

## Novas Questões Penais

**Autor: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz**

Desembargador Federal do TRF da 4ª Região

Publicado na Edição 25 - 29.08.2008

### **I O Recebimento de Denúncia na Ação Penal Originária**

Na sede de Ação Penal Originária somente o fato de ser a mesma manifestamente improcedente justifica o seu trancamento liminar.

Nesse sentido, o voto proferido pelo Ministro THOMPSON FLORES na Ação Penal nº 219-DF, verbis:

"Como o eminente Relator, recebo a denúncia nos termos em que foi posta.

S. Ex<sup>a</sup>., em seu douto voto, foi preciso e conciso, como é de seu estilo, concisão que tanto mais se justifica porque, em verdade, o Tribunal não está sentenciando o denunciado, não o está julgando na acepção jurídica da expressão. Está, sim, apreciando, apenas, da viabilidade processual da ação penal.

Seu juízo de valor, pois, quanto à acusação, há de cingir-se ao exame daquele comportamento balizado pelos arts. 41 e 43 do C. Pr. Pen., os quais, e porque se trata de ação penal originária perante o Supremo Tribunal Federal, admito que se conjuguem com os arts. 559 e 516 daquele Diploma, face ao art. 227 do R.I. do Supremo Tribunal Federal.

É que, em tais processos, proporcionando-se ao acusado resposta escrita, antes que a denúncia possa ser recebida, dá-se ensejo ao Tribunal de não só a atribuição de rejeitar a peça acusatória, mas, e no que difere nas demais ações, dar pela própria improcedência da acusação, o que é, admito, de conteúdo mais amplo, porque autoriza o reconhecimento mesmo da causa criminalis, ante a prova documental que pode, então, ser oferecida.

Todavia, é mister que uma ou outra se apresente líquida, manifesta, evidente, arrebatando a ausência, em tese, do fato típico criminal. Sem tais atributos, amparo legal não tem o acusado para ver rejeitada a denúncia e arquivado o processo." (In RTJ 70/5-6)

Da mesma forma, deliberou a Suprema Corte ao julgar a Ação Penal nº 233-RS, verbis:

"Ação Penal. Natureza da decisão referente ao recebimento da denúncia.

- Os princípios informativos do recebimento da denúncia, nos procedimentos da competência de juiz singular, se acham concretizados nos arts. 41 e 43 do Código de Processo Penal. Nos procedimentos da competência originária do Supremo Tribunal Federal, além do exame dos requisitos exigidos nos mencionados arts. 41 e 43, o recebimento da denúncia está condicionado à eventualidade de o acusado não evidenciar, no prazo de 15 dias da resposta escrita (art. 226 do Regimento Interno), a improcedência da acusação. Tanto assim é que, se o acusado morar fora da sede da Corte, será notificado através de autoridade judiciária do lugar em que se encontrar, enviando o Tribunal, com a carta de ordem, o despacho do Relator, cópia da acusação e dos documentos apresentados (art. 226, § 2º).

- Ultrapassado o exame dos aspectos formais da denúncia, bem como da inexistência de prescrição e de ilegitimidade de parte, sobra o exame da procedência, ou não, da acusação, que, nessa fase vestibular do processo, somente autoriza a rejeição da denúncia, quando a resposta escrita afaste a imputação, de maneira evidente e irreversível. Se se trata de contrapor às provas acusatórias as provas da defesa, estas devem ser constituídas por documentos inequívocos. O juízo valorativo da prova acusatória demanda a realização da instrução criminal, presidida pelo contraditório e que assegure ao réu ampla defesa." (In RTJ 86/377-8)

Com efeito, nesta fase processual não cabe perquirir o animus que conduziu os acusados, se agiram com ou sem dolo. É que o aspecto subjetivo da conduta do agente merece apreciação, a final, com base nas provas que serão produzidas e da mais ampla apreciação de todos os elementos que serão carreados para os autos, proporcionando-se, então, o julgamento na fase própria que a lei consagra.

## **II Breve Comentário ao art. 355 do CPB**

Quando integrante do MPF, ao emitir parecer na Apelação Criminal nº 95.04.00846-1, anotei, verbis:

"1. Trata-se de apelação criminal do Parquet Federal, inconformado com a r. sentença recorrida que absolveu o apelado da prática do delito previsto no art. 355 do CPB, com arrimo no art. 386, III, do

CPB, eis que a r. sentença não reconheceu a culpabilidade necessária à consagração final do tipo penal.

2. É de se dar provimento ao apelo.

Com efeito, diversamente do que pareceu ao eminente Juiz Federal, o conjunto probatório demonstrou, de forma cristalina, que o apelado violou o mandato que lhe fora confiado pela Autarquia de forma voluntária, consciente de que agia em desacordo com as orientações da Procuradoria do INSS, notadamente que o apelado é profissional experimentado na prática do Direito.

3. Nesse sentido, os depoimentos prestados pelas testemunhas a fls. 155/155v, 163v e 167, comprovando os fatos imputados ao apelado na peça acusatória, onde este após o seu 'ciente' e 'de acordo' em cálculos irregulares, objeto de liquidação de sentença, sem que para isso oportunizasse ao INSS a prévia conferência dos mesmos, acarretando sérios prejuízos à Autarquia, o que se constata pelos documentos de fls. 228-9.

4. Conforme assinalado nas razões de apelação do Parquet Federal, à fl. 253, se o apelado somente possuía poderes para o foro em geral, se tinha conhecimento de sua obrigação de oportunizar à Autarquia a conferência dos valores em liquidação, e se esses continham erros visíveis a quem acostumado estava com a matéria, tais fatos conduzem, necessariamente, ao reconhecimento de que o apelado deliberadamente assumiu o risco de produzir os prejuízos que a sua conduta omissiva, no caso dos autos, originou.

5. A respeito, pertinente o magistério do notável Mestre da Universidade de Roma, FILIPPO GRISPIGNI, ao caracterizar a 'volontà dell'omissione', verbis:

'Perchè dunque possa riscontrarsi esistente la volontà nell'omissione e cioè perchè l'omissione sia riferibile psichicamente al soggetto, abbia cioè il carattere di suità rispetto all'agente, **si richiede soltanto che esista la volontà della condotta diversa.**

Per convincersi di ciò basta infatti riflettere che quello che è necessario per l'imputabilità di una condotta, è la volontà della condotta stessa, e non già della qualifica normativa di questa. **Non si richiede cioè che si voglia commettere un'omissione e cioè che si voglia 'non compiere' un'azione che si sa obbligatoria, e non è neppure necessario che si abbia la rappresentazione dell'azione e il rifiuto della volontà all'azione stessa; ma basta che si voglia tenere una condotta, la quale, a giudizio di chi la osserva, si presenta come omissiva.**

**E pertanto si può dire che la volontà è presente nella condotta omissiva ogni volta che la condotta diversa non sia dipendente da coazione fisica (violenza) o psichica (minaccia), e cioè ogni volta che la condotta diversa sia voluta con piena libertà di scelta.** (In **Diritto Penale Italiano**, 2. ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1947, v. 2, p. 38, n. 24)

6. É exatamente o caso em exame. A materialidade do fato previsto no art. 355 da Lei Penal consiste justamente em trair o dever profissional, prejudicando, assim, o interesse cujo patrocínio em juízo tenha sido confiado ao agente. Tem-se em vista, portanto, não a pretensão da parte ao outorgar-lhe o mandato, mas sim o dever profissional do agente.

7. Por conseguinte, demonstrado exhaustivamente a presença do dolo do apelado, que é o dolo genérico, isto é, a vontade livre e consciente de trair o dever profissional, não se exigindo por parte do agente vontade de prejudicar o interesse que lhe foi confiado.

8. Nesse sentido, o magistério de VINCENZO MANZINI, verbis:

‘È sufficiente il dolo **generico** (v. vol. I, n. 249 e segg.), il quale consiste nella **volontà libera e consciente e nell'intenzione di compiere l'azione o l'omissione contraria ai doveri professionali**. L'ignoranza di questi doveri non scusa, perché incide sull'oggetto della norma penale (art. 5).’ (In **Trattato di Diritto Penale Italiano**, 5. ed., UTET, Torino, 1986, v. 5, p. 1018, n. 1708)

9. O notável jurista peninsular, em sua citada obra, transcreve, ainda, julgado da Corte de Cassação Italiana, pertinente ao caso dos autos, verbis:

‘Il patrocinatore o il consulente tecnico sono tenuti a rispettare nella singola situazione processuale concreta, quell'insieme di norme tecniche, legali ed etiche, generalmente riconosciute, che costituiscono la deontologia professionale. Dall'infedeltà a tali doveri il risultato del procedimento può essere pregiudicato o ritardato e, di conseguenza, può arrecarsi nocimento agli interessi della parte, integrandosi il reato di cui all'art. 380 cod. pen.: Cass., 19 dicembre 1978 (Giur. it. 1980, II, 412).’ (VICENZO MANZINI, in **Op. Cit.**, nota 5, p. 1015)

Ante o exposto, presentes todos os elementos do tipo previstos no art. 355 do CP, OPINA o Ministério Público Federal pelo PROVIMENTO da apelação interposta pelo Parquet Federal."

### **III O Habeas Corpus e a Inconstitucionalidade da Lei**

Questão curiosa acerca do tema tive oportunidade de enfrentar no parecer que proferi no HC nº 95.04.53853-3, quando integrante do Parquet, verbis:

“4. Em sede de habeas corpus pode-se examinar a inconstitucionalidade de uma lei, porém, dentro de conhecido princípio acerca da matéria, tem-se entendido, de acordo com a jurisprudência americana, que só faculta às Cortes o exame da questão constitucional quando esta seja inevitável para o julgamento da relação jurídica em causa, ou seja, se for possível decidir o feito sem esse exame, os tribunais não podem fazê-lo.

5. Nesse sentido, a melhor doutrina do direito constitucional norte-americano, firmada a partir do século passado, em obras clássicas, verbis:

‘II. Neither will a court, as a general rule, pass upon a constitutional question, and decide a statute to be valid, unless a decision upon that very point becomes necessary to the determination of the cause.’ (THOMAS COOLEY, in **Constitutional Limitations**, 7. ed., p. 2310)

‘4. The court will not pass adversely upon the validity of an act of Congress unless it is absolutely necessary for it to do so in order to decide the question at issue.’ (WESTEL WOODBURY WILLOUGHBY, in **The Constitutional Law of the United States**, Baker, Voorhis & Company, New York, 1910, v. I, p. 14)

6. Da mesma forma, a respeito, especificamente, do habeas corpus, pronunciou-se o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, quando do julgamento do HC nº 2.426, em que foi relator o então Desembargador CARLOS THOMPSON FLORES, posteriormente Ministro e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, verbis:

‘(...) Habeas Corpus. - Não lhe fica ao desalcance questão arrimada em inconstitucionalidade de lei. Entretanto, prejudicial do julgamento, merece debate, simplesmente, quando imprescindível à decisão da espécie concretamente apresentada. (...).’ (In **Revista Jurídica**, v. 22, p. 232)

7. Em seu voto, salienta o então Desembargador THOMPSON FLORES, verbis:

‘É matéria que não fica ao desalcance do recurso extremo. Assim o considera Pontes de Miranda (**História e Prática do Habeas Corpus**, ed. 1951, p. 435).

Identicamente os autores que versam a tese que, de resto, encontra integral acolhida nos tribunais.

Entretanto, a prejudicial do julgamento merece debate, simplesmente, quando imprescindível à decisão da espécie concretamente apresentada. É a lição dos doutrinadores, recolhida para integrar expressa disposição do Regimento Interno do STF, através de seu art. 85, aplicável entre nós, face o disposto em o art. 249, in fine, do Regimento do Tribunal de Justiça.' (In **Revista Jurídica**, v. 22, p. 233)

8. No caso em exame, não há necessidade de apreciar a alegada inconstitucionalidade para a solução da causa.

Com efeito, ao comentar a conduta delituosa prevista no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, especificamente em relação ao recolhimento do IPI, que é o caso dos autos, pertinente é o magistério de GERD W. ROTHMANN, Professor na tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, publicado em **Repertório IOB da Jurisprudência**, nº 2/95, texto nº 3/10485, verbis:

'A compreensão da figura delituosa de deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos, apresenta grande dificuldade. Com essa fórmula, o legislador certamente pretendeu enquadrar como crime o não-recolhimento de impostos chamados indiretos, como o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS). **Acontece, porém, que o legislador penal falhou na definição do tipo penal, mostrando lamentável desconhecimento da legislação tributária.**

Como é sabido, tanto no IPI como no ICMS, o que o contribuinte é obrigado a recolher não é o valor que tenha cobrado de terceiro, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária. Ambos são impostos plurifásicos, não-cumulativos, em que o imposto a ser pago pelo contribuinte corresponde à diferença a maior entre o imposto pago na entrada e o devido na saída dos produtos, mercadorias ou serviços, em determinado período. Senão vejamos:

a) Quanto ao IPI, o Regulamento do IPI (Decreto nº 87.981/82) dispõe no inciso I do parágrafo único do seu artigo 56: Considera-se pagamento: I - o recolhimento do saldo devedor resultante da compensação dos débitos, no período de apuração do imposto, com os créditos admitidos;

(...)

**Como se vê, o não-recolhimento do IPI ou do ICMS não pode ser enquadrado no tipo penal descrito no inciso II do art. 29 da Lei nº 8.137/90.** No entanto, em nossa opinião, a falta de recolhimento do IPI e do ICMS poderia ser enquadrada no crime previsto no art. 19 da mesma Lei, desde que presentes as condutas dolosas enumeradas nos seus incisos I a IV. Se o contribuinte "suprimir ou reduzir" o IPI ou o ICMS mediante ações ou omissões dolosas, configura-se crime contra a ordem tributária, ao que se aplica a pena mais severa de reclusão de dois a cinco anos, e multa.

(...)

Se não houve nenhuma conduta delituosa, não há ilícito penal algum a ser punido, **mas simples infração fiscal administrativa**, sujeita às penalidades pecuniárias da legislação tributária, que poderão ser afastadas pela denúncia espontânea. **Se, porém, o contribuinte adotou uma conduta delituosa, o pagamento do IPI ou do ICMS exclui o crime previsto no artigo 19, mas não a punibilidade da conduta delituosa, que constitui crime, nos termos do inciso I do art. 29, passível de ser punida com pena de detenção.'**

9. Consoante se constata da lição transcrita acima, não existe, no caso dos autos, que se trata de não-recolhimento do IPI, o elemento objetivo do delito, pois os impetrantes não deixaram de recolher o 'valor cobrado', mas apenas eventual débito na conta-corrente fiscal entre débitos e créditos do IPI, que deverão ser compensados na forma da legislação tributária atinente ao caso concreto.

10. Assim, nos termos da doutrina referida, plenamente aplicável à hipótese dos autos, o legislador penal, no art. 29, II, da Lei nº 8.137/90, falhou na definição do tipo penal, em relação ao IPI e ao ICMS, pois desconsiderou a sua disciplina no âmbito do direito tributário, todavia, a tal ponto não considera a melhor doutrina a autonomia do direito penal, o que é assinalado por ROGER MERLE et ANDRÉ VITU, verbis:

'Le particularisme de la mission du juge pénal ne saurait en effet légitimer la méconnaissance systématique de toutes les institutions extra-pénales dont la loi punitive a été instituée la gardienne. Tout un travail discriminatoire reste à accomplir pour tracer les frontières de l'autonomie raisonnable et de l'autonomie absurde, contraire au bon sens et par conséquent dangereuse. Il est certes concevable que les qualifications du droit privé ou du droit public soient plus largement entendues en droit criminel lorsqu'il apparaît notamment que le législateur répressif a eu l'intention d'imposer sur ce point sa conception personnelle. Il n'est pas moins admissible que les juridictions pénales refusent de se laisser duper par certains

délinquants astucieux qui prétendent, abusivement la plupart du temps, abriter leurs activités frauduleuses derrière les prescriptions abstraites du droit civil ou du droit commercial. **Mais ces solutions devraient se borner à des cas d'espèce. Leur généralisation jurisprudentielle pourrait constituer un facteur d'anarchie et d'insécurité. Car la conception du XIXe siècle contient une part de vérité: dans la mesure où le droit criminel est sanctionnateur, le juge pénal ne peut, sous peine de s'ériger en législateur, méconnaître ou dénaturer les lois civiles qui il est appelé à sanctionner.**' (In **Traité de Droit Criminel**, 6. ed., Éditions CUJAS, Paris, 1984, t. I, pp. 223/4, n° 154)

11. Ademais, o crime previsto no inciso II do art. 2º da Lei 8.137/90 é restrito, no sentido de que ele só se configura nos tributos e contribuições em que, pela sua sistemática e por expressa disposição de Lei Complementar (art. 146, III, a, da CF), seja criada a figura do contribuinte por substituição, notadamente no caso do IPI e do ICMS (SAMUEL MONTEIRO, in **Crimes Fiscais e Abuso de Autoridade**, 2. ed., Hemus, 1994, p. 178).

12. Dessarte, é oportuna a invocação da velha mas sempre nova lição de HENRY CAMPBELL BLACK, um dos mais notáveis constitucionalistas norte americanos do século passado, em obra clássica, verbis:

'It is a familiar and well-settled rule that **penal statutes are to be construed strictly**, and not extended by implications, intendments, analogies, or equitable considerations. Thus, an offense cannot be created or inferred by vague implications. And a court cannot create a penalty by construction, but must avoid it by construction unless it is brought within the letter and the necessary meaning of the act creating it. **And where a statute may be so construed as to give a penalty, and also, and as well, so as to withhold the penalty, it will be given the latter construction. A penal statute will not be extended by implication or construction to cases which may be within the mischief which the statute was designed to cure, if they are not at the same time within the terms of the act fairly and reasonably interpreted.**' (In **Handbook On The Construction And Interpretation Of The Laws**, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1896, p. 286/7, n. 114)

13. Ante o exposto, ausente o elemento objetivo do tipo no caso dos autos, OPINA o Ministério Público Federal pela CONCESSÃO do habeas corpus."

#### **IV Recebimento de Denúncia – caráter irretratável – Precedente do STF – Voto do Ministro Rodrigues Alckmin**



Consoante tranqüilo entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal, o despacho de recebimento da denúncia pelo Juiz titular é **irretratável**, pois, caso contrário, ocorreria verdadeiro tumulto processual.

Quando do julgamento do RHC nº 51.423-PA, a Suprema Corte, em sua composição plenária, deliberou a respeito, sendo relator um dos mais talentosos magistrados da história do Supremo Tribunal, o saudoso Ministro RODRIGUES ALCKMIN, que, em seu douto voto, disse, verbis:

"O despacho de recebimento da denúncia traduz juízo sobre a admissibilidade da acusação.

E como o processo encerra uma série de atos formais, coordenados progressivamente, tendo-se em vista a finalidade a que se destina, daí se segue que, salvo nos casos em que a lei o permite, **não pode o juiz, sem tumulto no procedimento, reformar decisões proferidas, retrocedendo-na marcha processual.**

Foi o que observou um antigo julgador, a respeito deste mesmo tema, ponderando (RT 230/146):

**'É fora de dúvida que o Dr. Juiz de Direito não podia rejeitar uma denúncia que já estava recebida. Isso importa em tumultuar o processo e conceder um recurso não previsto na lei ao despacho de recebimento.'**

E é por isso que se não considera legítimo possa o juiz (a quem, na ocasião de receber ou rejeitar a denúncia, se abre a oportunidade de apreciar se é admissível a acusação ou o pedido de decisão final sobre a notitia criminis) reformar, ulteriormente, o despacho que recebeu a denúncia e contra o qual não se proporciona recurso.

**O impedimento à reforma, pelo seu prolator, do despacho que recebeu a denúncia, decorre, assim, da exaustão de seu poder decisório e não há mister texto de lei que expressamente o afirme**, como, sem texto exposto de lei, se entende inadmissível reforme, o juiz, o despacho com que tenha determinado o arquivamento do inquérito, para receber, sem novas provas, denúncia que se pretenda oferecer (Súmula 524).

Parece-me exata a opinião de Ary Franco (C. Pr Pen., I/131) de que, se o juiz recebe indevidamente a denúncia, cabe ao interessado impetrar habeas corpus. **E acrescento que considero inadmissível pedido de reconsideração desse despacho.**" (In RTJ 69/368-9)

## **V Desvio de Verba Pública – Convênio – Fiscalização pelo TCU – Competência da Justiça Federal**

A jurisprudência da Suprema Corte, modificando entendimento anterior em sentido contrário, firmou-se no sentido da competência da Justiça Federal (HC nº 72.673-9, rel. Min. ILMAR GALVÃO, in DJU I de 08.10.95), na hipótese de desvio de recursos originários de convênio com órgão federal sujeito à fiscalização do TCU.

Essa a posição do Ministro THOMPSON FLORES, ex-Presidente da Suprema Corte, em seu voto proferido quando do julgamento do Recurso Extraordinário Criminal nº 85. 644-ES, verbis:

"(...)

2. O fundamento central e decisivo para a concessão parcial do habeas corpus foi a incompetência da Justiça Federal, dado que não reconheceu que o crime fora praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União (...).

3. Penso que, em assim decidindo, contrariou, não só a própria letra do inciso IV, do art. 125, da Constituição, mas seu espírito, seu alcance e propósito.

(...)

É que as verbas provinham de fundo de participação dos Municípios, a eles devidos por força da Constituição, art. 26, integrando seu orçamento para sua integral disponibilidade, dando a elas o destino que entenderem, com a fiscalização, apenas, pelo Tribunal de Contas da União.

Diversamente sucede com aquela objeto da ação penal.

Decorre de **convênio**, cujas cláusulas são expressivas, mostrando, de um lado, que sua entrega é **condicionada**, com destinação específica de serviço próprio da União ou, mais precisamente, do Ministro da Educação e Cultura, sujeitando, outrossim, o Município à prestação de contas ao Ministério em questão, elegendo-se o foro do Distrito Federal para dirimir as questões dele oriundas.

(...)

Em conclusão, o invocado desvio das verbas em questão importou na prática de crime em detrimento de verba da União, destinada a serviço seu, qual seja a erradicação do analfabetismo no país, constante de rubrica específica do Orçamento federal.

Desviada a verba que é da União, não se cumpriu o serviço que também lhe é próprio, o que se faz bastante para mostrar o duplo detrimento, de bens e serviços, aos quais se refere o inc. IV do art. 125 daquele Estatuto." (In **RTJ** 87/237-8)

Dessa forma, falece à Justiça Estadual a própria jurisdição para o julgamento da ação penal, pressuposto para o processo penal na lição de SILVIO RANIERI em célebre monografia, verbis:

"Se, infatti, la giurisdizione è un diritto che ha il suo svolgimento nel processo e questo è suo modo di svolgimento, occorre riconoscere che il processo penale suppone la giurisdizione, come diritto subiettivo pubblico dello Stato, e questo è un presupposto del processo, e, perciò, condizione per la sua esistenza, requisito fondamentale per la sua nascita e valida costituzione. Come tale, la mancanza o il difetto di giurisdizione rende giuridicamente inesistente il processo, il quale, appunto perchè è svolgimento di giurisdizione, ha anche carattere giurisdizionale per cui si distingue da ogni processo di diversa natura: es. dal processo disciplinare." (In **La Giurisdizione Penale**, Soc. An. Istituto - Editoriale Scientifico, Milano, 1930, p. 154, nº 97)

Nesse sentido, expressivo aresto do Eg. STJ quando do julgamento do Resp nº 613.462-PI, rel. o eminente Min. GILSON DIPP, verbis:

"CRIMINAL. RESP. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO MUNICIPAL. NOTIFICAÇÃO. DEFESA PRÉVIA. NÃO APRESENTAÇÃO. OMISSÃO CAUSADA PELA DEFESA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. NÃO ABRANGÊNCIA DO DELITO EM QUESTÃO. MALVERSAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS ORIUNDAS DE CONVÊNIOS FIRMADOS COM ENTES FEDERAIS. SUJEIÇÃO DAS CONTAS AO TCU. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

I. Não se declara nulidade no presente caso em que o denunciado foi devidamente notificado para apresentação de resposta escrita, nos termos da Lei 8.038/90, tendo permanecido inerte.

II. Incabível a aplicação do disposto no art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003 no presente caso, cuja redação é clara ao referir as hipóteses de extinção da punibilidade, abrangendo tão-somente os delitos ali especificados.

III. Cuidando-se de processo em que existe o envolvimento de prefeito municipal em possível crime de malversação de verbas federais, oriundas de convênios firmados com entes federais – sujeitas à fiscalização de órgãos federais e à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União –, sobressai a competência da Justiça

Federal para o processo e julgamento do feito. Inteligência da Súm. nº 208 desta Corte.

IV. Recurso parcialmente conhecido e provido em parte."

Em seu voto, disse o Relator, verbis:

"A Terceira Seção desta Corte firmou entendimento, consolidado na Súmula nº 208, no sentido de que compete à Justiça Federal o processo e julgamento de Prefeito Municipal acusado de desvio de verba sujeita à prestação de contas perante Órgão Federal.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, por seu turno, também já se posicionou em relação ao assunto, afirmando a competência dos Tribunais Regionais Federais (HC 78.728, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 16.04.1999; HC 74.788/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.09.1997; HC 68.967/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 16.04.1993; e HC 80.867-7/PI, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12.04.2002).

In casu, trata-se de possível desvio de verbas destinadas à aquisição de materiais destinados à saúde escolar, à construção de escola municipal e à perfuração de poços públicos em núcleos rurais.

Ressalte-se que tais recursos provêm de convênios firmados com o Ministério do Meio Ambiente e com o Ministério da Educação, este último, através da Fundação Nacional de Desenvolvimento da Educação, cuja fiscalização de sua aplicação, portanto, cumpre ao Tribunal de Contas da União.

Desta maneira, resta evidenciado efetivo interesse da União na apuração do delito em tela, justificando a atração do feito à Justiça Federal, conforme bem abordado pela Subprocuradoria-Geral da República:

'Trata-se, portanto, de desvio de verbas repassadas ao Município mediante Convênios firmados com órgãos federais – Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal e Ministério da Educação –, receita esta que, ao que se proclama, sem oposição, está sujeita ao controle do Tribunal de Contas da União, ajustando-se ao comando da Súmula nº 208 - STJ, a justificar a competência da Justiça Federal.' (fl. 1127)

Dessarte, esta Corte tem entendido que compete à Justiça Federal o processo e julgamento de feitos que visam à apuração de possível desvio de verbas sujeitas à fiscalização de órgãos federais e sujeição das contas ao Tribunal de Contas da União."

Nesse sentido, ainda, a Súmula 208 do STJ.

## **VI A Escuta Telefônica no Processo Penal**

Com a aprovação da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que visou regulamentar o inciso XII, in fine, do art. 5º da CF de 1988, o Poder Legislativo dotou a Polícia e o Ministério Público de poderoso instrumento legal de combate à criminalidade.

Realmente, a Constituição de 1988, inovando em relação às Constituições anteriores, garantiu a inviolabilidade do sigilo das comunicações privadas em geral, ressaltando o caso das comunicações telefônicas quando a interceptação se efetivasse por ordem judicial, na forma prevista em lei.

Na vigência da Constituição de 1967, firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da imprestabilidade da prova obtida ilicitamente (In **RTJ** 84/609; 110/798; 122/47). Ademais, a Carta de 1988 tornou explícito, em seu art. 5º, LVI, que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", corroborando, assim, o entendimento da Suprema Corte erigido quando em vigor a Constituição Federal de 1967.

Com a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei nº 9.296/96, restou suprida a lacuna até então existente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que os arts. 1º, 2º e 3º do citado estatuto legal regulam, de forma minuciosa, os requisitos ensejadores da escuta telefônica, para o efeito de produzir a prova criminal, cujo deferimento, em qualquer caso, sujeita-se à autorização judicial.

Questão de grande interesse, e que não encontra solução no texto expresso da Constituição, é a que diz com as conseqüências processuais da admissão no processo, não obstante a proibição constitucional, da prova ilicitamente obtida, ou seja, qual o alcance do disposto no art. 5º, LVI, da Lei Maior.

Com a devida vênia dos respeitáveis argumentos em sentido contrário, quer-nos parecer que a melhor inteligência do referido dispositivo constitucional é a de que a Constituição não considera nulos os processos em que haja provas obtidas por meios ilícitos, isto é, se num determinado processo houver provas lícitas e ilícitas, a ilicitude destas não se comunica àquelas para que se conclua pela absolvição por falta de provas, ou, então, que se anule o processo pela ilicitude de todas as provas produzidas, num verdadeiro bill de indenidade aos criminosos.

Em editorial publicado na **Revue Internationale de Criminologie Et De Police Technique**, v. 30, nº 3, ano de 1977, intitulado "Les

Ecoutes Telephoniques", ao abordar essa mesma questão, concluía aquela conceituada Revista que "l'on ne doit pas étendre à l'excés les droits individuels en faveur de ceux qui abusent gravement de la liberté", não se podendo negar ao Estado a utilização no combate ao crime organizado dos mais modernos meios tecnológicos, inclusive instrumentos eletrônicos de escuta telefônica, já que o conhecimento da verdade é a condição primeira da Justiça Criminal.

Dessa forma, é mais do que evidente que o propósito do legislador constituinte foi o de considerar inadmissíveis no processo, única e exclusivamente, as provas ilícitas, e não as provas lícitas obtidas paralelamente, posteriormente ou anteriormente.

Nesse sentido, o voto proferido pelo eminente Min. Moreira Alves no HC nº 69.912-RS, verbis:

"Voto: Sr. Presidente, o que está em causa neste habeas corpus é o alcance do inciso LVI do artigo 5º da Constituição, o qual reza:

'São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.'

Como se vê, não diz esse dispositivo que são nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos. Portanto, se num processo houver provas lícitas e provas ilícitas, a ilicitude destas não se comunica àquelas para que se chegue à absolvição por falta de provas ou se anule o processo pela ilicitude de todas as provas produzidas.

A prevalecer a tese dos que estão concedendo o habeas corpus, ter-se-á que a descoberta, por escuta telefônica ilícita, de uma pista que conduza à descoberta de uma poderosa rede de traficantes de droga, com a obtenção de provas cabais do tráfico, impossibilitaria, em última análise, que tais traficantes fossem condenados porque – como ocorre no caso – a pista que conduziu àquela descoberta foi obtida por meio ilícito que contamina todo o processo posterior, transformando-se ela num verdadeiro bill de indenidade para esses criminosos. Até a confissão em juízo feita por eles estaria contaminada pelo vício da escuta telefônica inicial. O absurdo dessa conclusão, com a devida vênia, demonstra a erronia da premissa. Mais, Sr. Presidente: a adoção de tese dessa natureza por esta Corte vai permitir que se subornem maus policiais para que simulem escutas telefônicas ilícitas, com a posterior declaração deles de que se utilizaram desse meio para a descoberta do crime, o que invalidará o processo judicial posterior por essa pretendida contaminação.

Por outro lado, Sr. Presidente, é de manifesta evidência que a legislação que estabelecer as hipóteses em que a escuta telefônica

será lícita terá necessariamente de incluir a dos crimes hediondos, como o é o crime relativo a este habeas corpus.

O certo, Sr. Presidente, é que, na espécie, há provas lícitas da prática do crime, e estas, até pela letra simplesmente do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, não podem ser invalidadas pela ilicitude de uma escuta telefônica que não é sequer prova do crime, mas pista para a apuração das suas existência e autoria.

Com a devida vênia dos que entendem em contrário, indefiro a ordem."

A respeito, pertinente o magistério sempre autorizado de PONTES DE MIRANDA, verbis:

"Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fito proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido; é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscree a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insuffle a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto, o de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional." (In **Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. I, p. 302, n. 14).

Outra não é a lição de um dos mais conceituados constitucionalistas norte-americanos, HENRY CAMPBELL BLACK, em obra clássica, verbis:

"Where the meaning shown on the face of the words is definite and intelligible, the courts are not at liberty to look for another meaning, even though it would seem more probable or natural, but they must assume that the constitution means just what it says." (In **Handbook of American Constitutional Law**, 2. ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1897, p. 68)

Da mesma forma, o voto proferido pelo saudoso Ministro Hannemann Guimarães ao julgar o RE nº 9.189, verbis:

"Não se deve, entretanto, na interpretação da lei, observar estritamente a sua letra. A melhor interpretação, a melhor forma de interpretar a lei não é, sem dúvida, a gramatical. A lei deve ser interpretada pelo seu fim, pela sua finalidade. A melhor interpretação da lei é, certamente, a que tem em mira o fim da lei, é a interpretação teleológica." (In **Revista Forense**, v.127/397)

Com efeito, impõe-se recordar os ensinamentos da melhor doutrina, verbis:

"On ne voit pas pourquoi les délinquants pourraient utiliser les raffinements de la technique moderne en vue de commettre des infractions, alors que ces moyens seraient interdits à l'autorité pénale. A l'heure de l'électronique, de l'ordinateur et des télécommunications, il serait absurde de ne pas permettre à l'autorité pénale de bénéficier des techniques modernes, et de la cantonner à des systèmes aussi médiévaux que le serment prêté par le témoin. Lorsque l'on a des raisons sérieuses de penser que des gens violent ou s'appêtent à violer gravement l'ordre juridique, il n'est pas concevable que ce même ordre juridique interdise de rechercher efficacement ce qui n'est en définitive que la vérité. Si l'on veut lutter contre des abus éventuels, il vaut mieux examiner le problème et adopter une législation précise, plutôt que de laisser la situation non résolue, tout en sachant que pour certaines infractions particulièrement graves, comme le trafic de stupéfiants, il n'est pas possible de renoncer aux écoutes sans devenir inefficace."

(In "Les Ecoutes Telephoniques", publicado na **Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique**, v. 30, n. 3, p. 227/232, 1977)

Em alentado estudo, averba FRANCO CORDERO, verbis:

"In parole povere, il legislatore punisce l'autore d'una perquisizione illecitamente eseguita, ma non ripudia le prove che ne rappresentano il compendio (sempre che non si verta in uno dei casi, per i quali è comminato in abstracto un divieto di sequestro) (29). Soluzione di compromesso, si dirà, ma non tanto illogica quanto potrebbe apparire; nel conflitto tra gl'interessi dei privati e le esigenze del processo il punto d'equilibrio si può trovare in una reazione penalistica opportunamente dosata all'illecito del funzionario: bandire la prova è rimedio estremo, il cui costo vi è da temere che ecceda la misura dell'utile."

(In "Prove Illecite nel Processo Penale", publicado na **Rivista Italiana di Diritto e Processo Penale**, v. 4, ano 1961, p. 43)



É a