

3

Política Criminal e Supremo Tribunal Federal

3.1

Considerações Iniciais

A reflexão sobre a formulação da política criminal no Brasil pós 1988 não pode prescindir da análise do papel do judiciário. Mesmo porque é natural que as já vistas contradições do legislador na formatação das leis penais fossem desaguar no Poder Judiciário, instância encarregada do juízo de adequação destas leis. A análise da jurisprudência produzida a partir deste contexto pode revelar como a crise legislativa vem sendo enfrentada de maneira geral pelo juiz brasileiro.

O estudo do perfil legislativo do período em questão nos levou à conclusão de que nas duas décadas que sucederam à promulgação da Constituição de 1988, houve no Brasil um movimento de política criminal acentuado, com alteração de paradigmas e princípios. Ocorre que, conforme também demonstrado no capítulo antecedente, este movimento assumiu traços antagônicos e contraditórios, com alternância aleatória entre tendências excessivamente repressivas e postulados liberais, além de imprecisões sistêmicas e semânticas. Esta alternância errática pareceu-nos um sinal inequívoco de que o legislador brasileiro não chegou a definir parâmetros claros para a construção de uma política criminal estratégica e ajustada à nova realidade do país e do mundo.

O natural escoadouro destas questões para o judiciário fez deste poder um elemento preponderante de definição do traço político-criminal que o estado assumiu ao longo dos últimos anos, sendo razoável e possível admitir-se que uma análise difusa da jurisprudência dos tribunais estaduais e regionais federais em matéria penal já revelasse este fenômeno. A eleição de cortes verticais de estudo de decisões jurisprudenciais, através do estudo da jurisprudência dos diversos tribunais do país, embora válida, seria uma opção muito mais trabalhosa e ao mesmo tempo incompleta. A amplitude de uma tal pesquisa justificaria um

trabalho específico em separado. Por esta razão, fizemos uma opção particular: preferimos eleger exclusivamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e o fizemos não apenas em razão da praticidade de se examinar concentradamente a jurisprudência, mas basicamente em razão de algumas questões que passaremos a analisar.

Primeiramente, a despeito de ser o STF, um tribunal eminentemente voltado à matéria constitucional, a estrutura judiciária concebida pela Constituição de 1988 acabou destinando ao Supremo, em matéria criminal, uma competência muito mais ampla, que excede a seara constitucional no sentido estrito do termo.

A competência geral do Supremo está definida esquematicamente no artigo 102 da Constituição, que destina à matéria estritamente penal oito dispositivos, sem prejuízo da competência geral para recursos extraordinários que, obviamente, incluem os de natureza criminal. É competente originariamente, a corte suprema, para julgamento das ações penais intentadas em face do Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Também detém competência originária para julgamento de habeas corpus, sempre que o paciente for qualquer das pessoas com foro privilegiado naquela Corte, acima discriminadas. Igualmente, tem competência originária para julgar os habeas corpus impetrados por atos de suposta coação praticados por Tribunal Superior *“ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância”*. Ainda originariamente, julga a extradição solicitada por Estado estrangeiro e a revisão criminal de seus julgados.

Pela via do recurso ordinário, julga os habeas corpus decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão, além de crimes políticos. Por fim, pode ainda apreciar a matéria criminal através do recurso extraordinário.

A extensa competência do Supremo já ofereceria subsídios para a análise de seu papel de formulador de políticas. Todavia, merece especial atenção a competência do STF para exame de habeas corpus inserta no artigo 102, I, *d, i* e II, *a* da Constituição. A história recente vem mostrando que, pela via do HC, o Supremo aprecia, com muita frequência e, muitas vezes, em tempo quase real, matéria de fato, além de ser chamado, nestas ocasiões, a ditar as tendências hermenêuticas da legislação criminal ordinária¹.

Da mesma forma, o STF conserva, como visto, competência originária para julgamento de ações penais que envolvem autoridades com prerrogativas de foro², sendo que o recente ajuizamento de denúncias em face de ministros e parlamentares que gozam desta prerrogativa colocou em destaque a atividade do STF em matéria penal³.

¹ Levantamento feito pelo próprio STF e divulgado no final do ano de 2009 apontou que a Corte recebeu naquele ano o expressivo número de 4732 pedidos de habeas corpus, tendo julgado 6190. O mesmo levantamento aponta para cifras ainda mais espantosas. Desde a instalação do STF em 1891, foram mais de 102 mil processos desta espécie (JORNAL DO COMMERCIO. Rio de Janeiro: Editora Jornal do Commercio, 14 jan. 2010). A importância da competência do STF para julgamento de habeas corpus, bem assim suas conexões com a conjuntura política do momento já foram objeto de estudos não somente na área jurídica, mas também na seara da ciência política. Particularmente, o emprego do habeas corpus perante o STF na primeira república era bastante difundido e com larga abrangência, funcionando como verdadeiro mandado de segurança, em propalada atuação progressista da Corte em favor das liberdades políticas e civis e contra os excessos da luta política oligárquica, período este de prestigiada atuação daquela casa. Sobre o tema, vejam-se: VIEIRA, José Ribas, “O Instituto do Habeas Corpus como instrumento de alargamento da cidadania na Primeira República (1889-1921)”. In: SAMPAIO, Maria da Penha Franco ; BRANCO, Maria do Socorro; LONGHI, Patricia. (Org.). *Autos da Memória: a história brasileira no Arquivo da Justiça Federal*. Rio de Janeiro: UFF, 2006, e ainda KOERNER, Andrei, “O Hábeas Corpus na Prática Judicial Brasileira (1841-1920). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, ano 06, Vol. 24.

² Constituição da República Federativa do Brasil. “**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar originariamente: (...); b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; (...) i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (...) II – julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus* (...) decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; (...)”.

³ Para ficarmos com apenas alguns exemplos, destaque para o julgamento do chamado caso “Mensalão” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inq. 2245/MG. rel: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 09 nov. 2007. p. 38) e ainda algumas operações que envolveram graduados membros da magistratura, como a chamada Operação Furacão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 93381/RJ. rel: Min. Marco Aurélio Mello. Publicado no DJ de 29 mai. 2009. p. 1083).

Assim, pode-se afirmar com segurança que, ao contrário dos demais ramos do Direito, em matéria criminal, vem sendo o STF, e não o STJ, o verdadeiro e último formulador da interpretação da lei ordinária. É claro que isto se dá em parte por conta da notória constitucionalização do direito penal e processual penal, com um extenso rol de dispositivos pertinentes à matéria no texto constitucional, permitindo a invocação da Carta, mesmo que indiretamente, em quase todas as demandas de natureza criminal⁴.

De outro giro, se pretendemos esmiuçar as conseqüências que a pretensa crise de legitimidade da política criminal pode ter sobre as bases radicadas nos direitos fundamentais, mais uma vez se justifica a análise da produção jurisprudencial do STF. É importante investigar se o enfrentamento dos déficits de racionalidade do legislador penal por parte do aplicador da lei vem se dando com base nos princípios básicos do sistema de proteção aos direitos fundamentais, ou se, ao contrário, a crise ultrapassa as possibilidades desta proteção afetas ao judiciário.

Ademais, a escolha pela jurisprudência do STF obedece ainda a um critério de simples observação. É de lá que vêm os sintomas mais eloqüentes do fenômeno que pretendemos investigar. A imprescindibilidade da análise do papel do STF na formulação da política criminal brasileira não deriva exclusivamente das omissões ou falhas do legislador trabalhadas no capítulo anterior. Embora estejamos considerando este fator como relevante para a conjuntura brasileira, não se pode desconsiderar que o papel do STF vem se alterando ao longo da última década, como parte de um processo histórico mais abrangente.

⁴ Luis Roberto Barroso destaca que “*No Brasil, particularmente, em razão de uma Constituição extensa e analítica, a constitucionalização do Direito assumiu uma feição dúplce: a) a vinda para a Constituição de princípios relacionados com múltiplas áreas do Direito, incluídos o direito civil, administrativo, penal, processual e outros; b) a ida de princípios constitucionais fundamentais, como da dignidade da pessoa humana, aos diferentes domínios do direito infraconstitucional, dando novo sentido e alcance a suas normas e institutos.*” (BARROSO, Luis Roberto, “A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo”, In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.)

3.2

Ativismo Judicial e Neoconstitucionalismo

O incremento da atividade judicial é um fenômeno presente na atual quadra histórica jurídica em diversos países, fenômeno este que vem sendo chamado pela doutrina, dentre outros termos, de ativismo judicial. Nesta expressão se compreende o movimento de expansão da atividade jurisdicional para limites além dos tradicionalmente concebidos, como forma de adaptação a novos parâmetros jurídicos que incorporaram princípios constitucionais na solução de conflitos. Esta expansão da atividade dos juízes, e em especial das cortes constitucionais, resultou em uma atuação criativa que acabou por avançar em domínios até então exclusivos da política.

O fenômeno do ativismo judicial vem sendo objeto de estudos e reflexões recentes, sendo de todo relevante para o presente trabalho a compreensão de como este fenômeno está sendo recepcionado no Brasil, mais especificamente no que se refere ao direito penal. Se, para nós, o legislador brasileiro não formulou racionalmente uma política criminal para o Brasil, será possível afirmar que o judiciário, ou, mais precisamente, o STF, poderia suprir esta omissão pela vertente do ativismo judicial?

Pretendemos, portanto, nesta etapa do trabalho, proceder a uma reflexão sobre como o STF vem se colocando diante deste quadro. E nossa hipótese é a de que a crise de formulação da política criminal está também disseminada na atuação do STF que, longe de superá-la, apenas a reflete e reverbera. A visão da exata dimensão do peso que tem hoje o STF na formulação de política criminal brasileira demanda um esforço inicial de compreensão mais abrangente do fenômeno do ativismo judicial.

O ativismo judicial vem sendo explicado e estudado como um dos elementos caracterizadores de algo maior e mais abrangente, identificado como neoconstitucionalismo⁵. O termo compreende, hoje, a percepção de que após a segunda grande guerra operaram-se no mundo jurídico profundas transformações

⁵ O termo foi introduzido na literatura por Carbonnel, na obra *Neoconstitucionalismo(s), em 2003* (Miguel Carbonell (Ed.). Madrid: Editorial Trotta, 2003)

que, por sua vez, repercutiram na seara política, transformações estas hauridas a partir da concepção de que a Constituição, para além de um texto escrito em forma de regras e dispositivos e destinado a configurar estruturalmente o estado, impunha uma grade de valores e princípios de modo a obrigar a total reformulação da jurisdição constitucional. Esta nova concepção de constituição que deixava de ser um projeto de metas, passando a ser um compromisso de direitos firmados na referida grade de valores e princípios, implicou na busca de novas formas de acesso ao Direito, para além da subsunção lógico-dedutiva do positivismo, razão pela qual, de início, este movimento foi chamado de pós-positivismo⁶.

Em verdade, a reflexão na teoria do Direito vem, desde o fim da segunda grande guerra, centrada primordialmente na tentativa de superação dos postulados do positivismo jurídico, a partir da constatação de que seus dogmas, além de se mostrarem insuficientes na tarefa de dar conta de todos os problemas que emergem da nova ordem mundial, podem ainda conduzir o estudo do Direito para uma seara esvaziada de substância ética, conferindo-lhe um caráter puramente instrumental a serviço de quaisquer propostas ideológicas.

Os impasses gerados pela história do século XX acabaram por demonstrar que, ao contrário do que pregava o programa positivista, o Direito concebido como sistema de regras impostas pelo estado não se desincumbe satisfatoriamente da solução de todos os conflitos emergentes das relações humanas. Por outro lado, tais impasses empurraram a sociedade para a constatação da necessidade absoluta de um embasamento ético do Direito, que não mais permitisse sua utilização como justificativa hábil de aventuras ideológicas cerceadoras da liberdade. O positivismo jurídico descrevia o Direito como um conjunto coerente de normas logicamente agrupadas, ideia esta não mais compatível com o contexto do mundo contemporâneo, pleno de um ceticismo ético. Era necessário reencontrar uma idéia de Direito que assegurasse, às suas regras, um fundamento, mas também ao mundo que ele rege, um significado.

⁶ Sobre o sentido do termo, veja-se CASALMIGLIA, Albert, "Pospositivismo". In: DOXA, *Cuadernos de Filosofia Del Derecho*, n. 21-I, 1998. Válido também trazer a advertência do Prof. Ricardo Lobo Torres, para quem "a expressão pós-positivismo é ambígua, eis que muitas vezes passa a significar a superação do positivismo normativista e conceptualista a partir de premissas do positivismo sociológico e historicista", (TORRES, Ricardo Lobo. "A Jurisprudência dos Valores". In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*.)

Gustav Radbruch já alertava que “*esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos de Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o Direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro*”⁷.

A tentativa de compreender o Direito dentro de uma estrutura própria, desvinculada do cientificismo puramente racional ou matemático, desaguou nas propostas da teoria da argumentação, em seus mais variados matizes. A partir das pesquisas de Chaïm Perelman e Viehweg, fortaleceu-se no meio jurídico a percepção de que o estatuto de certeza do Direito não repousa na verdade, tal como concebida pelas ciências ditas duras, mas sim em uma noção de razoabilidade. A verdade jurídica não é algo a ser dado ou buscado em um exercício racional de silogismo puro, mas uma idéia a ser construída a partir de procedimentos discursivos adequados. Busca-se hoje reconciliar a idéia do Direito com a de justiça, não mais no plano metafísico do jusnaturalismo, mas na definição de formas e procedimentos que garantam a lisura do discurso e, desta forma, afiancem, na medida do possível, não uma única resposta certa, mas uma resposta plausível e aceitável. Por outro lado, a redescoberta das ligações simbióticas entre a ética e o Direito é um objetivo hoje associado à obra de inúmeros autores, dentre eles destacando-se Robert Alexy, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas⁸.

⁷ RADBRUCH, Gustav. “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”. In: *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1997. p. 415

⁸ Sucessor de Herbert Hart na cátedra da Universidade de Oxford, Ronald Dworkin vem propor uma teoria do Direito que pretende ser interpretativa e avaliadora. Seu objetivo é elaborar uma crítica enérgica do positivismo e do utilitarismo, a partir da tomada dos princípios liberais. Para Dworkin, não há como separar, em uma teoria geral do Direito, a ciência descritiva da política jurídica, que era precisamente a proposta de Herbert Hart. Sua idéia, ao contrário, é uma teoria do Direito substantivada e densificada, baseada nos direitos individuais, o que significaria dizer, em outras palavras que, para ele sem direitos individuais não há Direito. Sua crítica à concepção positivista do Direito aponta para o fato de que esta não leva em consideração princípios de justiça preestabelecidos. Limita-se a identificar normas, deixando de fora princípios e diretrizes políticas. Esta concepção, esvaziada de preceitos substantivos, típica do positivismo, seria no mínimo perigosa, já que pressuporia uma noção profana e simples de moral e Direito que, na prática dos tribunais, não seria tão clara como querem os positivistas. E a bem da verdade, toda a teoria de Dworkin leva em consideração uma superposição entre Direito e moral. (DWORKIN, Ronald.. *Los derechos em serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1999) Nesta perspectiva precisa, o pensamento de Dworkin se articula com o de Habermas e com o de Alexy. Para o aprofundamento do estudo sobre estas conexões, veja-se ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. São Paulo: Landy, 2000.

O esforço para transcender o paradigma positivista do Direito foi canalizado para o direito constitucional, que passou a incorporar de forma pioneira uma nova metodologia de aplicação com a inclusão das teorias argumentativas pela via de categorias como a ponderação, razoabilidade e proporcionalidade⁹. O novo direito constitucional se formou, pois, a partir da necessidade de superação do positivismo, mas sem que isso significasse o regresso ao jusnaturalismo. A demanda por bases racionais aos anseios de justiça promoveu, pela via do direito constitucional, “o reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito”.¹⁰

Ainda não há consenso na doutrina sobre os contornos semânticos do neoconstitucionalismo. De modo geral, identificam-se no fenômeno algumas características fundamentais, tais como: i) a convicção de que a Constituição impregna todos os ramos do Direito; ii) o novo *status* que os princípios alcançam no ordenamento jurídico, ao lado das regras; iii) o emprego das técnicas argumentativas de ponderação; iv) a constrição da liberdade legislativa pela via da Constituição e, por fim, v) o incremento da atividade judicial como instância efetivadora de direitos¹¹.

Tampouco há consenso na doutrina acerca dos aspectos valorativos desta nova tendência. Divergem as opiniões na qualificação desta vertente, sobre ser ela um avanço positivo ou um risco¹² às bases da democracia. Não

⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). BRASIL, Alexandre, Ribeiro, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GARRIDO, Deilton. SILVA, Marcus Firmino Santiago da; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza (colaboradores). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. “A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo”. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*.

¹¹ PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trota, 2003

¹² Sobre a controvérsia, importante a posição destacada por Daniel Sarmento: “*Se entendermos o neoconstitucionalismo de acordo com a conhecida definição de Luis Prieto Sanchís, como uma teoria do Direito que se orienta pelas máximas de ‘más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistência de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica’, certamente eu não me considero um neoconstitucionalista. De todas as afirmações do professor espanhol, a única de que não discordo é aquela relacionada ao pluralismo de valores, cujo reconhecimento, aliás, está longe de ser privilégio dos neoconstitucionalistas. Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a*

pretendemos nos alongar sobre o tema. Dele, interessa-nos, no momento, apenas o acordo doutrinário tranquilo e acima das diferenças pontuais de opinião, no sentido de que esta nova forma de emprego e convivência com o fenômeno jurídico trouxe luzes e intensificou o papel do judiciário¹³.

Se o conceito de neoconstitucionalismo não é unívoco, a expressão ativismo judicial também comporta, ela mesma, alguma dificuldade conceitual¹⁴. William Marshall aponta para pelo menos sete acepções para o termo¹⁵, o que nos obrigará a fazer algumas opções. Interessa-nos para os fins deste trabalho, que busca identificar o papel do STF na formulação da política criminal, o chamado ativismo na sua modalidade jurisdicional, identificado como a atividade do tribunal que extrapola os limites tradicionais de sua atuação. Neste ponto,

importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica,¹² sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo.” SARMENTO, Daniel. “O Neo constitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades”, In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.*

¹³ MAIA, Antonio Cavalcanti, “Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo”, In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

¹⁴ Sobre as diversas concepções de ativismo judicial, veja-se VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). BRASIL, Alexandre, Ribeiro, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GARRIDO, Deilton. SILVA, Marcus Firmino Santiago da; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza (colaboradores). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*.

¹⁵ Nas palavras do autor: “*Rather than coming up with a single definition, I have attempted to identify the indices of judicial activism that are often noted in the literature. I have reached a total of seven: (1) Counter-Majoritarian Activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches; (2) Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers; (3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent; (4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to Jurisdictional limits on their own power; (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine; (6) Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy; and (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives. These indices are, of course, not always consistent with each other. For example, adherence to precedent may involve invalidating decisions of democratically elected branches. 19 A decision that is non-activist in one sense may be activist in an-other. For this reason, a categorical listing of these indices cannot be combined to form a single definition of judicial activism. Measuring a court's actions against each and all of these indices, however, may provide an overview of a court's activism.*” MARSHALL, William P. “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”, *University of Colorado Law Review*. 2002. Disponível em <http://ssrn.com/abstract_id=330266>. Acesso em 25 out. 2010.

comungamos da visão de que o Supremo Tribunal Federal, “*mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando área e temas que talvez não estivessem o traçado original da Constituição*”¹⁶

Conquanto o ativismo judicial seja algo observável em diversos países democráticos, no Brasil o fenômeno se fez notar com maior relevo a partir da virada do milênio. Já na década de noventa, Luis Werneck Vianna chamava a atenção para a intensificação da busca do judiciário a partir da entrada em vigor da Constituição de 88¹⁷, provocando um movimento crescente, e até hoje em curso, de judicialização.

Basicamente, o que se observa desde então, sob este prisma, é a invocação do poder judiciário como um todo, e mais especificamente do STF, com uma frequência muito maior e para solucionar conflitos que, fugindo do padrão tradicional, transcendem as relações individuais e circunscritas a atores simples e determinados¹⁸. A doutrina cunhou ainda a expressão “judicialização da política” para se referir especificamente à ampliação do espectro jurídico para discussão e solução das questões que tradicionalmente eram enfrentadas em searas políticas. Assim, tornou-se corriqueiro que o Supremo se manifeste, processualmente de início e extraprocessualmente com o passar do tempo, sobre problemas tão variados que vão desde aspectos morais, como o aborto de fetos

¹⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). BRASIL, Alexandre, Ribeiro, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GARRIDO, Deilton. SILVA, Marcus Firmino Santiago da; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza (colaboradores). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. p. 40.

¹⁷ Sobre as pesquisas do professor Luis Werneck, vejam-se: VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende, MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997; Id. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999; VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo “Revolução Processual do Direito e Democracia”. In: VIANNA, Luiz Werneck, *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002; Id.; e ainda VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo; SALLES, Paula Martins. “Dezessete Anos De Judicialização Da Política”. In: *Cadernos CEDES*. n.08, Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Direito e Sociedade Cedec – Iuperj, 2006.

¹⁸ FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil*. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em 25 out. 2010.

com anomalias graves, até a extensão de princípios constitucionais, como foi o caso da infidelidade partidária¹⁹.

Vários são os fatores apontados pelos estudiosos para explicar esta mudança de padrão do papel do STF, que passou a atuar no cenário nacional como verdadeiro “ator político”²⁰. Basicamente, há consenso de que a ampliação, no texto constitucional, do rol de direitos humanos e sociais, bem assim a necessidade de efetivação destes novos direitos, praticamente impôs a implementação da jurisdição constitucional como ferramenta indispensável à consecução destes objetivos. Na expressão de Luis Werneck, o juiz se tornou um “protagonista direto da questão social”²¹.

A hipótese inicial é, portanto, a de que a expansão e a busca de efetividade dos direitos humanos e sociais possa ter oferecido espaço ao desenvolvimento do ativismo judicial. Todavia, não é suficiente esta explicação. Primeiro, porque a expansão da atividade jurisdicional não se deu apenas no campo da implementação dos direitos sociais, sendo perceptível esta expansão também em searas do direito eleitoral, civil e penal. Segundo, porque não é possível compreender a expansão da atuação do STF no Brasil desconectada da trajetória que o poder legislativo percorreu no mesmo período e neste ponto, é indiscutível que o crescente protagonismo do STF se deu concomitantemente à crise de legitimidade que acometeu o parlamento brasileiro no mesmo período²².

¹⁹ Sobre os temas, v. respectivamente, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 50 QO/DF, rel: Min. Marco Aurélio Mello. Publicado no DJ de 31 ago. 2007, p.29 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS 26602/DF, rel: Min. Eros Grau. Publicado no DJ de 17 out. 2008, p. 190.

²⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). BRASIL, Alexandre, Ribeiro, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GARRIDO, Deilton. SILVA, Marcus Firmino Santiago da; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza (colaboradores). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*

²¹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo; SALLES, Paula Martins. “Dezessete Anos De Judicialização Da Política”. In: *Cadernos CEDES*. n.08

²² Em busca de uma síntese sobre os fatores determinantes do ativismo judicial no Brasil, aponta Loaine Prado Verbicaro: “No contexto brasileiro, entre as condições propiciadoras e/ou facilitadoras do processo de judicialização da política, destacam-se: a promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos

Os sucessivos escândalos que apontavam o envolvimento de parlamentares com grandes esquemas de corrupção²³ aliados a uma incapacidade crônica de interpretar e veicular demandas sociais praticamente impediram que o parlamento se mantivesse como espaço de discussão, projetos e soluções para os grandes problemas nacionais. Por outro lado, a dinâmica dos conflitos atuais e sua complexidade passaram a exigir uma velocidade maior de resposta, incompatível com o ritmo do parlamento e mais consentâneo com a forma de atuação do judiciário.

Portanto, se o momento jurídico mundial favoreceu o protagonismo do poder judiciário no contexto do neoconstitucionalismo, internamente este movimento se deveu também ao enfraquecimento político do poder legislativo. A problemática correlação de forças estabelecida a partir do crescimento da atividade jurisdicional frente à crise parlamentar não deixou de ser apontada pelos críticos do ativismo judicial.

O autor Ran Hirschl, crítico mordaz deste novo papel do poder judiciário emprega a expressão “juristocracia” para designar a expansão das competências das cortes supremas. Para ele, a transferência de poderes do legislativo para o judiciário tem que ser compreendida no contexto de lutas políticas, econômicas e sociais, já que o processo pode ser sintetizado como forma de distribuição e preservação de poderes, ou *hegemonic preservation thesis*, segundo a qual o fortalecimento do judiciário pela via do controle constitucional é a resultante de um acordo estratégico conduzido por grupos hegemônicos no plano político, no sentido de preservarem suas condições contra as ameaças eventuais que a opção democrática possa representar. Mais ainda, o autor entende que, para além dos fatores conjunturais que desaguaram no crescimento do judiciário e na expansão dos poderes das cortes supremas, este incremento acaba

sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a conseqüente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório.” VERBICARO, Loiane Prado, Um Estudo Sobre As Condições Facilitadoras Da Judicialização Da Política No Brasil. *Revista Direito GV*. São Paulo 4(2). p. 389-406 Jul-Dez 2008. Disponível em <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_4_389_406_Um%20estudo%20sobre%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20facilitadoras%20Loiane%20Verbicaro.pdf> Acesso em 25/10/2010.

²³ Para lembrarmos de alguns, apenas: o escândalo dos anões do orçamento, descoberto em 1993 e, mais recentemente, o esquema do mensalão, denunciado em 2005.

por atender aos interesses individuais dos próprios membros das cortes, porque se converte em pura disputa de nichos de poder.²⁴ Para o autor, ainda que se queira atribuir a busca mais intensa do poder judiciário como forma de garantir a implementação e efetivação de direitos, o que imprimiria uma imagem positiva e progressista ao ativismo, o processo pode, ao fim de tudo, ser sintetizado na proverbial e histórica luta pelo poder.

No Brasil, igualmente, o crescente protagonismo do STF encontra críticas. Supremocracia é a expressão empregada por Oscar Vilhena Vieira²⁵ para designar a proeminência do Supremo no cenário nacional, em matérias que vão desde a política, economia, legislação, ciências, educação e assuntos policiais. O professor paulista aponta para a necessidade de se parametrizar o poder crescente do STF através de mecanismos como a redistribuição das suas competências, com restrição da própria jurisdição, além de propostas de alteração nos procedimentos deliberativos da Corte.²⁶

Fato é que a partir da última década, o Supremo Tribunal Federal aumentou sensivelmente seu espaço político no país, tornou-se mais visível²⁷ e mais presente na vida nacional. T tamanha visibilidade trouxe a constatação clara de que, à medida que cresce seu protagonismo e aumenta sua influência política, aprofundam-se as divisões internas da Corte que, longe de atuar de forma hegemônica, sinaliza os antagonismos de seus membros e permite que se visualizem suas divergências, por vezes, profundas. A todo o quadro até agora descrito, acrescem-se ainda dois fatores. Primeiro, o advento da Emenda Constitucional 45/2004 que promoveu reformas importantes na organização do poder judiciário, inclusive no que se refere ao controle externo da atividade judicial, com a criação e implementação do Conselho Nacional de Justiça, presidido pelo presidente do STF em acúmulo de funções. E em seguida, a circunstância de ter a Corte sofrido diversas alterações em seus quadros, em curto espaço de tempo, sendo que os critérios de nomeação dos novos membros

²⁴ HIRSCHL, Ran. "The Political Origins of the New Constitutionalism". In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, volume 11, issue 1, Winter 2004, pp. 71-108.

²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena, "Supremocracia". In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*.

²⁶ Ibid. p. 500

²⁷ O termo visível é aqui empregado até literalmente, uma vez que as sessões do STF são hoje televisionadas e podem ser acompanhadas ao vivo por qualquer pessoa que disponha de um aparelho de televisão ou tenha acesso à internet.

levaram em conta, de forma inédita no país, dados como gênero e etnia²⁸. É preciso saber, agora, como este movimento reverberou na seara penal.

3.3

Ativismo Judicial Penal no Brasil

O estudo do ativismo do STF em matéria penal não dispensa qualquer uma das vertentes de análise acima descritas. Pode e deve ser compreendido sob o ângulo do neoconstitucionalismo, porque é bastante nítida a utilização das categorias trazidas por esse novo viés do direito constitucional, tais como a impregnação do sistema penal pela Constituição, bem assim a utilização de princípios e valores na construção dos julgados. Tampouco se desconhece que as decisões do STF em matéria penal repercutem, hoje, diretamente na dimensão do espaço político interno que a Corte vem ganhando no país. Por fim, conforme já sustentamos, o protagonismo do STF se intensificou a partir da crise do poder legislativo. Vejamos.

Naturalmente que as contradições da política criminal (ou de sua ausência) provenientes da atuação do legislador acabaram por desaguar no poder judiciário, cuja tarefa tem sido adequar e superar os desajustes daquele. É certo que a dinâmica acelerada dos fenômenos sociais implica quase sempre na instabilidade e no caráter efêmero da legislação. As demandas urgentes da sociedade do risco são muitas vezes inconciliáveis com os processos formais de produção legislativa, o que impõe ao judiciário, via de regra, certo ativismo que, todavia, deverá estar calcado na invocação de princípios. No direito penal dos estados democráticos de direito, entretanto, esta atividade supletiva do poder judiciário deve encontrar limites mais rigorosos, na medida em que o princípio da

²⁸VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). BRASIL, Alexandre, Ribeiro, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GARRIDO, Deilton. SILVA, Marcus Firmino Santiago da; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza (colaboradores). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF.*, Curitiba: Ed. Juruá, 2009

reserva legal não é apenas mais um dos princípios do ordenamento, senão a pedra de toque de todo o sistema punitivo garantista²⁹ destes estados.

Ainda assim, as lides processuais obrigam o julgador a aplicar a norma no caso concreto e conferir razoabilidade a suas decisões, a despeito da eventual irracionalidade do legislador. Precisamente este grau de razoabilidade tem que buscar um suporte mínimo de legitimidade, que somente se encontra na estrutura dos direitos fundamentais. Leia-se: de um lado o legislador, na legítima tarefa representativa de traçar estratégias legais de política criminal, falha nesta empreitada; de outro, o julgador, nos estritos limites de sua atuação, deve tentar aplicar a norma penal haurida no contexto daquele ambiente incoerente e, para isto, deverá buscar parâmetros de atuação. Dentro de um estado democrático de direito, tais parâmetros deverão se centrar necessariamente na estrutura dos princípios e direitos fundamentais presentes na Constituição³⁰. Em última análise, a Constituição predispõe princípios que deveriam funcionar como marcos do desenvolvimento da política criminal do país, apresentando-se, pois, como referência, acima da inoperância ou das incertezas do legislador³¹.

O incremento da jurisdição constitucional no Brasil, na primeira década deste século XXI, é certo, pôs em destaque esta atribuição do STF como legislador supletivo. Em matéria penal, os limites desta atuação repousam em um paradoxo de difícil superação: se por um lado, a intervenção do STF na política criminal deve se pautar na defesa dos direitos fundamentais, esta atuação desafia o princípio da legalidade, também um direito fundamental de extrema importância. A legitimidade da atuação do STF passa a ser um campo de delicadas e controvertidas ponderações. O impasse é objeto de estudos como o de Robert Alexy, quando defende que a legitimidade do poder judiciário na expansão de seu

²⁹ Sobre as bases do garantismo penal: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2006. Ainda sobre o garantismo, remetemos o leitor ao próximo capítulo do presente trabalho.

³⁰ Tem sido assim em países como a Alemanha e os Estados Unidos, nos quais as cortes constitucionais vêm, recentemente, sendo chamadas a buscar a harmonia entre os avanços da criminalidade transnacional (basicamente o terrorismo), e as hostes liberais dos direitos fundamentais. E se esta tensão está presente e é grave nas democracias tradicionais e consolidadas, maior gravidade e importância terá em países como o nosso.

³¹ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 59

papel de formulador do direito advém de uma representação argumentativa e não política³², o que nem sempre se poderá aceitar como suficiente na seara penal.

Trata-se, pois, de um cenário que poderia explicar a contento o ativismo do STF em matéria penal a partir do viés do neoconstitucionalismo e aliado ao contexto da crise do parlamento.

Há, todavia, outro fator elementar que não pode ser desconsiderado: o ativismo judicial do STF em matéria penal somente se tornou perceptível à sociedade em geral a partir da intensificação da persecução penal de determinada natureza de crimes. Já nos referimos a esta questão no capítulo antecedente. A reestruturação do Ministério Público na Constituição de 88 e a especialização do Ministério Público Federal, livre da atuação de representação judicial da União a partir da Lei Complementar 75/93, resultaram em um impulso notável na atuação da instituição em matéria criminal. Especificamente no que se refere ao Ministério Público Federal, cuja atribuição está mais diretamente ligada à criminalidade econômica, esta especialização redundou no aumento exponencial de ações penais envolvendo pessoas oriundas da classe média e classe alta que, historicamente, costumavam figurar somente de forma esporádica nos foros criminais.

Este quadro foi possível em virtude da conjunção de algumas circunstâncias específicas. De início, a já referida reestruturação da instituição do Ministério Público, acometido pela Constituição de atribuições e prerrogativas até então inéditas no país. De outro ponto, durante as décadas de oitenta e noventa, o ordenamento jurídico contou com a edição de leis que repercutiram na seara criminal de forma profunda: a lei 7.492/86 que define os crimes contra o sistema financeiro, a lei 8.137/90 definindo os crimes contra a ordem tributária e econômica, a lei 9.613/98 tipificando de forma pioneira o crime de lavagem de dinheiro. Também importante foi a criação de instâncias administrativas, o fortalecimento e algumas vezes a reorganização de algumas estruturas do estado que somaram energias ao contexto descrito. Refiro-me, especificamente, à criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), à reorganização das

³² ALEXY, Robert. *Teoría del Discursos y Drechos Constitucionales* (catedra Ernesto Garzón Valdés 2004) Mexico, DF: Distribuciones Fontamara, 2007. A tese foi expressamente defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, em entrevista concedida por ele, na qualidade de Presidente do STF, ao jornal Valor Econômico. (VALOR ECONÔMICO. [s.n.]. [n. ?]. 09 jun. 2008).

instâncias fiscalizadoras da Receita Federal e do Instituto Nacional do Seguro Social, ao Tribunal de Contas da União e, por fim, o aparato fiscalizador do Banco Central que, diante da explosão de escândalos financeiros, também foi instado a cooperar³³. A partir da virada do século, foi a Polícia Federal que assumiu uma metodologia diferenciada e especializou alguns segmentos.

A resultante de todos estes vetores foi uma onda de persecução de um rol de crimes, cujo processo de investigação se diferenciava do que até então se fazia. A deflagração de grandes operações de combate a crimes econômicos e contra a administração pública praticados por organizações criminosas representou uma mudança radical nas rotinas de investigação destes crimes. Até então, a notícia de um evento criminoso implicava na instauração de um inquérito policial que passaria a uma colheita formal e burocrática de provas, quase sempre insatisfatórias. As grandes operações de combate ao crime deflagradas a partir de 2003 inverteram esta lógica, já que a investigação das organizações criminosas passou a contar com uma fase inicial sigilosa e judicializada, na forma de medidas de quebra de sigilo bancário e telefônico, seguidas de um momento público de realização de prisões provisórias (temporárias ou preventivas) e diligências de busca e apreensão, para só então se deflagrarem as respectivas ações penais.

A mudança de metodologia de investigação desta espécie de crimes praticados por organizações criminosas provocou uma necessária interface mais abrangente entre polícia e Ministério Público, além de demandar com muito mais frequência a atuação judicial na fase do inquérito, no deferimento das medidas constritivas de quebras de sigilos constitucionalmente protegidos³⁴. Mas mais do que isto, inaugurou-se no Brasil uma fase de grandes operações persecutórias que

³³ O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) foi instituído pela lei 9.613/98 (Art. 14) com a incumbência de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na lei de lavagem de ativos. Quanto aos episódios criminosos do sistema financeiro, citem-se, como exemplos, na década de noventa, o Banco Econômico, Banco Nacional, Banespa, dentre tantos outros. Sobre a atuação do Banco Central na persecução de ilícitos financeiros, veja-se CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

³⁴ Esta intensificação do papel do juiz na fase investigatória inspirou as propostas de instituição no processo penal do chamado “juiz de garantias”, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado, cabendo a outro juiz julgar o caso, com ampla liberdade em relação ao material colhido na fase de investigação. A proposta consta do projeto do novo Código de Processo Penal (art.14) recentemente aprovado no Senado.

redundaram no indiciamento, nas prisões e nos processos penais contra pessoas da classe média e alta: políticos, banqueiros, empresários e comerciantes³⁵.

A inédita inclusão deste perfil de réus e indiciados com alto poder aquisitivo no sistema repressivo acelerou e intensificou o trânsito de processos nas cortes superiores, seja pela via da competência originária destes tribunais no caso de pessoas com foro privilegiado, seja, na grande maioria das vezes, pelas vias recursais e impugnativas acessadas em larga escala pelas defesas. O fluxo alcançou de plano o Supremo Tribunal Federal por meio do instituto do Habeas Corpus e, como já dito, muitas vezes em tempo real, interferiu nos destinos das investigações e das instruções penais que se desenvolviam ainda em primeira instância.³⁶

Este novo ritmo de atuação penal do STF produziu, pelo menos, duas consequências importantes no Brasil. Primeiro, propiciou à Corte a oportunidade de formular em níveis até então inéditos, parâmetros de política criminal para o país, pela via do controle da constitucionalidade de leis, súmulas, súmulas vinculantes, ou ainda simples diretrizes de interpretação legislativa. De outro, a facilidade de acesso ao STF para enfrentamento de qualquer matéria de fato ou de direito produziu o enfraquecimento das instâncias inferiores, sobretudo as de primeiro e segundo grau, cujas decisões padecem hoje de falta de efetividade.

3.4

O papel do STF como modulador da atividade legislativa em matéria penal

No capítulo anterior dedicamo-nos à tarefa de apontar as falhas do legislador na produção das leis penais do período pós 1988, como indicativas da dificuldade de formulação de política criminal do novo estado democratizado. É possível afirmar que o ativismo judicial do STF caminhou, em parte, para o

³⁵ Em verdade, o fenômeno é ainda mais abrangente. No início da década do novo milênio já era sensível o aumento de casos de jovens da classe média e média alta envolvidos em quadrilhas de tráfico de drogas, alterando de certa forma, o perfil tradicional desta espécie de criminoso. (O GLOBO. Rio de Janeiro: Editora Globo, [n. ?], 15 out. 2003; O GLOBO. Rio de Janeiro: Editora Globo, [n. ?] 26 out. 2003; JORNAL DO BRASIL. Rio de Janeiro: [s.n.], [n. ?], 18 jan. 2004)

³⁶ O caso mais célebre envolveu o banqueiro Daniel Dantas nos anos de 2008/2009, embora outros exemplos possam ser mencionados.

trabalho de adequar esta legislação ao modelo constitucional vigente, ajustando suas contradições e excessos, ainda que a custa de suas próprias contradições. Aliás, não se pode, de forma alguma, excluir o STF do contexto de contradições que marcou a política criminal do pós 1988 no Brasil, e o estudo de alguns casos nos auxilia na compreensão deste fenômeno.

A evolução da jurisprudência do STF em matéria penal no período ora estudado – cerca de vinte anos a partir de 1988 - também demonstra o crescimento do ativismo da Corte em matéria penal e a mudança da perspectiva do tribunal no tocante a seus limites frente ao papel do poder legislativo.

Neste passo, importante buscar identificar estes movimentos em alguns casos específicos, a fim de se poder demonstrar o perfil de ativismo adotado pelo Supremo.

3.4.1

O STF e as Súmulas Vinculantes em matéria penal

A tarefa do STF de corrigir e adequar a legislação vem se dando, via de regra, pelo controle da constitucionalidade dos atos legislativos e tem fundamentação eminentemente principiológica. Também pela via das súmulas vinculantes, esta atividade foi expressiva: das 31 súmulas vinculantes editadas até maio de 2010, 05 se referem à matéria criminal, incluindo matéria processual penal³⁷.

³⁷ A saber: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante. Enunciado nº 09: “O disposto no artigo 127 da lei nº 7.210/1984 (lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante. Enunciado nº 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante. Enunciado nº 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante. Enunciado nº 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante. Enunciado nº 26: “Para efeito de

A disciplina constitucional das súmulas vinculantes está no artigo 103-A da Constituição, introduzido pela Emenda 45/2004. O dispositivo autoriza a edição da súmula vinculante depois de reiteradas decisões do STF sobre matéria constitucional, visando à validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia séria a ponto de comprometer gravemente a ordem jurídica e que implique em multiplicação de processos sobre questão idêntica³⁸. A questão foi posteriormente regulamentada pela Lei 11.417 de 19.12.2006 que disciplinou, dentre outros aspectos, o procedimento de aprovação dos verbetes.

A propósito, o próprio Supremo já demonstrou divergências internas acerca da possibilidade e da conveniência da edição de súmulas vinculantes em matéria penal. A questão ocupou as discussões entre os Ministros na oportunidade em que se votava a Súmula Vinculante nº 24, acerca dos crimes tributários. Na ocasião, três posições diferentes puderam ser identificadas em relação ao tema. O Ministro Joaquim Barbosa votou contrariamente à aprovação da Súmula, entre outras razões por entender que “a matéria penal não é vocacionada à sumulação em caráter vinculante”, em sua opinião porque “com o passar do tempo, e em razão da multifacetariedade intrínseca do fenômeno criminal, haverá sem dúvida, uma tendência inevitável à obsolescência da súmula e à conseqüente necessidade de revogá-la ou de proceder a sucessivas clarificações”³⁹. Da mesma forma se orientou a Ministra Ellen Gracie nesta ocasião e ainda nas discussões para a aprovação da Súmula Vinculante nº 14. O Ministro Dias Toffoli adotou, naquele episódio, uma posição intermediária, no sentido de entender possível a súmula

progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2o da lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

³⁸ Constituição da República Federativa do Brasil: “**Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

³⁹ Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_29.pdf. Acesso em 25 out. 2010.

vinculante em matéria penal, somente quando o enunciado fosse “favorável ao cidadão”. Já o Ministro Gilmar Mendes pontuou, na mesma sessão, não haver óbice à edição e súmula vinculante em matéria penal, desde que não se buscasse inovar na tipificação de condutas, em virtude do “*sistema constitucional liberal que se desenha no texto constitucional*”, mas defendeu a possibilidade desta espécie de súmula, quando se tratasse de questões que envolvam segurança jurídica⁴⁰.

A doutrina ainda não se debruçou de forma aprofundada sobre o tema e ainda não considerou esta divergência. De maneira geral, não se verifica entre os autores haver resistência à temática do direito penal frequentar os verbetes vinculantes, sendo ainda escassas as advertências quanto à necessidade de se emprestar a estas súmulas os limites da anterioridade, clareza e certeza, desdobramentos do princípio da legalidade⁴¹.

Dos cinco verbetes relacionados à questão penal, apenas o de número 09, editado em junho de 2008, relativo à execução penal, não se revestiu de grande polêmica. Sua aprovação se deu de forma tranquila e sua redação de fato consolidava um entendimento já bastante pacificado em ambas as turmas do STF. A leitura dos debates que cercaram sua aprovação são indicativas do amadurecimento que a questão ganhara na corte. Já com os demais verbetes, a questão foi mais controvertida.

A Súmula Vinculante nº 14, aprovada em fevereiro de 2009, que garantiu acesso ao defensor a todas as provas documentadas em procedimentos investigatórios, comportou mais discussões e a resistência de alguns de seus membros. A Ministra Ellen Gracie, por exemplo, salientando que a ferramenta das súmulas vinculantes se prestava à administração judiciária, questionava os requisitos da urgência e da necessidade da súmula, além de, sutilmente, sugerir que o verbe se destinava a beneficiar os investigados de maior poder aquisitivo

40

Disponível

em

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_29.pdf Acesso em 25 out. 2010.

⁴¹ Sobre to tema: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Interpretação jurisprudencial – Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, e ainda TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante – Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3. ed. São Paulo: Gen, Editora Método, 2009

que, à época, figuravam em grandes operações da Polícia Federal e do Ministério Público⁴².

Todavia, nenhuma súmula vinculante em matéria criminal suscitou tantas controvérsias sobre os limites da atuação judicial, quanto a Súmula Vinculante nº11, que disciplinou o uso de algemas. Na verdade, a Súmula Vinculante nº 11 representou, juntamente com outras três decisões⁴³ da mesma época e de matéria não penal, os exemplos mais eloqüentes do ativismo judicial do STF no Brasil do início do século XXI. Esta a razão por que a tratamos à parte neste trabalho, embora se refira a uma questão do processo penal e não do direito penal propriamente dito.

A súmula foi aprovada em agosto de 2008, um mês após o mesmo Tribunal conceder ordem de habeas corpus para anular a condenação, pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista (SP), de um réu mantido algemado durante o julgamento sem que houvesse justificativa para a medida constritiva.

No caso que envolveu a edição da Súmula nº 11, nenhum destes requisitos estava presente. Não havia um conjunto representativo de decisões da Corte de modo a denotar um entendimento consolidado. Pelo contrário, dos precedentes invocados no processo de aprovação da súmula⁴⁴, dois deles são

⁴² Nas expressivas palavras da Ministra: “*Como ferramenta útil à administração judiciária, creio que se impõe, ao examinar a proposta do enunciado, a consideração de conveniência e oportunidade. E faço essa provocação ao eminente Relator e também aos Colegas para que possamos verificar se este é, efetivamente, um daqueles casos em que haja urgência e necessidade de a Corte Suprema manifestar um absoluto posicionamento em relação à matéria, matéria que, como se sabe, e foi desenvolvido no parecer da Procuradoria da República, interessa – sejamos claros – não àqueles investigados de pouco poder aquisitivo. Coloco essa provocação para os Colegas refletirem porque acho que esse instrumento extremamente poderoso, colocado pelo legislador nas mãos do Supremo Tribunal Federal, não deve, de forma nenhuma, a Corte eventualmente permitir que ele seja manipulado para finalidades que não sejam as de estrita administração judiciária.*” (Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_29.pdf). Acesso em 25 out. 2010.)

⁴³ Referimo-nos aqui aos precedentes relativos à análise da lei de biossegurança (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3510/DF, rel: Min. Carlos Ayres Britto. Publicado no DJ de 28 mai. 2010. p. 134); à análise do instituto da fidelidade partidária (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS 26602/DF, rel: Min. Eros Grau. Publicado no DJ de 17 out. 2008, p. 190); e da questão referente à demarcação da reserva Raposa Serra do Sol (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388/RR, rel: Min. Carlos Ayres Britto. Publicado no DJ de 01 jul. 2010. p. 49).

⁴⁴ Os precedentes referidos são os acórdãos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. RHC 56.465. rel: Min. Cordeiro Guerra. Publicado no DJ de 6 out. 1978. p. 415; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 71.195/SP. Rel: Min. Francisco Rezek. Publicado no DJ de 04 ago. 1995. p. 222; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 12. HC 89.429/RO. Rel: Min. Carmen

significativamente antigos, um datado de 1978 e outro de 1995. Os outros dois datam de 2007 e 2009, este último referente ao julgamento do habeas corpus que provocou a edição da súmula, julgado um mês antes. Para se ter um parâmetro, na aprovação da primeira súmula vinculante em matéria penal em junho de 2008, a de número 09 que versa sobre execução penal, o verbete foi defendido pelo Ministro Lewandowski e fundado em mais de uma dezena de precedentes. No curso dos debates, lembrou-se que na semana anterior à de sua aprovação, uma das turmas julgara “por lista” 32 processos sobre o mesmo tema⁴⁵. Em contrapartida, a invocação de apenas 4 precedentes, no caso das algemas, com a metade deles distante no tempo não era uma amostragem exemplificativa, mas representava o universo total de julgamentos da Corte relativamente ao emprego de algemas nos últimos quarenta anos, o que afasta o requisito da reiteração de julgados no mesmo sentido. O lapso temporal entre um julgado e outro também denota que o assunto não freqüentava o tribunal com regularidade, não se caracterizando, portanto, uma multiplicidade de processos a demandar a uniformização de um entendimento controvertido. As decisões anteriores invocadas foram no sentido da legalidade do uso das algemas, ao contrário da última que serviu de mote ao enunciado. Mesmo neste último precedente, dado o caráter restrito que o assunto mereceu na Corte, não se verificou sua correlação com o teor da súmula.

Também em aberto ficou a questão sobre qual a norma ordinária que estaria sendo protegida de séria controvérsia. Dos registros da decisão de aprovação, colhe-se que os dispositivos envolvidos seriam os artigos 350 do Código Penal, artigo 284 do Código de Processo Penal, artigo 234, §1º do Código de Processo Penal Militar e artigo 4º, “a” da Lei 4.898/65. Nenhum deles envolve o emprego de algemas, mas versam, genericamente, sobre o emprego da força e seu abuso⁴⁶.

Lúcia. Publicado no DJ de 2 fev. 2007. p. 114; e, por fim, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 91.952/SP. rel: Min. Marco Aurélio Mello. Publicado no DJ de 19 dez. 2008. p. 850.

⁴⁵ Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf. Acesso em 25 out. 2010.

⁴⁶ Somente após a edição do enunciado nº 11 da súmula do Supremo Tribunal Federal, sobreveio alteração no Código de Processo Penal, com a nova redação dada ao artigo 474, §3º: “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri,

Tampouco há registros de que a controvérsia alegada em torno do uso de algemas estivesse gerando “grave insegurança jurídica”. Pelo menos não se vê nenhum argumento neste sentido nas discussões em torno da aprovação do verbete. Nem mesmo “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, como já se viu. Neste passo, a identidade de questão se daria, tomando-se como referência os precedentes invocados, em relação ao emprego de algemas no curso do plenário do júri, como condicionante de validade do julgamento. Inegável que o verbete acabou por extrapolar estas divisas ao elaborar, em abstrato, regramento ao tema da limitação do emprego geral das algemas. Tanto que avançou por fixar requisitos de validade estritos, inexistentes na legislação, como a exigência de justificativa escrita da autoridade.

A súmula vinculante nº 11 ainda estabeleceu sanções de nulidade aos atos praticados sem observância de seus ditames, além de estabelecer responsabilidade civil disciplinar e penal da autoridade responsável pelo descumprimento. A vinculação expressa da nulidade do ato ao emprego irregular das algemas desafia a teoria geral das nulidades tradicionalmente adotada pelo direito processual brasileiro, segundo a qual não se declara nulo um ato, a menos que se demonstre o prejuízo concreto dele advindo.⁴⁷ Igualmente a súmula inovou no ordenamento porque estabeleceu como conduta penalmente típica, *ex ante*, a inobservância de suas determinações por parte do agente, classificando-a também como infração disciplinar. Normalmente, a subsunção da conduta à descrição abstrata da norma sancionadora se dá de forma individualizada, caso a caso. O juízo de adequação típica efetuado pela súmula de forma genérica e abstrata, ao estabelecer que o emprego indevido das algemas caracteriza abuso de autoridade, funciona como verdadeira tipificação de nova conduta. O extensivo avanço na redação do verbete extrapolou os limites de mera regulamentação, em franca

salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.” (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

⁴⁷ O Código de Processo Penal assim dispõe: “**Art. 563.** Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Relevante notar que, diante do plenário de júri, a imagem do réu algemado pode, sim, provocar estados mentais nos jurados de molde a interferir negativamente no seu juízo. Razoável, portanto, a vinculação eventual do uso indevido das algemas e a invalidação do julgamento. O mesmo não se pode dizer, ou melhor, difícil imaginar o alcance da sanção de nulidade imposta pela súmula diante do emprego das algemas em ato processual restrito aos atores convencionais do processo. Anula-se todo o processo, ou somente aquele ato? A declaração de invalidade dependerá ou não da demonstração do prejuízo?

violação ao princípio da legalidade⁴⁸.

Um outro aspecto ainda ameaçou a legitimidade da Súmula Vinculante nº11. Mais uma vez, a suspeita de que o ativismo do Supremo Tribunal Federal estivesse diretamente ligado à mudança do perfil social dos réus e investigados no Brasil veio à baila. É que o precedente imediatamente anterior à edição da súmula, o HC 91952, que beneficiou o pedreiro de Minas Gerais, foi levado a julgamento somente em agosto de 2008, um ano depois de ter sido impetrado perante aquela Corte. A edição da súmula se deu também em agosto daquele mesmo ano, pouco tempo depois - mais precisamente 36 dias após - as estrepitosas prisões do banqueiro Daniel Dantas, a partir das quais se estabeleceu um embate até então inédito entre o juiz federal de primeira instância, responsável pelas prisões, e o Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, que determinou a soltura do empresário por duas vezes, em sede de liminares concedidas em habeas corpus⁴⁹.

A prisão do banqueiro e de outros envolvidos na mesma operação se deu com o emprego de algemas e foi televisionada, a exemplo de diversas prisões efetuadas a partir de investigações deflagradas ao longo da década. A publicidade dada a estas prisões há muito levantava discussões e polêmicas no meio jurídico, apontadas como violadoras de princípios como o da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana⁵⁰. Nenhum destes precedentes foi invocado na aprovação da súmula, embora a vinculação entre os fatos tenha passado para a

⁴⁸ Digna de nota a advertência de Eugenio Pacelli: “*De outro lado, se a razão da anulação do julgamento, a partir do qual foi gestada a Súmula 11, supunha possível contaminação do espírito dos jurados, em razão do uso de algemas em plenário, é bem de ver que, agora, desde a referida Súmula, conhecimento é público, veiculado na mídia escrita e falada, até em razão da transmissão televisiva dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, todo acusado que adentrar o plenário do júri algemado estará, provavelmente, condenado, a medida em que se já se duvidava da isenção de espíritos dos jurados antes dela (Súmula 11), agora ela não mais será possível. Afinal, aquele que estiver algemado, não só é acusado de um crime, mas também oferece riscos à integridade física dos presentes (justificação da necessidade das algemas)*”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER Douglas; PELELLA, Eduardo, **Garantismo Penal Integral – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. prefácio à 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010).

⁴⁹ As prisões do banqueiro Daniel Dantas foram efetuadas no bojo da operação denominada Satiagraha, deflagrada em julho de 2008 em São Paulo, na qual se apuraram crimes contra a administração pública e de lavagem de dinheiro. (Para maiores informações veja-se reportagem no Jornal FOLHA DE SÃO PAULO. [s.n.] [n. ?]. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u420232.shtml>>. Acesso em 27.out. 2010)

⁵⁰ ABREU., Diogo. **Para OAB, decisão do STF sobre algemas é vitória da cidadania**. [s.n.]. 07 ago. 2008. Disponível em <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL715797-5601,00.html>>. Acesso em 15 nov. 2010.

opinião pública em geral e também para o meio jurídico como, de certa forma, óbvia⁵¹.

As duas outras duas súmulas vinculantes, nºs 24 e 26 merecem um tratamento a parte, eis que se referem a dois temas especialmente caros à reflexão sobre a política criminal brasileira, vista pelo ângulo do ativismo judicial. Esta a razão por que trataremos delas em itens separados.

3.4.2

STF e Crimes Hediondos

Como se sabe, a Constituição previu em seu artigo 5º, XLIII a categoria dos crimes hediondos e equiparados, prevendo para eles um tratamento penal e penitenciário mais rigoroso e remetendo ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar as disposições. Tal regulamentação veio com a edição da lei 8.072/90, a qual instituiu, dentre várias medidas, a proibição, para os referidos

⁵¹ Logo após a aprovação da súmula, em entrevista publicada no sítio do STF na internet, o Presidente Ministro Gilmar Mendes reconhecia que a prática do emprego das algemas violava a presunção de inocência e da dignidade humana, e que o objetivo parecia ser “*algemar e colocar na TV*”. O sítio na internet denominado de Wikipedia (http://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%BAmula_Cacciola-Dantas) assim descreve a súmula: “*Súmula Cacciola-Dantas é o apelido, dado por magistrados, que tomou a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, que faz restrições ao uso de algemas durante prisões. Segundo o senador Antonio Carlos Valadares (PSB-SE), relator do projeto de lei que regulamenta o uso de algemas no País, a decisão do STF foi apelidada por juízes de “Súmula Cacciola-Dantas”, pelo fato de o tribunal ter-se debruçado sobre tema somente após a prisão dos banqueiros Salvatore Cacciola e Daniel Dantas.*” Também o meio político criticou a edição da súmula. O Senador Demóstenes Torres, autor de um projeto de lei não votado que regulamentava o uso de algemas chegou a afirmar que “*com a clientela vip do colarinho branco (presos na Operação Satiagraha da Polícia Federal), muita gente quis aprovar a matéria*” (FOLHA ON LINE. [s.n.]. 08 ago. 2008). O então Presidente da OAB/RJ, Wadih Damous, também criticando a súmula, afirmava: “*...essa súmula vinculante não tem qualquer precedente judicial, e prejudica a capacidade de discernimento do agente policial. Quando a polícia federal enfrenta os criminosos de colarinho branco, que para mim é o verdadeiro crime organizado, há uma reação dos mesmos setores que clamam por punição porque um determinado engravatado foi algemado*” (DIAS, A. Maurício. “Ativismo Judicial”. *Revista Carta Capital*. São Paulo: Política. ano XV, nº 513, 17 de setembro de 2008, p. 25). Na magistratura, a súmula também é alvo de críticas baseadas no mesmo fundamento. Em entrevista concedida à Folha de São Paulo em janeiro de 2010, o juiz Sérgio Mazina Martins, presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais afirmava: “*Essa súmula não existe de fato no país, onde os pobres continuam sendo algemados indiscriminadamente. A aplicação da súmula, infelizmente, é feita a partir de critérios de discriminação socioeconômica. Há séculos as algemas vinham sendo usadas para conduzir os presos. Mas, quando alguns ricos são presos e algemados, alguns se insurgem e o Supremo edita a súmula.*” (Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u680902.shtml>. Acesso em 28 out. 2010)

crimes, da progressão de regime no cumprimento da pena⁵². Esta disposição da lei logo desafiou a intervenção do judiciário na busca da declaração de sua inconstitucionalidade, na medida em que violaria o princípio da individualização da pena, garantia prevista no artigo 5º, XLVI da Constituição.

Conquanto não tenha sido objeto de ação direta, a alegada inconstitucionalidade foi levada incidentalmente ao STF por diversas vezes, quer pela via do Recurso Extraordinário, quer pela via do habeas corpus⁵³. A posição até então afirmada e reiterada pela Corte Suprema era a de que a proibição da progressão de regime não feria o princípio constitucional da individualização da pena, vez que este estaria garantido em outras fases do processo penal de conhecimento e de execução da pena.

Em 1997, o Congresso votou e aprovou a lei 9.455, definindo o crime de tortura, classificado constitucionalmente como crime hediondo⁵⁴. A lei, em seu artigo 1º, § 7º, por meio de uma expressão ambígua previu, a *contrario sensu*, a progressão de regime no cumprimento da pena⁵⁵, contrariando o disposto anteriormente pela lei 8.072/90. De início, algumas vezes se levantaram para alegar que a inovação legislativa produzira uma revogação parcial da lei 8.072/90, passando-se a admitir a progressão de regime indistintamente a todos os crimes hediondos. A questão rapidamente foi enfrentada pelo STF, no HC 76371/SP. Neste feito, a Corte discutia precisamente a suposta inconstitucionalidade da

⁵² Lei 8072/90, *Art. 2º, §1º*: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.”

⁵³ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 76543/SC. rel: Min: Sydney Sanches. Publicado no DJ de 17 abr. 1998. p. 494; ; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 76894/RJ. rel: Min. Ilmar Galvão. Publicado no DJ de 22 mai. 1998. p. 372; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 77023/SP. rel: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DJ de 14 ago. 1998. p. 417; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 76617/SP. rel: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ de 02 out. 1998. p. 187; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 77256/SP. rel: Min. Nelson Jobim. Publicado no DJ de 16 out. 1998. p. 215; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC77335/RS. rel: Min. Octávio Gallotti. Publicado no DJ de 27 nov. 1998. p. 232; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 76371/SP. rel: Min. Marco Aurélio Mello. Publicado no DJ de 19 mar. 1999. p. 60; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 78413/MG. rel: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ de 26 mar. 1999. p. 474; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 78967/SP. rel: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ de 16 abr. 1999. p. 927; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC77943/MG. rel: Min. Octávio Gallotti. Publicado no DJ de 21 mai. 1999. p. 226; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. RE 237846/DF. rel: Min. Moreira Alves. Publicado no DJ de 30 abr. 1999. p. 2710.

⁵⁴ A edição da lei, como já visto, atendia a mandado constitucional inserto no artigo 5º, XLIII.

⁵⁵ Lei 9.455/97, “*Art. 1º (...)* §7º: O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.”

vedação à progressão de regime dos crimes hediondos. O Ministro Relator Marco Aurélio Mello concedeu a liminar que foi cassada pelo Pleno sob o argumento de que a questão já estaria pacificada por aquela Corte. Antes, porém, que o mérito do HC fosse julgado, sobreveio a referida lei de tortura e o Ministro julgou que havia fato novo superveniente que supostamente teria mudado o quadro, razão pela qual levou o processo ao Pleno para discussão.

Foi durante o julgamento deste recurso, em março de 1998, que sobreveio a já comentada afirmação do então Ministro do Supremo, Nelson Jobim, no sentido de conferir uma espécie de interpretação autêntica ao debate, já que participara do processo de elaboração da lei 9.455 na condição de Ministro da Justiça. Para ele, repetindo, a redação ambígua do § 7º do artigo 1º da lei fora proposital, pois, segundo o Ministro, “se ficasse explícito que haveria progressão de regime no crime de tortura, o projeto não seria aprovado. Como já disse, no processo legislativo, a ambigüidade é necessária para a formação da maioria. Esta é uma condição de aprovação de projetos de lei”⁵⁶.

Colhidos os votos, por ampla maioria foi indeferida a ordem para considerar não extensível o benefício da progressão de regime aos demais crimes hediondos e, por via reflexa, considerar constitucional a vedação contida na Lei 8.072/90.⁵⁷

Importante destacar que este processo foi utilizado como paradigma para a edição da Súmula 698 de 24/09/2003, na qual o STF consolidou este entendimento no verbete: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”.

⁵⁶. O ceticismo do então Ministro Nelson Jobim diante do processo legislativo ficaria mais uma vez claro durante o julgamento do mesmo HC. Diante da afirmação do Ministro Ayres Britto de que se convencera de determinado posicionamento porque julgara ter sido esta a vontade do legislador, advertiu-o o Ministro Jobim: “*Não raciocine pelo legislador, porque é um perigo. Não faça essas observações porque a história pode revelar o contrário*”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 76371/SP. rel: Min. Marco Aurélio Mello. Publicado no DJ de 19 mar. 1999. p. 60. Voto de 25 mar. 98, extraído do sítio do STF: www.stf.gov.br em 24 abr. 2006).

⁵⁷ A composição da Corte, na ocasião era: Celso Mello, Sydney Sanches, Marco Aurelio Mello, Sepúlveda Pertence, Neri da Silveira, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Mauricio Corrêa, Octavio Gallotti. A ordem foi denegada por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que a concediam.

A súmula 698 veio na esteira da edição quase simultânea de cerca de 100 verbetes, editados após longo período em que o STF não sumulou sobre qualquer assunto. Na época, compunham a Corte os Ministros: Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Nelson Jobim, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Maurício Corrêa, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Mello.

Nada obstante, em fevereiro de 2006, ou seja, menos de três anos depois da edição da Súmula, a Corte modificou seu entendimento, também pela via de um habeas corpus (82959) para finalmente reconhecer, por maioria apertada (seis votos contra cinco)⁵⁸, que a vedação à progressão no regime de penas dos crimes hediondos era inconstitucional por violar o princípio constitucional da individualização da pena.

Na ocasião do proferimento dos votos do HC 82959, a maioria entendeu que o princípio da individualização da pena se estende à fase da execução desta e compreende a relação de proporcionalidade entre o delito e a sanção abstratamente prevista, a pena em concreto fixada em conformidade com a conduta específica praticada pelo agente individualmente considerado, o cumprimento da pena com respeito à dignidade humana e ainda a tomada em conta do comportamento do apenado na fase de execução⁵⁹.

Esta nova dimensão dada ao princípio da individualização da pena evoluía e contrariava o entendimento da mesma Corte, em composição diversa, esposado no HC 69657 julgado em 1992, no qual assentara expressamente que não haveria inconstitucionalidade no artigo 2º, §1º da lei 8.072/90, visto não haver violação ao princípio da individualização da pena, que estaria atendido na tarefa do cálculo e fixação da sanção, subtraindo-o da fase de execução desta.

⁵⁸ Votaram pela concessão da ordem: Min. Marco Aurélio Mello, Min. Cezar Peluso, Min. Gilmar Mendes, Min. Sepúlveda Pertence, Min. Ayres Britto e Min. Mauricio Corrêa. Votaram contra a concessão da ordem: Min. Joaquim Barbosa, Min. Celso Mello, Min. Carlos Velloso, Ministro Nelson Jobim, Min. Ellen Gracie.

⁵⁹ A invocação do princípio da individualização da pena foi a razão determinante ao reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo da lei dos crimes hediondos. Houve, todavia, invocação de outros princípios. O Ministro Cezar Peluso, por exemplo, argumentou com o princípio da humanidade da pena. O Ministro Gilmar Mendes valeu-se do princípio da proteção do núcleo essencial, segundo o qual, a Constituição erige um núcleo de direitos essenciais intangíveis pelo legislador. Em seu voto, o Ministro reconhece que, embora a Constituição brasileira não tenha previsto expressamente a idéia de um núcleo essencial, este decorreria do modelo garantístico do texto constitucional.

Em verdade, o lapso havido entre as duas decisões – quatorze anos – parece razoável a legitimar a evolução do pensamento, sob a perspectiva da mutação constitucional como categoria, na forma descrita por Karl Larenz⁶⁰, ou ainda no viés da pós-compreensão preconizada por Haberle, segundo o qual, a norma tem condicionantes temporais que interferem na sua exata compreensão⁶¹. O que espanta, todavia, é a brusca revisão deste entendimento ocorrida entre a edição da Súmula 698 - setembro de 2003 - e o julgamento do HC 82959, em fevereiro de 2006. O significado de uma súmula é, aparentemente, expressar um entendimento pacificado e com prognose de certa duração, o que no caso acabou não acontecendo.

Cabe aqui uma consideração relevante: ao tempo da edição da Súmula 698, já se encontrava em pauta o HC 82959, sem liminar concedida, o qual só veio a ser julgado quase três anos depois. Em outras palavras, não se poderia invocar as categorias da mutação constitucional ou da pós-compreensão no caso, já que ambas pressupõem mudanças no estado das coisas a provocar a alteração da interpretação. Ao contrário, nos casos aqui descritos, todos os elementos presentes nas duas demandas encontravam-se simultaneamente postos e não se alteraram. A mudança foi exclusivamente de opinião do tribunal acerca da matéria.

A grande alteração fática se deu, em verdade, na composição da Corte que, por ocasião do julgamento do HC 82959, contava com três novos membros: Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Cezar Peluso.

Diga-se de passagem que esta não foi a única súmula editada no período cujo conteúdo foi relativizado em curto espaço de tempo. Em matéria criminal, a Súmula 691, editada em setembro de 2003, limitava a competência do STF para apreciação de habeas corpus contra decisões liminares de relatores nos tribunais superiores⁶². A própria Corte, nos anos seguintes à publicação da

⁶⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, Fundação Kalouste Gulbekian, Lisboa, 3ª. Edição, 1997

⁶¹ HABERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, trad. Joaquín Brage Camazano, Editorial Dykinson, Madrid, 2003. Ambos os autores, Karl Larenz e Haberle são expressamente citados e auxiliam no processo de fundamentação do voto do Ministro Gilmar Mendes para justificar a “eventual mudança da jurisprudência”.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula. Enunciado nº 691: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”

Súmula, afastou tantas vezes sua incidência, que em 2006 foi proposto e rejeitado o seu cancelamento (HC 85185), reconhecendo-se, contudo, a possibilidade de atenuação do seu enunciado, em hipóteses de flagrante constrangimento ilegal. A relativização da Súmula 691 é, hoje, um dos canais mais eficazes de acessar o STF na apreciação *per saltum* de habeas corpus.

Tudo sugere que a questão dos crimes hediondos, a exemplo do que ocorre na comunidade jurídica como um todo, dividia também o Tribunal (e a maioria apertada que decidiu a questão demonstra isto inequivocamente), permanecendo como um tema ainda não pacificado na política criminal brasileira. Nitidamente, o STF reverbera o desconforto com a lei 8.072/90 e a leitura dos votos no HC 82959 permite esta conclusão. Em seu voto, o Ministro Gilmar, por exemplo, afirma que a lei dos crimes hediondos expressa uma política criminal “*fortemente simbólica*” e “*radical*”, afirmação esta situada em momento de severas críticas ao legislador.⁶³

Também é preciso registrar a peculiar solução encontrada pela Corte para contornar os eventuais transtornos que a oscilação jurisprudencial poderia eventualmente causar: concedeu-se à decisão de inconstitucionalidade eficácia *ex nunc*, impedindo os eventuais prejudicados de reclamar indenização do Estado⁶⁴.

O acórdão proferido no HC 82959 do STF redefiniu alguns rumos da jurisprudência dos crimes hediondos e ainda repercutiu em outras searas. De plano, acendeu um caloroso debate na imprensa sobre punitivismo, leniência e segurança pública. Mas também provocou polêmicas nos meios jurídicos estritamente falando. No início, alguns juízes de primeiro grau recusaram-se a aplicar o novo entendimento, ao argumento de que a decisão do STF se dera em sede de controle difuso, não comportando efeito vinculante. Especialmente algumas decisões do juízo da vara de execuções criminais de Rio Branco, Acre, neste sentido, desafiaram a interposição de uma Reclamação perante o STF (RCL 4335) fundada na suposta ofensa à autoridade da decisão daquela Corte no HC 82959. A referida reclamação ainda está pendente de julgamento, segundo

⁶³ Cf. inteiro teor do acórdão, p. 28. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 out. 2010.

⁶⁴ A proposta da modulação temporal da decisão mereceu severas críticas por parte da Ministra Ellen Gracie, que enxergava nesta solução um exercício de voluntarismo e de excessivo arbítrio da Corte, que estaria selecionando quais réus seriam beneficiados pela mudança do entendimento da Corte.

informações obtidas no sítio do STF na internet, mas o julgamento já se iniciou com alguns votos divulgados.

É fato que o artigo 52, X da Constituição dispõe a necessidade de resolução do Senado Federal para suspender a eficácia de dispositivo legal reconhecido como inconstitucional pelo STF⁶⁵, e era este o fundamento principal da decisão do juízo de primeiro grau de Rio Branco quando se recusou a seguir a nova orientação do STF. Na apreciação da referida reclamação, o Ministro Gilmar Mendes julgou-a procedente e inovou com a tese de que a resolução do Senado tal como prevista no artigo 52, X estaria inspirada em uma visão ultrapassada sobre a separação dos poderes. Defendeu, ainda, que atualmente é possível admitir-se que a referida resolução teria o objetivo simples de dar publicidade à decisão do STF que, por sua vez, teria a competência para, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, tendo esta decisão efeitos gerais, no que foi acompanhado pelo Min. Eros Grau.⁶⁶

É preciso refletir se a posição do STF diante da questão dos crimes hediondos revestiu-se ou não do caráter ativista. Assim, o simples controle da constitucionalidade da lei 8.072/90, *a priori*, não reflete este ativismo de forma direta, mas evidencia que as imprecisões da política criminal estão presentes também na corte suprema do país. Os limites da atuação da corte constitucional diante deste dilema não foram ignorados nos debates. Neste sentido, as inúmeras críticas que a lei recebeu nos votos dos Ministros membros, em especial os Ministros Eros Grau, Marco Aurelio Mello, Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes. Também importante a advertência feita pela Ministra Ellen Gracie, lembrando o Ministro Francisco Rezek, no sentido de que o tribunal não era uma Casa Legislativa, e portanto não teria autoridade para estabelecer a melhor disciplina, restringindo-se sua atuação como simples foro corretivo, diante de um legislador

⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil. “**Art. 52**, Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

⁶⁶ Informativos STF 454 e 463. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(4335.PROC.\)&base=baseInformativo](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(4335.PROC.)&base=baseInformativo)>. Acesso em 20 nov. 2010.

“*bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado*”⁶⁷, no que foi acompanhada pelo Ministro Nelson Jobim.

A fundamentação dos votos, quando resvala para a crítica ao trabalho do legislativo, autoriza as conclusões de Hirschl sobre ser o ativismo judicial um traço da luta por poder. O realismo do processo legislativo é insistentemente lembrado pelo Ministro Nelson Jobim que traz sua experiência como Parlamentar e Ministro da Justiça, como a lembrar a Corte que a tarefa de interpretar as normas deve superar o modelo autêntico em virtude da precariedade com que as decisões são tomadas no Congresso.⁶⁸

A mudança de posicionamento do STF em relação aos crimes hediondos importou em uma relevante alteração de rumos da política criminal e

⁶⁷ Disponível em <Http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206&pgI=1&pgF=100000>.

Acesso em 25 out. 2010.

⁶⁸ Válida, por ser emblemática, a transcrição do debate entre o Ministro Nelson Jobim e o Ministro Sepúlveda Pertence sobre o tema: “**Ministro Nelson Jobim:** Tenho muita desconfiança quando, nas fundamentações de alguns juristas, se faz referência ao que o legislador quis fazer, deixou de fazer, inventando certas premissas que, absolutamente não existem. Seria que os nossos juristas, quando examinassem questões dos legisladores tivessem a paciência de perquirir o que realmente aconteceu no seio da Câmara e do Senado. Observem bem, vamos deixar a ficção quanto à Lei de Torturas naquele momento em que se acrescentou à Lei 9.455 publicada em 04 de abril de 1997, o §7º do artigo 1º, onde se estabeleceu que: ‘Art. 1º(..) §7º O condenado por crime previsto neta Lei, salvo hipótese do §2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado’. Quero também noticiar ao Ministro Carlos Britto, não é o caso, mas lembrar que esse dispositivo foi acrescentado pelo Professor Francisco de Assis Toledo e por mim, Ministro da Justiça, à época na negociação que fazíamos com o Congresso Nacional para aprovar a lei e assegurar o projeto que tramitava para efeito da Lei de Tortura. Não houve absolutamente nada de vontades “a” ou “b”; houve uma tentativa de um entendimento político que pudesse viabilizar aquilo que ao atual governo retirou quando poderia ter sido votado. **Senhor Ministro Sepúlveda Pertence:** Ministro, se o intérprete da Lei fosse se ocupar do que ocorre nas combinações da Câmara... **Senhor Ministro Nelson Jobim:** Ministro, estou dizendo isso porque alguns afirmam que se quis isso ou aquilo. Estou meramente contando o que aconteceu. **Senhor Ministro Sepúlveda Pertence:** Usa-se apenas a metáfora quando se fala em vontade da lei ou do legislador. ... **Senhor Ministro Nelson Jobim:** Mas vamos deixar bem claro que esta metáfora, às vezes, transforma-se em um argumento retórico, de uma mera manifestação individual, quando se atribui a terceiro, ou seja, ao processo legislativo em que as considerações não são, absolutamente essas que ocorrem. É bom ter presente, principalmente, quando se fala em situações em que se fez ou se deixou de fazer algo. É bom que se tenha a humildade, nessas condições, de examinar, na verdade, o que se passou dentro do Congresso. Principalmente a academia tem a dificuldade de circular dentro dos arquivos do Congresso para dizer a genealogia da norma. Lembro-me, inclusive, da obra fundamental de Nietzsche, quando trata da genealogia da ética, mostrando exatamente a relação de poder na ética, contra todos os discursos idealistas que vinham, inclusive de Kant. **Senhor Ministro Sepúlveda Pertence:** Quanto a isto, antes de Nietzsche, Bismarck já dissera. **Senhor Ministro Nelson Jobim:** Perdão, Bismarck é posterior a Nietzsche. Bismarck é do século passado e Nietzsche é anterior. **Senhor Ministro Sepúlveda Pertence:** Retifico, mas insisto na comparação das leis com salsichas. **Senhor Ministro Marco Aurelio (Relator):** Como não estamos numa academia, não precisamos revisitar o Congresso.”

(Disponível em: <Http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206&pgI=1&pgF=100000> . Acesso em 20 nov. 2010)

no enquadramento do poder legislativo. A decisão do STF no HC 82959 foi o fator determinante para o Congresso elaborar e promulgar, logo em seguida, a lei 11.464/07 que alterou, finalmente, a lei 8.072/90 para, de acordo com o disposto pela Corte, permitir a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, porém sob regime mais severo que o previsto para os crimes comuns, o que atenderia, em última análise ao mandado constitucional do artigo 5º, XLIII⁶⁹.

A pronta reação do Congresso Nacional ao aprovar a alteração da lei dos crimes hediondos esboça uma possível relação dialógica entre os dois poderes⁷⁰, próxima das teorias do aconselhamento judicial, já que a decisão do STF traça caminhos específicos para o legislador tratar os crimes hediondos no que toca à individualização da pena, ou mesmo das teorias fundadas na parceria institucional, tendo em vista que a atuação conjunta das duas instituições possibilitou o aperfeiçoamento do sistema, de molde a garantir a progressão do regime, com o tratamento diferenciado previsto na Constituição, em parâmetros definidos pelo legislador, em sua competência⁷¹.

Apostar na conjunção harmônica e no diálogo institucional, neste caso, todavia, parece prematuro. É que, em dezembro de 2009, o Pleno do STF editou a Súmula Vinculante 26, autorizando o juiz das execuções penais a negar a progressão de regime diante de condições objetivas e subjetivas adversas do

⁶⁹ A lei 11.464/07 previu que os condenados por crimes hediondos devem, necessariamente iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, podendo progredir de regime depois do cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Além disso, permitiu que o réu apele em liberdade, mediante decisão fundamentada do juiz sentenciante. Em contrapartida, dispôs que a prisão temporária nos crimes hediondos, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

⁷⁰ Os diálogos institucionais são hoje tema de inúmeros autores que se ocupam das fórmulas alternativas à concentração de poder que a supremacia do judiciário pode adquirir nos países de *judicial review*. São estudos que apontam para novos modelos de convivência institucional, na busca de maior equilíbrio entre os poderes políticos, através do incremento do diálogo entre eles. São propostas de convivência mais harmoniosa, principalmente entre judiciário e legislativo, em bases que, sem desprezar a competência dos juizes na aferição da compatibilidade entre os atos políticos e a constituição, asseguram a possibilidade de resposta por parte dos demais poderes, reforçadas pela legitimidade que falta ao judiciário SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, BERMAN, José Guilherme, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza e VALLE, Vanice Regina Lírio d., *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba, Juruá:2010

⁷¹ Ambas as teorias dialógicas são descritas por Christine Bateup (BATEUP, Christine. “The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”. *Brooklyn Law Review*, 2006. v. 71). Sobre o significado de cada uma destas teorias e de sua inserção na realidade institucional brasileira, SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, BERMAN, José Guilherme, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza e VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba, Juruá:2010.

condenado. O texto da súmula parece desconsiderar a lei 11.464/07, já que insiste na inconstitucionalidade do artigo 2º, §2º da Lei 8.072/90⁷². Ocorre que a inconstitucionalidade declarada e reafirmada na referida súmula refere-se a texto já revogado pela Lei 11.464/07.

A questão dos crimes hediondos presta-se, ainda, à análise da alteração da perspectiva que o STF tem de seus próprios limites de atuação. Quando julgavam o HC 76371/SP, havia uma preocupação intensa esboçada pelos membros, no sentido de não poderem substituir o legislador em suas opções políticas, ainda quando contraditórias. E, no caso da lei 9.455/97, havia uma contradição séria, já que o legislador ordinário possibilitava progressão de regime exclusivamente ao crime de tortura que, para muitos, é o mais grave dos crimes hediondos. A Corte preferiu, naquele caso, respeitar a opção do Congresso, ainda que ao custo de manter a irracionalidade do ato, tudo em nome da harmonia entre os poderes. Isto, aliás, constou expressamente do acórdão.⁷³ Já na ocasião do julgamento do HC 82959, esta preocupação não foi determinante, como se viu, e a Corte sentiu-se mais à vontade para avançar em seus limites.

O paroxismo desta mudança de postura foi alcançado, no caso dos crimes hediondos, no início de julgamento da reclamação 4335, cujos votos até agora colhidos pretendem redimensionar o papel do Senado no procedimento

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante. Enunciado nº 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

⁷³ Veja-se a íntegra do acórdão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 76371/SP. rel: Min. Marco Aurélio Mello. Publicado no DJ de 19 mar. 1999. p. 60.): “EMENTA – DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LATROCÍNIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: INTEGRALMENTE FECHADO. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.455, DE 07.04.1977, À HIPÓTESE. 1. A Lei 9455 de 07.04.1997, no parágrafo 7º do art. 1º, estabeleceu que nos casos dos crimes de tortura, o cumprimento da pena se inicie no regime fechado. 2. Tal norma não se aplica aos demaís crimes hediondos, de que trata a Lei 8.072 de 26.07.1990 (art. 1º), e cuja pena se deve cumprir em regime integralmente fechado (art. 2º, parag. 1º), inclusive o de latrocínio como é o caso dos autos. 3. Não há inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, no cumprimento de pena, apenas inicialmente fechado, para o crime de tortura. E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política. 4. Por outro lado, já decidiu o Plenário do STF, no julgamento do HC nº 69.657, que não é inconstitucional o parágrafo 1º do art. 2º da lei nº 8.072/90, quando impõe o regime integralmente fechado, no cumprimento de penas por crimes hediondos, nela definidos. 5. ‘HC’ indeferido, por maioria, nos termos do voto do Relator.” (grifos originais).

difuso de declaração de inconstitucionalidade das leis, o que reflete, de forma eloqüente, uma postura eminentemente ativista.

3.4.3

STF e os crimes contra a ordem tributária

Em 1990 adveio a lei 8.137 que, conforme visto no capítulo anterior, impulsionada por uma alegada estratégia de combate à sonegação fiscal, previu, dentre outras disposições, a pena de 02 a 05 anos de reclusão àqueles crimes. Também já lembramos no capítulo anterior que o aparelhamento das instâncias ligadas direta ou indiretamente ao sistema de persecução penal, tais como Receita Federal e Ministério Público, intensificaram sobremaneira a propositura de ações penais fundadas em delitos fiscais. Igualmente demonstrado de que forma o legislador brasileiro oscilou ao longo dos anos subseqüentes no que se refere à política de combate à sonegação pela via da persecução penal. Válido para o presente estudo, relembrar alguns destes movimentos e de que forma a jurisprudência do STF reagiu a eles.

Em dezembro de 1996, o Congresso Nacional fez aprovar a lei 9.430, em cujo artigo 83 estabeleceu que as autuações do fisco não poderiam mais ser comunicadas ao Ministério Público para a adoção das medidas penais, enquanto o auto de infração estivesse sendo objeto de impugnação administrativa⁷⁴. Aqui, algumas considerações são necessárias.

O sistema jurídico brasileiro convive com vias impugnativas de natureza diversa, sobre o mesmo fato, interessando-nos por ora, a via administrativa e a via judicial penal. Assim, o contribuinte flagrado pelo fisco em um ilícito, responderá administrativamente por ele, podendo, eventualmente vir a fazê-lo também perante a justiça criminal, caso este ilícito se revista de tipicidade. A possibilidade de dupla – e às vezes tripla – via de discussão acerca da licitude da autuação do fisco gera, eventualmente, resultados contraditórios. A

⁷⁴ Lei 9430/96: “**Art. 83.** A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 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.”

multiplicidade de instâncias simultaneamente competentes para a apreciação do ato permite apreciações diferenciadas. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, era possível que um indivíduo fosse condenado criminalmente pelo crime de sonegação fiscal, apesar de obter sucesso na via administrativa de impugnação do auto, sendo o contrário também possível ainda hoje, ou seja, livrar-se da ação penal pela sonegação, mas permanecer responsável na via administrativa.

Esta realidade se estende a outros ramos do direito. São tradicionais as relações entre a ação penal e a ação civil acerca do mesmo ilícito e as relações de interdependência entre ambas tratadas no artigo 65 e seguintes do Código de Processo Penal. Da mesma forma, ilícitos funcionais podem desafiar concomitantemente processos judiciais e administrativos, admitindo-se, eventualmente, resultados contraditórios entre si. O sistema jurídico absorve a eventualidade destas contradições através de alguns mecanismos processuais. Em matéria penal, especificamente, podemos citar alternativas tais como a suspensão do processo⁷⁵, a extensão da coisa julgada penal⁷⁶, e a revisão criminal⁷⁷, além do sistema convencional de recursos e do excepcional mecanismo do habeas corpus.

⁷⁵ Código de Processo Penal: “**Art. 92.** Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. **Parágrafo único.** Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados. **Art. 93.** Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente. § 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa. § 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso. § 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento. **Art. 94.** A suspensão do curso da ação penal, nos casos dos artigos anteriores, será decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes.”

⁷⁶ Código de Processo Penal: “**Art. 65.** Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. **Art. 66.** Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. **Art. 67.** Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.”

A convivência entre competências de natureza diversa sobre o mesmo fato sempre foi possível, não somente pelo princípio da independência entre as vias judiciais e administrativas, mas também porque os critérios de aferição da tipicidade e responsabilidade pelo ilícito são muito diferenciados, quer se lhes aprecie pelo ângulo administrativo, quer seja pelo criminal, ou mesmo cível.

De outro giro, o sistema fiscal brasileiro sempre foi apontado como extremamente complexo e hermético, gerador de infindáveis controvérsias jurídicas em torno da licitude desta ou daquela arrecadação. Do ponto de vista penal, as imprecisões da norma fiscal acarretam inexoravelmente o comprometimento da persecução penal, já que afetam de forma direta a configuração do crime de sonegação, seja no elemento da tipicidade (a constituição lícita do tributo devido e a vontade deliberada de sonegá-lo – dolo), seja na culpabilidade (a consciência potencial do ilícito e a exigibilidade de comportamento conforme o direito). Sem contar que as tecnicidades do sistema fiscal traduzem-se, muitas vezes, em matéria que exige expertise própria e de cognição nem sempre acessível aos operadores formais do direito judicializado.

Neste contexto, a convivência entre ações penais e recursos administrativo-fiscais passou a ser fonte de insegurança jurídica que, aliada ao desconforto pela série inédita de ações penais por crimes de sonegação, foi responsável pela pressão política que resultou no artigo 83 da Lei 9.430/96. Na prática, a norma dificultou enormemente a persecução penal, na medida em que impediu que o Ministério Público obtivesse as informações indispensáveis ao ajuizamento das ações penais respectivas. Além disso, o tempo de processamento dos recursos administrativos fiscais é historicamente longo, durante o qual nada impedia o curso da prescrição do crime de sonegação.

A norma foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1571 promovida pelo Procurador Geral da República em 1997, baseada no argumento de que se criava, por via ordinária, óbice ao exercício da ação penal e à eficácia do artigo 129 da Constituição. Ao apreciar o pedido cautelar, a Corte negou a

⁷⁷ Código de Processo Penal: “**Art. 621.** A revisão dos processos findos será admitida: (...) III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

liminar, sustentando que o referido artigo 83 não impedia o livre exercício da função constitucional do Ministério Público, já que se destinava exclusivamente aos agentes do fisco, que ficavam impedidos de noticiar o fato enquanto não esgotada a via administrativa. Por este entendimento, o Ministério Público estaria livre para obter tais informações por iniciativa própria e, assim, legitimada estaria a imediata propositura da ação penal. Tecnicamente falando, a decisão do STF nesta cautelar foi no sentido de reconhecer que o exaurimento da via administrativa não era condição de procedibilidade da ação penal.

A ADIn só teve seu mérito apreciado em 2007, quando foi julgada improcedente, sob os mesmos argumentos que fundamentaram o acórdão da cautelar respectiva⁷⁸. A ação foi julgada juntamente com o Habeas Corpus 81611 no qual a Corte, a despeito do resultado da ADIn, firmou o entendimento de não haver justa causa para o oferecimento da ação penal por crime de sonegação fiscal enquanto pendente de decisão administrativa a constituição do crédito tributário. O julgamento configurou um marco importante na política criminal fiscal do Brasil, evoluiu para a edição de uma Súmula Vinculante e continua a suscitar questões dogmáticas e políticas.

A leitura dos votos e dos debates travados na ocasião do julgamento do HC 81611 traduz com rara clareza o fenômeno que pretendemos investigar no presente trabalho, no sentido de que o STF acentua, em alguns aspectos, a imprecisão do legislador na formulação de determinadas políticas criminais.

As razões de voto reportam-se seguidas vezes ao fato de que o legislador não tem demonstrado nos últimos anos a vontade deliberada de punir a sonegação, senão valer-se da norma penal como forma de constrangimento e

⁷⁸ Veja-se a íntegra do acórdão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1571/UF. rel: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 30 abr. 2004. p. 265. “**EMENTA:** Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei nº 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação do art. 129, I da Constituição. *Notitia criminis* condicionada “à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário”. 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da *notitia criminis* ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita “representação tributária”, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação.”

veículo de arrecadação. De fato, a imprecisão do legislador no que se refere à estratégia de enfrentamento desta espécie de crime criou lacunas de racionalidade e proporcionalidade na aplicação da norma. Por outro lado, a solução encontrada pelo STF – submeter a atuação do Judiciário ao prévio crivo do Executivo – para além de contrariar a posição histórica da casa e violar o princípio constitucional da separação dos poderes, acabou por sacrificar a dogmática e criar novas lacunas de racionalidade, coerência e certeza.

Repetidamente, os votos lançados sustentam a violação do caráter fragmentário do direito penal, utilizado pelo legislador, na espécie, como instrumento de arrecadação e constrangimento do contribuinte. O Ministro Sepúlveda Pertence, Relator do HC, advertia em seu voto-aditamento que a sanção penal nestes casos está desprovida de qualquer significado ético, antes se constituindo em “significado moralmente neutro de técnica auxiliar de arrecadação”, para adiante arrematar tratar-se de verdadeiro “abuso da incriminação penal”⁷⁹. Prossegue no voto pela concessão da ordem para subordinar a deflagração da ação penal ao término do processo administrativo-fiscal que, para ele, consiste em *condição objetiva de punibilidade*⁸⁰, comparável à decretação da falência nos crimes falimentares.

Na fundamentação de seu voto, vale-se ainda da defesa de “eminentes garantias constitucionais sintetizadas na do devido processo legal”⁸¹. Referia-se, o

⁷⁹ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78807&pgI=1&pgF=100000>> . Acesso em 25 out. 2010.

⁸⁰ A teoria das condições objetivas de punibilidade não é de todo pacífica na doutrina. Para aqueles que aceitam a categoria específica, como Luis Regis Prado, trata-se de acontecimentos futuros e incertos estranhos ao delito, que se apresentam como condições ulteriores da punição (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I – Parte Geral, 4ª. Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Por este entendimento as condições objetivas de punibilidade pressupõem um delito completo, com todos os seus elementos, e sua função seria apenas suspender condicionalmente a punibilidade, submetendo-a à ocorrência de um evento ulterior extrínseco e, como tal, fora da abrangência do dolo. Francisco de Assis Toledo chama a atenção para a controvérsia doutrinária acerca do tema, para afirmar que tais fatos não passam de elementos do tipo ou mesmo de condições de procedibilidade (TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 5ª. edição, 1994). Neste mesmo sentido tratavam Nelson Hungria e Magalhães Noronha (NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 24ª. Edição, 1986 e HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Vol. I, Tomo 2º, 3ª. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1955).

⁸¹ Em suas palavras: “*Isso representaria, no entanto, o abuso do poder de instaurar o processo penal para constranger o cidadão a render-se incondicionalmente aos termos da exigência do Fisco, com a renúncia não só da faculdade – que a lei complementar lhe assegura –, de impugnar*

então Relator, à necessidade de preservar a isonomia aos que, podendo extinguir a punibilidade pelo pagamento do tributo, optam por questionar administrativamente o lançamento. A invocação deste princípio constitucional foi a única da espécie e somente confrontada no voto da Ministra Ellen Gracie que argumentou com o princípio da separação entre as esferas penal e administrativa, de índole não constitucional.⁸²

No mais, a discussão pautou-se pela dogmática do direito tributário e suas categorias e regras sobre o lançamento. As eventuais consequências advindas do voto do Relator foram abordadas pontualmente. No início do julgamento, ainda compondo a Corte, o Ministro Moreira Alves advertia para o risco de, a prevalecer o entendimento da precedência da instância administrativa sobre a judicial, tornar-se a administração “soberana para dar até imunidade penal”.

Questões de ordem político-criminal foram levantadas. A principal e mais freqüente se referia ao fato de que o deslinde da questão no âmbito administrativo consumiria a pretensão punitiva pela prescrição. De início, o Relator refutou o argumento que considerava *ad terrorem* (em suas palavras, o “pavor da prescrição”), e sustentava que esta era uma questão “*extrajurídica*”. Depois, convencido do risco que seu posicionamento representava para a questão da efetividade da norma penal, construiu a tese de que na constância do processo administrativo, a prescrição estaria suspensa⁸³.

O posicionamento do relator Sepúlveda Pertence acabou prevalecendo no tocante à necessidade de exaurimento da via administrativa para se configurar a justa causa à ação penal. As objeções, após definida a questão, passaram a ser de ordem dogmática: *qual a natureza jurídica da decisão final do fisco em relação à questão criminal*. Para alguns, tratava-se não de condição objetiva de punibilidade, mas de questão prejudicial heterogênea, a recomendar a suspensão do processo penal até decisão final da questão administrativa. Já o Ministro

o lançamento mediante procedimento administrativo nela previsto, mas também, e principalmente, de eminentes garantias constitucionais, sintetizadas na do ‘devido processo legal’.

⁸² Há autores que entendem que o artigo 37, § 4º da Constituição positiva a independência entre as esferas (<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigo%20Luiz%20Henrique%20-%20Improbidade%20administrativa.pdf>, acessado em 25/10/2010).

⁸³ Em suas palavras textuais: “(...) *uma objeção de política repressiva veio à tona: aceito o entendimento que abracei, a demora da definição final do processo administrativo fiscal conduziria frequentemente à extinção da punibilidade pela prescrição, de modo a comprometer a efetividade da norma penal.*”

Joaquim Gomes, acompanhado por Cezar Peluso⁸⁴, objetava que o fundamento do voto vencedor tornava a decisão do fisco um elemento normativo do tipo.

O confronto entre as duas posições não foi solucionado a contento, sendo antes reputado como mera discussão acadêmica, relegável a outra oportunidade⁸⁵. Havia uma manifesta premência de se fixar a solução do caso, impedindo-se o curso da ação penal enquanto não solucionada a exigibilidade do crédito tributário no âmbito administrativo, ainda que ao preço do sacrifício da lógica da dogmática.

O impasse gerado em torno de categorias dogmáticas do sistema do direito penal brasileiro evidenciou as profundas conexões entre esta e a política criminal, conexões já apontadas por Claus Roxin desde a década de 70. De fato, as classificações e conceitos próprios da teoria do delito e da pena, estruturados a partir dos estudos alemães desde o século XIX, sempre foram encarados de forma totalmente apartada das razões da criminologia e da política criminal⁸⁶. Entendida como sistema abstrato de conceitos, aplicáveis a qualquer ordenamento jurídico, a dogmática sempre gozou de forte independência em relação aos objetivos e finalidades do direito penal. As vinculações entre estes ramos vêm sendo estudadas pelo funcionalismo de Roxin. Suas palavras em sua monografia de 1970 parecem traduzir com precisão o conflito gerado na corte suprema brasileira quando do julgamento em questão. Enfaticamente, o autor alemão perguntava: “Para que serve a solução de um problema jurídico que, com toda sua clareza e igualdade é insatisfatória do ponto de vista político-criminal? Deve ser preferível

⁸⁴ Afirmou: “*De modo que, sendo tributo elemento normativo do tipo penal, este só se configura quando se configure a existência de tributo devido, ou, noutras palavras, a existência de obrigação jurídico-tributária exigível. No ordenamento jurídico brasileiro, a definição desse elemento normativo do tipo não depende de juízo penal, porque, dispõe o Código Tributário, é competência privativa da autoridade administrativa defini-lo.*”

⁸⁵ Confira-se a íntegra da afirmação do Relator Ministro Sepúlveda Pertence: “*Por isso, Presidente, deixando para outras oportunidades a discussão acadêmica sobre a existência ou não no caso de condição objetiva de punibilidade, continuo a acreditar que a equação do problema é muito similar à dos crimes falimentares, com a única exceção de que aqui a condição é uma decisão administrativa, e lá, uma decisão judicial. Mas deixo isso para outra ocasião em que seja essencial discuti-lo.*”

⁸⁶ Francisco Muñoz Conde vem apontando as causas históricas deste divórcio epistemológico na Alemanha do pós guerra. Sobre o assunto, veja-se: MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre El Derecho penal Del nacionalsocialismo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003*

realmente uma solução satisfatória do caso concreto, mas não integrável no sistema.”⁸⁷

Ocorre que o caso concreto sobre o qual se debruçava a Corte serviria como paradigma orientador de centenas de processos semelhantes em curso no Brasil. E em sinal eloqüente de que, embora a dogmática não deva ser empecilho à solução que se entenda por mais justa do caso concreto, tampouco se lhe pode negar um papel relevante na organização do sistema, a fim de se evitarem futuras injustiças, o impasse em torno da natureza jurídica do exaurimento da via administrativa não tardaria a retornar. Tudo a demonstrar que, como também já advertia Hassemer, a relação entre a dogmática e a política criminal não é uma relação idílica, mas profundamente conflitiva⁸⁸.

Isto porque a controvérsia acerca da natureza jurídica do exaurimento da via administrativa não era um preciosismo acadêmico, e a insistência em sua definição não era capricho dos apegados ao sistema. A questão interfere diretamente com a matéria da prescrição e, pois, com critérios dogmáticos e de política criminal. Considerar o fim do processo administrativo uma condição objetiva de procedibilidade importa dizer que o crime de sonegação se consuma muito antes disso, no momento da ação, ponto de partida da marcha prescricional, a teor do disposto no artigo 111 do Código Penal⁸⁹. Já se se considera o lançamento tributário obtido ao final da decisão administrativa como elemento normativo do tipo, a conclusão é a de que este tipo somente se perfaz com a decisão final administrativa, ocasião em que o crime se consuma, disparando então o prazo prescricional. A questão é de suprema importância já que a experiência demonstra que entre um fato e outro – a conduta do contribuinte e a decisão final do fisco – pode transcorrer um lapso de muitos anos.

A posição trazida, afinal, pelo relator, apontava, ainda, para uma terceira opção: “condição objetiva de punibilidade”, a exemplo do que ocorre com os crimes falimentares. A consequência em matéria prescricional, neste caso,

⁸⁷ Livre tradução da citação trazida por Francisco Munoz Conde em: MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Relación entre Sistema Del Derecho Penal y Política Criminal – Historia de una Relación Atormentada*. Editorial UBIJUS, Instituto de Formación Profesional Mexico D.F., 2008, p. 32.

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Relación entre Sistema Del Derecho Penal y Política Criminal – Historia de una Relación Atormentada*. p. 40

⁸⁹ Código Penal: “**Art. 111**. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I - do dia em que o crime se consumou; (...)”

também é relevante. A condição objetiva de punibilidade, quando implementada, e somente então, dispara o prazo prescricional, já que não se pode falar em extinção de direito que ainda não se tornou exercitável.

A decisão final priorizou uma solução pragmática do problema, sem definir os parâmetros de fundação desta solução, e o acórdão acabou lavrado com a afirmativa de que durante o processo administrativo, a prescrição ficaria “suspensa”, situação que não se encaixa em qualquer das três alternativas discutidas para se enquadrar a natureza jurídica do exaurimento da via administrativa. As causas suspensivas da prescrição estão previstas no artigo 116 do Código Penal⁹⁰ e por se tratar de matéria que envolve direito material e ainda prejudicial ao indivíduo, submete-se ao limite constitucional da estrita reserva legal, não se podendo admitir a criação de uma causa suspensiva da prescrição pela via jurisprudencial. Mas foi o que acabou acontecendo.

A correção do impasse técnico-dogmático foi sendo construída ao longo de decisões subsequentes⁹¹ que tenderam para considerar o exaurimento da via administrativa como elemento normativo do tipo, significando dizer que o crime somente se consuma quando há o lançamento definitivo do tributo, fazendo com que a prescrição comece a correr somente a partir deste evento⁹².

Este entendimento acabou sedimentado pela edição da Súmula Vinculante nº 24, em dezembro de 2009, cujo verbete dispôs: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

⁹⁰ Código Penal: “**Art. 116.** Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. **Parágrafo único.** Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.”

⁹¹ Cf: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 90957/RJ. rel: Min. Celso de Mello. Publicado no DJ de 19 out. 2007. p. 87; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet 3593 QO/SP . rel: Min. Celso de Mello. Publicado no DJ de 02 jul. 2007. p. 28; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 85051/MG. rel: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ de 01 jul. 2005. p. 87; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 85207/RS. rel: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ de 29 abr. 2005. p. 46.

⁹² A solução, mais uma vez, tendeu para o pragmatismo, uma vez que consolidou que o ato de consumação do crime é uma decisão da administração pública, circunstância um tanto bizarra. Sem contar que este entendimento acabou por trazer um sério gravame ao indivíduo. A prescrição dos crimes tributários se dá no prazo de 12 anos (artigo 109, IV do Código Penal). Se se entende que o crime somente se consuma com a decisão administrativa e esta acaba por acontecer, via de regra, muitos anos após o ato do contribuinte, teremos que entre a ação criminosa e o evento da prescrição, poderemos estar diante de um prazo superior a 20 anos.

Acompanhar a linha cronológica das decisões do STF acerca dos crimes tributários revela o mesmo movimento sinuoso adotado pelo legislador sobre o tema, a demonstrar uma indecisão político-criminal de todo o sistema. A solução encontrada pelo STF, sacrificando a dogmática, implicou em retirar do Ministério Público e dos juízes de primeiro grau, em nome da segurança jurídica, o poder de declarar a existência de determinado tributo. Atrelar a configuração do crime à decisão administrativa foi uma forma de submeter os fatos concretos à expertise da administração fiscal, subtraindo-a do convencimento do judiciário⁹³. Isto, em parte, se deveu às graves vicissitudes que envolvem o direito tributário no Brasil, tradicional fonte de controvérsias judiciais multiplicadas pelas crises econômicas e pelo sistema difuso de controle. Discutir a incidência de determinado tributo sobre dado fato gerador é matéria que frequenta centenas de milhares de processos judiciais em curso no país. Imaginar que as dificuldades de interpretação da legislação tributária pudessem colocar o contribuinte em situação vulnerável frente ao juízo criminal é questão, de fato, relevante, que tangencia garantias individuais constitucionalmente protegidas.

Verdade, contudo, que o sistema convencional de processo penal já previa alternativas para o enfrentamento da questão. Referimo-nos à figura da suspensão do processo por força de questão prejudicial, prevista no artigo 93 do Código de Processo Penal. Por este instituto, o juiz criminal pode suspender o processo penal quando a dúvida acerca da existência do fato-crime estiver submetida a outro juízo, suspendendo-se a prescrição. Permitir a interpretação analógica para estender a possibilidade ao juízo administrativo seria, por certo, um esforço menor, com sacrifícios técnicos e político-criminais menos graves do que aqueles alcançados pela decisão do STF.

Veja-se que a categoria da segurança jurídica não frequentou os debates na Corte, mas foi ela que acabou prevalecendo no contexto, quando se estabeleceu que é necessário que o credor fiscal reconheça definitivamente seu crédito para que as instituições do aparelho repressor possam diligenciar no sentido da busca de dados e da investigação que antecede a denúncia. Se, de um

⁹³ A generalização deste argumento imporia que assim fossem tratados, por exemplo, os réus a quem se imputam crimes contra o sistema financeiro e que estivessem respondendo administrativamente perante o Banco Central ou a CVM.

lado, o entendimento preserva o contribuinte contra interpretações fragmentadas da difusa legislação tributária, com conseqüências gravosas a seu status ao impor-lhe o ônus de se defender simultaneamente em duas vertentes, a judicial-criminal e a administrativa, por outro lado sacrifica sobremaneira a persecução penal, porque impede que situações com indícios fortes de fraude fiscal possam ser sequer investigadas.

A dificuldade de se definir uma posição clara sobre a questão da sonegação fiscal já era nítida no tratamento conferido pelo legislativo ao tema. A legislação já vinha vinculando a pretensão punitiva ao histórico de eventos administrativos incidentes sobre o crédito tributário: o pagamento do devido extingue a punibilidade e o parcelamento suspende a pretensão punitiva e a prescrição. Com o entendimento consolidado pelo STF, esta vinculação entre pretensão punitiva e exigibilidade do crédito fica ainda mais patente: a decadência do crédito impede a constituição deste e, por via de conseqüência, o exercício da pretensão punitiva.

O pragmatismo do posicionamento do STF forçou o ajuste de categorias dogmáticas diversas, com sérios prejuízos à lógica do sistema. Os problemas daí decorrentes insistem em reaparecer à espera de soluções e estas vêm sendo dadas, via de regra, pelo próprio STF, que se tornou o mentor principal da política criminal tributária. Contudo, estas soluções, quando vêm, deixam ainda mais nítidas as contradições plantadas.

A matéria, é fato, nunca foi pacífica no STF.

Pouco tempo depois da decisão do célebre HC 81611, em dezembro de 2007, o STF, pela sua 1ª. Turma, decidiu de forma antagônica, no HC 90795, quando denegou a ordem, possibilitando a continuidade da ação penal, mesmo sem o fim do processo administrativo. Tratava-se de uma situação concreta em que houvera apreensão administrativa de mercadoria acompanhada de notas fiscais e guias falsas. A Corte entendeu como possível a propositura da ação

penal, independentemente da responsabilidade administrativo-fiscal, porque considerava suficientes os elementos coligidos na diligência investigatória⁹⁴.

A decisão padece de nítida incoerência em relação ao posicionamento adotado pela Corte no HC 81611 e nos que o seguiram. É que, conforme se viu, a questão se resolvera na idéia de que o lançamento definitivo do crédito era elemento normativo do crime, ou seja, o crime somente se consumava no momento da decisão final administrativa. Esta a posição que restou consolidada no verbete da Súmula Vinculante nº 24. O acórdão no HC 90795 permitia o curso de uma ação penal sem a configuração material do crime.

Mais uma vez o viés pragmático da decisão do STF ficava patente. O teor do acórdão do HC 90795 deixava claro que a questão crucial reside na possibilidade ou não do juiz dispor de elementos suficientes pra o deslinde da questão pela ótica penal. Este acórdão reafirma que, se os elementos colocados à disposição do juízo penal são suficientes, não há porque se aguardar a decisão administrativa, já que não haveria prejudicialidade alguma, o que demonstra que, concretamente, a decisão final do fisco não integra o tipo. Mas, para se conferir um resultado determinado a um caso grave, sacrificou-se o entendimento previamente obtido no HC 81611.

O tema sempre se apresentou com renovados aspectos a desafiar novos ajustes. A inconsistência do construto hermenêutico estava nítida na sessão de edição da Súmula Vinculante nº 24.

A leitura dos candentes debates que se travaram em torno da aprovação da Súmula Vinculante nº 24 demonstra inequivocamente que a matéria não estava pacificada na Corte. Três Ministros votaram contra a sua aprovação: Ministra Ellen Gracie, Ministro Joaquim Barbosa e Ministro Marco Aurélio. A

⁹⁴ Veja-se a íntegra do acórdão. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Turma, 1, HC 90795/PE. rel. Min. Marco Aurelio Mello. Publicado no DJ de 29 fev. 2008, p. 238,: “EMENTA: AÇÃO PENAL - JUSTA CAUSA. O trancamento da ação penal por falta de justa causa pressupõe que as práticas descritas na denúncia não consubstanciem crime. DENÚNCIA - INÉPCIA. Descabe cogitar de inépcia da denúncia quando narrados fatos a viabilizar o exercício do direito de defesa. CRIME TRIBUTÁRIO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - DISPENSA. Uma vez versada situação concreta em que, mediante o exercício do poder de polícia, deu-se a apreensão de mercadoria acompanhada de notas fiscais e guias falsas, possível é a propositura da ação penal, independentemente da responsabilidade administrativo-fiscal. CRIME - RESPONSABILIDADE. No julgamento de habeas corpus, não se pode assentar a improcedência da imputação, havendo de se aguardar a instrução do processo-crime e a prolação da sentença.”

Súmula, de fato, desconsiderou um aspecto que, como vimos, freqüentou de forma decisiva os debates no *leading case* (HC 81611): a prescrição. Lembrava o Ministro Joaquim que, ao não se abordar o tema da prescrição, a Súmula desvirtuava seu próprio objetivo – em vez de pacificar um entendimento semearia mais dúvidas⁹⁵.

Quando alguns Ministros atentaram para o fato de que o rumo dos debates daquela sessão era indicativa de que a matéria não estava madura para justificar uma súmula de caráter vinculante, o Ministro Lewandowski argumentou com a possibilidade de sua revisão ou revogação previstas na Lei 11.417/2206. Inegável que a invocação naquela sessão da possibilidade de se revogar um entendimento que se pretendia alçar à categoria de súmula vinculante revela, no mínimo, um ambiente contraditório. A tempo, responderam os Ministros Joaquim e Ellen Gracie sobre o real sentido das súmulas vinculantes, vocacionadas constitucionalmente a garantir relativa perenidade ao entendimento que, pela sua reiteração, traga consigo elevado grau de certeza⁹⁶.

Fato é que o posicionamento consolidado na Súmula Vinculante nº 24 passou a inibir a atuação do sistema repressor diante de fraudes de grande magnitude. Boa parte das medidas investigatórias, aí incluídas algumas de caráter constritivo, como escutas telefônicas, quebra de sigilo bancário, buscas e apreensões e até mesmo prisões cautelares estão tecnicamente impossibilitadas enquanto a administração não reconhecer o crédito tributário. A situação é particularmente grave quando se tem em vista que as hipóteses legais de sonegação fiscal previstas no artigo 1º da Lei 8.137/90 englobam, como crimes de passagem, delitos de falso ideológico e material que, via de regra, revelam esquemas fraudulentos montados, não raro, em empresas com parcelas de responsabilidade individual complexas. O significado literal da Súmula 24 torna atípica a conduta do contribuinte até o momento da decisão final administrativa,

⁹⁵ Sobre o tema, advertia a Ministra Ellen Gracie durante os debates que resultaram na aprovação da Súmula Vinculante 24, que omitir-se a questão da prescrição no enunciado implicaria em deixar a magistratura com muitas dúvidas acerca da matéria, ao que foi contestada pelo Ministro Cesar Peluso: “A magistratura não tem dúvida só sobre isso, tem dúvida permanente sobre tudo, questiona tudo.”

⁹⁶ Literalmente, a manifestação da Ministra Ellen Gracie: “Nem a súmula pode surgir com a vocação de ser alterada. Se o seu objetivo é justamente a segurança jurídica, ela deve, se possível, ser escrita em mármore, para ser permanente, perene, para demonstrar rumos para o futuro (...)”

impedindo, em tese, qualquer medida do estado, incluindo as investigatórias e até mesmo a prisão em flagrante.

O risco que este entendimento encerra acabou provocando, mais uma vez, e muito recentemente, novas relativizações do conteúdo da Súmula referida. No HC 95443/2010, da Segunda Turma, autorizou-se a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal, sempre que se mostrar imprescindível para viabilizar a fiscalização⁹⁷.

Da mesma forma, a Primeira Turma assim já decidira em 2009 de forma semelhante no HC 92959, no qual se autorizou o prosseguimento da ação penal independentemente dos destinos da impugnação administrativa⁹⁸.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma, 2. HC 95.443/SC, rel: Min. Ellen Gracie. Publicado no DJ de 19 fev. 2010. p. 238. “EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL ANTES DO ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. POSSIBILIDADE QUANDO SE MOSTRAR IMPRESCINDÍVEL PARA VIABILIZAR A FISCALIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. A questão posta no presente writ diz respeito à possibilidade de instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal. 2. O tema relacionado à necessidade do prévio encerramento do procedimento administrativo-fiscal para configuração dos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, já foi objeto de aceso debate perante esta Corte, sendo o precedente mais conhecido o HC nº 81.611 (Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julg. 10.12.2003). 3. A orientação que prevaleceu foi exatamente a de considerar a necessidade do exaurimento do processo administrativo-fiscal para a caracterização do crime contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90, art. 1º). No mesmo sentido do precedente referido: HC 85.051/MG, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 01.07.2005, HC 90.957/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.10.2007 e HC 84.423/RJ, rel. Min. Carlos Britto, DJ 24.09.2004. 4. Entretanto, o caso concreto apresenta uma particularidade que afasta a aplicação dos precedentes mencionados. 5. Diante da recusa da empresa em fornecer documentos indispensáveis à fiscalização da Fazenda estadual, tornou-se necessária a instauração de inquérito policial para formalizar e instrumentalizar o pedido de quebra do sigilo bancário, diligência imprescindível para a conclusão da fiscalização e, conseqüentemente, para a apuração de eventual débito tributário. 6. Deste modo, entendo possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do processo administrativo-fiscal, quando for imprescindível para viabilizar a fiscalização. 7. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.”

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma, 1. HC 92959/SP, rel: Min. Carlos Ayres Britto. Publicado no DJ de 12 fev. 2010. p. 208. “EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGADA CARÊNCIA DE ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO DELITO DE QUADRILHA OU BANDO. PLURALIDADES DE DENÚNCIAS PELO CRIME DE QUADRILHA. SIMILITUDE FÁTICA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em considerar excepcional o trancamento da ação penal, pela via processualmente acanhada do habeas corpus. Via de verdadeiro atalho que somente autoriza o encerramento prematuro do processo-crime quando de logo avulta ilegalidade ou abuso de poder (HCs 86.362 e 86.786, da relatoria do ministro Carlos Ayres Britto; e 84.841 e 84.738, da relatoria do ministro Marco Aurélio). 2. No caso, a denúncia descreveu, suficientemente, os fatos supostamente ilícitos, sendo descabido o nível de detalhamento requerido na impetração. Denúncia que permitiu aos

O caminho adotado pelo STF nesta questão ainda deixou a descoberto alguns pontos relevantes. Tornou incerta a possibilidade da persecução criminal quando a decisão administrativa deixar de constituir o crédito por força de vício formal na autuação ou pela decadência, fatores que, em tese, não invalidariam a reapreciação judicial⁹⁹.

A decisão também ignora o fato de que todas as condutas de sonegação são de matriz fraudulenta, envolvendo, muitas vezes, o emprego de documentos falsos. A falsificação ou emprego de documentos falsos, sem embargo de se caracterizarem autonomamente como figuras típicas, por se tratar de delitos-meios, vêm sendo vistos como absorvidos pelo delito fim, na forma do princípio doutrinário da consunção¹⁰⁰. Significa que estas condutas intermediárias não podem ser avaliadas de forma autônoma, mas estarão vinculados ao tipo final da sonegação e atreladas ao seu destino.

A subordinação da apreciação judicial ao prévio esgotamento da via administrativa faz da administração a instância final acerca da existência ou não de falsidade documental, em franca violação ao princípio do acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV da Constituição. Por outro lado, reconsiderar este posicionamento doutrinário da consunção e permitir a persecução dos crimes-meios de falsos, para além de se configurar como novo ajuste forçado da dogmática, revela ainda uma dificuldade político-criminal: a prescrição destes

acusados o mais amplo exercício do direito de defesa. Pelo que não é de ser considerada como fruto de um arbitrário exercício do poder-dever de promover a ação penal pública. 3. O quadro empírico do feito não permite enxergar a flagrante ausência de justa causa da ação penal quanto ao delito contra a ordem tributária. Isso porque a impetração não demonstrou, minimamente, a pendência de constituição definitiva do crédito tributário objeto da acusação ministerial pública. Além disso, a natureza filantrópica da fundação investigada também não é de molde a afastar, de plano, eventual prática de crime tributário. 4. Por outro lado, a denúncia objeto deste habeas corpus, no tocante ao delito de formação de quadrilha, é mera reiteração de acusação que tramita no Juízo processante da causa, tanto que se trata de simples transcrição literal da inicial previamente ajuizada. A constituir patente situação de ‘bis in idem’, o que autoriza o trancamento da ação penal, no ponto. 5. Ordem parcialmente concedida.”

⁹⁹ Sobre o tema, Egenio Pacelli atenta para o fato de que o STJ já entendeu que “a fluência do prazo decadencial da constituição do crédito tributário implicaria a impossibilidade de realização do tipo penal relativo à conduta tendente a *suprimir ou reduzir tributo devido*, consoante se encontra no Informativo STJ 331 – HC 77.986-MS, Rel: Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 13.09.2007.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 105.

¹⁰⁰ Bitencourt assim o conceitua: “ *Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta.*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 179.

crimes, que corre a partir da sua consumação, circunstância totalmente desvinculada da decisão administrativa.

Por fim, a decisão do STF consolidada na Súmula Vinculante nº 24 deixou de fora de sua abrangência, e sem que qualquer argumento se possa localizar para justificar esta omissão, outros delitos de natureza fiscal, igualmente materiais e igualmente sujeitos a impugnações administrativas. O exemplo eloqüente é o do artigo 337-A do Código Penal¹⁰¹ que somente difere daquele previsto na Lei 8.137/90 na natureza do tributo envolvido que, neste caso, são as contribuições sociais previdenciárias. Também fora da Súmula Vinculante nº 24 o crime de descaminho¹⁰² que, em tese, se reveste das mesmas características daqueles abrangidos pelo verbete.

Em dezembro de 2010, entrou em vigor a Lei 12.350 que, convertendo em lei a Medida Provisória 497/2010, deu nova redação ao artigo 83 da Lei 9430/96, que passou a vigorar da seguinte forma: “Art. 83: *A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público*”

¹⁰¹ Código Penal: “**Art. 337-A.** Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. “

¹⁰² Código Penal: “**Art. 334.** Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Pena - reclusão, de um a quatro anos. § 1º - Incorre na mesma pena quem: a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho; c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. § 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências § 3º - A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.”

depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.”

Como se percebe, a alteração legislativa não dissolveu e sequer se aproximou da solução dos impasses gerados pela interpretação jurisprudencial, embora pretendesse ser uma resposta à proposição do STF.

3.4.4

Princípio da Insignificância e Princípio da Presunção de Inocência no STF

A jurisprudência do STF ainda titubeia na configuração da extensão de alguns princípios relevantes à política criminal, como, por exemplo, o princípio da insignificância, de natureza infraconstitucional, e o princípio da presunção de inocência. Tomemos como exemplos algumas decisões da corte que tiveram por fundamento um destes princípios.

Em fevereiro de 2009, a primeira Turma, em sede de Habeas Corpus, por maioria, trancou ação penal instaurada contra indivíduo acusado pela prática do crime de descaminho (CP, art. 334, § 1º, d), pelo fato de ter ingressado em território nacional trazendo mercadorias de origem estrangeira, sem a comprovação da regularidade fiscal. Os tributos sonegados com a operação alcançavam o valor R\$ 2.528,24 (dois mil quinhentos e vinte e oito reais e vinte e quatro centavos). A medida de habeas corpus buscava a reforma da decisão do STJ que, considerando a reiteração da conduta típica, rejeitara a aplicação do princípio da insignificância. A ordem de habeas corpus foi concedida, reconhecendo-se a insignificância da lesão, tomando-se em conta que o art. 20 da Lei 10.522/2002 determina o arquivamento das execuções fiscais quando os débitos inscritos como dívida ativa da União forem iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Da mesma forma, o acórdão considerou que a existência prévia de procedimento criminal contra o mesmo acusado por fatos

similares, e que fora arquivado, não se mostraria suficiente para afastar a insignificância, tendo em vista o caráter objetivo da regra estabelecida¹⁰³.

O acórdão orientou a jurisprudência do STF, que passou a reconhecer de forma pacífica a possibilidade da adoção da insignificância no delito de descaminho, todas as vezes que o tributo sonegado ficar abaixo do valor mínimo que autoriza a execução fiscal.¹⁰⁴

Em síntese, a decisão do STF toma por fundamento o critério estabelecido pelo próprio fisco, que só se interessa pela cobrança dos créditos que superam o valor de dez mil reais, indicando, em princípio, que os valores abaixo deste seriam irrelevantes. E se são irrelevantes à própria vítima do delito, não justificariam a intervenção do direito penal¹⁰⁵.

¹⁰³ Na íntegra do acórdão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. RHC 96545/SC. rel. Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 28 ago. 2009. p. 501): “EMENTA: PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/02. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I – Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado, no delito de descaminho, quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/02. II – Na aplicação de tal princípio não é próprio considerar circunstâncias alheias às do delito em tela para negar-lhe vigência, ressalvada a hipótese de comprovada reiteração delituosa. III – Na espécie, a existência de um procedimento criminal pelos mesmo fatos, já arquivado, não é suficiente para a caracterização da recidiva e tampouco para que se entenda que o acusado faça do descaminho o seu modo de vida. IV – Recurso provido, concedendo-se a ordem para trancar a ação penal.”

¹⁰⁴ O número de decisões neste sentido é vasto. Citem-se como exemplos mais recentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 96376/PR. rel: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 01 out. 2010. p. 205; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 103243/GO. rel: Min. Ayres Britto. Publicado no DJ de 08 out. 2010. p. 682; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 96850/PR. rel: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 16 jun. 2010. p. 423; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. RHC 94905/CE. rel: Min. Dias Toffoli. Publicado no DJ de 25 jun. 2010. p. 287; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 96819/PR. rel: Min. Marco Aurélio. Publicado no DJ de 13 ago. 2010. p. 452. O interessante é destacar que o STF vem enfrentando reiteradamente a questão em sede de habeas corpus, embora já tenha reconhecido no AI 747522/RS, da Relatoria do Min. Cezar Peluso, que a matéria de aplicabilidade do princípio da insignificância é infraconstitucional, não apresentado o requisito da repercussão geral exigido para a admissibilidade do recurso extraordinário. (Publicado no DJ de 25 set. 2009. p. 2343): “EMENTA: Recurso Extraordinário. Inadmissibilidade. Princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Ofensa ao art. 5º, incs. XXXV, LV e LIV, da Constituição Federal. Inocorrência. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Agravo de instrumento não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão do reconhecimento de aplicação do princípio da insignificância, porque se trata de matéria infraconstitucional.”

¹⁰⁵ Pelo detalhamento da tese, relevante a reprodução do acórdão no HC 101074/SP. rel: Min. Celso De Mello. Publicado no DJ de 30 abr. 2010. p. 1156: “EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE DESCAMINHO (CP, ART. 334, "CAPUT", SEGUNDA PARTE) - TRIBUTOS

A decisão, que aparentemente se reveste de objetividade e busca coerência com o sistema normativo integral, deixa a descoberto outras tantas imprecisões. De início, convém destacar que, em se tratando de descaminho, o tributo incidente representa parcela do valor da mercadoria introduzida clandestinamente. Importa dizer que, pelo critério adotado pelo STF, estará fora do alcance da persecução penal aquele que introduz mercadorias que podem alcançar valores superiores a cem mil reais, fraudando o fisco. O parâmetro de dez mil reais tornou-se o argumento padrão objetivo a determinar a insignificância e, por via de consequência, o trancamento das ações penais, em decisões que não levam em conta, via de regra, as nuances subjetivas do paciente envolvido.

Ocorre que, para outros crimes de reflexo patrimonial, a incidência do princípio da insignificância, na jurisprudência do STF, se sujeita a critérios bem mais rigorosos. Tome-se o crime de furto, por exemplo. O critério tradicionalmente delimitador da insignificância tem como referência o valor do salário mínimo, valor este muito aquém dos dez mil reais adotados no descaminho, havendo casos de não aplicação do princípio, apesar do valor ínfimo da *res furtiva*¹⁰⁶. Além disso, nos julgamentos que enfrentam o crime de furto, a

ADUANEIROS SUPOSTAMENTE DEVIDOS NO VALOR DE R\$ 4.541,33 - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: 'DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR'. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE DESCAMINHO. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. Aplicabilidade do postulado da insignificância ao delito de descaminho (CP, art. 334), considerado, para tanto, o inexpressivo valor do tributo sobre comércio exterior supostamente não recolhido."

¹⁰⁶ Veja-se o caso do HC n. 94.439, em que foi denegada a ordem a despeito do valor de sessenta reais da coisa furtada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 94439/RS. rel: Min. Menezes Direito. Publicado no DJ de 03 abr. 2009. p. 476).

ponderação dos aspectos subjetivos do agente, tais como a reincidência ou mesmo a contumácia, é preponderante¹⁰⁷.

¹⁰⁷ A título de exemplo, dentre tantos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. RHC 103552/DF. rel: Min. Eros Grau. Publicado no DJ de 25 jun. 2010. p. 717. “EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO CONSUMADO E TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa, cautelosa e casuística. Devem estar presentes em cada caso, cumulativamente, requisitos de ordem objetiva: ofensividade mínima da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado. 2. A conduta reiterada do paciente não pode ser considerada como expressiva de mínima ofensividade. Seu comportamento também não pode ser tido como de reduzida reprovabilidade. Recurso não provido.”. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 103359/RS. rel: Min. Cármen Lúcia Publicado no DJ de 06 ago. 2010. p. 1085 “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTOS E TENTATIVA DE FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. CRIME PRATICADO COM ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E EM CONCURSO COM MENOR. DESCOMPROMETIMENTO DO PACIENTE COM OS VALORES TUTELADOS PELO DIREITO. REINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 4. No caso dos autos, em que o delito foi praticado com rompimento de obstáculo e em concurso com menor, percebe-se o descomprometimento do Paciente com os valores tutelados pelo direito. 5. Apesar de tratar-se de critério subjetivo, a reincidência remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, já que não está sujeita a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica. 6. Ordem denegada.”. E ainda: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 97012/RS rel: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 12 mar. 2010. p. 417. “EMENTA: HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE AO CASO. ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância ou bagatela, nos crimes contra o patrimônio, não pode ser aplicado apenas e tão-somente com base no valor da coisa subtraída, como pretende o impetrante. Devem ser considerados, também, outros requisitos, como (1) a mínima ofensividade da conduta do agente, (2) a nenhuma periculosidade social da ação, (3) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (4) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 98.152, rel. min. Celso de Mello, DJe-104 de 5.6.2009). No caso, com bem observou o Superior Tribunal de Justiça, o paciente "(...) invadiu, em plena luz do dia, o estabelecimento comercial da vítima, escalando uma cerca de aproximadamente 2,5 metros de altura, para subtrair uma janela de ferro colocada para venda (...), revelando o elevado grau de reprovabilidade social de seu comportamento (...)", o que torna inaplicável ao caso o princípio da insignificância. Também incabível a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como a fixação do regime inicial semi-aberto, como sugeriu o Ministério Público Federal, uma vez que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a estreita via do habeas corpus não comporta o reexame aprofundado dos elementos de convicção que serviram de base para a fixação da pena-base (HC 94.847, rel. min. Ellen Gracie, DJe-182 de 26.09.2008). Quanto ao regime prisional, a leitura das alíneas "b" e "c" do § 2º do art. 33 do Código Penal indica que tanto o regime semi-aberto, quanto o aberto são reservados aos condenados não reincidentes, o que não é o caso do paciente, conforme registrado na sentença condenatória. Ordem denegada.”

O mesmo descompasso se observa, quando o furto envolve o patrimônio público, quando valores bem inferiores a dez mil conservam o caráter relevante a ponto de justificar a intervenção penal¹⁰⁸.

Nem mesmo no âmbito dos delitos fiscais, o parâmetro é único. No HC 98021/SC, julgado em junho de 2010, buscava-se o trancamento da ação penal por crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal), por suposta insignificância da lesão, tomando-se por base os mesmos valores adotados no caso do descaminho. A Primeira Turma indeferiu o *writ*, por considerar que o caráter supraindividual da lesão impedia o reconhecimento da bagatela, ante a reprovabilidade da conduta.¹⁰⁹ Argumentos como o aspecto “deficitário da previdência” foram empregados, sem se atentar para o fato de que tributos em geral, aí incluídos os de importação, ingressam nos cofres públicos para o atendimento das necessidades da sociedade em geral, que tem diversos setores

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 98159/MG. rel: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 14 ago. 2010. p. 1236. “EMENTA: PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO TENTADO. SUBTRAÇÃO DE UM LAPTOP. BEM PERTENCENTE À FAZENDA NACIONAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESVALOR DA AÇÃO E DO RESULTADO. ART. 240 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ORDEM DENEGADA. I - A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica depende de que esta seja a tal ponto irrelevante que não seja razoável a imposição da sanção. II - No caso sob exame, não apenas a conduta afigura-se penalmente relevante, como também a res furtiva - um laptop pertencente à Fazenda Nacional - apresenta valor economicamente expressivo. III - Mostra-se cabível, na espécie, a aplicação do disposto no art. 240, §§ 2º e 5º do Código Penal Militar, acompanhado do *sursis*, tal qual procedeu o juízo a quo. IV - Ordem denegada.” Também na mesma linha: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 99207/SP., rel: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJ de 18 dez. 2009. p. 865. “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. CÓDIGO PENAL MILITAR. BENS SUBTRAÍDOS COM VALOR SUPERIOR AO DO SALÁRIO-MÍNIMO. CRIME COMETIDO DENTRO DE ESTABELECIMENTO MILITAR. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE RESTITUIÇÃO DOS BENS PARA A VÍTIMA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE FURTO PRIVILEGIADO (ART. 240, § 2º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR): IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.”

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 98021/SC. rel: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 13 ago. 2010. p. 516. “EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. BEM JURÍDICO TUTELADO. PATRIMÔNIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER SUPRAINDIVIDUAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. ORDEM DENEGADA. I - A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. II - No caso sob exame, não há falar em reduzido grau de reprovabilidade da conduta, uma vez que o delito em comento atinge bem jurídico de caráter supraindividual, qual seja, o patrimônio da previdência social ou a sua subsistência financeira. Precedente. III - Segundo relatório do Tribunal de Contas da União, o déficit registrado nas contas da previdência no ano de 2009 já supera os quarenta bilhões de reais. IV - Nesse contexto, inviável reconhecer a atipicidade material da conduta do paciente, que contribui para agravar o quadro deficitário da previdência social. V - Ordem denegada.”

igualmente deficitários, tais como saúde, educação, infraestrutura, o que permitiria o emprego do mesmo argumento para se afastar a insignificância no descaminho.

Não se pode desconsiderar, também, que importações que implicam incidência tributária no valor de dez mil reais indiciam potencial econômico relevante empregado na conduta. São delitos próprios da classe média. Já os furtos são costumeiramente associados a um extrato mais pobre da população. Sob um enfoque descriminalizante e garantista, a jurisprudência do STF em torno do princípio da insignificância, além da incoerência de métodos, aprofunda o caráter desigual e estigmatizante do direito penal brasileiro.

A mesma incoerência se percebe na aplicação do princípio da presunção de inocência para impedir a execução provisória da pena.

O STF já assentou o entendimento de que é vedada no sistema brasileiro, a execução de pena antes do trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória¹¹⁰, quando ausente a justificativa da prisão preventiva¹¹¹. Do

¹¹⁰ A orientação da Corte foi tomada por maioria, já que o entendimento vencido dos Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa era de que as dezenas de possibilidades de recursos cabíveis no sistema processual brasileiro adiam em demasia o trânsito em julgado, além da conveniência de se dar maior prestígio às decisões de primeira e segunda instância, sob pena de se ter de levar todos os casos ao Supremo para a obtenção da mínima verdade razoável.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 84078/MG. rel: Min. Eros Grau. Publicado no DJ de 26 fev. 2010. p. 1048. "EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à

julgado constam argumentos de cunho igualitário e garantista, tais como o de que as ameaças à liberdade castigam mais as classes subalternas (*sic*), ou de que nos regimes democráticos, mesmo os criminosos são sujeitos de direito, ou ainda de que somente com o trânsito em julgado se alcança a plenitude cognitiva da infração penal.

A orientação jurisprudencial tem sido adotada, em regra, para delitos de menor gravidade, crimes econômicos, e alcançando até mesmo crimes praticados com violência, tais como homicídio qualificado e crimes sexuais, ponderados, nestes casos, aspectos subjetivos do réu, como a primariedade, por exemplo¹¹². Nestas situações, o STF afasta sistematicamente a incidência da Súmula 691, ingressando no exame do mérito do pedido.

É possível perceber, no entanto, uma tendência diametralmente oposta, quando se trata de pedidos de habeas corpus que envolvem acusados por tráfico de drogas. Na sua expressiva maioria, as ordens são denegadas, seja pelo óbice da Súmula 691, seja pela verificação em concreto da necessidade da custódia

"jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida."

¹¹² Neste sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 95315/SP. rel: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 11 jun. 2010. p. 456; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 99891/SP. rel: Min. Celso de Mello. Publicado no DJ de 18 dez. 2009. p. 897; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 91676/RJ. Rel: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 01 jul. 2010. p. 184; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 103.673/SP. rel: Min. Ayres Britto. Publicado no DJ de 22 out. 2010. p. 602.

cautelar. Vejam-se, neste sentido: RHC 103355/SP, HC 98116/SE, HC 98147 / AC, HC 98216 / AC, HC 98217/MS, HC 97883 / MG , HC 97820 / MG.¹¹³

¹¹³ Para a síntese dos argumentos, vejam-se as seguintes ementas: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. RHC 103355/SP. rel: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 10 set. 2010. p. 707. “EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA DE PRIMEIRO GRAU. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ADMITIR-SE O WRIT CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE FLAGRANTE. I - A condenação do recorrente pelo Tribunal de Justiça local deu-se mediante ampla cognição, com detalhada e aprofundada análise de prova, cujo revolvimento implicaria em reexame do conjunto probatório, o que é inviável na via eleita. Precedentes. II - As questões relativas à impossibilidade de execução provisória da pena e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não podem ser conhecidas por este Tribunal, porque não analisadas no acórdão atacado. III - Essa circunstância impede o seu exame por esta Suprema Corte, sob pena de incorrer-se em supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal. IV - Ressalvadas situações excepcionais, em que se está diante de evidente teratologia, abuso de poder ou ilegalidade flagrante, a implicar grave prejuízo para a liberdade do paciente, o habeas corpus, não obstante configure remédio que goza de assento constitucional, não pode ser empregado como sucedâneo de revisão criminal. V - Recurso conhecido parcialmente e, nessa parte, negado provimento.” E ainda: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 98116/SE. rel. Min. Ricardo Lewandowski, Publicado no DJ de 18 dez. 2009. p. 838. “EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A questão relativa à impossibilidade de execução provisória da pena não foi submetida as instâncias ordinárias e, por tal razão, não deve ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de supressão de instância. II - A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII). III - Presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial o da garantia da ordem pública, existindo sólidas evidências da periculosidade do paciente, supostamente envolvido em gravíssimo delito de tráfico de drogas, ao qual se irroga, ainda, a reiteração das condutas criminosas. IV - Habeas corpus não conhecido.”. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 98147/AC. rel: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 18 dez. 2009. p. 850. “EMENTA: HABEAS CORPUS. DECISÃO IMPUTÁVEL À AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO STJ. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO. DECISÃO LASTREADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR JUSTIFICADA, À PRIMEIRA VISTA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A questão relativa à vedação de execução provisória da pena não foi apreciada no STJ, razão pela qual o seu conhecimento em sede originária pelo Supremo Tribunal Federal implicaria indevida supressão de instância. Precedentes. II - A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII). III - Presentes, numa

É possível, a partir da análise destes acórdãos, constatar que o STF, em que pese valer-se de um princípio constitucional para fundamentar a impossibilidade de execução provisória, dá a este princípio peso diferente quando se trata do crime de tráfico de drogas, quando assume uma postura mais rigorosa, invocando argumentos costumeiramente ausentes em outros julgados sobre liberdade provisória, como o da periculosidade, o caráter hediondo do crime, ou mesmo a reiteração da conduta, para afastar, na prática, as conseqüências da aplicação da presunção de inocência. Visivelmente isto se dá por critérios de política criminal.

E mais recentemente, ao enfrentar casos emblemáticos de abusos, o STF começa a assumir uma postura intermediária no tocante à execução provisória da pena, admitindo que o emprego indiscriminado de recursos defensivos de caráter meramente protelatório pode autorizar a antecipação da execução da pena.¹¹⁴

primeira análise, os requisitos autorizadores da prisão cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial o da garantia da ordem pública, existindo sólidas evidências da periculosidade do paciente, supostamente envolvido em gravíssimo delito de tráfico de drogas, ao qual se irroga, ainda, a reiteração das condutas criminosas. IV - Habeas corpus não conhecido.”

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 104632/RS. rel: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 15 out. 2010. p. 286. “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUCESSIVOS RECURSOS INTERPOSTOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO DE IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. RECURSOS COM CARÁTER MERAMENTE PROCRASTINATÓRIO, NOS QUAIS SE DISCUTE TÃO SOMENTE O REGIME PRISIONAL. QUESTÃO PRECLUSA PARA A DEFESA QUANDO DEIXOU DE RECORRER CONTRA A DECISÃO QUE NÃO ADMITIU O SEU RECURSO ESPECIAL. ORDEM DENEGADA. I - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. II - No presente caso, entretanto, é notória intenção do paciente em não deixar que a sua condenação seja alcançada pelo trânsito em julgado, em claro propósito de furta-se à aplicação da lei penal, buscando a prescrição da pretensão punitiva. III - É evidente que todos os recursos manejados pelo paciente possuem natureza meramente procrastinatória, sem qualquer conteúdo jurídico que viabilize o seu conhecimento, quanto mais o seu provimento. IV - Nesses casos, o entendimento firmado pelo Plenário desta Corte Suprema deve ser interpretado com prudência, impedindo que condutas eivadas de ilegalidade obstem a execução de uma pena legitimamente aplicada. Precedentes. V - A única alegação constante dos primeiros embargos declaratórios opostos no Superior Tribunal de Justiça, e nos sucessivos recursos manejados, era a de que aquele Tribunal restabeleceu a pena imposta em primeiro grau, nada dizendo quanto ao regime prisional. VI - Em momento algum, houve modificação do regime prisional fixado na sentença condenatória, sendo certo que a matéria precluiu para a defesa quando deixou de recorrer da decisão que não admitiu o seu recurso especial, não havendo, portanto, qualquer óbice para o imediato cumprimento da pena imposta, nos exatos termos da decisão ora questionada. VII - Habeas corpus denegado.”

3.5

A linha de pensamento político-criminal do STF – necessária identificação

A linha de compreensão que o STF tem demonstrado no enfoque da questão criminal parece tender para um suposto garantismo, ainda que a identificação desta doutrina se dê de modo não uniforme e pouco claro.

A afirmativa se justifica na observação de que em todas as ocasiões em que o STF julgou situações e nelas fez valer uma visão própria de política criminal, o fez invocando a preservação de direitos fundamentais, o que caracterizaria, em princípio, o viés garantista. Não se pode, por outro lado, afirmar que a filiação aos cânones do garantismo tenha se dado de maneira ostensiva ou conceitual. Em outras palavras, a argumentação empregada nestas decisões da Corte praticamente desconsidera a filiação expressa a esta linha de pensamento, embora a imagem que a Corte obteve perante o observador externo, ao longo deste período, tenha buscado uma identificação com as idéias do italiano Luigi Ferrajoli.

Em pesquisa elementar no sítio do STF na internet, usando-se como ferramenta de busca a palavra *garantismo* produziu um resultado de apenas 13 acórdãos¹¹⁵, sendo que em 11 deles, o termo vinha no título de obra doutrinária utilizada na elaboração dos votos¹¹⁶. Em apenas duas situações, no HC 89417 e no RE 418376, a palavra foi usada no rol de indexadores, em ambas as vezes conectadas com os adjetivos *negativo* e *positivo*. A mesma pesquisa, empregando-se a expressão *garantista*, encontrou 8 resultados, sendo que em sete deles, a palavra vinha empregada no título de obra doutrinária¹¹⁷ e em uma delas, no alentado acórdão que recebeu a denúncia do caso assim chamado de “mensalão”,

¹¹⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 24 mai. 2010.

¹¹⁶ Dentre as obras citadas: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* - Teoria del garantismo penal. Madri: Trotta, 1995; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Garantismo à paulista (a propósito da videoconferência). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências*. São Paulo, v. 12, n. 147, p. 6, 2006.; CARVALHO, Amilton Bueno de et al. *Garantismo aplicado à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

a expressão também se encontrava no rol dos indexadores, conectada com as palavras *constituição e modelo*¹¹⁸.

Os dados convidam a uma reflexão mais atenta. Já afirmamos aqui, por mais de uma vez, que, a despeito do alto grau de ambiguidade e incerteza da legislação, o judiciário precisará aplicar o direito no caso concreto, de forma a conferir razoabilidade a suas decisões. Mais do que isto, o que temos visto é a atuação do STF para além do ajuste do direito ao caso concreto, mas como formulador de política criminal em abstrato, na esteira da omissão e das contradições do legislativo. Por certo que a legitimação desta atividade judicial somente poderia ser pretendida na argumentação fundada na estrutura dos direitos fundamentais presentes na Constituição. De fato, nas decisões com as quais nos deparamos e que elegemos para estudo no presente trabalho, a vertente constitucional que justificou a atuação do STF foi centrada em algumas das garantias fundamentais do artigo 5º e em alguns princípios constitucionais implícitos.

É de se perguntar, por fim, se esta constatação basta para se concluir que o perfil ativista do STF em matéria penal é garantista.

Temos que esta conclusão não é de todo tranquila.

Para isto, será necessário aprofundar o conceito de garantismo, confrontá-lo com outras linhas de pensamento atualmente presentes no cenário nacional e analisá-lo através das lentes do contexto brasileiro. É a esta tarefa que se dedica o capítulo seguinte.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inq 2245/MG, rel: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 09 nov. 2007. p. 38.