu art. 181, §§ 1º e 2º. Não é o melhor caminho, todavia. Senão, vejamos.

A LEP somente se aplica às hipóteses de sentença transitada em julgado, em que houve a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Em outras palavras, a LEP trata da execução de sentença condenatória transitada em julgado.

A conversão imediata da medida restritiva de direitos aplicada em pena privativa de liberdade viola flagrantemente direitos constitucionais fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Poder-se-ia argumentar que o autor do fato, ao aceitar a proposta de transação penal, já se valeu do seu direito à ampla defesa. Tal argumento não estaria equivocado, mas não enfrenta a integralidade da questão.

Com efeito, ao renunciar às garantias constitucionais que lhe são postas à disposição, o autor do fato, na verdade, está manifestando sua vontade no sentido de que prefere ser submetido a determinada medida, ao invés de ter que passar por todos os dissabores de um processo penal.

Ocorre que a Lei nº 9.099/95 não prevê, em qualquer dispositivo, a possibilidade de conversão. Caso existisse tal previsão, não haveria a menor dúvida de que, ao aceitar a proposta de transação penal, o autor do fato teria que arcar com as consequências de sua decisão.

A conversão imediata, todavia, representaria uma verdadeira imposição de pena privativa de liberdade sem observância do contraditório, da ampla defesa e, sobretudo, do devido processo legal.

Finalmente, existe um argumento que aniquila qualquer possibilidade de conversão imediata. Qual seria o *quantum* da pena convertida? Quando a pena restritiva de direitos que substituiu a privativa de liberdade na sentença condenatória é convertida em prisão, existe um parâmetro, que é a pena aplicada. Qual seria o parâmetro, caso a conversão decorresse do descumprimento da transação penal? Seis meses, um ano? A única conclusão possível, portanto, é no sentido de que é absolutamente impossível converter imediatamente a medida restritiva de direitos aplicada na transação penal em prisão.

5.1.2 – Retomada do processo

Outra alternativa defendida é a possibilidade de retorno do processo, exatamente do ponto onde havia parado. O autor do fato não seria preso imediatamente e teria oportunidade de exercer seu direito à mais ampla defesa, num processo em que lhe fosse assegurado o contraditório.

Tal solução é altamente sedutora. O Estado não receberia críticas pela impunidade do sujeito ativo e este, por sua vez, teria a garantia de observância das garantias constitucionais postas à sua disposição pelo legislador de 88. É a posição que Luiz Flávio Gomes entende como a

mais adequada, embora admita que a lei não permite tal solução.

Infelizmente não é o melhor caminho. A transação penal é homologada através de uma decisão judicial – uma sentença. Esta, como se sabe, é o ato do juiz que põe termo ao processo em primeiro grau de jurisdição. Através dela, o juiz esgota sua atividade jurisdicional.

A Lei nº 9.099/95 não prevê a possibilidade de retomada do processo. Esta esbarraria em um óbice praticamente intransponível. O recomeço do processo – trata-se, na verdade, de começo, uma vez que ainda não existia processo – implicaria o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. A tendência natural seria o recebimento da peça acusatória, que, como se sabe, é uma medida que impõe um constrangimento ao réu. Tanto assim é, que pode ser impetrado *habeas corpus* para trancar a ação penal, em determinadas hipóteses.

De acordo com um princípio comezinho de hermenêutica, as regras que restringem, de alguma forma, determinado direito, devem ser interpretadas restritivamente.

Na hipótese de que ora se cuida, o retorno do processo significaria mais que uma interpretação extensiva, mas verdadeira criação de uma norma que restringiria o *jus libertatis*, o que é absolutamente inadmissível.

Assim, em nosso sentir, também não pode ser adotada a retomada do processo como sendo a melhor solução para o descumprimento da transação penal.

5.1.3 – Execução por obrigação de fazer

A última alternativa que restaria – e esta é a que nós adotamos – seria a execução específica do quanto pactuado na transação penal.

Não se pode perder de vista o fato de que o autor do fato, ao se comprometer, por exemplo, a prestar serviços à comunidade, assume uma obrigação de fazer, de acordo com a teoria geral das obrigações.

A melhor solução, portanto, seria a execução da obrigação de fazer, nos termos dos arts. 632 a 641 do Código de Processo Civil.

Poder-se-ia argumentar que o direito das obrigações não é aplicável à pena restritiva de direitos, uma vez que esta última tem natureza penal, devendo, portanto, seguir as regras da LEP para sua execução. Ademais, haveria quem afirmasse que a regra do Direito Civil, segundo a qual não se pode compelir materialmente alguém a fazer algo, sob pena de odiosa restrição à liberdade, não pode ser aplicada ao Direito Penal. Tal raciocínio, todavia, seria distorcido.

Com efeito, não existe qualquer razão lógica para que se admita a execução civil para a multa e a prestação pecuniária e não se adote o mesmo raciocínio para as penas restritivas de direitos.

Não é demais lembrar que, embora estejamos nos referindo a pena restritiva de direitos, na verdade, o que temos, quando da celebração da transação penal, é uma medida restritiva de direitos, o que, de imediato, afasta a possibilidade de aplicação da LEP.

De acordo com o disposto no CPC, deve-se tentar,

ao máximo, a execução específica da obrigação de fazer. Caso não seja possível, parte-se para a indenização.

Não se pode perder de vista o fato de que o legislador, ao elaborar a Lei n. 9.099/95, teve em mente abolir a pena de prisão para as infrações de menor potencial ofensivo. Ora, se a idéia é exatamente evitar a odiosa pena de prisão, qual o problema em se admitir que a obrigação de fazer, uma vez constatada sua impossibilidade de realização material, se converta em obrigação de indenizar?

6. Conclusão

A falibilidade, como se sabe, é intrínseca à condição humana. Com o legislador da Lei nº 9.099/95 não poderia ser diferente e não haveria possibilidade de se prever, em um único momento e em apenas um texto legislativo, todos os desdobramentos das medidas despenalizadoras criadas.

Diante da omissão legislativa, portanto, entendemos que a única solução viável para o descumprimento da transação penal, no que se refere à prestação de serviços à comunidade e à limitação de fim de semana, é a execução civil da medida, considerada como obrigação de fazer.

Mesmo reconhecendo que a solução pode transmitir a idéia de uma certa impunidade diante do descumprimento de uma decisão judicial – ainda que esta seja meramente homologatória – a medida é a única adequada ao espírito da lei e, principalmente, ao *jus libertatis* do indivíduo. Até que haja uma reforma da Lei nº 9.099/95, não vislumbramos outra alternativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bitencourt, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, Parte Geral, 5ª edição, São Paulo, RT, 1999.
- Capez, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2001.
- Fernandes, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional, 1ª edição, São Paulo, RT, 1999.
- Gomes, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão, 1ª edição, São Paulo, RT, 1999.
- Gonçalves, Victor Eduardo Rios. Juizados Especiais Criminais, 1ª edição, São Paulo, Saraiva, 1998.
- Grinover, Gomes Filho, Fernandes & Gomes. Juizados Especiais Criminais, 3ª ed., São Paulo, RT, 1999.
- Mirabete, Julio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais, 3ª edição, São Paulo, Atlas, 1998.
- Prado, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, v. 4, 1ª edição, São Paulo, RT, 2001
- Rangel, Paulo. Direito Processual Penal, 3ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.
- Toledo, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2000.
- Tourinho Filho, Fernando da Costa. Comentários à lei dos Juizados Especiais Criminais, 1ª edição, São Paulo, Saraiva, 2000.
- Tourinho Filho, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal, 1ª edição, São Paulo, Saraiva, 2001.

DESCONSTITUIÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO

CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL - OUTRAS PROVAS - INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen
PRR/3ª Região

Recurso em Sentido Estrito

Autos nº 000000 00000 0000

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: XXXXXX XXXXX

Relator: Desembargador Federal Oliveira
Lima - 1ª Turma

Recurso em sentido estrito. Art. 1º inciso I da Lei nº 8.137/90. Rejeição da denúncia por que estaria fundamentada em provas obtidas por meio ilícito, in casu, extratos bancário obtidos sem autorização judicial. Existência dos requisitos formais do art. 41 e 43 do Código de Processo Penal. Equivocada a decisão de primeiro grau a quebra de sigilo bancário foi determinada por autoridade judicial competente. Existência de outros documentos, além dos extratos bancários, para sustentar a denúncia, sendo que sobre estes não foi alegado qualquer vício. Inaplicabilidade da Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos e inocorrência de qualquer violência ao contraditório nos autos do procedimento administrativo. Independência entre as esferas administrativa e penal, ademais, a decisão do Primeiro Conselho de Contribuintes apenas afastou em parte a cobrança do tributo, subsistindo assim a materialidade. Pelo provimento do recurso ministerial.

Douto Relator
Colenda Turma

I.) Dos fatos:

O Ministério Público Federal denunciou XXXXX XXXX como incurso nas sanções do art. 1.º, I, da Lei nº 8.137/90, pois este, na qualidade de contribuinte, foi intimado a prestar declarações acerca dos ganhos auferidos nos anos de 1991 a 1993, e não constantes das declarações de ajuste anual de imposto de renda de pessoa física realizadas pelo mesmo nos anos de 1992 a 1994, respectivamente.

Segundo a inicial acusatória, a justa causa repou-saria na incongruência entre os valores declarados pelo acusado e aqueles demonstrados em outros documentos, notadamente os extratos bancários acostados aos autos e certidões de imóveis alienados no período. Tudo apurado em procedimento administrativo realizado pela Receita Federal.

O Juízo rejeitou a denúncia, aduzindo que as provas acostadas aos autos (extratos bancários) teriam sido obtidos sem autorização judicial, portanto, ilícitos e imprestáveis para iniciar uma ação penal. Menciona ainda a impossibilidade e lançar-se imposto de Renda apenas com base nos referidos extratos (fls. 1297/1307).

O Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito, onde aduz: a) que não caberia análise da prova produzida nesta fase processual; b) que os extratos bancários foram obtidos em cumprimento a uma decisão judicial; c) a existência de outros elementos, além dos extratos bancários, para fundamentar a denúncia (fls. 1314/1321).

A defesa do denunciado apresentou contra-razões, nas quais menciona: a) a impossibilidade de cobrança de imposto de renda somente com base em extratos bancários, não existindo portanto tributo a ser suprimido; b) que o procedimento administrativo que acompanhou a denúncia seria inválido pois não obedeceu o contraditório. (fls. 1328/1347).

Em Juízo de retratação, a rejeição da denúncia foi mantida (fls. 1357/1360).

Vieram os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, após, foram remetidos ao Ministério Público Federal para apresentação de parecer.

É o breve relatório. Segue a manifestação.

O recurso interposto deve ser provido.

II) Das razões pelas quais a denúncia mostra-se apta a ser recebida:

a) Da existência dos requisitos formais descritos nos arts. 41 e 43 do Código de Processo Penal:

A denúncia preenche os requisitos formais descritos no art. 41 do Código de Processo Penal, estando

também ausentes qualquer das circunstâncias descritas no art. 43 do mesmo estatuto.

Estão descritos a conduta criminosa, caracterizada pela omissão de rendimentos auferidos pelo acusado nas declarações anuais de ajuste de imposto de renda. Descrevendo ainda, minusiosamente, todas os rendimentos não declarados ano a ano.

A classificação do crime também se encontra presente, sendo imputada ao acusado a prática do delito descrito no art. 1º, inciso I da Lei nº 8.137/90 que determina como crime a redução ou supressão de tributo mediante omissão de informações ou prestação de declarações falsas à autoridade tributária.

Evidente que os fatos narrados, em tese, podem ser considerados como o crime descrito na denúncia.

A prescrição ainda não se verifica, pois os fatos criminosos ocorreram nos anos de 1992 a 1994, e, segundo o art. 1º da Lei nº 8137/90, a pena máxima cominada ao delito é de 05 (cinco) anos, portanto, o prazo prescricional é de 12 (doze) anos, conforme art. 109, III do Código Penal. Inexiste também qualquer outra causa extintiva de punibilidade.

O crime é de ação penal pública incondicionada, não existindo qualquer formalidade maior a ser cumprida.

Quanto aos elementos que acompanham a inicial acusatório, estes apontam para fortes indícios de materialidade e autoria delitivas, sendo obtidos de forma lícita, conforme restará abaixo descrito.

b.) Da justa causa para ação penal :

Como justa causa entende-se a existência de elementos mínimos de convicção para que se ajuíze uma ação penal, elementos estes que indiquem a possibilidade de prática de conduta típica, cuja punibilidade ainda não foi extinta.

c) Da inexistência de provas ilícitas face a autorização judicial para a quebra do sigilo bancário:

Fundamentou o Juízo monocrático, na decisão que rejeitou a denúncia :

“(…) deve-se ressaltar, desde logo, que a denúncia foi baseada em provas ilícitas, porquanto não existe decisão judicial, (de Juiz Federal) autorizando a quebra do sigilo bancário do acusado, não podendo portanto os extratos bancários, obtidos inconstitucional e ilegalmente, servir de suporte ou lastro da peça acusatória.” (grifos do original)

Porém, nos caso dos autos, não há qualquer ilicitude na prova produzida.

A quebra do sigilo bancário do denunciado foi

autorizada por autoridade judicial, conforme bem destacado no recurso interposto.

Segundo consta dos autos, XXXXX XXXXX figurava como indiciado no Inquérito Policial nº 117/94, que tramitou na Justiça Estadual de São Paulo e investigava a existência de quadrilha especializada em jogo do bicho e envolvimento com o crime organizado.

Os referidos autos foram designados como autos nº 177/97 pela 7ª Vara Criminal na Justiça Estadual, comarca de São Paulo, e encontram-se no Tribunal de Justiça, onde receberam o nº 3250863/2 e estão pendentes de apreciação de recurso em sentido estrito.

Naqueles autos, o Juízo Criminal que atuava no caso determinou a quebra de sigilo bancário de XXXXX XXXXX e, com a vinda dos extratos bancários, o Ministério Público do Estado de São Paulo verificou a possível existência de delitos que somente poderiam ser julgados por autoridade federal (crime de sonegação fiscal de tributos federais).

Desta forma, foram extraídas cópias do aludido inquérito que poderiam ser utilizados pelo Ministério Público Federal para a eventual propositura de ação penal.

Com a remessa destes documentos ao Ministério Público Federal, este solicitou que a Receita Federal elaborasse uma Ação Fiscal destinada a apurar a existência e o montante de impostos sonegados.

O procedimento administrativo foi concluído, tendo sido lavrado um Auto de Infração no valor de R\$ 2.357.205,92 (Dois milhões, trezentos e cinquenta e sete mil, duzentos e cinco reais e noventa e dois centavos), atualizado até fevereiro de 1997.

Percebe-se, portanto, que não há qualquer ilegalidade na prova acostada aos autos, pois a quebra de sigilo bancário foi determinada pela autoridade competente, naquele momento, para apurar as práticas delitivas sob investigação. A vinda dos autos ao Ministério Público Federal foi mera continuação das investigações já iniciadas.

d) Da presença de outros documentos que acompanham a denúncia, além daqueles oriundos da quebra de sigilo bancário autorizada por autoridade judicial:

Fato não observado pelo Juízo é que, além dos extratos bancários que este entendeu obtidos por meio ilícito, outros documentos foram acostados aos autos, que demonstram a possível ocorrência de ilícito penal descrito no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

Descreve a própria inicial acusatória:

“Apurou-se uma variação patrimonial a descoberto nos meses de janeiro a dezembro de 1991. Restando apurado, também, um ganho capital tributável na operação relativa à alienação do

imóvel situado na Rua Jarínú, 265, lotes 7 e 8 da quadra 3, do loteamento denominado Cidade Mãe do Céu”, no Tatuapé, omitido pelo contribuinte na declaração de rendimentos.”

Desta forma, nota-se que nem todas as condutas delitivas imputadas ao ora recorrido tiveram por base apenas os extratos bancários, sendo que o acréscimo patrimonial da venda do mencionado imóvel foi demonstrada através de certidão do Cartório de Registro Público.

Conclui-se que, mesmo que os extratos tivessem sido obtidos por meio ilícito, ainda restariam outros elementos de prova que indicam a prática de delito de sonegação fiscal.

III.) Da inaplicabilidade dos argumentos mencionados na decisão que rejeitou a denúncia, no presente caso:

A decisão guerreada utilizou, dentre outros argumentos, o entendimento expressado na Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, de modo a repelir o lançamento tributário efetuado pela Administração. Transcreva-se, a propósito, o teor da referida Súmula:

*“É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.”*¹

A Súmula foi editada para dar interpretação a dispositivo dos Regulamentos do Imposto de Renda de 1975 e 1980, que permitiam o lançamento do Imposto de Renda, por arbitramento, com base em sinais exteriores de riqueza.

Dando concretidade ao dispositivo, a Administração passou a utilizar extratos bancários como critério para se aferir a diferença entre a renda declarada e a renda efetivamente obtida pelo contribuinte.

A Súmula não condenou tal prática – até porque os depósitos bancários são muito úteis para verificar as receitas de uma pessoa – apenas expressou o entendimento de que os extratos não constituem prova absoluta de sinais exteriores de riqueza.

É claro que, pela verificação de depósitos/saques bancários incompatíveis com a renda declarada pelo contribuinte, há fortes indícios de que houve sonegação de tributos. O contribuinte pode, portanto, apresentar provas em contrário, justificando a origem das receitas e os motivos para a não declaração.

Os seguintes acórdãos, proferidos pelo Tribunal Federal de Recursos após a edição da Súmula 182, expressam que foi esse o entendimento adequado:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

I-

Os depósitos bancários em nome do contribuinte constituem indícios dos quais decorre a presunção do auferimento de renda. Havendo, porém, elementos de convicção em sentido contrário, ainda que não consubstanciam prova inequívoca, tal presunção não se presta para justificar o lançamento do imposto de renda.

II-

Inteligência da Súmula 182 deste Tribunal.

III-

*Apelação provida.”*²

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. SÚMULA N.º 182.

I-

Segundo a Súmula n.º 182 do TFR, é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários. Ao caso, porém, não tem aplicação o referido verbete, vez que o lançamento não se baseou somente nos citados elementos. De outra parte, o autor, embora tivesse tido oportunidade, descuroou-se da produção da perícia contábil, para demonstrar a ocorrência de equívoco no levantamento fiscal, que diz ter ocorrido.

II-

*Apelação desprovida. Sentença parcialmente reformada.”*³

“IMPOSTO DE RENDA. MANDADO DE SEGURANÇA. SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA.

I-

Autuação do Fisco, baseado em depósitos bancários em montante superior à renda declarada, montante que resta com origem incomprovada. Não constitui ilegalidade fiscal tal auto.

II-

O mandado de segurança não é o meio adequado para evitar o procedimento fiscal, que se apresenta ordenado de regularidade.

III-

*Improvemento do recurso voluntário.”*⁴

A Lei n.º 8.021/90 estatuiu regra semelhante no art.6.º:

“Art. 6.º O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

§1.º Considera-se sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte.

§2.º *Constitui renda disponível a receita auferida pelo contribuinte, diminuída dos abatimentos e deduções admitidos pela legislação do imposto de renda em vigor e do imposto de renda pago pelo contribuinte.*

(...)

§5.º *O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.*”

O §5.º é extremamente claro: o arbitramento do valor do imposto será feito com base em extratos bancários sempre que o contribuinte não comprovar a origem dos recursos movimentados. Isso vai de encontro às afirmações anteriores: sem a comprovação da origem dos recursos, a presunção dos sinais exteriores de riqueza não se afasta.

O acusado recebeu diversas intimações, sem apresentar os documentos solicitados, limitando-se a mencionar que passava por problemas de saúde e requerendo dilações de prazo.

Após diversas prorrogações, e passados 124 (cento e vinte quatro dias) desde o recebimento da 1ª intimação para apresentar os esclarecimentos, foi lavrado o auto de infração, face a não apresentação das informações solicitadas pela Receita Federal (fls. 1139).

Assim, o percebe-se que denunciado teve mais de quatro meses para esclarecer as incongruências entre a movimentação descrita nos extratos bancários e os valores declarados por este nas declarações de ajuste anual de imposto de renda.

Por fim, a defesa alega que o processo administrativo que resultou no Auto de infração sob análise é nulo, pois não teria sido obedecido o princípio do contraditório.

Ressalte-se que este fato não foi objeto de apreciação pelo magistrado de primeiro grau.

Além disto, não são as contra razões ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal a peça processual adequada para dirimir-se a questão. Se o ora denunciado quisesse impugnar o auto de infração por vício de contraditório, deveria fazê-lo perante a autoridade administrativa.

Porém, segundo consta dos autos, a pretensa nulidade foi rejeitada tanto em primeiro quanto em segundo grau administrativo (fls. 1260 e 1269/1270).

Percebe-se, também, que a alegação não procede, até porque foram acostadas diversas petições assinadas pelo próprio denunciado naqueles autos, prova inequívoca de que este tinha total consciência do procedimento que ali tramitava (fls. 910/912 e 914).

Além disto, o fato inusitado de constituir seu **motorista particular** como bastante procurador para atuar

perante a **Receita Federal** (fls. 904), isto em data posterior ao início do procedimento administrativo, demonstra que o acusado tinha plena consciência do que acontecia.

Assim, não houve qualquer violência ao contraditório que pudesse gerar invalidade no procedimento administrativo.

IV.) Da decisão da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes :

O recorrido em acostou petição onde mencionava a existência de recurso administrativo no âmbito da Receita Federal, no qual se discutia exatamente o *quantum* devido em relação às condutas descritas na denúncia. Assim existindo dúvida quanto ao valor devido pelo contribuinte, requer o sobrestamento do presente feito.

Mesmo que esta questão não tenha sido objeto de apreciação pelo juízo de primeiro grau, nada impede que a mesma já seja apreciada, uma vez superada as dúvidas quanto a legalidade da quebra de sigilo bancário.

Na verdade, seria um medida de mera economia processual, para que o Juízo monocrático novamente não rejeite a denúncia, desta vez sob novo argumento.

Além disto, como o pedido formulado no recurso é exatamente o recebimento da denúncia, todas as questões a ele pertinentes, analisadas ou não em primeiro grau jurisdicional, devem ser objeto de deliberação por este Egrégio Tribunal.

Quanto à decisão proferida pelo Primeiro Conselho de contribuintes duas alegações podem ser feitas: a) esta é totalmente irrelevante para o caso dos presentes autos, dada a independência entre as esferas penal e administrativa; b) que, mesmo que a referida decisão tivesse alguma relevância, esta apenas afastou parte da cobrança do tributo devido pela omissão do ora acusado, apenas reduzindo o montante.

a) Da inexistência de vinculação entre a decisão do procedimento administrativo e o processo penal, no caso em tela:

Quanto a independência entre as esferas administrativa e penal muito já se decidiu, quer em relação à não aplicabilidade do art. 83 da Lei nº 9.430/96, quer em relação ao fato do procedimento administrativo não constituir questão prejudicial para o mérito da ação penal.

O art. 5.º, XXV da Constituição Federal estatui o princípio do acesso ao Judiciário, *in verbis*:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O acesso ao Judiciário é a garantia de julgamento por um órgão imparcial e competente. Revestido de tais prerrogativas, cabe a este Poder o pronunciamento final acerca dos conflitos que a ele são levados – e pronunciamento que se quer justo e legal, posto deve ser amparado no devido processo legal, com observância do contraditório e da ampla defesa.

O processo judicial é, portanto, o meio mais adequado para o solucionamento dos conflitos e, na hipótese, para a condenação ou absolvição do réu. Em conformidade ao devido processo legal, o acusado tem, ao longo da ação penal, oportunidade de se defender, de apresentar provas, de invocar a decisão administrativa que lhe foi favorável, etc. Na fase recursal atual, permanecem as mesmas prerrogativas.

Ressalte-se que a denúncia esta suficientemente embasada de modo a indicar a materialidade e indícios de autoria do delito.

Além disso, considerar o prévio esgotamento da via administrativa condição de procedibilidade da ação é subordinar o Poder Judiciário ao Poder Executivo, em afronta ao princípio da separação de poderes, estatuído no art. 2.º da Constituição Federal:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Por fim, saliente-se que o Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal, segundo o art. 129, I da Constituição Federal:

*“São funções institucionais do Ministério Público:
I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”*

Isso significa que o Ministério Público tem o **poder-dever** de promover a ação penal pública, mediante o oferecimento de denúncia, se tiver elementos bastantes para tal. Assim, ainda que exista um procedimento administrativo fiscal em curso, se o Ministério Público entende que há materialidade e indícios de autoria do crime ele não só pode, como deve oferecer a denúncia, em cumprimento ao seu papel institucional.

Muito se discutiu acerca do art. 83 da Lei n.º 9.430/96, *in verbis*:

“A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.”

Após a edição da Lei n.º 9.430/96 formou-se uma

corrente de opinião sustentando que fora estabelecida uma condição de procedibilidade para a propositura de ação penal nos crimes contra a ordem tributária, o que inclusive motivou algumas decisões deste E. Tribunal Regional Federal no sentido de suspender a ação até a decisão final no âmbito administrativo.

Em face disso, foi intentada pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República Ação Direta de Inconstitucionalidade, registrada sob n.º 1571-1 no STF, de relatoria do Ministro Néri da Silveira. Embora o pedido de liminar tenha sido indeferido – somente porque o STF fez uma interpretação conforme à Constituição – o entendimento do STF foi no sentido de que o dispositivo dirigia-se unicamente à Receita Federal, não vinculando o Ministério Público e não constituindo nenhuma condição de procedibilidade nos crimes fiscais:

“(…)

Dispondo o art. 83, da Lei n.º 9430/96 sobre a representação fiscal, há de ser compreendido nos limites da competência do Poder Executivo. Prevê, desse modo, o momento em que as autoridades competentes dessa área da Administração Federal deverão encaminhar ao Ministério Público Federal os expedientes contendo notitia criminis, acerca de delitos contra a ordem tributária, previstos nos arts. 1.º e 2.º, da Lei 8137/90. Estipula-se, para tanto, que a representação fiscal seja feita ‘após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente’.

Bem de entender, assim, é que a norma não coarctar a ação do Ministério Público Federal, a teor do art. 129, I, da Constituição, no que concerne à propositura da ação penal. Dela não cuida o dispositivo, imediatamente. Decerto, tomando o MPF, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária, não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso. É de observar, ademais, que, para promover a ação penal pública, ut art. 129, I, da Lei Magna da República, pode o MP proceder às averiguações cabíveis, requisitando informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos preparatórios da ação penal (CF, art. 129, VI), requisitando também diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII), o que, à evidência, não se poderia obstar por norma legal, nem a isso conduz a inteligência da regra legis impugnada ao definir disciplina para os procedimentos da Administração Fazendária. Decerto, o art. 83 em foco quer não aja a Administração, desde logo, sem antes concluir o processo administrativo fiscal, mas essa conduta impos-

ta às autoridades fiscais não impede a ação do MPF, que, com apoio no art. 129 e seus incisos, da Constituição, poderá proceder, de forma ampla, na pesquisa da verdade, na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado o ilícito, inclusive no plano tributário. Não define o art. 83, da Lei n.º 9430/96, desse modo, condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo MP, que poderá, na forma de direito, mesmo antes de encerrada a instância administrativa, que é autônoma, iniciar a instância penal, com a propositura da ação correspondente.”

Diante do que decidiu o STF, ficou claro que o art. 83 da Lei n.º 9.430/96 não criou qualquer fator condicionante à atuação do Ministério Público no tocante ao oferecimento de denúncia relativa a crimes contra a ordem tributária.

Em recentes decisões, o STJ pronunciou-se nesse sentido:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA. NÃO-INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DO DENUNCIADO, NOS CRIMES SOCIETÁRIOS. TEMPERAMENTO DO ART. 41, DO CPP.

(...)

O Ministério Público é o dominus litis da ação penal pública (CF, art. 129, I). A conclusão do procedimento administrativo-tributário não constitui pressupostos, nem condição jurídica para a atuação do órgão ministerial que, dispondo de outros meios probatórios, poderá oferecer denúncia, visto que as esferas administrativa e penal são autônomas. Recurso conhecido, mas desprovido.”⁵

Nesta mesma linha de raciocínio, o Judiciário também não ode ficar subordinado a decisão proferida em procedimento administrativo, aliás, pela imparcialidade e garantias que possui, e pelo próprio procedimento adotado, é muito mais adequado que o próprio Juízo, ante os elementos de prova trazidos aos autos, decida pela existência de indícios suficientes de materialidade e autoria delitivas para receber a denúncia.

Assim, a existência de recurso na esfera administrativa nem mesmo configura questão prejudicial para o exame de mérito da ação penal.

Nesse sentido, cite-se decisão da própria Segunda Turma deste Egrégio Tribunal :

“HABEAS CORPUS. DESCAMINHO IMPUGNAÇÃO DO CONTRIBUINTE. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO, INADMISSIBILIDADE.

I- O artigo 83 da Lei n.º 9.430/96 não instituiu uma condição de procedibilidade da ação PENAL, apenas disciplinando o dever de comunicação dos ilícitos criminais, que cabe aos funcionários da Administração Fiscal;

II- A solução do procedimento fiscal não interfere no reconhecimento de justa causa para ação PENAL, por não se constituir em elemento do delito, também não versando QUESTÃO PREJUDICIAL e não ensejando a suspensão do processo;

III- Matéria redutível ao princípio de independência das instâncias PENAL e administrativa.

IV- Ordem denegada. “6

Ora, se realmente alguém deve apurar a existência de materialidade delitiva, que seja o Juízo criminal, ainda mais tendo em vista a busca da verdade real que permeia o processo penal.

Caso houvesse alguma decisão vinculante, certamente seria a decisão judicial em relação a administrativa, e nunca o contrário.

Nem se diga que a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Nelson Jobim (HC – 81.324 julgado em 12.03.02) seria aplicável ao caso em tela. Decisão, aliás, isolada mesmo dentre os Tribunais Superiores.

Naqueles autos, conclui o Ministro que não existiria justa causa para a ação penal se a representação encaminhada pelo Bacen, único elemento a fundamentar a denúncia, acabou sendo modificada e a conduta foi considerada lícita pela própria autoridade administrativa.

Por duas razões aquele entendimento não se aplica aos autos, primeiro, porque foi o próprio Ministério Público Federal que solicitou a instauração de procedimento administrativo, já vislumbrando possível crime tributário no caso dos autos. Segundo, por que a decisão na esfera administrativa proferida no caso destes autos não afastou completamente a incidência de imposto, apenas impediu parte da cobrança, conforma será abaixo descrito.

Pois bem, ainda que se considerasse que a decisão administrativa tem alguma relevância para ao recebimento da denúncia e início da ação penal, perceba-se que não houve desconstituição total do crédito tributário. Assim, em relação às diversas condutas narradas na inicial acusatória, nem mesmo haveria que se falar em afastamento de prova da materialidade delitiva.

Conforme descrito em item anterior, surgiu o entendimento que seria impossível lançar-se Imposto de Renda tendo por base apenas os extratos bancários do contribuinte.

Esta alegação foi utilizada pelo Juízo monocrático e já foi analisada, também em item anterior.

A decisão da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, porém, restringiu-se a não permitir a cobrança de Imposto de Renda em relação aos cheques emitidos pelo contribuinte, também apurados por quebra de sigilo bancário.

Para melhor visualização, abaixo serão transcritos alguns trechos da mencionada decisão, onde se admite, ainda que em parte, a cobrança de imposto de renda apurada mediante extratos bancários:

“ Não concordo com o suplicante quando afirma que o lançamento foi feito levando em consideração basicamente os extratos bancários. Na realidade, o procedimento fiscal decorreu de uma análise das origens e aplicações dos recursos (“ fluxo de caixa”) ou seja, verificou-se que todos os ingressos e todas as saídas. Assim, onde a fiscalização constatou a existência de saldo “negativo”, houve a tributação, o que facilmente se justifica : “ se o suplicante aplicou/gastou mais do que tinha recursos justificáveis, de algum lugar veio os referidos recursos. Neste caso há a presunção legal de que houve omissão de rendimentos, evidentemente, admitindo-se prova em contrário. Porém, o ônus é do autuado.” (grifo nosso)

Prossegue ainda a autoridade administrativa: “Por outro lado, analisando os demonstrativos, constata-se às fls. 1093/1114, que o autuante considerou também consumido todos os cheques pagos no caixa e os cheques compensados. Entretanto, neste caso específico, permito-me com o devido respeito, divergir da autoridade lançadora bem como da autoridade de 1º grau, diante das razões e evidências a seguir expostas.” (grifos nossos)

Após longa explanação, conclui a autoridade que: “ Restando incomprovado indício de sinal exterior de riqueza, caracterizado por realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte, **não há como manter o arbitramento com base em cheques emitidos, cuja origem não foi comprovada pelo contribuinte.**

Desta forma, entendo que se faz necessário excluir dos Demonstrativos de Aplicações de

Recursos os valores relativos aos cheques emitidos, conforme o demonstrativo abaixo:”

Assim percebe-se que a decisão proferida pelo Primeiro Conselho de Contribuintes apenas concluiu que, em relação aos cheques emitidos pelo ora recorrido, não seria possível lançar-se tributo, pois a Receita Federal deveria ter procurado descobrir a origem e destinação dos mesmos, já que seria possível tal apuração.

Mantido o crédito tributário em relação aos demais fatores apurados nos extratos, persiste a materialidade delitiva, ainda que se considerasse que a decisão proferida em âmbito meramente administrativo repercute na esfera criminal.

V)- CONCLUSÃO:

Assim:

a) considerando que a quebra de sigilo bancário foi determinado por autoridade competente (conforme decisão em anexo);

b) considerando que a prova produzida nos autos é lícita;

c) considerando ainda que existem outros elementos nos autos, além dos extratos bancários, que apontam para a prática delitiva;

d) por fim, considerando que o caso dos autos é de mera rejeição da denúncia, e, para o recebimento desta, não se exige prova aprofundada da materialidade e autoria delitiva, mas apenas elementos que autorizem o início da ação penal e possibilitem o exercício do direito de defesa;

O Ministério Público Federal requer que seja dado provimento ao recurso em sentido estrito interposto pela acusação, devendo ser recebida a denúncia oferecida em face de Osvaldo Sampaolo.

São Paulo, 21 de março de 2002.

¹ DJU 07/10/85, p. 7483.

² Apelação Cível n.º 101.573; relator: Min. Hugo Machado – 4.ª Turma; DJU 24/10/88.

³ Apelação Cível n.º 90.219; relator: Min. Antonio de Pádua Ribeiro – 4.ª Turma; DJU 07/08/86.

⁴ Apelação Cível n.º 107.586; relator: Min. Pedro Acioli – 5.ª Turma; DJU 22/05/86.

⁵ RHC 10163/PA; relator: Min. José Arnaldo da Fonseca – 5.ª Turma; DJU 05/03/2001, p. 183.

⁶ TRF 3ª Região- HABEAS CORPUS – 10407 Processo: 2000.03.00.051152-1 UF: MS Orgão Julgador: SEGUNDATURMA Data da Decisão: 31/10/2000 Documento: TRF300053645 Fonte DJU DATA:07/02/2001 PÁGINA: 266 Relator JUIZ PEIXOTO JUNIOR

A COMPETÊNCIA FEDERAL E OS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE

Uma crítica à jurisprudência dos Tribunais Superiores

Ubiratan Cazetta
PR/PA

No momento em que se discute, na reforma do Poder Judiciário, a atribuição de efeito vinculante aos precedentes jurisprudenciais dos tribunais superiores², imprescindível se torna uma análise criteriosa de tais decisões, a fim de evitar a cristalização de entendimentos equivocados, nascidos da massificação de demandas aparentemente semelhantes.

Exemplo eloqüente desta realidade extrai-se da indefinição quanto aos limites de competência da Justiça Federal nos crimes ambientais³.

A ninguém é dado desconhecer que o critério básico de definição da competência criminal que o Constituinte de 1988 reservou aos juízes federais está vinculado aos atos típicos cometidos “em detrimento de **bens, serviços ou interesse** da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”, na forma prevista no inciso IV do artigo 109 da Carta da República.⁴

Antes da edição da Lei 9605/98, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça havia consagrado, na Súmula STJ 91⁵, a competência da Justiça Federal para o conhecimento dos crimes contra a fauna.

Tal entendimento, em realidade, expressava a manutenção de precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos, enunciados na Súmula TFR 22.

A análise dos julgados que levaram à edição da Súmula STJ 91 (e, também, da TRF 22) torna fácil concluir que sua base de sustentação encontra-se na premissa de que os animais silvestres estariam incluídos dentre os **bens da União**, atraindo, então, a competência federal para o julgamento de tais atos ilícitos.

Editada a Lei 9605/98, o STJ passou a inclinar-se pelo cancelamento da Súmula, fato que se consolidou em 08/11/2000, por deliberação de sua Terceira Seção⁶.

Se a premissa para a construção da Súmula STJ 91 fora a inclusão da fauna silvestre como “bem da União”, para seu desfazimento argumentou-se que a atribuição de competência *concorrente* aos entes federativos para legislar e *communis* para proteger o meio ambiente teria retirado da União “a propriedade da fauna silvestre”, afastando a competência federal.

O cancelamento deu origem, então, a um juízo negativo, quase que instituidor de uma “Súmula 91-A”, que reiteradamente exclui a competência federal para crimes ambientais, restrita esta às hipóteses de ocorrência de dano

em unidade de conservação federal ou em área de domínio da União, tal como se depreende de diversas decisões do STJ⁸, bem resumidas na ementa do Conflito de Competência 27.848-SP, relator o Ministro HAMILTON CARVALHIDO:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIMES CONTRA A FAUNA. SÚMULA 91/STJ. INAPLICABILIDADE APÓS O ADVENTO DA LEI 9.605/98. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. Conflito de competência entre as Justiças Estadual e Federal que se declaram incompetentes relativamente a inquérito policial instaurado para a apuração do crime de comércio irregular de animais silvestres.
2. Em sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e inexistindo, quanto ao crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça Comum Estadual.
3. Inexistindo, em princípio, qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União (artigo 109 da CF) afasta-se a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento de crimes cometidos contra o meio ambiente, aí compreendidos os delitos praticados contra a fauna e a flora.
4. Inaplicabilidade da Súmula n.º 91/STJ, editada com base na Lei 5.197/67, após o advento da Lei n.º 9.605, de fevereiro de 1998.
5. Conflito conhecido para que seja declarada a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional V – São Miguel Paulista – São Paulo/SP, o suscitado.”

A despeito da homenagem que se deve prestar às decisões dos Tribunais Superiores, é patente o descompasso tanto das premissas que consolidaram a Súmula STJ 91, quanto daquelas que levaram ao seu cancelamento, pois, num como noutro caso, reduzem a questão ambiental a uma interpretação patrimonialista, incompatível com a natureza dos bens tutelados.

Difícil imaginar algo mais tipicamente difuso do que o “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”⁹.

Constatar a natureza difusa do bem jurídico tutelado e, ainda assim, apegar-se a padrões individualistas (como a noção de patrimônio) para a definição de competência é, além de incongruente, negar à Constituição Federal qualquer prestígio.

A discussão sobre a eventual propriedade do imóvel em que ocorrido o dano ambiental é, em regra, por tudo e em tudo, impertinente para a proteção ao meio ambiente. Ou será que o simples fato de ser proprietário de um imóvel confere a alguém a possibilidade de “provocar incêndio em mata ou floresta”¹⁰?

Poderá alguém, titular do domínio sobre vasta área de terra, “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que possam resultar em danos à saúde humana”¹¹, desde que contenha tal dano aos limites de sua propriedade?

Teríamos, ao invés de avançar na proteção ao patrimônio ambiental, regredido ao pensamento individualista do início do século 20, resolvendo o tema com a visão de dominialidade?

Não é crível que seja esta a resposta e, se não o é, como, então, priorizar, para a definição de competência, o critério da “propriedade do bem”, reservando-se à Justiça Federal o conhecimento apenas de fatos típicos ocorridos em áreas de domínio da União ou em unidades de conservação criadas pelo ente federal?

Se é fato que a ofensa a “bem da União” é a hipótese mais fácil de se identificar como definidora da competência federal, não é ela nem a principal, nem a única *vis atrativa* da competência da Justiça Federal, pois outros dois elementos podem estar mais fortemente presentes: a ofensa a **serviços** e a **interesse** da União.

A tênue linha divisória que delimita a competência jurisdicional estadual e federal é objeto de diversos embates, especialmente em situações em que presente a competência legislativa concorrente ou a competência comum dos entes federativos.

Em definição sucinta, o Ministro NELSON JOBIM ressalta que “o que visava e visa a Constituição é assegurar o conhecimento à Justiça Federal do que esteja sob a égide da União”¹².

Resta saber, portanto, se estão “sob a égide da União” situações em que haja competência concorrente ou comum de entes federativos.

Em precedente que não cuida de tema ambiental¹³, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE delinea um roteiro para a percepção da presença do interesse da União:

“Estou em que tem sido mal equacionado o problema da demarcação da competência entre a Justiça Federal e a Estadual para conhecer da ação penal contra agentes do Poder ou servidores municipais ou estaduais por desvio de verbas do orçamento da União repassadas aos Municípios ou Estados.

O problema não está exatamente em saber se a aplicação dos recursos se sujeita ou não a prestação de contas ao Tribunal de Contas da União.

O problema está em saber se a verba oriunda do orçamento da União – o que não se discute – é transferida ao Estado ou Município a título de subvenção federal para obras ou serviços de competência sua ou, ao contrário, se se cuida de repasse de recursos para aplicação em obras ou serviços de competência exclusiva dos entes federados locais – Estados ou Municípios, ou, pelo menos, de competência comum deles e da União.

Na primeira hipótese – verba transferida do Tesouro Nacional a Estados ou Municípios para cumprir tarefas constitucionais privativamente suas – a competência da Justiça Estadual parece incontestável; a subvenção, transferida, incorpora definitivamente ao patrimônio do ente local, único lesado pelo eventual desvio.

Ao contrário, nas demais hipóteses, a verba se terá transferido para Estados ou Municípios, seja para realizar incumbência privativa da União – a eles delegada mediante convênio ou não – que deixa íntegro o interesse federal na fiel execução da tarefa delegada – **ou se cuidará, por definição constitucional (CF, art. 23), de interesse comum, no qual, é óbvio, propiciados recursos da União, remanesce o seu interesse na aplicação do numerário.**”

O fato de haver competência comum (ou concorrente), portanto, longe de afastar a atuação da Justiça Federal, serve como motivo de fixação de sua competência, desde que, por certo, haja demonstração objetiva do interesse federal¹⁴; condição que pode estar demonstrada, por exemplo, pelo exercício regular do poder de fiscalização¹⁵, tal como já decidiu (e, com especificidades, continua decidindo) o Supremo Tribunal Federal:

“Recurso Extraordinário. Conflito de Competência.

2. É da Justiça Federal a competência para processar e julgar crime de falsificação de documentos, objetivando ingresso de aluno em instituição de ensino superior, embora particular.

3. Crime em detrimento de interesse e serviço da União Federal. Fiscalização federal em estabelecimento de ensino superior.

4. Conflito de competência caracterizado.

5. Recurso extraordinário conhecido, por haver o acórdão ofendido o artigo 109, IV, da Constituição, e provido, para declarar-se a competência da Justiça Federal.”¹⁶

“**Informativo STF 63**

Conflito Aparente de Normas e Competência

O exercício da medicina por médico cujo registro tenha sido cassado por decisão do órgão de fiscalização profissional competente (Conselho Regional de Medicina) configura o crime de exercício de atividade com infração de decisão administrativa (CP, art. 205), não o de exercício ilegal da medicina (CP, art. 282). Por outro lado, **a competência para o julgamento desse crime - cuja caracterização independe da habitualidade da conduta - é da Justiça Federal, especialmente quando praticado contra decisão de órgão federal (como são as autarquias incumbidas da fiscaliza-**

ção das profissões), de acordo com os incisos IV e VI do art. 109 da CF ("Aos juízes federais compete processar e julgar: IV - ... as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas..."; "VI - os crimes contra a organização do trabalho..."). Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu pedido de habeas corpus impetrado contra decisão do TRF da 3ª Região. HC 74.826-SP, rel. Min. Sydney Sanches, 11.3.97.¹⁷

"Informativo STF 149

Crimes Contra Silvícolas

A Turma deu provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal para, reformando acórdão do TRF da 1ª Região, afirmar a competência da justiça federal para julgar crimes de abuso de autoridade e de lesões corporais praticados por policiais militares contra silvícola, no interior de reserva indígena. **Considerou-se que o caso se enquadra no art. 109, IV e XI, da CF** ("Aos juízes federais compete processar e julgar: ... IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; ... XI - a disputa sobre direitos indígenas."), **porquanto configurado o atentado ao serviço da União de proteção ao índio, sendo os delitos cometidos por policiais que, em princípio, deveriam prestar assistência à comunidade indígena.** Determinou-se a remessa dos autos à Seção Judiciária do Estado de Roraima. Precedente citado: RECr 192.473-RR (DJU de 29.8.97). RECr 206.608-RR, rel. Min. Néri da Silveira, 11.5.99.¹⁸

Ou, em passado mais distante:

"SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ATUAÇÃO COMO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, SEM ESTAR DEVIDAMENTE AUTORIZADO PELO BANCO CENTRAL (LEI N.º 4595/64, ARTIGO 44, §7º). Crime praticado em detrimento de serviço ou interesse da União ou de entidade autárquica. Competência da Justiça Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido".¹⁹

Assim, mesmo presente a competência concorrente e comum para a proteção ambiental e ainda que não se tenha como "bem da União" a fauna silvestre e a flora, se houver campo para fiscalização administrativa a ser exercida por autarquia federal, inegável será o interesse federal e a ofensa a serviço de ente vinculado à União.

Este, aliás, o entendimento recentemente confirmado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

"HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. COMPETÊNCIA. PESSOA JURÍDICA: IMPOSSIBILIDADE DE SUA FIGURAÇÃO NA LIDE COMO PACIENTE. DILAÇÃO PROBATÓRIA: DESCABIMENTO NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS.

I - É a Justiça Federal competente para processo e julgamento do feito cujo fato ensejador da persecução penal foi a constatação do IBAMA de que o acusado ao inobservar regulamentos administrativos daquele órgão, incorreu na prática de ilícito penal.

II - O habeas corpus é instituto restrito à liberdade física e individual, não se prestando para atender reclamos de pessoa jurídica na qualidade de paciente.

III - A necessidade de ampla dilação probatória inviabiliza a concessão de habeas corpus.

IV - Ordem denegada.²⁰

Merece transcrição a fundamentação expandida pelo Juiz CÂNDIDO RIBEIRO:

"Preliminarmente, tenho que a Justiça Federal é competente para processar e julgar os crimes ambientais, pois o meio ambiente constitui interesse da União Federal, o que gera a aplicação do disposto no art. 109, IV, da Constituição Federal.

E nem poderia ser diferente, pois, na forma do art. 225, *caput*, da Constituição Federal, "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Ora, resulta patente que o direito ao meio ambiente, conforme previsto no mencionado art. 225, *caput*, da Constituição Federal, vai além das fronteiras dos Estados-Membros da Federação, para caracterizar o interesse da União Federal, circunstância essa que firma a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal questionada neste *writ*."^{21 22}

A questão, assim posta, ganha outra dimensão, que não desconsidera a competência comum para a fiscalização ou a concorrente para legislar, mas reconhece na atuação institucional de autarquia federal a inequívoca demonstração de interesse federal e de ofensa a serviço prestado pela União.

A própria jurisprudência do STJ não despreza a possibilidade de que, em sede penal ambiental, possa ocorrer ofensa a interesse ou serviço federal, como se observa de fórmula genericamente repetida, que menciona que, nos diversos precedentes, não se demonstrou, "em princípio", tal situação.

E, aqui, reside um dos principais perigos da exegese jurisprudencial (que será potencializada com a atribuição de força vinculante a decisões de Tribunais Superiores): a conhecida falta de rigor técnico na análise do precedente.

Acostumados a um sistema continental do Direito, em que a jurisprudência não adquire papel preponderante na solução de conflitos, e distanciados do sistema do *stare decisis*, tão caro aos anglo-saxões²³, o sistema judiciário brasileiro²⁴ não desenvolveu técnicas adequadas de interpretação jurisprudencial²⁵.

Assim, enquanto as faculdades norte-americanas de Direito dedicam valiosas horas ao ensino da metodologia de análise das decisões de seus tribunais, utilizando-se de critérios científicos de catalogação e fornecendo instrumental su-

ficiente para que seus universitários aprendam a demonstrar os pontos de similitude entre o paradigma e a hipótese para a qual se pretende idêntica decisão, no Brasil, a citação se resume à compilação de ementas, sem maiores cuidados na seleção da jurisprudência tida como emblemática e capaz de solucionar a demanda.

Não é raro que as citações, além de parciais, indiquem precedentes cujas premissas em nada se relacionam com a lide em que se pretende fazer incidir a decisão em outro feito proferida.

Certo é que o próprio Superior Tribunal de Justiça, embora tenha estabelecido "cláusula de escape"²⁶ em suas decisões, não vem observando com critério as diferenças entre as situações que lhe são postas²⁷.

Sem a intenção de ser exaustivo na análise, busquemos, nos sintéticos relatórios constantes de algumas destas decisões²⁸, a comprovação do que se acaba de afirmar.

Mereceram **idêntica decisão**, com um **mesmo fundamento e ementa semelhantes**, as seguintes hipóteses fáticas:

– **a perfuração de poços**, para a exploração dos serviços de "pesque e pague", em **área de preservação ambiental permanente**, prevista no artigo 20 da Lei 4771/65, que assim considera a **vegetação natural próxima a nascentes ou cursos d'água** (CC 28729/MG, Fischer);

– **comércio ilegal de animais silvestres** (CC 27848/SP, Carvalhido e CC 31545/MG, Fischer);

– **lesão causada em menor que teria queimado "seus pés ao pisar em material depositado no quintal de sua residência"**, consistente em "resíduo de caldeira", ali colocado por um ex-empregado de uma cooperativa de agricultores". Tal material, resultante da queima de bagaço da cana-de-açúcar teria utilização como adubo (CC 20928/SP, Fernando Gonçalves);

– **lesão causada a um cavalo, ferido brutalmente a machadadas**, porque teria se recusado a andar (CC 27198/SC, Fischer);

– **pesca com petrechos proibidos** (CC 27198/SC, Fischer);

– **descumprimento de compromisso de recuperação ambiental**, sem que do acórdão conste o órgão com o qual foi firmado tal compromisso, sendo impossível aferir sua natureza municipal, estadual ou federal (CC 29735/SP, Fischer);

– **corte de 27 cabeças de palmito in natura, extraído de Unidade de Conservação Municipal**, (CC 28360/SC, Dipp);

– **corte de árvores em Unidade de Conservação instituída pelo Distrito Federal** (CC 25720/DF, Fontes de Alencar);

– **comercialização irregular de carvão mineral, desacompanhado da autorização competente** (CC 30540/MG, Fischer);

– **limpeza de pastagem** (CC 14764/MS, Fischer);

– **desmatamento, com queimada e cozimento de carvão, sem a devida autorização legal** (CC 30284/MG, Scartezzini);

– **transporte de madeira sem a devida autorização legal** (CC 24975/RS, Dipp, CC 25754/SC, Fontes de Alencar, e CC 27591/RO, Gonçalves).

A diversidade de situações descritas está a demonstrar que não se pode, pura e simplesmente, fazer a automática aplica-

ção de um precedente construído em bases bastantes específicas: a ausência de lesão a bem, interesse ou serviço federal.

Possível concluir que:

1 - *na lesão causada a menor em razão de indevida armazenagem de resíduo de caldeira, nos ferimentos suportados por um cavalo e no dano causado em unidade de conservação instituída por ente municipal, estadual ou distrital não se identifica a presença de vis atrativa da atuação da Justiça Federal;*

2 - *na perfuração de poço em área de preservação permanente, no descumprimento de compromisso de recuperação ambiental, na pesca com petrecho proibido ou, ainda, no comércio de animais silvestres não se pode, sem análise circunstanciada, afastar o interesse federal, que pode decorrer da eventual necessidade de licenciamento ambiental, da participação da autarquia ambiental federal no compromisso de recuperação, do local em que realizada a pesca ou da origem e destino dos animais silvestres²⁹;*

3 - *o desmatamento, a comercialização e transporte de produtos florestais sem autorização legal, a ser concedida pelo IBAMA, atraindo, necessariamente, a competência federal, pois a conduta típica ofende a serviço federal.*

Mesmo sem discutir se o tipo penal previsto no artigo 46 da Lei 9605/98 é crime de mera conduta ou de perigo (ou, até, se exige a ocorrência efetiva de dano), não se pode descuriar do cerne da conduta, expresso pelos verbos *receber ou adquirir, para fins comerciais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente* ou, na forma do parágrafo único, *vender, expor à venda, ter em depósito, transportar ou guardar madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.*

Se o tipo penal tem como elemento a verificação da ocorrência, ou não, de atividade administrativa e se esta atividade exigida compete a um órgão federal, como negar o interesse ou a ofensa a serviço da União?

Se o documento que deve acompanhar o produto de origem vegetal é decorrência de atuação administrativa da União, se a lei penal estabeleceu que a inexistência de tal documento configura um crime, como afirmar "inexistir, em princípio, ofensa a interesse ou serviço da União"?

O tipo penal protege, exatamente, o serviço prestado pelo IBAMA (a quem compete *autorizar o desmatamento*, disciplinando o destino a ser dado à madeira derrubada, controlar o comércio de produtos de origem florestal, para tanto se utilizando da ATPF – Autorização para Transporte de Produtos Florestais) e, portanto, se não existe tal atividade administrativa, o que se ofende, o que se fere, é, justamente, a atuação da União na defesa do meio ambiente.

Reconhecendo esta realidade e adotando tais argumentos, decisão recente do próprio STJ³⁰, relatada pelo Ministro VICENTE LEAL, reconheceu a competência federal:

"PENAL. CRIME AMBIENTAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. POSSÍVEL LESÃO A INTERESSE DE AUTARQUIA FEDERAL.

- Este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento no sentido de que os crimes ambientais devem ser julgados, em regra, pela Justiça Estadual, sur-

gindo a competência da Justiça Federal apenas quando houver configurado, em tese, violação a bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

- Instaurada a ação penal com base em auto de apreensão lavrado por agentes do IBAMA, sendo autuados o paciente e sua empresa pelo transporte de madeira sem a devida autorização da autarquia federal, resulta presente a possível ofensa a interesse da mesma entidade pública, o que atrai a competência da Justiça Federal para processamento do feito. Habeas-corpus denegado. Liminar revogada.”

Como se vê, talvez esteja em curso uma saudável mudança no rígido posicionamento do STJ, ainda não proclamada ou admitida por suas Turmas. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no final de 2001, relata da pelo Ministro MOREIRA ALVES³¹, acabou por negar competência à Justiça Federal em situação em tudo semelhante.

O aresto está assim ementado:

“Competência. Crime previsto no artigo 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98. Depósito de madeira nativa proveniente da Mata Atlântica. Artigo 225, § 4º, da Constituição Federal.

- Não é a Mata Atlântica, que integra o patrimônio nacional a que alude o artigo 225, § 4º, da Constituição Federal, bem da União.

- Por outro lado, o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna tem de ser direto e específico, e não, como ocorre no caso, interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União.

- Conseqüentemente, a competência, no caso, é da Justiça Comum estadual.

Recurso extraordinário não conhecido.”

Três os argumentos centrais que se pode extrair do voto proferido pelo Ministro MOREIRA ALVES:

a) o preceito contido no §4º do artigo 225 da Constituição Federal não elevou, por si só³², à condição de bem da União os imóveis localizados nos biomas ali mencionados³³;

b) há interesse meramente genérico da União na preservação do meio ambiente;

c) a fiscalização das atividades degradadoras, de per si, não atrai a competência federal.

No que toca com o viés patrimonialista a que se refere o primeiro argumento, correta a decisão do Supremo Tribunal Federal, já que a noção de “patrimônio nacional”, referida no §4º do artigo 225 da CR/88, embora expresse uma clara opção do Constituinte na defesa de porções específicas da riqueza ambiental brasileira, não tem o condão de incorporar tais áreas ao patrimônio da União, em ampliação ao rol constante do artigo 20 da Carta Fundamental.

O segundo argumento merece ser visto com cuidado especial, já que, como mencionado anteriormente, a peculiar distribuição de competência (legislativa e material) entre os entes federativos na questão ambiental não implica no auto-

mático afastamento do interesse federal, situação que há de ser aferida pontualmente.

A questão pendente resume-se, então, a aferir qual a importância, para a fixação da competência jurisdicional, do exercício da atividade administrativa (regulatória e fiscalizadora) desempenhada por autarquia federal ambiental.

Neste ponto, assim se manifesta o Ministro MOREIRA ALVES:

“Por fim, a circunstância de caber ao IBAMA a fiscalização da utilização da Mata Atlântica, como integrante do patrimônio nacional, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais, não caracteriza interesse da União capaz de dar competência à Justiça Federal para processar e julgar o crime previsto no artigo 46, parágrafo único, da Lei 9605/98, e que teria sido cometido em maio de 1998, à semelhança do que já decidiu esta Corte ao julgar o RE 89.946 (RTJ 95/297) com relação ao delito previsto no artigo 253 do Código Penal (cujo sujeito passivo é também a coletividade), “*verbis*”:

“Competência. Explosivos (*posse*). Justiça comum. Código Penal, art. 253. A fiscalização da produção e comércio de substâncias e engenhos explosivos atribuída ao Exército não tem o efeito de fazer recair o crime capitulado no art. 253 do Código Penal na competência da Justiça Federal. Recurso extraordinário não conhecido.

Em face do exposto, e estando correto o acórdão recorrido, que deu pela competência da Justiça Comum estadual, não conheço do presente recurso.”

Alguns reparos merece a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, não se trata “de caber ao IBAMA a fiscalização da utilização da Mata Atlântica, como integrante do patrimônio nacional, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”, mas, sim, de ser incumbência específica da autarquia ambiental o controle e fiscalização de toda uma atividade empresarial, degradante em sua essência (a atividade de exploração madeireira).

Convém lembrar que, no Brasil, a legalidade da atividade florestal decorre da obtenção, junto ao IBAMA, de documentos que dêem suporte à origem da matéria-prima, cabendo aos demais entes federados, quando existente legislação ambiental específica, o controle das atividades acessórias, tais como o licenciamento das serrarias, tendo como foco o impacto provocado por estas e, não, aquele decorrente propriamente da extração da madeira³⁴.

A atividade administrativa, então, não é secundária, afastada dos fatos, denotadora de um interesse genérico, e, sim, diretamente vinculada à conduta cujo desrespeito veio a ser tipificado na Lei 9605/98, tal como bem o notou o Ministro VICENTE LEAL no julgamento do HC 18366.

De outro lado, o precedente trazido pelo Ministro MOREIRA ALVES não expressa situação fática semelhante àquela de que ora se cuida: aqui, cuida-se do desrespeito, direto, por quem deveria, obrigatoriamente, cumprir a norma administrativa (usado como elemento de tipicidade – *licença outorga pela autoridade competente*); no precedente usado

como paradigma, o autor do fato não estava diretamente vinculado à atividade fiscalizatória do Exército (um empregado que desvia pequena quantidade explosivo de empresa da qual trabalhava - esta, sim, sujeita ao poder fiscalizatório).

Não bastassem os julgados antes mencionados, certo é que mais próximas dos fatos se encontram duas outras decisões da própria Suprema Corte brasileira, nas quais se discute a competência criminal em hipóteses de competência material concorrente:

“- Recurso extraordinário. 2. Ação penal. Crime de peculato, em face de desvio, no âmbito estadual, de dotações provenientes do orçamento da União Federal, mediante convênio, e destinadas ao Sistema Único de Saúde - SUS. 3. A competência originária para o processo e julgamento de crime resultante de desvio, em Repartição estadual, de recursos oriundos do Sistema Único de Saúde - SUS, é da Justiça Federal, a teor do art. 109, IV, da Constituição. 4. Além do interesse inequívoco da União Federal, na espécie, em se cogitando de recursos repassados ao Estado, os crimes, no caso, são também em detrimento de serviços federais, pois a estes incumbe não só a distribuição dos recursos, mas ainda a supervisão de sua regular aplicação, inclusive com auditorias no plano dos Estados. 5. Constituição Federal de 1988, arts. 198, parágrafo único, e 71, e Lei Federal nº 8080, de 19.09.1990, arts. 4º, 31, 32, § 2º, 33 e § 4º. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido, para reconhecer a competência de Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo envolvimento de ex-Secretário estadual de Saúde.”³⁵ (STF, Pleno, RECR-196982, Relator Min. NERI DA SILVEIRA, DJ 27-06-97, p. 30247, j. 20/02/1997)

“I. Competência: Justiça Federal: desvio por Prefeito de verbas oriundas da quota federal do produto da arrecadação do salário-educação. A quota federal do produto da arrecadação do salário- educação é receita da União, destinada, embora, em parte, à assistência financeira aos sistemas locais de ensino fundamental, na razão da carência de recursos próprios, do menor desenvolvimento e dos maiores déficits de escolaridade infantil (Dl. 1422/75, art. 2º, § 1º, b): não se cuida, assim, de subsídios discricionariamente concedidos pela União aos Municípios, mas de realizar a União uma função que é sua, a que o texto constitucional vigente chama “função redistributiva e supletiva” em matéria de educação, “de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino”: no desvio de recursos dela advindos, ainda que imputável a agentes políticos ou servidores locais, o que se tem é, pelo menos, crime em detrimento de um serviço da União, a ditar a competência repressiva da Justiça Federal.

II - *omissis*.” (STF, Primeira Turma, HC-74788, Rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, DJ 12-09-97, p. 43714, j. 27/06/1997)

Este, por fim, no que diz especificamente com a tutela

penal ambiental, já era o entendimento do STF, como expressa decisão plenária, relatada pelo Ministro RAFAEL MAYER³⁶, assim ementada:

“CONTRAVENÇÃO FLORESTAL. CORTE DE ÁRVORE EM FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 125, IV, DA CONSTITUIÇÃO.

É competente a Justiça Federal para proceder nas contravenções previstas no Código Florestal (art. 26, *caput*, “a”, “b” e “i” da Lei 4771/65), sendo manifesto que o delito afeta o interesse da União e vai em detrimento do serviço de autarquia federal (IBDF). Recurso de *habeas corpus* a que se dá provimento em parte.”

Expressou a Suprema Corte, então:

“Essa fiscalização da União se faz, aliás, de maneira irrestrita, com relação a todas as matérias pertinentes ao regime de preservação da flora, dito, como está, no art. 22, que ela “fiscalizará diretamente, pelo órgão executivo específico do Ministério da Agricultura, ou em convênio com os Estados e Municípios, a aplicação das normas deste Código, podendo, para tanto, criar os serviços indispensáveis (art. 22).

Esse órgão específico, aí previsto, é o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal, criado pelo Decreto-lei n.º 289/67, com os consectários poderes administrativos.

Ora, as práticas contravencionais imputadas aos pacientes residem no desmatamento de florestas naturais, de preservação permanente, para a implantação de um loteamento, sem que se tenha munido de prévia e indispensável autorização do IBDF, competente para concedê-la.

Face a isso, é irrecusável que a contravenção afeta esfera de interesse da União e vai em detrimento do próprio serviço da autarquia federal. Competente é, portanto, a Justiça Federal para proceder.”

No geral, inalterado o quadro fático em que proferida a decisão da Suprema Corte, que não cogitava de pertencer a flora à União e, sim, da condição de uma autarquia federal como ente fiscalizador do manejo florestal, situação que ainda hoje subsiste, uma vez que tal ofício incumbe ao IBAMA, sucessor do IBDF.

Equívocada, então, a decisão proferida no julgamento do RE 300244, que relega a segundo plano a atividade reguladora e fiscalizatória desenvolvida pelo IBAMA, desprezando, então, a ocorrência de uma das hipóteses de atração da competência da Justiça Federal.

Em conclusão, se a jurisprudência dos Tribunais Superiores continuar a desprezar o interesse e os serviços prestados pela União³⁷, estar-se-á contrariando a Constituição Federal e incentivando o uso incorreto dos precedentes, o que dará ao instituto do efeito vinculante uma nefasta aplicação.

¹ Procurador da República

² PEC 29/2000 – relator Senador Bernardo Cabral.

³ Não se pode negar que a opção pela “criminalização” do tema ambiental, embora imprescindível em diversos aspectos, gera, por si só, dificuldades decorrentes da necessidade de convivência dos tradicionais elementos da teoria penal com a moderna estrutura do Direito Ambiental, tais como os princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da precaução. Esta constatação, longe de negar a imperiosidade de se conferir tratamento penal a condutas danosas ao meio ambiente, explica a origem de muitos dos entendimentos equivocados que se vêm sustentando.

⁴ Além destas hipóteses, competem aos juízes federais “os crimes políticos”, “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”, “os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”, “os cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar” e “os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro”.

⁵ “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna”.

⁶ DJ 23 de novembro de 2000, página 101.

⁷ Neste ponto, percebe-se a confusão entre conceitos, uma vez que a propriedade de determinado bem não atrai, por si só, uma exclusividade de competência, seja para legislar, seja para agir na sua proteção. Tanto é assim que, mesmo tendo atribuído à União a sua propriedade (art. 20, X), reservou a Constituição Federal *competência comum* à própria União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a proteção aos sítios arqueológicos (art. 23, II), os quais, por sinal, estão necessariamente compreendidos na *competência legislativa concorrente* mencionada no artigo 24, VII, do Texto Fundamental.

⁸ Vide, para amplo cotejo, os arestos proferidos em CC 28279/MG (rel. Min. Felix Fischer), CC 20928/SP (rel. Min. Fernando Gonçalves), CC 24975-RS (rel. Min. Gilson Dipp), CC 27198-SC (rel. Min. Felix Fischer), CC 28360-SC (rel. Min. Gilson Dipp), CC 27591-RO (rel. Min. Fernando Gonçalves), CC 25720/DF (rel. Min. Fontes de Alencar), CC 25754-SC (rel. Min. Fontes de Alencar), CC 29735-SP (rel. Min. Felix Fischer), CC 29508-SP (rel. Min. Fontes de Alencar), CC 30284-MG (rel. Min. Jorge Scartezini), CC 30540-MG (rel. Min. Felix Fischer), HC 14764-MS (rel. Min. Felix Fischer) e CC 31545-MG (rel. Min. Felix Fischer), os quais, em diferentes situações fáticas, chegaram a idêntica conclusão.

⁹ Artigo 225, *caput*, da Constituição Federal.

¹⁰ Conduta tipificada no artigo 41 da Lei de Crimes Ambientais.

¹¹ Hipótese de tipicidade contida na primeira parte do artigo 54 da Lei 9605/98.

¹² Voto manifestado no HC 75.404-0-DF, Segunda Turma, em 27/06/1997.

¹³ RE 232093-8-CE, Primeira Turma, julgado em 28/03/2000.

¹⁴ No caso do precedente, demonstrado pelo repasse de recursos orçamentários para o desempenho de competência comum, o que, cabe alertar, não exaure as hipóteses de manifesto interesse federal.

¹⁵ O exercício do poder de polícia não se confunde, por si só, com o exercício da atividade legislativa. Assim, mesmo sendo hipótese de competência privativa da União legislar sobre trânsito, tal fato não implicará em competência federal para discutir a aplicação de multa por desrespeito ao Código de Trânsito, pois cabe aos Municípios o exercício da atividade fiscalizadora.

¹⁶ RECR 193940/DF, Segunda Turma, rel. Min. Néri da Silveira, j. 17/06/1997, DJ 12/09/97, pág. 43737.

¹⁷ Negritou-se.

¹⁸ Destaque inexistente no original.

¹⁹ RECR 90773/BA, Segunda Turma, rel. Min. Leitão de Abreu, j. 20/03/1981, DJ 24/04/1981, pág. 03563, inserto na RTJ 97/1231.

²⁰ TRF 1ª Região, HC 2001.01.00.019219-8/PA, Relator para o acórdão Juiz CANDIDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ 11/10/2001, pág.152, j. 23.05.2001. Grifo inexistente no original.

²¹ g.n.

²² Idêntica decisão foi proferida pelo TRF 1ª Região no HC

2001.01.00.020011-6/PA, relator Juiz CANDIDO RIBEIRO, relatora convocada Juíza MARIA DE FATIMA DE PAULA PESSOA COSTA, Terceira Turma, DJ 08/08/2001, pág. 15, j. 26/06/2001.

²³ Nos EUA o “case method” foi introduzido a partir de 1870 por Christopher Columbus Langdell, da Harvard Law School. Sobre sua importância e íntima relação com a regra dos precedentes, Cf., inclusive para indicações bibliográficas, Ugo Mattei, *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, Milano, Giuffrè, 1988, págs. 121 e seguintes.

²⁴ E, aqui, dá-se ao termo “sistema judiciário brasileiro” uma conotação muito mais ampla do que a simples menção aos membros do Poder Judiciário; pretende-se, em verdade, englobar em tal conceito todos aqueles que operam o Direito, na academia ou no fórum, científica ou pragmaticamente.

²⁵ Não é necessário muito esforço para constatar esta realidade, bastando verificar quantos recursos especiais, baseados em dissídio jurisprudencial, não chegam nem sequer a ser conhecidos por esbarrares na falta de demonstração específica da divergência, uma vez que os recorrentes limitam-se a transcrever ementas, sem demonstrar os pontos de contato entre o acórdão paradigma e aquele de que se recorre, não alcançando, assim, o Superior Tribunal de Justiça. Sobre dificuldades análogas, perceptíveis nos países filiados à tradição romano-germânica, Cf. Ana Laura Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw Hill, 2001.

²⁶ Assim pode ser tida a menção genérica à inexistência, “em princípio”, de ofensa a bem, interesse ou serviço da União, sempre repetida nas ementas das decisões da Corte Superior de Justiça.

²⁷ Embora o excessivo número de recursos julgados anualmente pelos componentes do STJ concorram para tal situação, não se pode daí inferir justificativa para o desprezo com os detalhes que diferenciam (ou igualam) situações submetidas ao conhecimento da Corte.

²⁸ Cabe, aqui, nova referência aos efeitos visíveis do esgotamento da capacidade operacional dos Tribunais Superiores causado pelo excesso de recursos a serem apreciados. Se é certo que o relatório não precisa (nem deve) ser exauriente transcrição dos fatos processuais, certo também é que tal relatório não pode ser de tal forma sucinto que impeça o conhecimento das circunstâncias em que proferida a decisão recorrida.

²⁹ Cabe lembrar que o Brasil é signatário da Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção, firmada em Washington, em 3 de março de 1973, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 54, de 24 de junho de 1975, e promulgada pelo Decreto nº 76.623, de 17 de novembro de 1975, tendo sido aprovada sua alteração pelo Decreto Legislativo nº 35, de 5 de dezembro de 1985, e promulgada pelo Decreto nº 92.446, de 7 de março de 1986, o que atrairá a competência da Justiça Federal em caso de internacionalidade do comércio, quer pela importação, quer pela exportação.

³⁰ STJ, Sexta Turma, HC 18366, relator Min. VICENTE LEAL, DJ 01/04/2002, p. 00224, j. 05/03/2002.

³¹ STF, Primeira Turma, RE 300244, Relator Min. MOREIRA ALVES, DJ 19-12-02, p. 00027, j. 20/11/2001.

³² A ressalva é feita, obviamente, porque não se pode desconsiderar que, em tais biomas, há inúmeras áreas que se inserem na definição do artigo 20 da Constituição Federal, sendo, por este motivo (e somente por ele) bens de propriedade da União.

³³ A saber, Mata Atlântica, Floresta Amazônica, Pantanal Mato-Grossense, Serra do Mar e Zona Costeira.

³⁴ Compete ao IBAMA, por exemplo, a concessão da Autorização para Desmatamento, com a fiscalização competente, ou, ainda, a aprovação e controle dos Planos de Manejo Florestal Sustentado, instrumentos que se constituem nas fontes prioritárias de madeira de origem legal. Mesmo em Estados como o Mato Grosso e o Pará, em que as Autorizações para Desmate começam a ser implementadas pelas Secretarias Estaduais de Meio Ambiente, tal atividade decorre de uma forma de delegação contratada junto à autarquia federal.

³⁵ g.n.

³⁶ RHC 59812/SP, Tribunal Pleno, j. 19/05/1982, DJ 28/09/1984, pág. 15956, inserto em RTJ 111/206.

³⁷ Aqui compreendidas suas empresas e autarquias, na forma a que se refere o artigo 109 da CF/88..

CONVÊNIO

Miriam & Mário Agência de Viagens e Turismo Ltda., nome de fantasia **M&M Turismo**, com sede na rua Marques de Herval, 698, Jardim Imperador, Praia Grande, SP, inscrita no CNPJ 02.490.207/0001-17, doravante apenas **Agência** e, de outro lado, **Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva**, entidade de direito privado sem fins lucrativos, com sede no SAS, Quadra 05, lote 08, bloco "E", Edifício do Ministério Público Federal, sala 1201- Brasília- Distrito Federal, devidamente inscrita no CNPJ 03.604.378/0001-92, doravante apenas **Fundação**, firmam o presente convênio mediante as seguinte cláusulas:

Cláusula Primeira. A **Agência** se compromete a atender e fornecer aos membros do Ministério Público Federal e seus funcionários os serviços de suas especialidades descritas a seguir: reservas de passagens aéreas, marítimas, ferroviárias, nacionais e internacionais; excursões e pacotes de viagens das melhores operadoras nacionais e internacionais; reservas de hotéis; reservas de locação de veículos; pacotes de fim de semana; pacotes de lua de mel; congressos; seminários; encontros, enfim tudo o que se refere a viagens de turismo de lazer e negócios.

Cláusula Segunda. A **Agência** se compromete a fazer os atendimentos dentro do seu horário habitual de trabalho, podendo ser também realizados com hora marcada de forma personalizada. Dependendo do caso, a **Agência** poderá proceder a atendimentos "VIP", no escritório ou residência do interessado, sem ônus, desde que seja em Santos ou Praia Grande. No caso de ser fora destas cidades, haverá um acréscimo de despesas de transporte e estadia, previamente combinado caso a caso. Sempre que necessário, o atendimento à distância poderá ser feito por contatos telefônicos, números (00xx13 3289-69930); tel-fax: (0xx13 3289-2939), ou via e-mail (mm_turismo@zipmail.com.br).

Cláusula Terceira. Os membros do MPF e seus funcionários gozarão individualmente de um desconto de 4% (quatro por cento) para pagamento a vista de qualquer dos serviços descritos acima, descontando-se taxas de porto, aeroporto, ferrovias, e gorjetas. No caso de grupos, o desconto será estudado caso a caso. Fica vedado aos membros da diretoria da **Fundação** a concessão de quaisquer vantagens, exceto as concedidas de caráter geral.

Cláusula Quarta. Os pagamentos e cobranças, no caso de financiamentos e parcelamentos, serão sempre de-

vidos por pessoas físicas, à vista de exigências cadastrais feitas pelas operadoras, esclarecendo-se que a **Agência** apenas figura como intermediária dessas operadoras.

Cláusula Quinta. A **Fundação** se exime da responsabilidade de qualquer pagamento, total ou parcial, em qualquer tempo, e sob qualquer título, referente à liquidação de débito dos membros do MPF e funcionários, ou de seus dependentes legais, bem como excluída qualquer responsabilidade decorrente da relação de consumo.

Cláusula Sexta. A **Fundação** se compromete a divulgar este convênio junto aos membros do MPF e funcionários, através de seu veículo de comunicação, tais como, rede de computadores do MPF (lista dos membros do MPF) além de outros meios disponíveis, bem como divulgar os serviços oferecidos pela **Agência**, inclusive as condições de descontos e promoções, devendo-se constar nos textos de divulgação, sempre que possível, a nota "Entidade conveniada: Fundação Pedro Jorge".

Cláusula Sétima. A **Agência** repassará à **Fundação** importância correspondente a 1% (hum por cento) sobre o valor da compra de pacotes efetuados pelos membros do MPF e seus funcionários, excluídas da base de cálculo as taxas de embarque e adicionais. A comissão devida à **Fundação** deverá ser depositada, no prazo máximo de trinta dias, na agência- 0082, conta corrente 01089-0, do Banespa. Cabe à **Agência** informar à **Fundação** o valor do depósito e o nome das pessoas atendidas.

Cláusula Oitava. O prazo deste Convênio é indeterminado, podendo ser denunciado por qualquer das partes, mediante aviso, com prazo de no mínimo 30 dias, e por escrito.

Cláusula Nona. Fica eleito o foro de Brasília- Distrito Federal, para dirimir quaisquer dúvidas oriundas deste convênio.

E, por estarem de acordo com as cláusulas acima, firmam o presente convênio, que entra em vigor nesta data, assinado pelos seus representantes legais e duas testemunhas, em duas vias de igual teor para um só efeito.

Brasília, abril de 2002.

I CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS

Direito à Informação e Publicação Opressiva



De 15 de julho a 31 de outubro de 2002

Iniciativa:

Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva

Tema:

Direito à Informação e Publicação Opressiva

Apoio institucional:

UnB - Faculdade de Comunicação/Projeto SOS-Imprensa

ANPR

ESMPU

A Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva, conforme Ata de Reunião de 05/04/2002 da sua Diretoria Executiva, promoverá o I CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS, destinado a profissionais que atuam nas áreas de Direito, Jornalismo e Comunicação Social, de acordo com o seguinte

REGULAMENTO

1. DA INSCRIÇÃO

1.1 Participação: Poderão participar do Concurso profissionais portadores de diplomas em Ciências Humanas e Sociais, que atuam nas áreas de Direito, Jornalismo e Comunicação Social, brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, portadores de diplomas universitários de instituições de ensino superior brasileiras ou estrangeiras devidamente identificadas, desde que emitidos por entidades legalmente reconhecidas pelo Ministério da Educação.

1.2 Condições: O candidato apresentará somente um trabalho individual, sendo vedada co-autoria, que versará especificamente sobre o tema do concurso, no qual nada deverá constar que identifique o autor, a exemplo de nome, instituição de origem ou dedicatória.

1.3 Apresentação: O trabalho deverá ser inédito e original, não podendo ter sido anteriormente publicado, total ou parcialmente. Sua formatação deve seguir a seguinte especificação: fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1½, e entre parágrafos de 6 pontos, margem superior de 3,5 cm, margem inferior de 2,5 cm, margem esquerda de 3,5 cm, e margem direita de 2,0 cm. E deverá ser entregue, sob pseudônimo, em disquete de 3½", no formato RTF (Rich Text Format), e em 10 (dez) vias impressas e rubricadas, com o mínimo de 20 (vinte) e o máximo de 80 (oitenta) laudas em tamanho A-4, excluindo-se dessa contagem a falsa folha de rosto, o abstract e bibliografia.

1.4 Estrutura: O trabalho deverá conter:

- falsa folha de rosto: identificação do concurso, inclusive o tema;
- folha de rosto: título do trabalho, pseudônimo e formação acadêmica;
- folha de abstract (resumo) do trabalho, contendo, no máximo, uma página;
- QUARTA FOLHA: INTRODUÇÃO (A PARTIR DESSA PARTE DEVE-SE NUMERAR AS PÁGINAS, COMEÇANDO-SE PELO NÚMERO 3);
- desenvolvimento do trabalho;
- conclusão, que deve estar incluída no total de laudas definidas;
- bibliografia, que deverá seguir as normas da ABNT;

- citações, que deverão vir entre aspas, indicar a fonte identificadora, obedecer a mesma fonte do texto, corpo 10 e recuo 5 cm;
- o trabalho deverá ser redigido em português, com observância dos padrões gramaticais vigentes da norma culta;
- notas de rodapé de página, que deverão obedecer a mesma fonte do texto principal, corpo 10, recuo 5 cm, sem espaçamento entre linhas e numeração progressiva.

1.5 Identificação: Junto com o trabalho, o participante deverá entregar um envelope lacrado e contendo em sua parte externa o pseudônimo do autor e os seguintes dizeres: **1º Concurso Nacional de Monografias sobre Direito à Informação e Publicação Opressiva**. No interior do envelope, devem ser colocados: nome completo, formação acadêmica, faculdade, cópia do diploma, endereço, telefone e/ou e-mail. Os participantes deverão indicar, ainda, a profissão e o local de trabalho ou de estudo de pós-graduação, mediante prova do exercício de cargo, função ou atividade de jornalista, privativa de formação jurídica ou natureza acadêmica, bem como o "Termo de Cessão de Direitos Autorais". A não observância desses requisitos implicará a desclassificação do candidato.

1.6 Local de inscrição: As inscrições serão efetivamente consideradas concretizadas com a remessa e entrega dos trabalhos no seguinte endereço: **FPJ/ANPR, SGAS Quadra 605, Bl. "A", Nº 23, sala 127 - Ed. PGR, Brasília - DF, CEP - 70.200-901**. A Fundação não se responsabiliza por atrasos dos Correios. Informações adicionais: Fax: (xxx 61) 321-5414 tel 321-1495, e-mails: anpr@anpr.org.br e fpj@prl.mpf.gov.br.

1.6 Período de inscrição: de 15 de julho a 31 de outubro de 2002. No caso de inscrição via postal, considerar-se-á a data de postagem.

1.7 Os envelopes lacrados serão abertos em sessão pública, designada tão logo sejam avaliadas as monografias, a fim de verificar a observância das condições deste regulamento, partindo do candidato de nota mais alta e seguindo a ordem de classificação, até se completarem os cinco primeiros lugares.

2. DA PREMIAÇÃO

2.1 Dos prêmios: Aos três primeiros colocados no concurso serão conferidos, pelo patrocinador, prêmios individuais nos valores de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) para o primeiro lugar, R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para o segundo lugar e R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para o terceiro lugar.

2.2 A Comissão Julgadora atribuirá menções honrosas aos trabalhos classificados em 4º e 5º lugares.

2.3 Da entrega dos prêmios: Será feita em solenidade a se realizar na primeira quinzena do mês de dezembro de 2002, em data a ser designada.

2.4 A Fundação será o patrocinador, sem prejuízo de outras entidades patrocinadoras.

3. DA COMISSÃO JULGADORA

3.1 A Comissão Julgadora será integrada por um Presidente, que a coordenará, mais 4 (quatro) membros, todos indicados pela Diretoria da Fundação, após consulta aos órgãos de apoio institucional.

3.2 É vedada a participação dos parentes, consanguíneos e afins até o 3º grau civil, dos membros da Comissão Julgadora e da Diretoria Executiva da Fundação.

3.3 Na classificação dos 5 (cinco) primeiros trabalhos, a Comissão considerará os critérios de pertinência, conteúdo, clareza, linguagem e apresentação. A pertinência com o tema compreende a abordagem do compromisso do Estado democrático de direito com o acesso à informação de interesse público, em equilíbrio com a responsabilidade e a ética na divulgação, por qualquer meio, da informação diante dos direitos fundamentais do indivíduo.

3.4 A divulgação dos resultados será feita até o dia 30/11/2002, podendo esta data ser prorrogada a critério da Comissão Julgadora.

4. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

4.1 O concorrente terá acesso à sua nota final e à sua classificação. As avaliações da Comissão Julgadora são irrecorríveis.

4.2 Ao apreciar o mérito dos trabalhos, a Comissão Julgadora poderá recomendar sua publicação.

4.3 A inscrição implica autorização expressa de publicação ou reprodução do trabalho a critério da Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva, mediante cessão gratuita de todos os direitos patrimoniais sobre a obra, nos termos da Lei 9.610/98, sem qualquer direito a remuneração, de acordo com "Termo de Cessão de Direitos Autorais" apresentado no ato da inscrição.

4.4 As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho sob sua exclusiva responsabilidade, não representando o pensamento da Fundação, nem das entidades patrocinadora e apoiadora.

4.5 Os originais dos trabalhos não serão devolvidos aos autores e passarão a compor o acervo da Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva.

4.6 A Diretoria Executiva da Fundação se reserva no direito de cancelar o concurso por sua conveniência e à vista de motivos relevantes.

4.7 O concorrente adere, ao se inscrever, às normas expressas neste Regulamento. Qualquer dúvida na sua aplicação deverá ser dirimida pelo Diretor presidente da Fundação, que poderá se aconselhar com a Comissão Julgadora. Brasília, 12 de junho de 2002.