



## NESTA EDIÇÃO:

**Editorial (pag. 02)**

**Obra recomendada (pág. 03)**

### **Doutrina:**

**1. concurso aparente de normas penais entre o crime de falso e de sonegação fiscal (art. 1º, I e IV, da lei 8.137/90) (pág. 04)**

**2. maus antecedentes e reincidência: breves considerações críticas (pág. 19)**

**3. razoável duração do processo não é sinônimo de processo célere (pág. 25)**

**Jurisprudência selecionada (pág. 31)**

**Atualização legislativa (pág. 39)**

## EDITORIAL

### **AINDA SOBRE TRÁFICO, PRIVILÉGIO, FLAGRANTE E LIBERDADE PROVISÓRIA**

As discussões acerca da possibilidade de se estabelecer regime especial menos gravoso e, eventualmente, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas em sua forma privilegiada há muito agitam a jurisprudência e a doutrina especializada brasileira.

Desde o histórico julgamento do HC nº. 97.256/RS, realizado no dia 1º de setembro de 2010 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não mais subsiste o impedimento de se substituir a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos aos condenados pelo delito em questão.

Na oportunidade, o eminente Relator, Ministro Ayres Brito, considerou que “a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo”.

Em outra decisão significativa, o mesmo Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/90 por ocasião do julgamento do HC nº. 111.840/ES, relatado pelo Ministro Dias Toffoli e publicado eletronicamente no dia 17 de dezembro de 2013.

Tais decisões traduzem de maneira autêntica o espírito libertário que envolve o Estado Democrático de Direito, no qual a pena privativa de liberdade deve ser reservada para as formas mais graves de ataque aos bens jurídicos mais importantes.

Significa dizer que nem toda conduta que se amoldar formalmente na extensa descrição

típica do crime de tráfico de drogas será merecedora da pena privativa de liberdade, devendo o julgador preferir outras modalidades menos drásticas que possam cumprir a função retributivo-ressocializadora da sanção penal.

A posição claramente assumida pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro deveria ser suficiente para motivar as instâncias inferiores a adotar a mesma orientação, reconhecendo o direito à substituição em tela e à fixação de regime mais brando para os apenados por tráfico de drogas.

Mais do que isso, deveria reclamar criteriosa análise da subsistência das prisões em flagrante, da pertinência dos pedidos de liberdade provisória e, principalmente, da necessidade de se convolar aquela em prisão preventiva.

Afinal, com a possibilidade de se aplicar o regime aberto ou semiaberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se justifica manter preso o acusado por crime de tráfico de drogas, salvo quando presentes as excepcionais condições que autorizam a prisão preventiva.

A regra, como se sabe, é o acusado responder solto ao processo.

Apesar disso, o encarceramento por tráfico de drogas representa expressivo contingente, tanto em relação aos presos que aguardam o julgamento como aqueles que já se encontram definitivamente condenados, sufocando o já combalido sistema prisional.

Os números revelam que o encarceramento indiscriminado de todos os acusados por tráfico pouco ou nada contribui em termos preventivos, revelando-se verdadeira falácia retributiva as argumentações em seu favor.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ao contrário, recolocam a questão em seu devido lugar, afastando a incidência da pena privativa de liberdade com

base na mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime.

Caso entenda que a prisão provisória deve ser decretada em desfavor do acusado, o juiz deve fundamentar sua decisão de acordo com os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, indicando elementos concretos que justifiquem a medida extrema.

Vale lembrar ainda que, com a entrada em vigor da Lei nº. 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 da lei processual penal, o julgador passa igualmente a dispor de medidas cautelares de natureza diversa, permitindo, diante das peculiaridades do caso concreto, a opção pela mais adequada à tutela do meio social e, ao mesmo tempo, menos danosa ao acusado.

A resistência em se adotar a orientação do Supremo Tribunal Federal ofende as garantias individuais na medida em que o acusado, muitas vezes, permanece desnecessariamente preso e seu inconformismo sequer chega à instância superior, especialmente diante das restrições impostas ao habeas corpus, cujo

conhecimento depende do esgotamento das vias recursais próprias.

A situação ainda cria um desconfortável paradoxo, pois as decisões em sentido oposto, que acentuam o caráter retributivo do direito penal, historicamente têm sido aplicadas imediatamente pelos Juizes e Desembargadores, como, por exemplo, a que ampliou o momento consumativo do furto, deixou de exigir a perícia na arma de fogo para a caracterização da causa de aumento de pena no roubo e estabeleceu determinados requisitos a fim de limitar o reconhecimento do princípio da insignificância.

A política repressiva do direito penal já se mostrou infrutífera no campo das drogas, exigindo medidas mais abrangentes que o mero castigo não apenas para proteger as pessoas contra a dependência química, mas também propiciar ajuda para livrá-las do vício ou, na medida em que este objetivo seja inalcançável, possibilitar-lhes uma vida digna.

## OBRA RECOMENDADA



A separação entre teoria e prática sempre foi prejudicial ao Processo Penal. Esta obra coletiva, escrita por experientes e renomados profissionais das ciências penais, tem o objetivo de suprir esse espaço: trata-se de obra predominantemente prática; porém, não fornece modelos de petições processuais. A cada capítulo são apresentadas as principais peças do processo penal, com textos críticos que lhe servem de referência. Sucesso editorial: 2ª tiragem da 1ª edição do Livro “Direito Processual Penal Aplicado”, organizado pelo ICP e publicado pela editora **Lumen Juris** (Rio de Janeiro, 2014).

# DOCTRINA 1

## CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS ENTRE O CRIME DE FALSO E DE SONEGAÇÃO FISCAL PREVISTO NO ART. 1º, I e IV, DA LEI 8.137/90

Raphael Silva Pires \*

### 1 Introdução

O presente estudo tem como objetivo fazer análise doutrinária acerca do concurso aparente de normas entre o crime de falso e de sonegação fiscal previsto no art. 1º, incisos I e IV, da Lei 8.137/90.

Nos crimes contra a ordem tributária, o concurso aparente de normas assume enorme importância, posto que na descrição dos respectivos tipos, especialmente no tipo de supressão ou redução de tributos, existem condutas que podem configurar também outros tipos penais.

Não raro pessoas que falsificam ideologicamente documento visando à redução ou supressão do tributo e, posteriormente, o utilizam, são denunciadas como incursas nos crimes previstos nos artigos 304 c/c 299 do Código Penal Brasileiro. Esses dois tipos estão assim redigidos, respectivamente:

“Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302; Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.”

Destarte, necessário realizar análise dessa conduta que *aparentemente* infringe duas normas, ou seja, o Código Penal e a Lei 8.137/90, no seu artigo 1º, incisos I e IV, assim redigidos:

“Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas”: “I- omitir informação, ou prestar declaração falsa a autoridades fazendárias”; (...);

---

\* Advogado criminalista. Sócio da Kalil e Horta Advogados. Diretor Financeiro do Instituto de Ciências Penais.

“IV- elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato.”

Primeiramente analisaremos os elementos caracterizadores do concurso aparente de normas penais, visando à definição do que vem a ser unidade de fato como elemento caracterizador do tema ora estudado.

Em seguida, faremos estudo das regras que regem o concurso aparente de normas.

Posteriormente, análise do concurso de normas penais nos crimes fiscais, transcrevendo o entendimento jurisprudencial e uma análise dogmática sobre a incidência, nesses casos, das regras que regem o conflito aparente de normas.

## **2. Elementos caracterizadores do concurso aparente de normas penais**

Destaque-se inicialmente que a matéria ora estudada relaciona-se com a idéia de conflito normativo. O sistema jurídico deve ter unidade e coerência, garantindo-se, assim, vigência ao princípio da segurança jurídica. Nas palavras de Prado (2008, p. 212) a unidade do ordenamento jurídico exclui a existência de contradições em seu interior, propiciando-lhe uma harmonia interna.

O concurso aparente de normas penais refere-se à interpretação e aplicação da lei penal. Verifica-se nos casos em que várias leis são aparentemente aplicáveis ao mesmo fato, quando, em verdade, apenas uma delas tem incidência.

Dessa forma, não há verdadeiramente concurso de normas penais, mas somente aparência de concurso, vez que o agente infringe realmente uma lei penal.

Para caracterizar o concurso aparente de normas penais, faz-se necessário a existência de dois elementos: unidade de fato e pluralidade de leis.

Assim, deve existir somente um fato – correspondente a uma única violação real da lei – e, pelo menos, duas normas concorrentes com aparente aplicabilidade.

Necessário se faz estabelecer no que consiste e como se verifica o fundamento fático unitário sobre o qual incidem a norma incidente e aquelas preteridas.

O concurso aparente de normas teve origem na doutrina alemã, desde o tratamento conferido ao tema por Merkel[1], como exceção ao concurso formal ou ideal de delitos e, portanto, considerado a partir de um mesmo fato, entendido como sinônimo de ação.

O concurso aparente de normas se fundamenta no princípio da coerência sistemática e na máxima *ne bis in idem*, que proíbe a dupla punição pelo mesmo fato, como decorrência lógica da unidade do ordenamento jurídico.

O principal e grande problema que se enfrenta quando do estudo do tema, refere-se à possibilidade de destacar e quantificar parcela da conduta penalmente relevante, reconhecida como unidade de ação, a partir de um critério puramente naturalístico e pré-jurídico.

Como destacado por Frederico Horta (2007, p. 37), entre os que admitem, destaca-se *v. Listz*, um dos principais cultores, juntamente com *v. Belling*, de formulação teórica do delito fundada sobre conceito de ação destituído de qualquer conteúdo valorativo.

Para referida corrente de pensamento, a unidade de ação punível deva ser reconhecida, naturalisticamente, sempre que o comportamento em exame for constituído por um único ato de vontade, independentemente do número de resultados que dele decorram, ou mesmo quando o comportamento envolva uma pluralidade de atos de vontade, desde que acarretem um único resultado.

Todavia, tal critério é criticado por Frederico Horta (2007, p. 39), porque além de impreciso, já que não determina quão estreita deve ser a relação temporal entre os diversos atos para que se possa considerá-los como partes de um mesmo todo, não é puramente naturalístico.

Para Jescheck, citado em nota de rodapé por Prado (2008, p. 212), por unidade de fato entende-se uma única lesão ao bem jurídico protegido. A unidade de ação deve ser considerada por um prisma jurídico – não se trata de simplesmente de uma unidade natural –, e a diferenciação entre unidade de fato e pluralidade de ações só é possível de ser obtida a partir de uma interpretação do sentido do tipo de injusto realizado.

A unidade de ação deriva da própria e simples realização do tipo, ou que uma ação unitária é sempre o cumprimento dos pressupostos mínimos do tipo legal, ainda que o

comportamento típico possa ser fracionado em vários atos, desde um ponto de vista puramente fático.

Demais disso, cumpre destacar que o concurso aparente de normas penais não se confunde com o concurso de delito. Este último implica pluralidade de delitos, como resultado de várias lesões jurídicas. Há efetivamente concurso de leis penais.

A legislação brasileira não disciplinou o concurso aparente de leis penais de forma sistemática e genérica. A única manifestação legislativa nesse sentido é a constante no anteprojeto do Código Penal de 1963, de Nelson Hungria, que dispunha:

“Art. 5º - Quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma seja imposta:

- a) A norma especial exclui a geral;
- b) A norma relativa a crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro é excluída pela norma atinente a este;
- c) A norma incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal, fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa.

Parágrafo único – A norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades, de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente.”

### 3. Regras regentes do concurso aparente de normas

#### 3.1- Da especialidade

A regra da especialidade resolve o concurso aparente entre o tipo especial e o geral em favor do especial: o tipo especial contém todas as elementares do tipo geral mais alguns caracteres especiais. O tipo especial exclui o tipo geral por uma relação lógica entre continente e conteúdo: o tipo especial contém o tipo geral, mas este não contém aquele.

Sobre o que denomina a regra da especialidade ensina Frederico Marques (1997, p. 438/439):

“Se a norma onde vem definido o tipo especial tem aplicação sobre o fato exclui-se a aplicação daquela onde se encontra descrito o tipo geral. Afasta-se, assim, o *bis in idem*, pois a conduta do agente só será incriminada em função de uma das figuras legais, muito embora também se enquadre no caráter geral. Matar sob o influência de estado puerperal é fato delituoso que se enquadra no homicídio (‘Matar alguém’), diz o art. 121, *caput*, e no texto que descreve o infanticídio (art. 123, do Cód. Penal); todavia só se aplica o art. 123, porque o preceito de caráter geral deve ceder lugar ao de caráter especial.

*Lex specialis derogat legem generalem* é um princípio de natureza eminentemente lógica, cujo reconhecimento, ao demais, independe de

mandamento legislativo: para que haja a especialidade basta que a lei especial, por necessidade lógica, contenha todos os elementos da lei geral com o acréscimo dos elementos especiais que lhe justificam a existência. A norma especial, por isso mesmo, pode considerar-se um setor da norma geral, particularmente caracterizado. O enquadramento da conduta humana num tipo especial exclui, de plano, a aplicação da norma geral, porquanto é intuitivo que o preceito especial e particular apresenta ‘maggiore aderenza ai fatti, contenuti in quel particolare settore, da regolare’, como bem exprime ALDO MORO.

O princípio da especialidade, segundo acentua a doutrina, tem de peculiar o seguinte: por seu conteúdo lógico, ele permite uma comparação em abstrato sobre as leis a serem aplicadas, enquanto que os demais exigem um confronto *in concreto* das normas que incidem sobre o fato” (ALDO MORO, *Unità e Pluralità di Reati*, p. 58).

Para Frederico Horta (2007, p. 88) a relação de especialidade entre duas normas ocorrerá quando:

“o pressuposto abstrato de incidência de uma delas compreende por inteiro e necessariamente o pressuposto de outra, acrescido de mais alguns elementos especializantes. Ou, mais claramente, quando todos os elementos constitutivos do tipo de delito considerado geral sejam também constitutivos do tipo de delito especial, o qual deve apresentar um ou mais elementos peculiares perante aquele. A norma geral, assim, possui maior extensão, isto é, abarca maior número de casos que a norma especial, a qual pode ser considerada um setor daquela. Consequência lógica da relação de especialidade entre duas disposições é que todo acontecimento previsto pela disposição especial é, por definição, também previsto pela disposição geral, de tal modo que, se aquela não existisse, todos os casos por ela descritos recairiam sob a disciplina desta, enquanto nem todo acontecimento previsto pela norma geral o é também pela norma especial.”

Nesse sentido a lição de Prado (2008, p. 214):

“Na especialidade concorre, pois, uma relação lógica de dependência própria da subordinação, já que toda ação que realize o tipo delitivo especial também realiza necessariamente, e ao mesmo tempo, o tipo geral, enquanto não se verifica o oposto.”

Há, pois, na norma especial um *plus*, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral. Existe, exemplificativamente, relação de especialidade entre tipos básicos e tipos privilegiados (furto simples e furto privilegiado, homicídio simples e homicídio privilegiado, entre tipos básicos e tipos especiais autônomos (homicídio e infanticídio).

No Código Penal Brasileiro (CPB) é possível falar na regra da especialidade de uma forma expressa, previsto no artigo 12 do CPB. Segundo dispõe o artigo referido *retro*, as

regras gerais do Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, quando esta não dispuser de modo diverso.

### 3.2 – Da subsidiariedade

Haverá subsidiariedade quando diferentes normas protegem o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão. Nessa hipótese, o legislador ao punir a conduta da fase anterior, fá-lo com a condição de que o agente não incorra na punição da fase posterior, mais grave, hipótese em que só esta última prevalece.

A regra em comento opera-se de forma auxiliar, subsidiária ou residual para as hipóteses que não são objeto de proteção de outro dispositivo, chamado principal. Significa que: aplica-se uma lei quando outra não puder ser aplicada, quer por disposição explícita, quer por força da interpretação lógica. Quando o próprio texto legal condiciona a aplicação de uma lei à inaplicabilidade de outra se verificará a subsidiariedade expressa, como, por exemplo, o crime do artigo 132 [2] do Código Penal, cuja aplicabilidade o legislador condiciona explicitamente à circunstância de o fato não constituir crime mais grave. Crime de perigo em relação aos crimes de dano e atos tipicamente preparatórios em relação a crimes que configuram a execução da ofensa pretendida.

Diferentemente da especialidade, que se verifica *in abstracto*, a relação de subsidiariedade deve-se analisar no fato *in concreto*. Como advertia Oscar Stevenson, citado por Bitencourt (2008, p. 200/201), a aplicabilidade da norma subsidiária e a inaplicabilidade da principal não resultam de relação lógica e abstrata de uma com a outra, mas do juízo de valor do fato em face delas.

Na precisa lição de Hungria (p. 147):

“a diferença que existe entre especialidade e subsidiariedade é que, nesta, ao contrário do que ocorre naquela, os fatos previstos em uma e outra norma não estão em relação de espécie e gênero, e se a pena do tipo principal (sempre mais grave que a do tipo subsidiário) é excluída por qualquer causa a pena do tipo subsidiário pode apresentar-se como “soldado de reserva” e aplicar-se pelo *residuum*.”

Para Frederico Horta (2007, p. 130) subsidiariedade é, portanto, a própria função da norma caracterizada como subsidiária; que só atua quando uma lesão por ela prevista não tenha se desenvolvido a ponto de atingir o âmbito da incidência da norma principal.

### 3.3 – Da consunção

Pela regra da consunção, determinado fato típico é fase de realização de outro ou é uma regular forma de transição para o último. Significa que o conteúdo do tipo mais amplo absorve o de menor abrangência, que constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime.

Existirá consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido por outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta.

De acordo com o magistério de Bitencourt (2008, p. 201), na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de *minus* e *plus*, de continente e conteúdo, de todo e parte, inteiro e fração.

Ainda de acordo com o doutrinador nominado retro (2008, p. 202), há consunção, quando o crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo. Corresponde, por isso, à norma consuntiva, a punição da conduta criminosa final do agente.

Há autores, como Toledo (1994, p. 52), que entende que o princípio da consunção é de conceituação pouco precisa e, em alguns casos, de utilidade problemática ante a possibilidade de solução satisfatória com a aplicação das regras analisadas anteriormente.

Traz-se à colação, pela clareza e precisão a definição realizada por Frederico Horta (2007, p. 148):

“A consunção terá lugar, afinal, quando a realização dos pressupostos de uma norma implique, ordinariamente, a realização concomitante ou sucessiva de determinadas formas de um delito previsto por outra, de tal modo que o desvalor jurídico da conduta proibida segundo aquela – a norma consuntiva – abarque o desvalor próprio da conduta concomitante ou sucessiva proibida por esta – a norma consumida. Assim, por exemplo, a pena imposta pela norma incriminadora da injúria, quando essa conduta típica for praticada por um agente que estuprava a mesma vítima enquanto proferia os impropérios ofensivos, geralmente será absorvida pela punição de tal constrangimento sexual, segundo a regra da consunção. O mesmo se pode afirmar sobre a realização de pressupostos do crime de dano, cujo desvalor geralmente será consumido pela incriminação do furto, quando a coisa alheia destruída tiver sido subtraída pelo mesmo agente.”

Ainda na esteira do pensamento de Frederico Horta (2007), não é incorreto afirmar que o conteúdo material da consunção em muito se assemelha, podendo-se dizer idêntico, à justificativa axiológica da prevalência da norma especial sobre a geral.

Destarte, a norma consultiva prevalece, assim como a especial, porque seu pressuposto de incidência reconhece o fato de modo mais detalhado ou abrangente.

Todavia, a relação de consunção se diferencia da relação de especialidade no plano formal, isto é, na forma de ordenação lógica dos pressupostos das normas relacionadas de uma e de outra forma. O espectro de incidência de uma norma consuntiva não se acha inteiramente incluído entre o universo de hipóteses submetidas à norma consumida, como são todos pressupostos concretos da norma especial em relação aos da norma geral.

Ao contrário do que ocorre na relação de especialidade, a relação de consunção não tem fundamento lógico, mas exclusivamente valorativo e, portanto, não pode verificar-se em abstrato, somente no caso concreto.

Argumenta-se que não seria possível a incidência do princípio da consunção quando pela conduta do agente ofender bens jurídicos distintos.

Contudo, a ofensa a bens jurídicos diversos não é impedimento para incidência do princípio em referência. Incontestavelmente são diferentes os bens jurídicos tutelados na invasão de domicílio para a prática do furto, e, no entanto, somente o crime-fim (furto) é punido, ocorrendo o mesmo também na falsificação de documento para a prática do crime de estelionato, conforme enunciado da súmula de número 17 do STJ [3].

Veja-se, a propósito, a lição de Moura Teles (2004, p. 227/228):

“Se Marcos falsifica a célula de identidade de Geraldo para, exclusivamente, com ela apresentar-se ao notário público e vender a única propriedade da vítima a terceira pessoa, obtendo, com isso, vantagem ilícita, terá realizado o tipo do art. 297, do Código Penal, ‘falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro’, em seguida o do art. 304, do Código Penal, ‘fazer uso de quaisquer dos papéis falsificados ou alterados, que se referem os arts. 297 a 302’, e finalmente, o tipo do art. 171, estelionato, Código Penal: ‘Obter para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, artil ou qualquer outro meio fraudulento’.

Responderá pelos três crimes?

Óbvio que não, pois a falsificação e o uso do documento falso foram meios necessários para a realização do tipo fim, o do estelionato que, por isso, absorve os demais.

Se Marcos, todavia, falsificar um documento público para usá-lo para realização de mais de uma fraude, para cometer outros crimes, é óbvio que a falsificação não

será absorvida pelo primeiro dos crimes-fim. Nesse caso, serão dois ou mais crimes cometidos, e cada crime fim absorverá o uso. A cada crime novo, apenas o uso será absorvido, permanecendo íntegro e autônomo o crime de falsificação. Marcos responderá por uma falsificação, e tantos quantos estelionatos vier a praticar com o mesmo documento falso.”

Assim, não é a diferença dos bens jurídicos tutelados, e também não a desigualdade de sanções cominadas, mas, nas palavras de Bitencourt (2008, p. 202), a razoável inserção na linha causal do crime final, com o esgotamento do dano social no último e desejado crime, que faz as condutas serem tidas como únicas e punindo-se somente o crime último da cadeia causal, que efetivamente orientou a conduta do agente.

Para Jescheck, citado por Bitencourt (2008, p. 202), há consunção quando o conteúdo do injusto e da própria culpabilidade de uma ação típica inclui também outro fato ou outro tipo penal, expressando o desvalor do ocorrido em seu conjunto.

Nesse sentido, o magistério de Aníbal Bruno (1967, p. 262) asseverando que:

“O fato definido em uma lei ou disposição de lei pode estar compreendido no fato previsto em outra, de sentido mais amplo. Então, é essa disposição mais larga que vem aplicar-se à hipótese. É o princípio da consunção. Pode ocorrer isso quando o fato previsto em uma norma figura como elemento constitutivo de tipo delituoso definido em outra, conduta inicial, meio para realizá-lo ou parte do todo que ele representa.”

A regra da consunção amplia-se para abranger também, com critérios valorativos, pluralidades de condutas típicas. É o caso das ações anteriores e posteriores que a lei concebe, implícita ou explicitamente, como necessárias, ou aquilo que de dentro do sentido de uma figura constitua o que normalmente acontece. Trata-se do antefato ou pós-fato impuníveis.

Nas palavras de Cirino dos Santos (2005, p. 345) o antefato e o pós-fato co-punidos estão, geralmente, em relação de consunção com o fato principal: são punidos em conjunto com o fato principal.

#### **4. Ocorrência do concurso de normas entre o crime de falso e de sonegação fiscal previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/90.**

Debate assaz instigante surge na jurisprudência quando o agente, visando à supressão ou redução de tributos, omite ou presta informação falsa às autoridades fazendárias e, posteriormente, apresenta os documentos falsificados como forma de comprovar as informações anteriormente prestadas.

Percebe-se na *práxis* judiciária uma quantidade razoável de imputações realizadas pelo Órgão titular da ação penal contra as pessoas que realizam a conduta descrita *retro*, dando-as como incursas nas sanções dos arts. 299 e 304 todos do Código Penal Brasileiro.

Sustenta-se a impossibilidade de o agente responder apenas pelo crime contra a ordem tributária ao argumento de que se trata de crimes autônomos em relação ao crime contra a ordem tributária.

Entende-se que não se aplica à hipótese o concurso aparente de normas penais, com a justificativa de que para sua configuração é necessária uma única conduta.

Contudo, ousamos discordar da posição adotada acima.

Primeiramente, conforme tivemos a oportunidade de destacar no capítulo próprio, a unidade de ação deriva da própria e simples realização do tipo. Uma ação unitária é sempre o cumprimento dos pressupostos mínimos do tipo legal, ainda que o comportamento típico possa ser fracionado em vários atos, desde um ponto de vista puramente fático. Ocorre que, assim como uma conduta pode dar ensejo a vários fatos jurídico-penalmente relevantes, como ocorre no concurso formal de crimes (art. 70 do CP), diversas ações podem ensejar um único fato jurídico-penalmente relevante, como ocorre com os fatos anteriores ou posteriores co-apenados.

Ao depois, o crime de falso está indissociavelmente ligado à descrição de um potencial crime de sonegação fiscal. O falso, no caso, é descrito como ato praticado com o propósito de iludir o fisco, não podendo ser tratado como crime autônomo.

A apresentação do documento supostamente falsificado é destinada exclusivamente a informar ao fisco uma situação jurídica passível de um específico tratamento tributário. E aí se esgota o potencial lesivo de tal documento.

Estamos diante de uma ação cuja relevância penal está irremediavelmente vinculada a um fim específico.

O entendimento jurisprudencial é nesse sentido, conforme se verifica no excerto abaixo transcrito:

“Penal. Falso e sonegação fiscal. Absorção do crime-meio pelo crime-fim. Consta da delatária inicial que o acusado apresentou, perante a Secretaria da Receita Federal, recibos falsos de pagamento de tratamento odontológicos não realizados, com o intuito de reduzir, indevidamente, os valores a pagar a título de Imposto de Renda Pessoa Física. (...) Realmente, entendo que as condutas perpetradas pelo denunciado configuram meios para a realização de crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I e IV da Lei 8.137/90 (...). Não constitui demasia assinalar que o uso dos documentos perante a Receita Federal, constituiu, em verdade, crime-meio que restou absorvido pelo crime-fim; ambas as condutas, foram praticadas com o mesmo propósito, reduzir ou suprimir o pagamento do IRPF, dos anos-calendário 2001 e 2002. A prestação de declaração e a apresentação de documentos supostamente falsos fazem parte da mesma relação causal e atentam, apenas, contra a arrecadação tributária. (...) Note-se que não tem relevância o momento de consumação dos delitos de falsidade ideológica e de uso de documento falso porque ambos foram perpetrados com o propósito específico de suprimir/reduzir tributo. Destarte, o delito praticado contra a ordem tributária, consistente na redução da base de cálculo do IRPF, dos anos-calendário 2001-2002, praticado por meio de prestação da declaração falsa e da utilização de documentos igualmente falsos, foram, reprise-se, o meio utilizado para configuração do tipo penal previsto no art. 1º, I e IV da Lei 8.137/90. (...) Além do que, conforme informação prestada pela Receita Federal, não existe procedimento fiscal aberto contra o denunciado, não tendo havido a constituição definitiva do crédito tributário, diga-se de logo, elementar do delito contra a ordem tributária. Dessa forma, antes de definitivamente constituído o crédito tributário, inexistente justa causa para instauração da ação penal” (TRF 5ª R. - 2ª T. - RSE 2008.83.00.010543-0 - rel. Manoel Erhardt - j. 11.10.2008 - DJU 05.11.2008).”

Assim, demonstrado que o crime de falso não pode ser considerado crime autônomo em relação ao crime fiscal, forçoso reconhecer que estamos diante de concurso aparente de normas.

Dúvidas surgem na jurisprudência a respeito de qual das regras que regem o concurso aparente de normas incide na espécie.

Há julgados, como o acima transcrito que entendeu ser o crime de falso o meio para realização do crime fim, que é a redução ou supressão de tributo, resolvendo pela regra da consunção, onde um crime é meio corriqueiro para realização de outro, considerado crime-fim.

Entretanto, de outro lado, também existem julgados entendendo pela incidência da regra da especialidade. Confira-se:

“Processo: RSE 2007.38.00.012210-2/MG; RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Publicação: 29/01/2010 e-DJF1 p.74

Data da Decisão: 11/01/2010

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso, à unanimidade.

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL - SONEGAÇÃO FISCAL - ART. 1º DA LEI 8.137/90 - DÉBITO PARCELADO E QUITADO - DENÚNCIA SÓ PELO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO - ART. 304 DO CÓDIGO PENAL - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - DELITO ÚNICO - PARCELAMENTO DO DÉBITO - NÃO OFERECIMENTO DE DENÚNCIA - QUITAÇÃO DO DÉBITO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ILÍCITO - ART. 9º DA LEI 10.684/2003.

I - "Ao fazer uso dos recibos objeto de contrafação perante a Receita Federal, a indiciada visou a fins exclusivamente fiscais, não havendo potencialidade lesiva para além do intuito de lesar a ordem tributária. Não existe razão, portanto, para não dar aplicação ao princípio da especialidade na hipótese, quanto mais tenha restado evidente que os fatos narrados orientam-se para a consecução do fim visado pelo agente, qual seja, a redução do tributo. Os recibos falsos também foram objeto de preocupação do legislador quando da elaboração da Lei nº8.137/90, sendo intuitivo que a supressão ou redução de tributo - fato atribuído à recorrida - pode manifestar-se materialmente de diversas formas, arroladas nos incisos no art. 1º da referida lei penal, dentre elas a falsidade ideológica praticada na declaração feita ao Fisco, falsificação de documentos e o uso dos mesmos, e o estelionato, dentre outras." (RCCR 2007.38.15.000463-2/MG, Rel. convocado Juiz Federal César Fonseca, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, e-DJF1 de 07/03/2008, p. 123).

II - Com efeito, se, nos crimes contra a ordem tributária, a contrafação ou o uso do *fausum* foram erigidos, pela Lei 8.137/90, em elementos constitutivos de outro ilícito, tem-se, na espécie, delito único, que é o de suprimir ou reduzir tributo, mediante aquelas ações referidas no art. 1º, I e IV, da mencionada Lei 8.137/90, afastando-se, na espécie, pelo princípio da especialidade, o crime previsto no art. 304 do Código Penal.

III - Amoldando-se a conduta do denunciado tão somente à figura típica do art. 1º, IV, da Lei 8.137/90 e não oferecida denúncia em relação ao aludido crime, em face da realização do parcelamento do débito tributário - hoje já quitado -, merece ser mantida a decisão recorrida, por fora da extinção da punibilidade do ilícito, conforme previsto no art. 9º da Lei 10.684/2003.

IV - Recurso improvido.”

Analisando os julgados transcritos *retro* e, após o estudo dogmático das regras que regem o concurso aparente de normas, chega-se à mesma conclusão do último julgado. Nos crimes contra a ordem tributária, a falsificação ou o uso constituem elementares de outro ilícito, delito único, que é o de reduzir ou suprimir tributo, afastando-se os crimes previstos no Código Penal pela regra da especialidade.

É que, para o agente infringir a norma descrita no art. 1º, incisos I e IV da Lei 8.137/90, necessariamente deve cometer os crimes de falsidade ideológica bem como o uso do documento falsificado, previstos nos arts. 299 e 304 do Código Penal.

A relação de consunção se diferencia da relação de especialidade no plano formal, isto é, na forma de ordenação lógica dos pressupostos das normas relacionadas de uma e de outra forma. O espectro de incidência de uma norma consultiva não se acha inteiramente incluído entre o universo de hipóteses submetidas à norma consumida, como são todos pressupostos concretos da norma especial em relação aos da norma geral.

Dessarte, não há que se falar em relação de consunção entre os crimes do Código Penal com aquele previsto no art. 1º, incisos I e IV, da Lei 8.137/90.

Lado outro, na relação de especialidade o pressuposto abstrato de incidência de uma delas compreende por inteiro e necessariamente o pressuposto de outra, acrescido de mais alguns elementos especializantes. O tipo especial exclui o tipo geral por uma relação lógica entre continente e conteúdo.

Veja-se que no exemplo eleito para argumentação, a falsidade ideológica é o meio necessário para caracterização do crime contra a ordem tributária na modalidade prevista no art. 1º, I, da Lei 8.137/90.

Não há outra conduta, a não ser aquela prevista no art. 299 do Código Penal, para configuração do crime previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/90.

Dessa forma, conclui-se que: ao agente que falsifica ideologicamente documento e, posteriormente, o apresenta perante a Receita, com o propósito de reduzir ou suprimir tributo se aplica apenas a norma do art. 1º, I e IV, da Lei 8.137/90, e não os arts. 299 e 304, ambos do Código Penal, segundo a regra da especialidade.

## 5. Conclusão

Após o estudo do tema, conclui-se que:

a) Para caracterizar o concurso aparente de normas penais, faz-se necessário a existência de dois elementos: unidade de fato e pluralidade de leis. Por unidade de fato entende-se uma única lesão ao bem jurídico protegido. A unidade de ação deve ser considerada por um prisma jurídico – não se trata de simplesmente de uma unidade natural

–, e a diferenciação entre unidade de fato e pluralidade de ações só é possível de ser obtida a partir de uma interpretação do sentido do tipo de injusto realizado.

b) A regra da especialidade resolve o conflito aparente entre o tipo especial e o geral em favor do especial: o tipo especial contém todas as elementares do tipo geral mais alguns caracteres especiais. O tipo especial exclui o tipo geral por uma relação lógica entre continente e conteúdo: o tipo especial contém o tipo geral, mas este não contém aquele.

c) Haverá subsidiariedade quando diferentes normas protegem o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão. Nessa hipótese o legislador, ao punir a conduta da fase anterior, fá-lo com a condição de que o agente não incorra na punição da fase posterior, mais grave, hipótese em que só esta última prevalece.

d) Pela regra da consunção, determinado fato típico é fase de realização de outro ou é uma regular forma de transição para o último. Significa que o conteúdo do tipo mais amplo absorve o de menor abrangência, que constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Existirá consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido por outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta.

e) Há concurso aparente de normas penais entre os crimes de falso, previsto no art. 299e 304, todos do Código Penal, com aqueles previstos no art. 1º, I e IV, da Lei 8.137/90. Como o crime de falsidade ideológica e o uso do documento falsificado são os meios necessários para cometer as figuras típicas dos incisos I e IV, do art. 1º da Lei retro mencionada, a regra regente que deverá incidir na espécie é a da especialidade, por exclusão lógica.

## NOTAS DO TEXTO

[1] Cf. Frederico Gomes de Almeida Horta, 2007, p. 33.

[2] Art. 132. Expor a vida ou saúde de outrem a perigo direto e iminente. Pena – detenção, de 03 (três) meses a 01 (um) ano, se o fato não constitui crime mais grave.

[3] Súmula 17 do STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

## Bibliografia:

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, volume 1: parte geral. 13ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

- BRASIL. *Constituição Federal, Código Penal e Código de Processo Penal*. 10ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2009.
- BRASIL. Lei 8.137/90, de 28 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28.12.1990.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*, 3 ed.. Rio de Janeiro, Forense, 1967, v. 1.
- HORTA, Frederico Gomes de Almeida Horta. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2007.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 2ªed. Rio de Janeiro, 1953, v1, t. 1.
- HUNGRIA, Nelson. *Anteprojeto de código penal*. Rio de Janeiro: [s.n], 1963.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, 1ª ed. atual., Bookseller. São Paulo: Campinas, 1997, v. II.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, parte geral: arts. 1º a 120. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v.1
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

## DOCTRINA 2

### MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA: BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Antonio José F. de S. Pêcego \*

O direito penal que se legitima num Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da dignidade humana, trabalha com a responsabilidade penal do agente sobre o fato, não sobre o autor, sendo defeso se falar em direito penal do autor.

Nessa linha, das oito circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do CP (“*culpabilidade; motivo; conduta social; personalidade, antecedentes; circunstâncias; consequências do crime; comportamento da vítima*”), a serem enfrentadas quando da fixação da pena-base, é inegável que os *antecedentes criminais*, a *conduta social* e a *personalidade*, dizem respeito diretamente ao passado do autor, ao seu modo de vida, ao que ele é ou a sua maneira de ser, mas não ao fato em julgamento, mesmo depois da reforma da Parte Geral de 1984 do Código Penal em que a conduta social foi dissociada dos maus antecedentes.

No mesmo sentido, mas já na fase seguinte de aplicação da pena, quando se analisa a presença ou não de circunstâncias legais, a agravante da *reincidência* igualmente diz respeito ao passado do autor, do seu envolvimento com outros crimes, mas nada diz respeito ao fato em julgamento.

Sem embargo, não há lógica que para se fixar uma pena sobre a prática de um fato delituoso, tenha que se levar em consideração o passado no crime do agente, o que ele é, faz ou deixa de fazer de sua vida social, ou até mesmo como apresenta sua personalidade, tendências estas que, em regra, fogem ao conhecimento jurídico, mas não ao da psicologia, antropologia, sociologia ou psiquiatria, estes que não são comuns aos magistrados, não podendo se aceitar a costumeira *personalidade voltada para a prática de crime*, ou *personalidade com tendências a desvio de comportamento*, ambas com base em nefastos

---

\* Mestrando em Direito pela UNAERP. Especialista em Ciências Penais pela UNIDERP/REDE LFG. Especialista em Direito Público pela PUCMINAS. Pesquisador pelo CNPq. Diretor de Comunicação do Instituto de Ciências Penais – ICP. Professor de Penal e Processo Penal de Graduação e Pós-Graduação. Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG.

antecedentes policiais que, sequer, podem ser considerados como maus antecedentes ou reincidência em crime doloso, em respeito ao princípio constitucional da não culpabilidade (inocência).

Assim, uma coisa não tem nada haver com a outra, já que o que ocorreu no passado não pertence ao presente e nem ao futuro.

Nessa linha, etiqueta-se o agente com maus antecedentes, com um estigma que passa a acompanhá-lo pelo resto de sua vida num país em que se veda a prisão perpétua, o que torna ilógico e não ocorre com a reincidência (CP, art. 64, I) e os próprios maus antecedentes.

Aceitar esse efeito estigmatizante dos maus antecedentes, é ir de encontro a tudo que a moderna visão da criminologia crítica recomenda, colocando o condenado de outrora por toda a sua vida à margem da sociedade, esta que financia o Estado para que promova a sua ressocialização que inexistente na prática, por isso mesmo sustentamos que em respeito à dignidade da pessoa humana, princípio básico de um Estado Democrático e Social de Direito, essa mácula dos maus antecedentes criminais devem sumir dos registros do agente decorridos o igual prazo de cinco anos, aplicável aos reincidentes, tendo como termo *a quo* a data do cumprimento ou extinção da pena, como advoga e coadunamos **Paganella Boschi**.<sup>[1]</sup>

Nesse ponto, sobre o caráter perpétuo dos maus antecedentes, trazemos importante lição de **Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho**:

Importante, sem dúvida, direcionarmos as devidas críticas ao instituto, o que será feito desde dois pontos de vista. Em primeiro lugar, imperativa é a crítica constitucional sobre o caráter perpétuo dos antecedentes e a visualização de critério temporal restritivo. Em segundo lugar, fundamental é a sua desconstrução desde o marco principiológico da secularização.

Ensinam **Zaffaroni e Pierangeli** que a norma constitucional do art. 5º, XLVII, *b*, que veda a prisão perpétua, não pode ser lida de forma restrita. Segundo os autores, o dispositivo constitucional é indicador do princípio da humanidade e racionalidade das penas, conforme o qual as penas cruéis estão proscritas do direito penal brasileiro. Todavia, há um sucedâneo que deve ser depreendido do princípio constitucional: *A exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica consequência, não haja delitos que possam ter penas ou consequências penais perpétuas... Por mais grave que seja um delito, a sua consequência será, para dizê-lo de alguma maneira, que o sujeito deve 'pagar a sua culpa', isto é, que numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não admite que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo 'marcado', 'assinalado', estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo.*<sup>[2]</sup>

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão memorável de outrora, já se manifestou nesse sentido:

*Direito Penal. Reincidência. Antecedentes. O art. 61, I do CP determina que, para efeito da reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, evidenciando-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para afastar os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada.[3]*

Como é sabido, a reincidência, entre outros efeitos, *agrava* a pena privativa de liberdade, *impõe* regime de cumprimento mais gravoso, *veda* a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o *sursis* da pena na prática de delito doloso, a aplicação de algumas minorantes, a suspensão condicional do processo, a prestação de fiança, *interrompe* a prescrição, *revoga* o *sursis* da pena e o livramento condicional.

O Estado falha no fim de ressocializar todo o condenado que passa pelo falido sistema prisional, e ainda quer fazer dele novo culpado por não ter se reintegrado à sociedade, sem que tenha lhe dado qualquer chance concreta de reinserção, punindo-o novamente de forma exacerbada pelo crime praticado que nada teve haver com o anterior, como se isso fosse gerar uma prevenção especial quando não passa da aplicação da velha e ultrapassada teoria absoluta da pena que prega a retribuição em que se paga o mal pelo mal; vale dizer, fere o princípio constitucional da *individualização da pena* (direito-garantia fundamental em que o Estado deve ter um atuar de defesa e proteção), ao praticar o malfadado *ne bis in idem* quando torna a punir o agente no novo fato com mais gravidade em virtude do fato anterior, com base na nefasta responsabilidade penal objetiva.

Sobre esse aspecto, trago a colação preciosa lição de **Xavier de Souza**:

O próprio Estado que pune não deixa de ser um dos estimuladores da reincidência, na medida em que submete o recluso a um processo dessocializador e de aculturação, desestruturando sua personalidade por meio de um sistema penitenciário desumano e que marginaliza, não sendo razoável que exacerbe a punição a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior, ou porque desprezou a *advertência formal* contida na condenação anterior, revelando assim uma culpabilidade mais intensa.

Portanto, o agravamento da pena em razão da reincidência, soa como de duvidosa constitucionalidade diante do princípio *non bis in idem*, que possui assento no *princípio constitucional da legalidade*; porquanto, difícil compreender como um indivíduo possa ser duplamente punido, isto é, como um fato criminoso que desencadeou a primeira condenação possa servir também de fundamento para o aumento da pena-base na condenação por delito posterior. Admitir-se isso, haver-se-ia de admitir como possível também no Estado Democrático de Direito, a existência de um Direito Penal atado ao tipo de autor – em razão de ser este

reincidente-, constituindo tal duplicidade uma contradição lógica.[4]

Nessa linha, com a devida vênia, não se sustenta o entendimento jurisprudencial de que:

*A reincidência, como circunstância exasperante, não pode e nem deve ser recebida como degenerativa ao direito do autor, uma vez que é o próprio quem dá causa à mesma, numa demonstração de que a punição anterior não serviu para coibi-la, evidenciando desprezo à lei e persistência na prática delitiva, não havendo, assim, que se falar em ferimento à individualização da pena (ao contrário, trata-se de um critério desta), ou mesmo incentivo a um estigma que impede a integração social do apenado, já que, repetindo, referida circunstância, além de advir de lei codificada, pretende punir aquele que teima em permanecer na reiteração delitiva.<sup>(5)</sup>*

Nesse ponto, entendemos que o Estado atua com coculpabilidade na reincidência que dá causa aos maus antecedentes criminais, sendo que tais fatores quando da aplicação da pena deveriam, no estado em que se encontra o atual sistema penal, serem considerados atenuantes numa visão crítica, já que o sistema atual macula a dignidade da pessoa humana, o princípio da individualização da pena (direito garantia fundamental), o princípio *ne bis in idem*, a racionalidade da lei penal, das penas, a culpabilidade e a integridade física e moral (Direito Humano Fundamental) de todo aquele que é apenado pela segunda vez - agora por meio da ultrapassada responsabilidade penal objetiva - pelo mesmo fato em razão da ineficácia da máquina estatal que dá azo à reiteração criminosa.

Sobre esses aspectos, autorizada jurisprudência vem se posicionando nesse sentido:

*Prestigiar a reincidência importa em dar ares de legalidade ao direito penal do autor e puni-lo pelo que ele é, estigmatizando-o a partir das concepções patológicas de Lombroso.<sup>(6)</sup>*  
*Impor a reincidência para majoração da sanção fere o princípio da individualização da pena e o princípio do non bis in idem.<sup>(7)</sup>*

Sem embargo há recente decisão à unanimidade de oito Ministros do STF no RE 453000/RS, em que se reconheceu a constitucionalidade da aplicação da reincidência, forçoso se constatar, como **Claus Roxin**, já se posicionou a jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos (Caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentença de 20.06.2005), conforme notícia **Luiz Flávio Gomes** <sup>(8)</sup>, e que o próprio STF noticia voto dissidente do renomado penalista argentino e Ministro da Corte Suprema da Argentina, **Eugenio Raúl Zaffaroni** <sup>(9)</sup>:

Voto dissidente proferido pelo Min. Zaffaroni na Corte Suprema Argentina utiliza precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos na aplicação de pena

Em julgamento ocorrido perante a Corte Suprema Argentina, o eminente Min. Zaffaroni, apesar de ter sustentado posição que restou vencida, proferiu voto que acolhia o recurso extraordinário interposto perante aquela Alta Corte e, conseqüentemente, tornava sem efeito a decisão que condenou o recorrente à prisão, por porte de arma de fogo de uso civil sem a devida autorização legal, agravado pelo fato de este já ter antecedentes penais por crimes contra pessoas.

A razão pela qual se havia aplicado uma pena mais gravosa diz respeito a uma situação pessoal do réu (a existência de condenações anteriores ou ações judiciais pendentes), o que excede a culpabilidade pelo ato pelo qual o requerente está sendo julgado e se manifesta como a aplicação de uma forma irregular de reincidência. Zaffaroni se baseou no pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de que “qualquer agravamento de pena ou de suas modalidades de execução em função de reincidência regida pelo art. 50... deve ser considerada inconstitucional, pois demonstra um tratamento diferenciado de pessoas, que não se vincula nem com o ilícito que se pretende punir, nem com o grau de culpabilidade do autor em relação a este, mas sim, leva em consideração características próprias do indivíduo que excedem o ato praticado”.

O eminente Ministro declarou que do mesmo modo que o artigo 50 do Código Criminal é inconstitucional quando usado para aumentar a pena de maneira geral, o artigo 189, inciso 2, parágrafo 8º é certamente inconstitucional, enquanto aumenta a pena imposta em razão de situações específicas que não estejam ligadas ao comportamento do agente que está sendo reprovado e é uma violação ao princípio da culpa e da garantia do *ne bis in idem*, assim como aumenta a pena do réu por razões pessoais.

Em decisão recentíssima, o STF que ainda não pacificou sobre o tema dos *maus antecedentes*, se posicionou por meio do Ministro Dias Tóffoli que “o homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes do seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal”<sup>(10)</sup>, bem como que a “interpretação do disposto no inciso I do artigo 64 do Código Penal (que trata da reincidência) deve ser no sentido de se extinguirem, no prazo ali preconizado, não só os efeitos decorrentes da reincidência, mas qualquer outra valoração negativa por condutas pretéritas praticadas pelo agente”<sup>(11)</sup>, o que é um sinal de que podem haver mudanças por meio do RE 593.818/SC, da Relatoria do Ministro Roberto Barroso. Caso de Repercussão Geral em que “nele se discute se as condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos devem ser consideradas como *maus antecedentes* na fixação da pena-base”.<sup>(12)</sup>

Na linha de tudo que foi exposto, filiamos-nos àqueles que entendem indevido, num direito penal do fato, se considerar os *maus antecedentes* e a reincidência, ou seja, o passado do agente no crime, com o fim de lhe agravar a pena quando da sua aplicação pela prática de um novo delito, independentemente do lapso de tempo transcorrido.

#### NOTAS DO TEXTO:

[1] CARVALHO, Amilton Bueno. CARVALHO, Salo. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2.ed. amp., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 52.

[2] Idem, *Ibidem*, p. 53. (grifo nosso).

[3] RHC nº 2.227-2 MG, 6ª T., STJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 29/03/93, p. 5.268.

- [4] SOUZA DE XAVIER, Paulo S., op.cit., p. 159-160. (grifo do autor).
- [5] TJMG-ACr 1.0720.03.011202-6/001, Rel. Des. (a) Reinaldo Portanova, v.vencedor, j. 13/11/2012, publ. 23/11/2012.
- [6] TJMG-ACr 1.0295.11.003796-3/001, Rel. Des. (a) Reinaldo Portanova, j. 20/11/2012, publ. 30/11/2012.
- [7] TJMG-ACr 1.0720.03.011202-6/001, Rel. Des. (a) Reinaldo Portanova, j. 13/11/2012, publ. 23/11/2012. (grifo nosso).
- [8] Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/04/08/reincidencia-como-agravante-da-pena-stf-ignora-jurisprudencia-da-corte-interamericana/>>. Acesso em: 08 abr. 2013.
- [9] Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=231014>>. Acesso em: 05 abr. 2013. (grifo nosso).
- [10] BEZERRA, Elton. *Pena extinta há mais de 5 anos não serve para majoração*. Revista Consultor Jurídico, 12 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-12/pena-extinta-anos-nao-serve-majoracao-decide-toffoli>>. Acesso em: 14 fev 2014.
- [11] Idem, Ibidem.
- [12] Idem, Ibidem.

## DOCTRINA 3

### RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NÃO É SINÔNIMO DE PROCESSO CÉLERE

José de Assis Santiago Neto\*

O processo penal coloca-se em uma equivocada equação entre a celeridade e as garantias individuais, pois se exige uma decisão rápida ao mesmo tempo em que deve ser observado o devido processo legal. Busca-se, cada vez mais, a punição rápida, contudo, cada vez menos se verifica a mesma preocupação com as garantias processuais. Se por um lado a resposta do Estado para a prática de uma infração penal deve ser rápida, sob pena de gerar perante as pessoas a terrível sensação de impunidade e insegurança, de outro lado devem ser respeitadas as garantias constitucionais do processo, sob pena de que a decisão não seja legítima.

A prática de uma infração penal dá início a uma contagem regressiva para o Estado, o prazo prescricional. Assim, o Estado tem prazos determinados pelo Código Penal, art. 109 do Código Penal, para que aquele que cometeu uma infração penal possa ser punido. Além da prescrição, a sociedade cobra que o Estado proporcione uma resposta eficaz à prática do crime e a demora acaba por aumentar a sensação de impunidade. Ademais, o processo deve ter alguma utilidade, deve assegurar um fim prático do provimento sob pena de faltar interesse de agir ao titular da ação penal, não é possível que se utilize do processo penal simplesmente para ver o acusado processado criminalmente, sem que exista a real possibilidade de aplicação da pena em caso de procedência do pedido condenatório. A prescrição representa a perda do direito de ação, enquanto a prescrição da pena em perspectiva representa a perda do interesse de agir do Ministério Público (ou do querelante), tornando o provimento inútil, nas duas hipóteses pelo decurso do tempo. Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que o processo sabidamente inútil implica em perda da atividade pública desenvolvida; aumento de despesas públicas; e incremento da burocracia estatal judiciária. Assim, o tempo do processo deve ser obedecido, porém, sem delongas que possam inutilizar o próprio provimento.

Outro fator importante para que o processo penal tenha seu tramitar célere consiste no fato

---

\* Advogado criminalista. Sócio da Santiago e Associados Advocacia. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor de Direito Penal e Processual Penal da PUC Minas.

de que uma das partes, o acusado, pode sofrer de medidas coercitivas de sua liberdade. A prisão cautelar não pode ser eternizada, portanto, estando o acusado preso, urge que a resposta estatal se dê de forma rápida. Porém, de forma antagônica à celeridade processual, os Tribunais entendem, de forma pacífica e sumulada, que encerrada a instrução criminal não há mais que se falar em excesso de prazo da prisão preventiva. Ou seja, desde que a instrução ocorra sem demora excessiva, o julgamento poderá ocorrer sem qualquer de forma demorada. É o teor das súmulas 21 e 52 do Superior Tribunal de Justiça.

A demora do julgamento do acusado preso viola aos princípios do processo penal democrático. Urge a revisão das súmulas 21 e 52 do Superior Tribunal de Justiça, eis que o entendimento sumular está a afirmar que, uma vez finda a instrução, o inocente (o fim da instrução, como vimos, não é capaz de quebrar a presunção de não culpabilidade que vigora até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória!) poderá ser mantido no cárcere iniciando desde já o cumprimento de uma pena da qual sequer se tem certeza de sua aplicação. E se o acusado for absolvido, quem devolverá os dias e noites passados no infernal sistema carcerário brasileiro?

Ademais, ainda que o acusado não esteja preso, a simples possibilidade de que a restrição da liberdade possa ocorrer em algum momento de sua vida, mesmo que futuro e incerto é capaz de gerar no acusado uma angústia inimaginável. Diante dessa angústia, acaba por violar a dignidade da pessoa humana a submissão de uma pessoa às misérias do processo penal, para usar o título da célebre obra de Carnelutti, por um prazo maior do que o estritamente necessário para o processo, ou, por prazo superior ao prazo razoável.

Gilberto Thums (2006, p. 31) lembra que a exigência social do processo penal é centralizada na celeridade, o clamor é para que a punição se dê de maneira rápida, no menor tempo possível ou, preferencialmente, imediatamente. Porém, o processo penal acusatório não permite julgamentos sumários e nem o desenvolvimento de julgamentos precipitados, pois deve ser respeitado o devido processo legal constitucional. Lembra ainda o autor citado que procedimentos céleres, que prejudicam os direitos fundamentais representam um sistema inquisitivo, autoritário. Porém, a demora excessiva na solução do processo penal representará no sofrimento do acusado e no descrédito da justiça perante a sociedade. A velocidade que se desenvolve o processo penal retrata a ideologia do sistema adotado, quanto mais rápida, mais autoritário é o sistema e, conseqüentemente, mais próximo do procedimento inquisitório será.

Porém, em que pese a necessidade de uma rápida aplicação do Direito Penal, o processo tem que assegurar a participação das partes na construção do provimento, não podendo, portanto, ser por demais veloz para não suprimir as garantias constitucionais e os princípios institutivos do

processo.

De outro turno, Paulo Rangel lembra que “*o tempo acalma as pessoas e coloca as coisas nos seus devidos lugares. É necessário tempo para que haja reflexão sobre os fatos.*” (RANGEL, 2006, p. 41) Assim também é a relação do tempo no processo penal, o tempo possibilita a reflexão e qualifica a participação das partes na construção do provimento. A maturação da decisão, que somente se obtém pela reflexão realizada com vagar, contribui de forma que o provimento seja melhor elaborado e construído.

Assim, se de um lado o processo penal carece de celeridade, por outro necessita de tempo para possibilitar a reflexão e a participação. A aceleração do processo não deve partir de uma visão utilitarista, que busque uma “justiça imediata” que satisfaça os desejos de vingança. O processo deve durar o tempo necessário para a maturação do provimento e possibilitar a participação das partes em sua construção (RANGEL, 2006, p. 42).

O princípio da razoável duração do processo foi inserido no ordenamento constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45, estando previsto expressamente no art. 5º, LXXVIII da Constituição da República de 1988. A previsão constitucional é de razoável duração do processo, devendo ser garantidos meios para sua celeridade, mas leia-se, celeridade razoável. Porém a razoável duração do processo já estava prevista pelo art. 7º, inciso 5 e art. 8º, inciso 1º, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, adotado pelo ordenamento infraconstitucional pelo Decreto 678/1992. Também a Convenção Européia dos Direitos do Homem (Pacto de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), previu o princípio da razoável duração do processo em seu art. 6º, alínea 1.

Contudo, verifica-se verdadeira confusão entre a razoável duração do processo e a celeridade. O princípio da razoável duração do processo vem sendo diuturnamente confundido com o processo célere. Busca-se um processo veloz, contudo, esquece-se que o acusado tem direito ao contraditório, à ampla defesa, à isonomia, em resumo, ao devido processo legal. De nada adianta um processo fugaz sem que se tenha assegurado às partes o devido processo legal.

Fernando Capez (2011, p. 69) faz nítida confusão entre a celeridade processual e a razoável duração do processo. O autor trabalha um suposto “princípio da celeridade processual”, citando, contudo, institutos referentes à razoável duração do processo. Vale ressaltar que o referido autor sequer conceitua com precisão o que seria razoável duração do processo. Discordamos do autor em análise, eis que o que a Constituição brasileira assegura no art. 5º, LXXVIII, é a razoável duração do processo com meios que garantam sua célere tramitação, porém, não se pode afirmar que a celeridade, por si só, seria um princípio, não se pode buscar a celeridade cega e desprovida da

razoável duração do processo.

Gilberto Thums (2006, p. 38) lembra que não se deve confundir a celeridade com a precipitação das decisões, sobretudo no processo penal onde é exigida rigorosa observância às garantias fundamentais das partes. Essas garantias, segue o autor citado, representam a base para um procedimento justo e democrático.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2010, p. 155-156) afirma que a razoável duração do processo, ou a prestação jurisdicional em tempo útil, é obtida mediante o processo sem dilações indevidas. Assim, ainda seguindo o raciocínio do professor citado, a razoável duração do processo impediria ao Estado de impingir ao povo a aceleração dos procedimentos pela diminuição das demais garantias processuais constitucionais. Dessa forma, o processo tem seu tempo adequado, devendo ser combatido é a demora exagerada, evitando-se as dilações indevidas normalmente resultantes de períodos prolongados de paralisia processual (BRÊTAS, 2010, p. 157-158).

Em complemento, Dierle José Coelho Nunes (2009, p. 250) afirma que o processo democrático não é aquele que aplica o direito com rapidez máxima, mas a estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada pelos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo constitucional, bem como pela celeridade, pelo direito ao recurso, pela fundamentação racional das decisões, pelo juízo natural e pela inafastabilidade do controle jurisdicional.

A razoável duração do processo não é o mesmo que a celeridade processual, são coisas distintas, como fica claro pela simples leitura do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição pátria. Verifica-se pela leitura do art. 8º, inciso 1 do Pacto de São José da Costa Rica que a razoável duração do processo vem acompanhada das garantias processuais, na Constituição brasileira, a razoável duração também foi prevista em conjunto com inúmeras garantias processuais e com os princípios institutivos do processo, evidentemente que o referido princípio deve ser lido em conjunto com as garantias e princípios institutivos do processo consagrados pela Constituição.

Alberto Binder (2003, p. 32) afirma que o processo penal deve ser resolvido em uma máxima eficiência na aplicação da coerção penal, porém, com absoluto respeito à dignidade da pessoa humana, sendo este o ponto de equilíbrio entre a eficiência e a garantia. O autor citado afirma que o ordenamento jurídico é, ao mesmo tempo, um instrumento de controle social e um instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana, sendo que as garantias têm como escopo impedir o uso desmedido ou arbitrário da coerção penal. Dessa forma, existem normas que procuram dotar o Estado de eficiência e outras que buscam a proteção das pessoas, evitando a força ou a pena injusta (BINDER, 2003, p. 27). Assim sendo, o processo penal deve configurar-se de

forma eficiente, porém, não pode representar uma forma de punição sumária, sob pena de não ser democrático.

Assim, a razoável duração do processo significa o processo célere, sem dilações indevidas, porém, asseguradas as garantias processuais constitucionais e os princípios institutivos do processo. Em suma, a razoável duração do processo poderá ser representada pelo binômio celeridade X garantias processuais inerentes ao devido processo legal. Assim, somente terá duração razoável o processo que tenha tramitado de forma célere (sem dilações indevidas) mas que tenha obedecido aos princípios e garantias do devido processo constitucional, permitindo que as partes tenham participado efetivamente da construção do provimento jurisdicional.

Gilberto Thums (2006, p. 42) afirma que por razoável duração do processo deve-se entender que o processo não deve ser nem tão rápido que dificulte a defesa e nem tão longo que eternize o sofrimento provocado pelo processo penal. E conclui o autor citado (2006, p. 298) que é necessário tempo para processar, julgar e condenar. “*É o tempo razoável para que se possa produzir provas concludentes e confiáveis com fito de sustentar uma decisão segura*” (THUMS, 2006, p. 298)

Conclui-se, portanto, que a razoável duração do processo figura como o centro gravitacional entre a celeridade processual e as garantias constitucionais do processo democrático. Assim, o processo não deve visar a celeridade pela celeridade, o que o converteria em instrumento de vingança, mas buscar exterminar as etapas mortas e garantir a participação dos sujeitos na construção do provimento. Se de um lado exige-se rapidez, de outro há a demanda de tempo para a maturação do provimento a ser construído pelas partes.

## **Bibliografia**

- BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo – tecnologia – dromologia – garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

## JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

**APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO CULPOSO - LAUDO PERICIAL - AUSÊNCIA - NULIDADE - INADEQUAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVAS - ABSOLVIÇÃO.** 1. A gestão das provas está a cargo das partes, devendo permanecer o julgador distante da atividade probatória. 2. A ausência de laudo pericial, prova técnica, afeta a formação do convencimento do juiz, mas não o procedimento encaminhado pelo contraditório, pelo que inadequada a solução de nulidade trazida pela lei processual. 3. Se ausente determinada prova, cumprirá ao julgador apreciar as que foram produzidas pelas partes e, se for o caso, reconhecer a insuficiência do acerto do fato penal, que leva à absolvição. 4. Se um fato somente poderia ser provado por meio de exame de corpo de delito e não o foi a solução é a absolvição por ausência de prova. 5. O conjunto probatório existente nos autos é insuficiente para comprovação da conduta culposa. Absolvição decretada.

### Inteiro Teor

**EMENTA:** APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO CULPOSO - LAUDO PERICIAL - AUSÊNCIA - NULIDADE - INADEQUAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVAS - ABSOLVIÇÃO. 1. A gestão das provas está a cargo das partes, devendo permanecer o julgador distante da atividade probatória. 2. A ausência de laudo pericial, prova técnica, afeta a formação do convencimento do juiz, mas não o procedimento encaminhado pelo contraditório, pelo que inadequada a solução de nulidade trazida pela lei

processual. 3. Se ausente determinada prova, cumprirá ao julgador apreciar as que foram produzidas pelas partes e, se for o caso, reconhecer a insuficiência do acerto do fato penal, que leva à absolvição. 4. Se um fato somente poderia ser provado por meio de exame de corpo de delito e não o foi a solução é a absolvição por ausência de prova. 5. O conjunto probatório existente nos autos é insuficiente para comprovação da conduta culposa. Absolvição decretada.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0043.05.004744-8/001 - COMARCA DE AREADO - 1º APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - 2º APELANTE(S): D. V. B. - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, D. V. B. -**

**RELATOR: EXMO. SR. DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO**

### ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, **EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO, JULGANDO PREJUDICADO O PRIMEIRO.**

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2008.

**DES. ALEXANDRE VICTOR DE**

CARVALHO - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO:

VOTO

1 - RELATÓRIO

Na Comarca de Areado, o apelante D. V. B. foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 302, parágrafo único, inciso III, e art. 305 da Lei 9503/97, na forma do art. 69 do Código Penal.

Narram os autos que, no dia 21/12/2004, por volta das 07:00 horas, o acusado conduzia o caminhão com carroceria do tipo baú, marca Mercedes Benz, modelo L-1620, cor amarela, ano/modelo 2001, placa GVG XXXX/Ribeirão Preto - SP, de propriedade da empresa "I. Ltda", pela Rodovia MG-184, no sentido Areado - MG/Conceição da Aparecida - MG, quando na altura do KM 41, logo após o segundo trevo de acesso à cidade de Alterosa/MG, ainda bem próximo do perímetro urbano daquela, atropelou a vítima S. E. de P., que caminhava à extrema direita da pista de rolamento, junto à faixa delimitadora da via, no mesmo sentido de deslocamento do veículo, causando-lhe traumatismo crânio-encefálico e politraumatismo, lesões que foram a causa eficiente de sua morte. A denúncia atribuiu ao acusado conduta imprudente, caracterizada pelo excesso de velocidade e pela manutenção da condução do veículo nas mesmas condições mesmo após ter avistado pedestres à margem da rodovia, e conduta imperita, caracterizada pelo erro de cálculo relativo à largura do veículo e sua

carroceria tipo baú que atingiu a vítima. Após atingi-la, o acusado seguiu viagem, deixando de prestar socorro à vítima, sendo interceptado somente no trevo de acesso a Carmo do Rio Claro/MG, cerca de quarenta quilômetros adiante. Com isso, o Ministério Público afirmou, em sua peça acusatória, que o acusado, além de omitir socorro, afastou-se do local do acidente para fugir às responsabilidades penal e civil.

Interrogado, o réu deu sua versão para os fatos (f. 69/75). As filhas da vítima fatal foram admitidas como assistentes da acusação (f. 132. Defesa prévia às f. 42/43. Concluída a instrução criminal, vieram as alegações finais do Ministério Público às f. 187/198. As alegações finais da defesa estão acostadas às f. 199/211 e da assistência da acusação às f. 213/216.

O douto magistrado a quo julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou o acusado às penas de dois anos de detenção, regime aberto, afastando a suspensão da habilitação para dirigir qualquer espécie de veículo automotor pela sua inconstitucionalidade, pela prática do crime previsto no art. 302 do CTB. Quanto ao crime do art. 305 do mesmo diploma legal, foi absolvido. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de seis salários mínimos.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação objetivando a aplicação da pena cumulativa de suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor prevista no preceito secundário do art. 302, caput, da Lei 9.503/97. As contra-razões da defesa

constam de f. 243/250.

A tempo e modo, recorreu o acusado, sustentando, em preliminar, a nulidade do feito ante a ausência de exame de corpo de delito. No mérito, alegou que o depoimento da testemunha J. J. F. de A., repleto de incongruências, não pode sustentar a condenação. Questionou a defesa o relato contido no boletim de ocorrência acerca dos vestígios encontrado no caminhão, não periciados, bem como a afirmação de que o acusado confessou o atropelamento. Afirmou que não há qualquer esclarecimento sobre o ocorrido, sendo que meras especulações policiais não bastam para o desfecho condenatório. Como o ponto de impacto registrado pelos policiais foi a lateral direita do baú, asseverou a defesa que a culpa do acidente é exclusiva da vítima, que tentou atravessar a rodovia no momento em que o veículo passava. Asseverou também que não há prova da alegada velocidade excessiva, sendo que a testemunha de acusação J. negou que tivesse afirmado isso durante a fase do inquérito policial, como não houve conduta imperita do réu.

A manifestação da assistência da acusação consta de f. 275/280 e 304/309. As contra-razões ministeriais estão acostadas às f. 291/303.

Instada a se manifestar no feito, a Ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento do recurso defensivo (f. 313/324).

É o relatório. 2 -  
CONHECIMENTO Conheço dos  
recursos em face do ajuste legal. 3 -  
PRELIMINAR

É fato incontroverso a não realização do exame de corpo de delito direto no presente caso. Também não foi realizada perícia no local do acidente, nem no veículo envolvido. Constatam do inquérito policial a certidão de óbito da vítima S. E. e três fotografias que registraram o corpo caído às margens da rodovia. Resta examinar se o processo é nulo desde o início em razão do oferecimento da denúncia sem os apontados laudos periciais cuja realização, ao que consta, era possível.

As lições de Denílson Feitoza Pacheco, em sua obra *Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis*, 3ª ed., Niterói, RJ: Impetus, 2005, são de inegável utilidade. Partindo delas e indo além, concluo que a tese da nulidade argüida pela defesa não merece acolhida.

O art. 158 do Código de Processo Penal efetivamente exige a realização do exame de corpo de delito, de forma direta ou indireta, para o caso de infração que deixa vestígios, como o homicídio. A determinação está relacionada à necessidade de certeza da ocorrência do fato por outros elementos que não a confissão do acusado. Não há qualquer dúvida acerca da constatação de que o exame direto é um exame pericial. Já quanto ao exame indireto, encontra-se discordância doutrinária assim explicada: alguns o consideram exame pericial (conclusão dos peritos acerca dos depoimentos de testemunhas) enquanto outros o tem por depoimentos de testemunhas e provas documentais valorados pelo próprio juiz. Afirmo Pacheco que "o exame de corpo de delito direto é um exame pericial, enquanto que o exame de corpo de delito indireto pode ser um exame pericial (prova pericial) ou

exame judicial (análise do juiz sobre outras provas, como a prova testemunhal ou documental). O corpo de delito direto, portanto, é o conjunto de vestígios sensíveis ou materiais deixados pela infração penal, mas o corpo de delito indireto é o conjunto de registros sobre os vestígios sensíveis deixados pela infração penal, como termos de depoimento de testemunhas descrevendo os vestígios materiais, fotografias dos vestígios sensíveis, prontuário médico do atendimento da vítima no posto de saúde, etc. A jurisprudência se tem orientado para a segunda posição, entendendo, de maneira ampla, que o exame de corpo de delito indireto é constituído por elementos probatórios diversos existentes nos autos, como a prova testemunhal ou documental." (op. cit., p. 863).

Interessa-nos especificamente analisar o disposto no art. 167 do CPP que estabelece a possibilidade de supressão do exame pericial, direto ou indireto, por prova testemunhal, para quem considera o exame indireto uma prova pericial ou que estabelece a possibilidade de supressão do exame pericial direto por prova testemunhal, considerada exame de corpo de delito indireto em sentido mais amplo. Fato é que a lei processual acolhe a possibilidade de supressão do exame pericial direto quando desaparecidos os vestígios. Repito preservando a divergência doutrinária, perito ou juiz examinará o corpo de delito a partir da narrativa de testemunhas e de documentos, a princípio, quando já desaparecidos os vestígios da infração. Explica Pacheco que "quando ainda existentes os supostos vestígios sensíveis da infração penal, eles devem ser examinados diretamente por peritos, caracterizando-se o exame pericial de

corpo de delito direto. Quando os vestígios já desapareceram, a lei possibilita que esse corpo de delito desaparecido possa ser examinado indiretamente pelo juiz, a partir de descrições feitas em provas testemunhais ou documentais existentes nos autos, quando teremos um exame judicial de corpo de delito indireto, mas a lei não impede que tal exame também seja feito por perito, quando teremos exame pericial de corpo de delito indireto" (op. cit., p. 863).

É certo que a literalidade dos dispositivos apontados contidos no Código nos leva à conclusão de que a supressão do exame pericial é admitida quando não seja possível realizá-lo ante o desaparecimento dos vestígios. A apreciação judicial de outros elementos probatórios (depoimentos, na expressa previsão legal, e também documentos, como afirmam doutrina e jurisprudência) para verificação do corpo de delito parece, na primeira leitura, depender de uma condição fática, qual seja, a impossibilidade de realização do exame pericial. Mais ainda, se interpretados literalmente os artigos 564, III, b, 572, caput, 158 e 167, do CPP, a conclusão seria da nulidade absoluta ab initio, vale dizer, o laudo pericial - exame de corpo de delito direto - , quando possível a sua realização, "seria uma condição de procedibilidade ou um pressuposto processual, sem o qual a denúncia ou queixa não poderia ser oferecida" (PACHECO, op. cit., p. 865).

Entretanto, a denúncia pode ser oferecida ainda que faltante o exame de corpo de delito direto, quando possível a sua realização, é o que se conclui após uma interpretação sistemática, como pretende

Pacheco. No dizer do autor, "quando o CPP quer que a falta do laudo de exame de corpo de delito seja uma condição para a propositura da ação penal, ele o estabelece expressamente, conforme se encontra no art. 525 do CPP" (op. cit., p. 866/867).

Eugênio Pacelli de Oliveira trata a questão como sendo de prova específica, ou seja, reconhece-se a "incapacidade de determinados meios nominados (previstos expressamente na lei) para gerar uma certeza mais segura, em relação a fatos específicos". Afirmar ainda que a ressalva da possibilidade do exame de corpo de delito indireto "não infirma a regra da especificidade, porquanto apenas será aplicada quando inexistentes ou desaparecidos os vestígios deixados pela infração" (in Curso de Processo Penal, 9a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 346).

Sobre a exigência legal da prova técnica, Pacelli de Oliveira destaca que "somente haverá de ser feita quando a existência de determinado elemento do crime só puder ser provada por meio do conhecimento técnico. (...) Se houver um fato, qualquer fato, cuja existência, a senso comum, ao alcance do conhecimento dito vulgar, pode ser comprovada por outro meio de prova, qualquer prova, não haverá de se falar na prova específica. O específico que fizemos acompanhar o vocábulo prova estará sempre na dependência da natureza do delito e dos fatos a serem provados, como ocorre, por exemplo, no exame cadavérico, na identificação da arcada dentária, etc. (...) Na linha do que sustentamos, o estupro, por exemplo, não dependerá da prova pericial, nem quanto à efetiva existência da conjunção carnal nem quanto à autoria, pelo exame de

sêmen, quando o fato for presenciado por testemunhas. Estas, se maiores, terão certamente perfeito conhecimento acerca do ocorrido para atestar a existência de penetração não consentida e para o reconhecimento da pessoa. Nesse caso, a prova, apesar da presença de vestígios, não será especificamente técnica" (PACELLI DE OLIVERA, op. cit., p. 346/347).

Indo além do que examina atualmente a doutrina, destaco que, numa perspectiva processual democrática, a gestão das provas está a cargo das partes, devendo permanecer o julgador distante da atividade probatória. A ausência de laudo pericial, prova técnica, afeta a formação do convencimento do juiz, mas não o procedimento encaminhado pelo contraditório, pelo que um tanto quanto "non sense" a solução de nulidade trazida pela lei processual. Se ausente determinada prova, cumprirá ao julgador apreciar as que foram produzidas pelas partes e, se for o caso, reconhecer a insuficiência do acerto do fato penal, que leva à absolvição. Insisto na ausência de sentido da anulação de um processo pelo não cumprimento satisfatório, por parte da acusação, da reconstrução histórica do fato (cabe a ela trazer aos autos prova da materialidade do crime). Se não atuou, quanto à prova, de modo suficiente, impõe-se a absolvição. Todavia, se a materialidade do crime está provada satisfatoriamente por outros meios, sendo desnecessária a prova específica, não se aplica a regra da especificidade.

O que torna confortável a indispensabilidade do exame pericial (art. 158, CPP) sob pena de nulidade (?) para a maioria, enquanto inaugura em outros

profunda preocupação com a efetividade do projeto democrático, é a possibilidade do juiz ordenar diligência, ou seja, determinar de ofício a realização do exame pericial, antes de proferir sentença (art. 502, CPP), evitando, assim, a sanção processual. Tem-se o quadro paranóico no qual está mergulhado o julgador no sistema inquisitivo, denunciado na Itália por Franco Cordero e no Brasil por Jacinto Coutinho. Se, ao final da instrução criminal, o juiz perceber que a acusação não provou de modo suficiente a materialidade do crime, ele poderá fazê-lo em seu lugar. Aí está ofensa pura e cristalina ao princípio dialético que informa o sistema processual acusatório, nosso modelo constitucional.

Pensamos de outra maneira: se um fato somente poderia ser provado por meio de exame de corpo de delito e não o foi a solução é a absolvição por ausência de prova.

Por fim, citamos parcialmente Denílson Feitoza Pacheco em ponto semelhante:

"a pura e simples decretação da nulidade total do processo, no caso, é incompatível com uma interpretação constitucional, baseada nas normas constitucionais que instituem o sistema processual acusatório e os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da inocência. ( ) Se a falta de uma determinada prova levasse o juiz necessariamente a decretar a total ineficácia do processo por nulidade absoluta, estaríamos diante de um processo inquisitivo, num sistema inquisitivo, em que, a partir de uma presunção de culpabilidade, o juiz seria forçado a tentar provar a materialidade da infração penal, pois, se assim não

procedesse, ocorreria a nulidade absoluta, o que é incompatível com o sistema acusatório e com o princípio constitucional da inocência" (op. cit., p. 865).

Feitas tais considerações, passo a concluir para o caso em tela. A ausência do exame direto de corpo de delito (exame pericial no cadáver da vítima) não gera nulidade do feito porque a existência do fato morte de S. E. de P. está provada por outro meio, qual seja, a prova documental que relata a conclusão de um perito ("sendo o atestado médico firmado pelo Dr. G. dos S. S. que dá como causa de morte traumatismo crânio-encefálico, politraumatismo") - f. 19. Rejeito a preliminar erigida pela defesa.

Os outros exames periciais faltantes (do local do acidente e do veículo envolvido no acidente) não afetam a prova da materialidade do crime de homicídio, mas sua ausência será alvo de análise no mérito recursal (autoria e nexos de causalidade).

#### 4. MÉRITO

Restou provado que a vítima caminhava pela rodovia em que transitava o caminhão dirigido pelo acusado D., no mesmo sentido Alterosa/Conceição (declaração da testemunha J. J. F. de A. - f. 102). Restou provado que a vítima faleceu em razão de colisão com aquele veículo (declaração da testemunha J. J., citada, da testemunha J. C. das N. - f. 124, da testemunha S. R. do P. - f. 145, da testemunha G. M. - f. 162, da testemunha J. B. de O. - f. 169, além da certidão de óbito e das fotos constante de f. 24 e 25).

Todavia, a dinâmica do acidente não

restou suficientemente esclarecida. As afirmações ministeriais no sentido de que o acusado conduzia o veículo de modo imprudente (velocidade excessiva) e imperita (sem perfeita noção de suas dimensões) não foram suficientemente provadas e, na oportunidade, é de se lamentar a não realização de laudos periciais que examinassem o local e o caminhão envolvido no acidente.

Não é possível conhecer o ponto de colisão entre o corpo da vítima e o veículo. Segundo uma testemunha, vestígios foram encontrados na lateral do baú, enquanto outra afirma que os vestígios encontravam-se na quina do mesmo, sem confirmação judicial. A dedução, pertinente, de que o réu avistou sim a vítima caminhando à sua frente, por si só, não traduz sua culpa no acidente, porque não é possível saber se reduziu a velocidade, se alterou a trajetória para afastar-se dela.

O cálculo da velocidade feito pela acusação (tempo de viagem e distância percorrida) não pode ser considerado no julgamento, posto que se refere a uma média provavelmente mantida, mas não a velocidade no momento do acidente.

A afirmação de que o acusado prosseguiu guiando da mesma forma, depois de ter avistado várias pessoas trafegando à margem da rodovia, não encontra qualquer respaldo probatório. A prova técnica poderia esclarecer, entre outros, tal fato, mas não foi produzida pela acusação (o caminhão era equipado com tacógrafo, segundo informação do acusado em seu interrogatório).

Nada sobre o local do acidente, especificamente laudo pericial que

noticiasse suas condições, foi trazido aos autos, o que se lamenta, mais uma vez. O que se percebe pelas fotos é a vítima caminhava na linha que demarca a pista de rolamento, sem acostamento.

É possível que o acusado tenha, por total inobservância do dever de cuidado, colhido a vítima que trafegava pelo junto à faixa delimitadora da via, mas também é possível que a infeliz vítima tenha avançado inadvertidamente na pista de rolamento, considerando ainda que caminhava de costas para o fluxo de veículo, já que no mesmo sentido do deslocamento do caminhão.

É pertinente destacar que elementos colhidos durante o inquérito policial (não confirmados em juízo) não podem ser utilizados para fundamentação do decreto condenatório.

Considero que as provas são insuficientes para o reconhecimento da conduta culposa do apelante D., pelo que se impõe a sua absolvição. Quanto ao recurso ministerial que visa a aplicação da pena de suspensão da habilitação para dirigir, julgo-o prejudicado vez que absolvido o réu.

## 5. CONCLUSÃO

Com essas considerações, rejeito a preliminar erigida pela defesa e, no mérito, dou provimento ao recurso do acusado D. V. B. para absolvê-lo da imputação contida na exordial, com fulcro no art. 386, VI, CPP (inexistência de prova suficiente para a condenação). Quanto ao recurso ministerial, dou-o por prejudicado ante a solução absolutória.

É como voto. Custas ex lege.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): MARIA CELESTE PORTO e HÉLCIO VALENTIM.

SÚMULA : REJEITARAM  
PRELIMINAR E DERAM  
PROVIMENTO AO SEGUNDO  
RECURSO, JULGANDO  
PREJUDICADO O PRIMEIRO.

(Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 5a Camara Criminal. Apelação Criminal 1.0043.05.004744-8/001; 0047448-27.2005.8.13.0043 (1). Relator Des. Alexandre Victor de Carvalho. Comarca de origem. Areado. Data do julgamento: 19/08/2008)

## ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA

**Decreto n. 8.381, de 29 de dezembro de 2014, que concede indulto e comutação de penas.**

**A PRESIDENTA DA REPÚBLICA**, no exercício da competência privativa que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso XII, da Constituição, tendo em vista a manifestação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, acolhida pelo Ministro de Estado da Justiça, e considerando a tradição, por ocasião das festividades comemorativas do Natal, de conceder indulto às pessoas condenadas ou submetidas a medida de segurança e comutar penas de pessoas condenadas,

### DECRETA:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:

I - condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2014, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

II - condenadas a pena privativa de liberdade superior a oito anos e não superior a doze anos, por crime praticado sem grave ameaça ou violência a pessoa, que, até 25 de dezembro de 2014, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

III - condenadas a pena privativa de liberdade superior a oito anos que, até 25 de dezembro de 2014, tenham completado sessenta anos de idade e cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

IV - condenadas a pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2014, tenham completado setenta anos de idade e cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

V - condenadas a pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2014, tenham cumprido, ininterruptamente, quinze anos da pena, se não reincidentes, ou vinte anos, se reincidentes;

VI - condenadas a pena privativa de liberdade superior a oito anos que tenham filho ou filha menor de dezoito anos ou com deficiência que necessite de seus cuidados e que, até 25 de dezembro de 2014, tenham cumprido:

a) se homem:

1. um terço da pena, se não reincidentes; ou

2. metade, se reincidentes; ou

b) se mulher:

1. um quarto da pena, se não reincidentes; ou

2. um terço, se reincidentes;

VII - condenadas a pena privativa de liberdade não superior a doze anos, desde que já tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes, estejam cumprindo pena no regime semiaberto ou aberto e já tenham usufruído, até 25 de dezembro de 2014, no mínimo, de cinco saídas temporárias previstas no [art. 122](#), combinado com o [art. 124, caput, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal](#), ou tenham exercido trabalho externo, no mínimo, por doze meses nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2014;

VIII - condenadas a pena privativa de liberdade não superior a doze anos, desde que já tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes, estejam cumprindo pena no regime semiaberto ou aberto ou estejam em livramento condicional, e tenham frequentado, ou estejam frequentando curso de ensino fundamental, médio, superior, profissionalizante, ou ainda de requalificação profissional, na forma do [art. 126, caput, da Lei de Execução Penal](#), no mínimo por doze meses nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2014;

IX - condenadas a pena privativa de liberdade superior a doze anos, desde que já tenham cumprido dois quintos da pena, se não reincidentes, ou três quintos, se reincidentes, estejam em regime semiaberto ou aberto e tenham concluído durante a execução da pena o curso de ensino fundamental e o de ensino médio, ou o ensino profissionalizante ou superior, devidamente certificado por autoridade educacional local, na forma do [art. 126 da Lei de Execução Penal](#), nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2014;

X - condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro de 2014, desde que não supere o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, e que não tenha capacidade econômica de quitá-la;

XI - condenadas:

a) com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução;

b) com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, ainda que tais condições sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado

pelo juízo da execução, caso resultem em grave limitação de atividade e restrição de participação prevista na alínea “c”; ou

c) acometidas de doença grave e permanente que apresentem grave limitação de atividade e restrição de participação ou exijam cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada a hipótese por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição da pessoa condenada;

XII - submetidas a medida de segurança, que, até 25 de dezembro de 2014, independentemente da cessação de periculosidade, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no [art. 183 da Lei de Execução Penal](#), por período igual ao remanescente da condenação cominada;

XIII - condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por restritiva de direitos, na forma do [art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2014, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

XIV - condenadas a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do [art. 44 do Código Penal](#), ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, em prisão provisória, até 25 de dezembro de 2014, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes;

XV - condenadas a pena privativa de liberdade, que estejam em livramento condicional ou cumprindo pena em regime aberto, cujas penas remanescentes, em 25 de dezembro de 2014, não sejam superiores a oito anos, se não reincidentes, e a seis anos, se reincidentes, desde que tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

XVI - condenadas por crime contra o patrimônio cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, desde que tenham cumprido um sexto da pena, se não reincidente, ou um quarto, se reincidente, e reparado o dano até 25 de dezembro de 2014, salvo inoccorrência de dano ou incapacidade econômica de repará-lo;

XVII - condenadas a pena privativa de liberdade superior a dezoito meses e não superior a quatro anos, por crime contra o patrimônio, cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, com prejuízo ao ofendido em valor estimado não superior a um salário mínimo, desde que tenham, até 25 de dezembro de 2014, cumprido três meses de pena privativa de liberdade e

comprovem o depósito em juízo do valor correspondente ao prejuízo causado à vítima, salvo comprovada incapacidade econômica para fazê-lo; ou

XVIII - condenadas à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2014, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da [Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997](#), com decisão transitada em julgado, praticada por agente público ou investido em função pública no curso do cumprimento da sua privação de liberdade.

§ 1º O indulto de que cuida este Decreto não se estende às penas acessórias previstas no [Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar](#), e aos efeitos da condenação.

§ 2º O indulto previsto no inciso VI do **caput** não alcança as pessoas condenadas por crime praticado com violência ou grave ameaça contra o filho ou a filha.

§ 3º Nenhuma das hipóteses contempladas pelo indulto dispensa os órgãos de execução penal do encaminhamento da pessoa beneficiada aos órgãos integrantes do Sistema Único de Assistência Social -SUAS a fim de se assegurar a orientação, o apoio e o atendimento integral ao egresso e seus familiares.

Art. 2º Concede-se a comutação da pena remanescente, aferida em 25 de dezembro de 2014, de um quarto, se não reincidentes, e de um quinto, se reincidentes, às pessoas condenadas à pena privativa de liberdade, não beneficiadas com a suspensão

condicional da pena que, até a referida data, tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes, e não preencham os requisitos deste Decreto para receber indulto.

§ 1º O cálculo será feito sobre o período de pena já cumprido até 25 de dezembro de 2014, se o período de pena já cumprido, descontadas as comutações anteriores, for superior ao remanescente.

§ 2º A pessoa que teve a pena anteriormente comutada terá a nova comutação calculada sobre o remanescente da pena ou sobre o período de pena já cumprido, nos termos do **caput** e § 1º, sem necessidade de novo requisito temporal e sem prejuízo da remição prevista no [art. 126 da Lei de Execução Penal](#).

Art. 3º Concede-se comutação às pessoas condenadas à pena privativa de liberdade que não tenham, até 25 de dezembro de 2014, obtido as comutações, de decretos anteriores, independente de pedido anterior.

Art. 4º Na declaração do indulto ou da comutação de penas deverá, para efeitos da integralização do requisito temporal, ser computada a detração de que trata o [art. 42 do Código Penal](#) e, quando for o caso, o [art. 67 do Código Penal Militar](#), sem prejuízo da remição prevista no [art. 126 da Lei de Execução Penal](#).

Parágrafo único. A aplicação de sanção por falta disciplinar de natureza grave, prevista na [Lei](#)

[de Execução Penal](#), não interrompe a contagem do lapso temporal para a obtenção da declaração do indulto ou da comutação de penas previstos neste Decreto.

Art. 5º A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na [Lei de Execução Penal](#), cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto.

§ 1º A notícia da prática de falta grave ocorrida após a publicação deste Decreto não suspende e nem impede a obtenção de indulto ou da comutação de penas.

§ 2º As restrições deste artigo não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos X e XI do **caput** do art. 1º.

Art. 6º O indulto e a comutação de penas de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que:

I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa na instância superior;

II - haja recurso da acusação que não vise a majorar a quantidade da pena ou as condições exigidas para a declaração do indulto ou da comutação de penas;

III - a pessoa condenada esteja em livramento condicional;

IV - a pessoa condenada responda a outro processo criminal, mesmo que tenha por objeto um dos crimes previstos no art. 9º; ou

V - não tenha sido expedida a guia de recolhimento.

Art. 7º O indulto ou a comutação da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos alcança a pena de multa aplicada cumulativamente.

Parágrafo único. A inadimplência da pena de multa cumulada com pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos não impede a declaração do indulto ou da comutação de penas.

Art. 8º As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se, para efeito da declaração do indulto e da comutação de penas, até 25 de dezembro de 2014.

Parágrafo único. Na hipótese de haver concurso com crime descrito no art. 9º, não será declarado o indulto ou a comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo, enquanto a pessoa condenada não cumprir dois terços da pena, correspondente ao crime impeditivo dos benefícios.

Art. 9º O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas:

I - por crime de tortura ou terrorismo;

II - por crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do [caput e § 1º do art. 33](#) e dos [arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006](#);

III - por crime hediondo, praticado após a publicação das [Leis nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#); [nº 8.930, de 6 de setembro de 1994](#); [nº 9.695, de 20 de agosto de 1998](#); [nº 11.464, de 28 de março de 2007](#); e [nº 12.015, de 7 de agosto de 2009](#), observadas, ainda, as alterações posteriores; ou

IV - por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam aos delitos previstos nos incisos I e II, exceto quando configurada situação do uso de drogas disposto no [art. 290 do Código Penal Militar](#).

Parágrafo único. As restrições deste artigo e dos incisos I e II do **caput** do art. 1º não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos X, XI e XII e XIII do **caput** do art. 1º.

Art. 10. Para a declaração do indulto e comutação das penas não se exigirá requisito outro, senão os previstos neste Decreto.

Art. 11. A autoridade que custodiar a pessoa condenada e os órgãos da execução previstos nos [incisos III a VIII do caput do art. 61 da Lei de Execução Penal](#) encaminharão, de ofício, ao juízo competente, inclusive por meio digital, na forma da

[alínea “f” do inciso I do caput do art. 4º da Lei nº 12.714, de 14 de setembro de 2012](#), a lista daqueles que satisfaçam os requisitos necessários para a declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto.

§ 1º As ouvidorias do Sistema Penitenciário e a Ordem dos Advogados do Brasil poderão encaminhar ao juízo competente a lista de que trata o **caput**.

§ 2º O procedimento previsto no **caput** poderá iniciar-se de ofício, a requerimento do interessado, de quem o represente, ou ainda, de seu cônjuge ou companheiro, parente ou descendente, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, do Conselho da Comunidade, do patronato, da autoridade administrativa, da Ouvidoria do Sistema Penitenciário, da Corregedoria do Sistema Penitenciário ou do médico que assiste o condenado que se enquadre nas situações previstas nos incisos XI e XII do **caput** do art. 1º.

§ 3º A declaração de indulto e de comutação das penas terá preferência sobre a decisão de qualquer outro incidente no curso da execução penal.

§ 4º Para o atendimento do disposto no parágrafo anterior, poderão ser organizados mutirões pelos Tribunais de Justiça, em cada Estado da Federação.

§ 5º O juízo competente proferirá decisão após ouvir o Ministério Público e a defesa, no

prazo sucessivo de cinco dias.

Nacional - Funpen.

§ 6º Faculta-se ao juiz do processo de conhecimento, na hipótese de pessoas condenadas primárias, desde que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público, a declaração do indulto contemplado neste Decreto.

Art. 14. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de dezembro de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DIILMA ROUSSEFF

*José Eduardo Cardozo*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 24.12.2014 - Edição extra

Art. 12. Aplicam-se os benefícios contidos neste Decreto relativos ao regime aberto às pessoas presas que cumpram pena em regime aberto domiciliar.

Art. 13. Os órgãos centrais da administração penitenciária encaminharão, imediatamente, cópia deste Decreto às unidades penitenciárias e preencherão o quadro estatístico constante do modelo Anexo, devendo remetê-lo ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça no prazo de seis meses contado da data de publicação deste Decreto.

§ 1º O Departamento Penitenciário Nacional manterá publicado, no seu portal da rede mundial de computadores, quadro estatístico, discriminado por gênero e unidade federativa, contendo as informações sobre a quantidade de pessoas favorecidas por este Decreto.

§ 2º O cumprimento do disposto no **caput** será fiscalizado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pelo Departamento Penitenciário Nacional, e verificado nas oportunidades de inspeção ou de estudo de projetos lastreados em recursos do Fundo Penitenciário