

SÚMULAS VINCULANTES

**Requisitos, análise crítica e cautelas
especiais na edição em matérias
penal e processual penal**

Douglas Fischer

SÚMULAS VINCULANTES

**Requisitos, análise crítica e cautelas
especiais na edição em matérias
penal e processual penal**



Verbo Jurídico
editora

Catlogação na Fonte

F529s Fischer, Douglas

Súmulas vinculantes : requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal / Douglas Fischer. – Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2014.

132 p. ; 23 cm.

ISBN: 978-85-XXXX-XXX-X

1. Direito Processual Penal. 2. Direito Penal. 3. Súmula Vinculante. 4. Súmulas (Direito). I. Título.

CDD 341.43

Bibliotecário Responsável

Ginamara de Oliveira Lima

CRB 10/1204

Editoração e projeto de capa: Daniel Scheer



Verbo Jurídico
editora

Porto Alegre, RS

Av. Ipiranga, 2899

(51) 3076-8686

São Paulo, SP

Av. Paulista, 1.159 - conj. 411

Fone: (11) 3266-2724

Curitiba, PR

Rua Cândido de Abreu, 526 - Sala 611 B

Fone: (41) 3023.3063

verbojuridico@verbojuridico.com.br

www.verbojuridico.com.br

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

Para Nicholas, filho amado e “amigo do peito para sempre”, como gosta de dizer ao me abraçar. E digo: “Pronto, terminei. Voltemos ao jogo de futebol indevidamente interrompido”.

Sumário

Introdução	XX
1. Parte Geral	XX
1.1. Requisitos essenciais para a edição das súmulas vinculantes.	XX
1.2. A necessidade de utilização do instituto de forma mais cautelosa em relação a questões de natureza penal e processual penal.	XX
2. Análise crítica das súmulas vinculantes em matérias penal e processual penal	XX
2.1. A Súmula Vinculante n. 9 e a questão da revogação do tempo remido	XX
2.1.1. <i>Principais debates no Plenário para a edição da súmula vinculante</i>	XX
2.1.2. <i>Precedentes paradigmáticos que foram utilizados para fundamentar a edição da Súmula Vinculante n. 9</i>	XX
2.1.3. <i>Da correção da Súmula Vinculante n. 9</i>	XX
2.2. A Súmula Vinculante n. 11 e o uso de algemas: análise do <i>leading case</i>	XX
2.2.1. <i>Principais debates no Plenário para a edição da súmula vinculante</i>	XX
2.2.2. <i>O conteúdo do comando sumulado e seus problemas</i>	XX
2.2.3. <i>Nulidade do ato x nulidade do processo: outra inobser- vância do Supremo Tribunal Federal aos seus precedentes</i>	XX
2.3. A Súmula Vinculante n. 14 e o direito de acesso aos autos: sua criação e considerações iniciais	XX
2.3.1. <i>O direito fundamental à ampla e devida defesa</i>	XX
2.3.2. <i>Conclusões e proposta de alteração de redação da Súmula Vinculante n. 14</i>	XX
2.4. A Súmula Vinculante n. 24: notas iniciais sobre sua edição.....	XX
2.4.1. <i>Ausência dos devidos e aprofundados debates para a edição da Súmula Vinculante n. 24</i>	XX

2.4.1.1. Primeiro fundamento. Não preenchimento dos requisitos formais exigidos constitucionalmente para a edição de súmula vinculante.....	XX
2.4.1.2. Segundo fundamento: Violação da Teoria da Atividade (art. 4º, CP)	XX
2.4.1.3. Terceiro fundamento: Vinculação do Poder Judiciário à decisão de cunho administrativo, contrariando-se o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88.....	XX
2.4.1.4. Quarto fundamento: Violação do art. 5º, XXXIX, da CF/88	XX
2.4.1.5. Quinto fundamento: Alteração do prazo prescricional, que se tornou variável para o mesmo tipo penal.....	XX
2.4.1.6. Sexto fundamento: Relativização da Súmula Vinculante n. 24 e o problema da exclusão do inciso V do art. 1º da Lei n. 8.137/1990 da redação do comando sumulado.....	XX
2.4.1.7. Sétimo fundamento: Impossibilidade de utilização de medidas cautelares para a apuração dos crimes tributários de natureza material	XX
2.4.1.8. Oitavo fundamento: Impossibilidade de apuração de fato criminoso previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90 mediante inquérito ou outro meio legal de investigação.....	XX
2.4.1.9. Nono fundamento: A total desproteção do bem jurídico tutelado e a diminuição da arrecadação tributária esperada	XX
2.4.1.10. Décimo fundamento: Os delitos tributários como antecedentes da lavagem de dinheiro nos moldes da Lei n. 12.683/2012	XX
<i>2.4.2. Modulação dos efeitos da alteração jurisprudencial em caso de revogação da Súmula Vinculante n. 24 e da alteração do entendimento de que o crime se consumaria com o exaurimento da esfera administrativa</i>	<i>XX</i>

2.5. A Súmula Vinculante n. 26	XX
--------------------------------------	----

Conclusões	XX
-------------------------	-----------

Bibliografia	XX
---------------------------	-----------

Introdução

A necessidade do máximo cuidado que há se ter com a edição das súmulas vinculantes, especialmente nas searas penal e processual penal, levou à produção desta presente obra, que tem por objetivo fazer, inicialmente, exame dos requisitos constitucionais e legais indispensáveis à hipótese para suas edições, passando-se, na sequência, por ponderações e ultimando com análise crítica dos enunciados correlatos editados pelo Supremo Tribunal Federal.

Destacamos que a finalidade passa longe de escrever uma teoria geral. Unicamente quer-se, a partir dos dispositivos constitucionais e legais que tratam do tema, alertar para os problemas que decorrem da edição (muitas vezes açodada) de uma súmula vinculante quando não presentes os pressupostos para tanto, tudo como forma de reforçar a necessidade de existir o que chamamos de *cautela maior ou redobrada* em abstrato em situações dessa natureza.

Exatamente por isso enfatiza-se o acerto da ponderação trazida pelo Ministro Marco Aurélio quando dos debates da Súmula Vinculante n. 9, ao dizer que *principalmente quando se cogita de verbete vinculante a alcançar a liberdade de ir e vir (...) devemos marchar com certa cautela*.

Assim, desenvolvendo, aprimorando e crescendo ideias a inúmeras outras análises já apresentadas em diferentes locais, o centro desta pequena obra está em tentar consolidar alguns (quicá os essenciais) fundamentos jurídicos para a necessidade de o Supremo Tribunal Federal, no inerente mister que lhe é conferido constitucionalmente, continuar emitindo súmulas vinculantes, mas com o devido cuidado em determinados casos que envolvam o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Também serão trazidos argumentos tentando demonstrar que, em algumas situações, a Suprema Corte, talvez na tentativa de findar determinada controvérsia jurídica e decisões díspares dentro do próprio Tribunal, não adotou as devidas cautelas, emitindo comandos sumulados que carecem de urgente modificação e, alguns, de revogação ou alteração.

Capítulo I

Parte Geral

1. Parte Geral

1.1. Requisitos essenciais para a edição das súmulas vinculantes

Os pressupostos basilares para a edição das súmulas vinculantes foram incluídos na Constituição da República por intermédio da Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, que adicionou o art. 103-A, com a seguinte redação

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, **após reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Na Lei n.11.417, de 19.12.2006, que regulamentou o tema, previu-se (ao que interessa destacar aqui):

“Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judi-

ciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

[...]

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discute a mesma questão.”

No Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que de forma complementar e mais minudente tratou do tema, extraem-se as seguintes regras pertinentes acerca do detalhamento do procedimento para emissão de súmulas vinculantes:

Art. 4º Título XIII

DA SÚMULA VINCULANTE

Art. 354-A. Recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, a Secretaria Judiciária a autuará e registrará ao Presidente, para apreciação, no prazo de cinco dias, quanto à adequação formal da proposta.

Art. 354-B. Verificado o atendimento dos requisitos formais, a Secretaria Judiciária publicará edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de cinco dias, encaminhando a seguir os autos ao Procurador-Geral da República.

Art. 354-C. Devolvidos os autos com a manifestação do Procurador-Geral da República, o Presidente submeterá as manifestações e a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos Ministros da Comissão de Jurisprudência, em meio eletrônico, para que se manifestem no prazo comum de quinze dias; decorrido o prazo, a proposta, com ou sem manifes-

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

tação, será submetida, também por meio eletrônico, aos demais Ministros, pelo mesmo prazo comum.

Art. 354-D. Decorrido o prazo do art. 354-C, o Presidente submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta.

Art. 354-E. A proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante poderá versar sobre questão com repercussão geral reconhecida, caso em que poderá ser apresentada por qualquer Ministro logo após o julgamento de mérito do processo, para deliberação imediata do Tribunal Pleno na mesma sessão.

Art. 354-F. O teor da proposta de súmula aprovada, que deve constar do acórdão, conterà cópia dos debates que lhe deram origem, integrando-o, e constarão das publicações dos julgamentos no Diário da Justiça Eletrônico.

Art. 354-G. A proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula tramitará sob a forma eletrônica, e as informações correspondentes ficarão disponíveis aos interessados no sítio do STF. (De acordo com a Emenda Regimental 46/2011)

Em síntese, podemos elencar os seguintes requisitos essenciais para que se possa editar a súmula vinculante:

- a) a decisão deve ser tomada por 2/3 dos membros do STF (8 votos, que é o mesmo quórum indispensável para iniciar a sessão do Tribunal Pleno);
- b) o tema tratado, em razão da própria competência do STF, deve ser de cunho *constitucional* e é imprescindível que tenha havido previamente *reiteradas* decisões acerca do que vier a ser sumulado;
- c) deve cuidar de matéria com controvérsia atual e que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão;
- d) devem ser obedecidos os trâmites procedimentais detalhados na Lei nº 11.417/2006 e no Regimento Interno do STF.

Já o objetivo da súmula vinculante será (§ 1º) a validade, a interpretação e a eficácia de normas jurídicas já existentes.

1.2. A necessidade de utilização do instituto de forma mais cautelosa em relação a questões de natureza penal e processual penal

Se a edição de uma súmula vinculante já reclama a observância bem detalhada e minudente dos seus requisitos essenciais, não nos restam dúvidas em afirmar já agora que todos os cuidados devem ser redobrados quando se estiver tratando de edição de comandos vinculativos com conteúdo de Direito Penal ou de Direito Processual Penal.

Na linha do que já defendemos noutra obra ¹, os ensinamentos de Garcia de Enterría são integralmente aplicáveis ao caso, ao discorrer no sentido de que *o juiz constitucional não pode perder de vista, em nenhum momento, as consequências práticas da decisão que tomar, e que certas sentenças têm efeitos vinculantes gerais ou com força de lei. Essas sentenças podem ocasionar catástrofes não apenas para o caso concreto, mas para outros inúmeros casos, e, quando tais sentenças são politicamente inexatas ou falsas (no sentido de que arruinam as tarefas políticas legítimas de administração do Estado), a lesão pode alcançar toda a comunidade. Encerra com assertiva incisiva, porém correta: “el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones”*².

Não se pode deixar de referir que o *efeito* (inclusive prático) das súmulas vinculantes é o mesmo daquelas decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. É o que se extrai da análise conjunta das regras do § 2º do art. 102 e do *caput* do art. 103-A, ambos da Constituição Federal.

Aquilo que então dissemos amolda-se na íntegra ao caso sob exame, não só em questões teóricas gerais (sobre a restrição e análise mais acurada das consequências previamente do que se está sumulando) como também diante dos casos concretos, em que ousamos sustentar e indicar o que *não se deve* fazer quando editar uma súmula vinculante.

Efetivamente, e em ainda sede prefacial, calham ao caso as lúcidas ponderações da Ministra Ellen Gracie nos debates da Súmula Vinculante n. 14, quando referiu que, malgrado favorável e defensora da existência de súmulas vinculantes, *como ferramenta útil à administração judiciária, creio que se impõe, ao examinar a proposta de enunciado, a consideração de conveniência e oportunidade. E faço essa provocação ao eminente Relator e também aos colegas para que possamos verificar se este é, efetivamen-*

¹ FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. 2006. Porto Alegre, Verbo Jurídico, p. 185.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 179, 180 e 183.

te, um daqueles casos em que haja urgência e necessidade de a Corte Suprema manifestar um absoluto posicionamento a respeito da matéria, matéria que, como se sabe, foi desenvolvida no parecer da Procuradoria da República, interessa – sejamos claros – não àqueles investigados de pouco poder aquisitivo. Coloco essa provocação para os colegas refletirem porque acho que esse instrumento extremamente poderoso, colocado pelo legislador nas mãos do Supremo Tribunal Federal, não deve, de forma nenhuma, a Corte eventualmente permitir que ele seja manipulado para finalidades que não sejam as de estrita administração judiciária.

De fato, e para além dessas considerações, determinadas posições jurisprudenciais têm trazido – em nossa compreensão, *venia concessa* – efeitos calamitosos para os casos concretos.

Que fique claro: a crítica não é aos seus prolotores, mas à ausência do devido cuidado ao não atentar para a excepcionalidade de uma súmula vinculante e os efeitos deletérios que podem existir sobre o ordenamento jurídico a partir de algo que não tenha uma base sólida o suficiente, notadamente em discussões exaurientes a respeito do tema.

Não de hoje dissemos que o açodamento, especialmente dos tribunais superiores, em querer firmar *posições* tem gerado enormes gravames para a prática e com violação frontal de muitos princípios essenciais que deveriam ter sido levados em conta no sopesamento prévio à declaração de alguns precedentes. E isso se revela normalmente quando da edição das primeiras súmulas (vinculantes ou não).

Com efeito, as súmulas vinculantes são instrumentos muito importantes e essenciais para o estabelecimento de uma uniformidade de decisões em quaisquer das instâncias que temos hoje no sistema judicial brasileiro, evitando-se (ao menos em tese) a existência de multiplicações quase infinitas de recursos de todos os tipos.

Não se pode perder de vista, ainda, que o volume de recursos (muitas vezes *substituídos indevidamente* pela banalização do *habeas corpus* – e aceitos na maioria das vezes, malgrado a Súmula 691, STF, hoje relativizada) tem aumentado cada vez mais.

Então, a utilização do expediente constitucional das súmulas vinculantes para uniformização de precedentes é vital, inclusive foi este um dos argumentos fundamentais para a aprovação da alteração constitucional: a redução dos recursos.

Estamos de acordo com todas as premissas teóricas acerca do instituto. O grande problema – e daí nossa crítica específica – é a ausência dos necessários cuidados e dos suficientes debates sobre os temas, sem que tenha a devida maturação e visão mínima do alcance do que está sendo objeto de consolidação num comando sumulado com efeito vinculante.

Capítulo II

*Análise crítica das
súmulas vinculantes
em matérias penal
e processual penal*

2.1. A Súmula Vinculante n. 9 e a questão da revogação do tempo remido

Súmula Vinculante n. 9: “O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”.

A norma da Lei de Execuções Penais referida no enunciado previa, na redação original e na época em que apreciado o tema para ser objeto de súmula no STF, que “o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”.

Ulteriormente, por conta da edição da Lei n. 12.433/2011, passou a dispor que “em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar” (grifamos).

A alteração havida não afasta a necessidade de enfrentamento do tema aqui, na medida em que a novel disposição apenas veio a ser *novatio legis in melius*, afastando a perda total dos dias remidos para permitir que, diante do caso concreto, o juiz da execução penal revogue até (ou seja, no máximo) 1/3 (um terço) dos dias remidos.

Tanto é assim que, corretamente, a jurisprudência passou a reconhecer que essa regra deveria ser aplicada retroativamente, pois mais benéfica³.

³ HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA CÁLCULO DO BENEFÍCIO DE PROGRESSÃO DE REGIME. LIMITAÇÃO DA PERDA DOS DIAS REMIDOS. ART. 127 DA LEP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA. LEI 12.433/2011. COMPETÊNCIA DO JUIZ DA EXECUÇÃO. [...] 3. Em face da alteração legislativa introduzida pela Lei 12.433/2011, que modificou a redação do art. 127 da LEP, esta Suprema Corte tem admitido a retroatividade da norma mais benéfica para limitar, nos casos de falta grave, a perda dos dias remidos em até 1/3 (um terço). Precedentes. 4. Caberá ao Juízo da Execução Penal proceder à análise da limitação da perda dos dias remidos, nos termos da Súmula nº 611/STF (“Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”). 5. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão de ofício para determinar que o Juízo da execução criminal proceda à aplicação retroativa da Lei 12.433/2011, observada a limitação da perda dos dias remidos em até 1/3 (um terço). (Habeas Corpus n. 118.797-SP, STF, 1ª Turma, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 4.2.2014, publicado no DJ em 27.2.2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. CONDENADO FLAGRADO NA POSSE DE UM APARELHO CELULAR SEM CHIP E BATERIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA O PLEITO DE NOVA PROGRESSÃO. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. FRAÇÃO DE 1/3 PREVISTA NO ART. 127 DA LEP. LIMITE DE REVOGAÇÃO DOS DIAS REMIDOS. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.[...] 3. A Lei 12.433/2011 alterou a redação do art. 127 da LEP para limitar a revogação dos dias remidos à fração

2.1.1. Principais debates no Plenário para a edição da súmula vinculante

O tema dos necessários debates – e redobrada cautela – para a edição de súmulas, notadamente as de caráter vinculante, já foi destacado em tópico geral anterior, mas não há se deixar de examinar, caso a caso, os fundamentos jurídicos (que hodiernamente são muito pouco considerados em análises posteriores à edição da jurisprudência como um todo) declinados pelos membros da Suprema Corte.

Noutras palavras, há um certo hábito conformista de, após *firmada* a jurisprudência (em súmulas, vinculantes ou não, ou também por intermédio de reiteradas decisões), deixar de rediscutir se foi correta a abordagem adotada e, especialmente, esquece-se de analisar os fundamentos que embasaram determinado posicionamento, valorando-se mais o que designamos de “argumento da autoridade” em detrimento da “autoridade do argumento”.

Não temos dúvidas de que as decisões merecem ser respeitadas, mas precisam ser mais debatidas, inclusive após suas prolações, fortalecendo a dialética e o sistema democrático judicial e, notadamente, se observada a inadequação do que possa ter sido estabelecido aos casos práticos e até mesmo porque o direito (e a legislação) vive em permanente movimento.

Assim, com a finalidade de manter a integralidade e a originalidade, não há como deixar de transcrever pelo menos excertos essenciais do que foi consignado:

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas coloco a questão de ordem que disse que suscitaria em toda e qualquer proposta de verbete de súmula feita no Plenário **sem a observância de um certo procedimento – a submissão à Comissão de Jurisprudência. Sequer estamos diante, neste caso, de um processo que tenha sido apreciado nesta sessão pela Corte.** Veio a proposta – pelo menos a mim – surpreendendo, e, no caso, ainda se tem no Tribunal uma Comissão, que é a Comissão de Jurisprudência. Penso que, principalmente quando se cogita de verbete vinculante a alcançar a liberdade de ir e vir, sendo que, até mesmo um colega que está presente vem se debruçando sobre a matéria – o Ministro Carlos Ayres Britto, **devemos marchar com certa cautela.** Então, a questão de ordem

de um terço, mantendo a previsão de reinício da contagem do prazo para a obtenção de benefícios. A nova lei mais benéfica, portanto, deve retroagir para beneficiar o condenado, por força do que dispõe o art. 5º, XL, da Constituição Federal. 4. Recurso ordinário improvido. Ordem concedida de ofício, para que o juízo da execução limite a perda dos dias remidos em até um terço. (RHC nº 114.967-GO, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 22.10.2013, publicado no DJ em 5.11.2013)

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

que suscito é esta, no sentido de observarmos um procedimento mínimo, abrindo-se, realmente, um processo administrativo para apreciação do verbete quanto à matéria, e ouvindo-se, como já ressaltei, a Comissão própria da Corte, que é a de Jurisprudência.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Presidente, temos já alguns precedentes que têm se repetido aqui no sentido das súmulas vinculantes. Há a presença do eminente Procurador-Geral da República; é uma matéria, *data venia*, sobejamente **conhecida por parte de ambas as Turmas – é verdade que há alguma divergência, mas existem também mecanismos de revisão de súmula**, se for o caso. Com todo o respeito pelas ponderações do eminente Ministro Marco Aurélio, eu manteria a proposta que, aliás, não é minha, mas que recebo em mãos até na qualidade de membro desta Comissão de Jurisprudência, e veiculei em nome daqueles que a formularam. Então, mantenho a proposta de que se analise esta súmula vinculante na forma com que enunciei.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Isso não implica definição de falta grave, não estamos definindo o que seja falta grave; nem implica prejuízo de se analisar a falta grave sob o critério da proporcionalidade. Não é isso?

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Nada.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Está certo.

O DR. ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS (VICE-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) – Senhor Presidente, superada a questão de ordem, a Procuradoria-Geral manifesta-se favoravelmente à aprovação do verbete, considerando que a matéria é extremamente conhecida e que reiterados são os precedentes da Corte a respeito.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, peço vênia para entender que, no caso, não cabe a edição de um verbete de súmula. E receio que esse verbete possa implicar até mesmo um *bis in idem*, considerado o verbete que tenho como incompatível com a Constituição Federal, é o de nº 691 da Súmula. Aqui, de que se trata? Reconheço que há, inclusive, precedentes do Plenário a respeito. Trata-se da perda dos dias remidos, e temos que esses dias são considerados remidos após a observância de tramitação de processo em que, presente a vida carcerária do custodiado, é ouvido o Ministério Público, para ter-se, a seguir, o crivo judicial, o crivo do juiz da Vara de Execuções. Nós sabemos que existe uma proporcionalidade quanto a dias trabalhados e dias descontados da reprimenda – três trabalhados, gerando um remido – e que, quase sempre, a remuneração do presidiário fica muito aquém do preço do serviço prestado, tendo em conta essa vantagem. Ora, se assento esse aspecto, e se digo mais, que à medida em que se trabalha, vai-se abrindo o processo de remição e proclamando que certos dias foram remidos, não há como, diante de uma falta grave verificada, fazer-se retroagir, em si, as conseqüências a ponto de se afastar do cenário jurídico um pronunciamento judicial já reconhecendo o direito que, portanto, passou a integrar o campo de interesses do presidiário. Acresce que se passa a ter duplicidade de punição, apenando-se de forma mais gravosa quem haja trabalhado. De qualquer forma, creio que é chegar-se

ao extremo simplesmente com a edição de verbete vinculante. Peço vênia para votar de forma contrária ao entendimento do proponente – não sei quem foi o proponente da proposta, porque Sua Excelência – o Ministro Ricardo Lewandowski – ressaltou que recebeu a proposta em exame. Teria até curiosidade em saber das mãos de quem Sua Excelência recebeu essa proposta para apresentá-la.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Tenho a impressão de que, na terça-feira, houve julgamento nas Turmas, e se identificou o excesso de processos sobre esse tema.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Há inclusive, no RE nº 452.994, até citado aqui no acórdão do eminente Ministro Eros Grau, se consigna expressamente que o Pleno do Supremo reafirmou, ou seja, afirmou novamente essa tese que vem sendo reiterada pelas Turmas e pelo próprio Pleno. Na verdade, trata-se de uma elaboração coletiva, Senhor Presidente. Veio às minhas mãos e eu entendi que seria interessante que nós a propuséssemos neste final de tarde.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Senhor Presidente, vou aderir, insistindo nas duas observações. O conceito de falta grave está em aberto. Nós não estamos aqui fechando nenhum compromisso com o conceito de falta grave. Depois, a perda dos dias remidos pode se dar por forma proporcional à gravidade da falta. Então, com essas duas ponderações, eu acompanho.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – De qualquer forma, submetida a controle judicial devido, claro.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Perfeito. Não estamos dizendo que se perde tudo, que os dias remidos serão totalmente perdidos a partir da constatação de falta grave.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Só está-se dizendo da previsão da perda dos dias.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Apenas isso, que a previsão da perda dos dias remidos é constitucional. É o que nós estamos afirmando. Então, está certo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – E que, portanto, não haveria falar em direito adquirido, porque estaria submetido a regras específicas. É só isso.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Perfeito.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – As manifestações são, portanto, no sentido da aprovação da Súmula nos termos propostos pelo Ministro Lewandowski, vencido o Ministro Marco Aurélio, que já aduziu as suas razões aqui.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Esta é a Súmula nº 9?

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Sim.

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, pediria apenas para consignar também que fiquei vencido na questão de ordem quanto à audição da Comissão de Jurisprudência.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – O Ministro Marco Aurélio restou vencido também no que concerne à própria apreciação, ou à forma de apreciação da Súmula.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não sei se abriremos agora processo para a documentação desta decisão. Apresentarei a justificativa, consideradas as notas taquigráficas.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Sim. Sua Excelência tem enfatizado a necessidade de que os temas sejam submetidos diretamente à Comissão de Jurisprudência. (*publicado no DJ n. 172, de 12.9.2008, p. 31-32*)

2.1.2. Precedentes paradigmáticos que foram utilizados para fundamentar a edição da Súmula Vinculante n. 9

Do julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 570.188-3-RS (Relator Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, publicado no DJ em 22.6.2007), extraem-se os seguintes fundamentos:

Ressalte-se que o Plenário deste Tribunal, no julgamento do RE 452.994, Relator para o acórdão Sepúlveda Pertence, sessão do dia 23.6.2005, consolidou o entendimento segundo o qual o cometimento de falta grave pelo preso acarreta a perda dos dias remidos, sem que isso configure afronta ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito ou à coisa julgada. Este entendimento foi posteriormente reiterado no julgamento do HC 86.096, Rel. Eros Grau, Pleno, DJ 28.10.2005, e HC 91.084, Rel. Eros Grau, sessão do dia 17.4.2007, ocasião em que foi afastada a tese de que a perda dos dias remidos, por cometimento de falta grave, ocasionaria violação aos princípios constitucionais da isonomia, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

Do **Habeas Corpus n. 90.107** (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 27.3.2007, publicado no DJ de 27.4.2007), podem ser acrescidos os seguintes fundamentos:

[...] O instituto da remição deve pautar-se pelo disposto no art. 1º da Lei de Execução Penal, que tem a seguinte dicção: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Não pode, no entanto, ser interpretado de maneira a desprestigiar os apenados que cumprem regularmente sua pena, mesmo porque, segundo re-

mansoso entendimento desta Corte, o benefício compreendido no aludido instituto constitui mera expectativa de direito.

Assim, é perfeitamente legítima a sua perda, nos termos do art. 127 da LEP, na hipótese de cometimento de falta grave, como ocorre no caso dos presentes autos. Não há que se falar, pois, em desproporção entre a falta e a sanção, nem em violação ao princípio da igualdade, mesmo porque o instituto em tela consubstancia determinada política criminal que visa, em última análise, a paulatina reinserção social do apenado.

Em complemento, tem-se **no Habeas Corpus n. 91.084**, antes mencionado (Relator Ministro Eros Grau, 2ª Turma, julgado em 17.4.2007, publicado no DJ em 11.5.2007), que:

[...] Apenas para registro, dispensando a leitura, transcrevo o voto que preferi no HC n. 86.093, após a decisão do Pleno no RE 452.994:

“O Pleno desta Corte reafirmou, recentemente (em 23.6.2005), o entendimento de que a prática de falta grave implica a perda dos dias remidos pelo trabalho, afastando, desse modo, a alegação de ofensa a direito adquirido (RE n. 452.994, Relator originário o Ministro Marco Aurélio, sendo Relator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence). Na ocasião, o Ministro Marco Aurélio votou pela inconstitucionalidade do artigo 127 da Lei de Execuções Penais por entender que os dias remidos integram o patrimônio do preso. Prevaleceu, contudo, o fundamento do voto divergente do Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que na hipótese não há direito adquirido, já que a condição para conquistá-lo é o não-cometimento de falta grave durante o cumprimento da pena.

2. Cumpre enfatizar que o direito à remição subordina-se à condição e a termo, de modo que a subtração de 1/3 da pena por dia trabalhado somente se incorpora ao patrimônio jurídico do condenado ao final do cumprimento da reprimenda, caso não cometa falta grave. É o que ocorre, v.g., com o livramento condicional, que está sujeito à condição resolutive. O que há, na verdade, é mera expectativa de direito. Trata-se de medida de política criminal voltada à reinserção do indivíduo na sociedade e à abreviação do cumprimento de sua pena.

3. Por outro lado, não há consistência jurídica na alegação de desproporcionalidade, à consideração de que a punição alcançaria, de igual modo, os presos que não se sujeitaram ao trabalho e aqueles que laboraram. A razão é simples: a norma extraída do artigo 127 é dirigida, de forma isonômica, somente àqueles que têm expectativa de remir pena pelos dias já trabalhados.

4. Por fim, em se tratando de perspectiva de direito, como já salientado, a perda dos dias remidos não ofende o preceito constitucional relativo à dignidade do trabalho, eis que o direito à redução da pena é condicionado à abstinência de falta grave”.

Sem a necessidade de analisar todos os precedentes invocados por ocasião da expedição do comando sumular, pois já declinados até aqui os fundamentos que restam repetidos nos demais, cumpre apenas rememorar o que assentado no *leading case*, o RE 452.994-7-RS (Relator para o

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, julgado em 23.6.2005, publicado no DJ em 29.9.2006):

[...] O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator): [...]

O artigo 127 da Lei de Execução Penal preceitua que o condenado que for punido com falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando um novo período a partir da data da infração disciplinar. Cumpre, então, definir: ocorrida a fuga – iniludivelmente prevista como falta grave – inciso II do artigo 50 da Lei de Execução Penal –, perde o condenado os dias remidos e assim declarados mediante pronunciamento do Juízo da Execução?

O trabalho do preso tem como escopo maior a ressocialização, o retorno ao convívio social. A remição é forma de se alcançar a diminuição do tempo de execução de pena. Vale dizer que, a um só tempo, o preso tem ocupação, logrando o aporte de recurso viabilizador da ajuda a familiares e a repercussão dos dias trabalhados no tempo relativo à pena. Então, assento a primeira premissa: ante o trabalho prestado, tem-se forma mesclada de retribuição – aquela em pecúnia e o desconto de dias na pena imposta.

A dinâmica da vida é conducente a concluir-se que, passo a passo, com o trabalho e na proporção de ter um dia de pena por três trabalhados, dá-se, em verdadeira ficção jurídica, o cumprimento da pena. Ora, esse aspecto já seria suficiente a ensejar o entendimento sobre a inviabilidade do retorno ao *statu quo ante*, afastando-se do cenário jurídico algo já ocorrido e em relação ao qual a sociedade é a maior interessada. [...]

Abrindo divergência, no sentido da constitucionalidade da regra, defendeu o Ministro Sepúlveda Pertence:

[...] Continuo convencido de quem nem há ofensa ao direito adquirido nem à coisa julgada. Quanto à coisa julgada, é manifesto que, havendo dispositivo legal que prevê a perda dos dias remidos se ocorrer falta grave, não a ofende a aplicação desse dispositivo preexistente à própria sentença. Por isso mesmo, também, não há direito adquirido, porque é um direito sempre condicionado à não incidência posterior do condenado em falta grave.

E todos os demais acompanharam, com fundamentos sucintos ou reportados, o voto divergente, no sentido da validade da regra à luz do ordenamento constitucional.

2.1.3. Da correção da Súmula Vinculante n. 9

Não há se falar em malferimento de preceitos constitucionais pelo comando sumulado ora em análise.

Dispõe a redação atual do art. 126 da Lei de Execuções Penais que *“o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena., e que “§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: 1 –*

1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho”.

Porém, em caso de falta grave, “o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar” (art. 127, com a redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

Estamos convencidos de que a possibilidade de perda dos dias remidos em face de falta grave não se revela incompatível com a Constituição brasileira.

Em primeiro lugar, impende destacar que o pagamento em pecúnia pelo trabalho realizado não é objeto de questionamento e de sanção. Preenchidos os requisitos legais, o trabalho (e também o estudo agora) são facultativos ao preso, não podendo haver locupletamento do Estado (ou de terceiros) no caso de prestação de trabalho. Daí se extrai que todas as horas trabalhadas deverão ser *integralmente* remuneradas nos termos avençados mesmo que cometida falta grave com perda dos dias remidos para fins de abatimento da pena (art. 128. *O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos*).

Desse modo, não se sustenta a suposta alegação de que haveria eventual violação da dignidade da pessoa humana. O trabalho prestado terá a contraprestação remuneratória devida e previamente avençada.

O que poderá ocorrer unicamente será perda (agora parcial, apenas), ou não, dos dias trabalhados para fins de diminuição da pena total.

Ao contrário do que se possa pensar, o fundamento primordial a revelar a constitucionalidade da previsão de perda é exatamente o da isonomia.

Como defendemos noutra oportunidade⁴, “Bandeira de Mello⁵ sintetiza em cinco os cânones caracterizadores da violação ao preceito constitucional da isonomia, que se dá quando: a) a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, em vez de abranger uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada; b) a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não-residente nos fatos, situações ou pessoas desequiparadas; c) a norma atribui

⁴ FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. 2006. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-61.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 47-8.

tratamentos jurídicos diversos em atenção a fator de discrimen adotado que não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; d) a norma supõe relação de pertinência lógica em abstrato, mas a discriminação estabelecida conduz a efeitos contrapostos ou dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; e) a interpretação da norma extrai distinções, discriminações, desequiparações que não foram assumidas por ela, seja implícita seja explicitamente. Concatenada umbilicalmente com o Princípio da Justiça⁶, a equidade funciona como uma meta-norma que tem por escopo estruturar a aplicação de outras, estando direcionada tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei.”

Deflui de forma hialina – ao menos para nós – que alguém que comete falta grave no âmbito prisional não pode ter o tratamento idêntico àqueles que possuem comportamento exemplar (ou ao menos sem faltas graves). Numa situação dessas (tratamento isonômico linear, sem discrepância alguma), a finalidade maior (*ratio*) da remição estaria sendo violada, que é exatamente a exigência de demonstração de que a ressocialização (em tese o fundamento principal da pena) está sendo atingida.

Igualmente não há se falar em direito adquirido (de forma incondicional) à remição da pena pelos dias trabalhados. Há unicamente uma expectativa de direito, *condicionada* ao cumprimento de determinados requisitos (resolutividade).

Nesse quadrante, não se pode falar em *direito adquirido* aos dias remidos, se há *condicionamento* a outras circunstâncias (uma delas é o não cometimento de faltas graves), pois somente haverá a incorporação ao direito subjetivo do preso se houver a devida declaração pelo juiz, após ouvidas as partes, com o devido trânsito em julgado (atual § 8º do art. 126 da LEP, antes da Lei n. 12.433/2011, prevista no § 3º do art. 126).

Por isso, muito bem assentado pelo STF que há uma cláusula que condiciona a existência *de forma definitiva* daquilo que, até então, unicamente se reveste de uma *expectativa* de um direito.

⁶“O princípio generalíssimo que prescreve o igual tratamento dos iguais (e o desigual dos desiguais) recebe o nome de regra de justiça”. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 311. Analisando o pensamento Aristotélico, sintetiza Elaine Nassif: “Para Aristóteles, há três modos de ser injusto: quando se viola a lei; quando se toma mais do que devido e quando se falta com a igualdade. [...] Então cumpre perguntar o que é aplicar uma lei de forma justa? A resposta de Aristóteles a essa questão está em praticar a equidade. A equidade é a justiça não segundo a lei, mas sim como um corretivo da justiça legal. É que sendo a lei uma disposição genérica e abstrata, sua aplicação sem a consideração dos elementos específicos do caso concreto levaria a uma aplicação rígida, porém, injusta. Uma aplicação flexível da lei consiste em proceder à subsunção do fato à lei, e depois dos fundamentos dessa lei ao fato, de modo a se conseguir a tão desejada proporcionalidade, característica da justiça. Uma forma de se chegar ao meio-termo, à realização da prudência, da sabedoria prática, do discernimento [...]” NASSIF, Elaine Noronha. A *phrónesis Aristotélica, a Equidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 1, n. 3, abr./jun.2002, p. 36-7.

De forma complementar, não há se falar em ausência de proporcionalidade. Não há espaço aqui para desenvolver um estudo mais crítico e detalhado de como se deva realizar a proporcionalidade (e seus subprincípios), mas o que demonstra já de início que há um racional tratamento (necessário, adequado e proporcional em sentido estrito) é que a possibilidade de perda dos dias remidos deflui unicamente da prática de *faltas graves*⁷.

2.2. A Súmula Vinculante n. 11 e o uso de algemas: análise do *leading case*

Súmula Vinculante n. 11: *“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.*

O *leading case* que originou na sequência a expedição do comando sumulado acima mencionado ocorreu no julgamento do Habeas Corpus n. 91.952-9-SP (Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, publicado no DJ em 19.12.2008), cuja ementa tem o seguinte teor:

ALGEMAS – UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga.

JULGAMENTO – ACUSADO ALGEMADO – TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório.

⁷Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:

I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;

II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;

III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

No caso concreto, a impetração foi dirigida contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, arguindo-se (agora de forma mais limitada) que haveria nulidade no veredicto em razão de o réu ter permanecido com algemas durante todo o julgamento perante o Tribunal Popular. No *writ* defendeu-se a existência de constrangimento ilegal pelo uso das algemas quando ausente demonstração de periculosidade do agente preso e submetido a julgamento, fato que influiria negativamente na concepção dos jurados no momento da decisão.

No voto-condutor, o Relator, Ministro Marco Aurélio, ponderou que *“manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados”*.

Após longa explanação histórica, ponderou que *“a recente Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, ao implementar nova redação ao artigo 474 do Código de Processo Penal, tornou estreme de dúvidas a excepcionalidade do uso de algemas. Eis o preceito: Artigo 474 [...] § 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”*.

Foi além, defendendo que seria *“hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra, tornando clara, até mesmo, a concretude da lei reguladora do instituto do abuso de autoridade, considerado o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados. A Lei em comento – nº 4.898/65, editada em pleno regime de exceção –, no artigo 4º, enquadra como abuso de autoridade cercear a liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder – alínea ‘a’ – e submeter pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei – alínea ‘b’”*.

Concluiu concedendo a ordem para *“tornar insubsistente a decisão do Tribunal do Júri. Determino que outro julgamento seja realizado, com a manutenção do acusado sem as algemas”*.

A ordem foi concedida à unanimidade, tendo o Ministro Cezar Peluso sugerido a criação de uma súmula vinculante, estando assim fixados os sintéticos debates:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, consulto a Vossa Excelência e à Corte se não seria caso de, diante dos precedentes e de mais esse julgamento pelo Plenário, editarmos súmula que sintetize o pensamento do Tribunal, a despeito de ter sido aprovado, porque nem sabemos se isso se converterá em lei, recente projeto do Senador Demóstenes Torres e que basicamente atende a todas as exigências da decisão da Corte. Talvez fosse oportuno que a Corte editasse uma súmula.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Se o Tribunal me permitir, poderei encaminhar, considerados os precedentes e referências que devem constar, proposta de edição de verbete vinculante sobre a matéria.

Na sessão seguinte, em 13.8.2008, foram realizados os debates, publicados no DJ em 12.11.2008.

2.2.1. Principais debates no Plenário para a edição da súmula vinculante

Extrai-se da ata a proposta do Ministro Marco Aurélio, assim resumida:

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, os Colegas estão lembrados que julgamos, na última assentada, o Habeas Corpus nº 91.952, e o Plenário, sem divergência, teve a oportunidade de assentar, naquele julgamento, na análise da matéria, que a utilização de algemas é sempre excepcional, sendo o último recurso diante da possibilidade real de fuga e da periculosidade do agente. [...] Encaminhei a Vossa Excelência um simples esboço de verbete vinculante para constar da súmula da jurisprudência predominante do Supremo. Evidentemente, esse esboço há de contar com a colaboração dos Colegas no sentido de aperfeiçoá-lo, de tornar realmente extremo de dúvidas que a utilização de algemas é exceção. A regra é ter-se, com as cautelas próprias, a condução do cidadão, respeitando-se, como requer a Constituição Federal, a respectiva integridade física e moral.

Conforme já defendemos noutra oportunidade juntamente com Eugênio Pacelli⁸, é preciso destacar que *“quando exarada a súmula, ao menos segundo compreendemos, não se fazia presente o requisito constitucional do § 1º do art. 103-A (incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), que exige a presença de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”*.

⁸PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 954.

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas
especiais na edição em matérias penal e processual penal

A situação para enfrentamento foi literalmente pinçada de caso que se encontrava a tempos pendente de apreciação⁹ sem que houvesse – ao menos não há a indicação objetiva nesse sentido – de nenhuma controvérsia que pudesse acarretar grave insegurança acrescida (os requisitos são cumulativos – “e”) de relevante multiplicação de processos sobre o mesmo tema.

Veja-se ainda que a situação tratada no *habeas corpus* era específica de um réu que fora mantido algemado durante a sessão plenária do Tribunal do Júri, enquanto que a súmula, muito mais genérica, abrangeu situações outras não enfrentadas na limitada discussão do *writ*.

Não se pode perder de vista também que, quando da proposta da Súmula Vinculante n. 9 (anteriormente analisada), o Ministro Marco Aurélio – relator no presente caso – fez crítica à pretensão de edição de comando sumulado ponderando, dentre outras razões, que não havia sido adotado o procedimento correto de envio do tema à Comissão de Jurisprudência.

O procedimento que lá – com razão – criticou aqui adotou, *data venia*.

De fato, como se extrai dos debates, não houve a *devida cautela* para a criação da súmula vinculante. Após a sessão em que se deferiu a ordem (a análise do caso paradigmático foi feita pelo Plenário, atendendo-se requisito outro), na subsequente houve direta apreciação da proposta, cuja *minuta de redação* havia sido enviada pelo Ministro Marco Aurélio à Presidência, desencadeando a *imediata* aprovação da súmula.

De qualquer forma, não se pode deixar de admitir que, da leitura do *leading case*, foram bem esquadrinhados os precedentes – especialmente do Supremo Tribunal Federal – que circundavam o tema.

Por essa razão, e na linha do que sempre sustentamos em matéria de nulidades (adiante especificado, ainda quanto ao tema específico da Súmula Vinculante 11), temos que esta inobservância procedimental não pode gerar, *por si só*, nulidade do resultado (a súmula editada), pois, *no caso concreto*, não gerou prejuízo algum para o fim colimado pela norma procedimental, que é exatamente a apresentação detalhada dos precedentes da Corte que antecederam os debates para a edição (ou não) da súmula. Embora, repise-se, a súmula foi muito mais abrangente que o caso tratado.

⁹Distribuído em 13.7.2007, foram encaminhados ao Ministério Público em 25.7.2007, retornando com parecer em 14.8.2007, sendo apresentados para julgamento, em mesa, quase um ano depois, em 11.7.2008.

Por fim, não podemos deixar de fazer o registro que demonstra, de certa forma, a ausência de racionalidade argumentativa adotada em referido *leading case* e da ulterior edição da súmula vinculante.

2.2.2. O conteúdo do comando sumulado e seus problemas

Sem motivos que nos tenham convencido do contrário, é preciso manter fidelidade ao que já sustentado a respeito do que consolidado pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao conteúdo da Súmula Vinculante n. 11.

Em companhia de Eugênio Pacelli¹⁰, defendemos que houve essencialmente três equívocos *quanto ao mérito* na edição da súmula.

Quanto ao primeiro, dissemos que as

[...] súmulas devem reproduzir consolidada orientação do Tribunal acerca de determinada matéria, exigindo, por óbvio, reiteração de decisões em um mesmo sentido. Não parece ter sido essa a hipótese da Súmula 11.

Mas, para além disso, a anulação de processo, na perspectiva da possível contaminação dos jurados pelo uso de algemas em plenário, não apenas não se justifica, *por si só*, como pode produzir efeitos contrários àqueles desejados.

Não se desconhece e nem se nega tal possibilidade (de contaminação), do mesmo modo que também não se recusa o risco de perda de imparcialidade em casos de grande repercussão midiática, como ocorreu no já famoso *Caso Nardoni* (pai e madrasta acusados e condenados pela morte da filha – e enteada).

A questão, porém, não é essa.

Não nos parece possível o controle absoluto quanto ao nível de influência, nem da mídia e nem de determinadas simbologias da culpa (algema, uniformes penitenciários etc.), no imaginário de justiça dos jurados. Esse nos parece um risco que se tem que assumir quando se adota o Tribunal do Júri, órgão judicante – único – dispensado do dever de fundamentar suas decisões, acolhido em nossa Constituição republicana (art. 5º).

Certamente que algumas providências até podem e devem ser tomadas, com o objetivo de, quando nada, diminuir os efeitos deletérios da *publicização* de determinadas tragédias cotidianas. É o que ocorre com a proibição de leitura em plenário de peças produzidas na mídia acerca das possibilidades de autoria e materialidade de crime contra a vida, tal como previsto no art. 479, CPP.

¹⁰PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 590.

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas
especiais na edição em matérias penal e processual penal

Mas também parece certa a impossibilidade de controle absoluto dessa influência, dado que o jurado, antes de compor o Conselho de Sentença, está inserido em todo o contexto e complexo de informações e de formação da opinião pública, sendo ele, inevitavelmente, destinatário de um sem-número de notícias/impressões pessoais/pareceres fornecidos pela indústria da informação. Esse ambiente, partilhado socialmente, é anterior à atuação do jurado em plenário.

De modo que tanto pode ser possível a influência do uso de algemas em plenário quanto pode não o ser. Não se saberá, ao certo, jamais.

Assim, a anulação de um processo em razão do risco de contaminação da liberdade dos jurados nos parece temerário, no mínimo, sobretudo quando diante da necessidade de apreciação acerca da solidez do material probatório submetido ao júri.

O segundo equívoco talvez seja o que traga maiores efeitos deletérios para os julgamentos em relação ao qual resta bastante claro que o Supremo Tribunal Federal não atentou. É que o uso das algemas, quando reconhecido como devido, especialmente quando se tratar de julgamento perante Tribunal do Júri, certamente terá uma probabilidade maior a influenciar sim no ânimo dos jurados, com efeitos até devastadores.

Ao trazer seus argumentos para deferir a ordem no caso concreto, atentou a Ministra Cármen Lúcia para o fato de que, *“diante do júri, as algemas projetam uma imagem que é fixada no próprio juízo do julgador. Aliás [...] passa-se uma idéia de periculosidade, e, de alguma forma, isso interfere no juízo que será emitido”*.

Exatamente isso que passará doravante: havendo algemas, a probabilidade de ser considerado esse ato um elemento *contrário* a defesa foi sobremaneira amplificado.

Não só. Como há também necessidade de *justificação por escrito* (acerca do uso das algemas), prosseguimos defendendo ¹¹ que

[...] parece inevitável o prejulgamento do crime, quando diante de um processo nessas condições, ou seja, quando justificadamente algemado o acusado. Em tal situação, aos olhos dos jurados, a mensagem será clara: além de estar sendo processado, o réu ofereceria riscos à segurança pública!

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal terminou por autorizar a antecipação de juízo que com a súmula se quis evitar. A diferença é que, a partir dela (Súmula 11), a influência se dará apenas quando o uso de algemas for necessário e justificado. Mas que não se duvide: nessa hipótese, a condenação será inevitável.

¹¹PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 591.

Por fim, quanto a outro equívoco, dissemos¹² ainda em complemento que “[...] *toda e qualquer responsabilidade administrativa e penal de qualquer servidor público decorre e depende de Lei. Não cabe às súmulas de jurisprudência dos tribunais qualquer missão pedagógica, sobretudo quando acima do tom das prescrições legais. Não se pode exigir motivação por escrito das autoridades encarregadas ou autorizadas à utilização de algemas quando não houver na Lei a referida exigência. O Poder Público age debaixo de Lei e não sob ordens abstratas do Poder Judiciário. De outra parte, correta a explicitação acerca do condicionamento do uso de algemas às hipóteses concretas de necessidade. De fato. Nenhum ato de coação às liberdades individuais pode ser realizado sem efetiva necessidade. Eventuais abusos no uso de algemas, assim como todos os demais excessos do Poder Público, devem ser objeto de controle, nos termos e nos limites unicamente da Lei*”.

Derradeiramente ainda dentro deste tópico é preciso deixar bem claro que não temos nenhuma dúvida de que o uso das algemas demanda sim a excepcionalidade, tal como a prisão em si. É preciso haver a proporcionalidade no ato, observada a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

O grande problema – e aí nossa crítica – é que o tema não deveria jamais ter sido objeto de súmula vinculante, notadamente nos termos da açodada (basta rever os debates entre os ministros a respeito do teor da súmula) redação e aprovação, numa sessão após a concessão de um *habeas corpus* afetado ao Plenário do STF.

2.2.3. Nulidade do ato x nulidade do processo: outra inobservância do Supremo Tribunal Federal aos seus precedentes

Como se vê, a Súmula Vinculante n. 11 prevê que se não forem observadas as formalidades e requisitos nela previstas poderá haver a “*responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado*”.

Quanto à responsabilização dos agentes que possam ter agido com suposto desvio de poder, já tecemos as considerações anteriormente.

A questão que remanesce como de relevo é a análise crítica da previsão da possibilidade de “*nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere*” e as consequências dessa eventual nulidade sobre os demais atos do processo em caso de inobservância das prescrições nela contida.

¹²PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Op. cit.*, p. 591.

Mesmo sabendo de posicionamentos contrários à existência (ou não) do que se denominaria Teoria Geral do Processo (aplicável também ao processo penal), há muito sustentamos que há se rever (e não pela existência ou não dessa teoria) a compreensão do sistema de nulidades defendido no Brasil.

Não temos ressaibo de dúvidas de que a *forma* é elementar num sistema de garantias (integralmente visto), mas ela não tem fim em si mesmo. Compreendemos que inexoravelmente a nulidade de um *ato* só poderá gerar a nulidade do *processo* se houver a demonstração de que aquela forma não obedecida acarretou prejuízo efetivo a uma das partes (e não apenas sob o ângulo da defesa, frise-se), com repercussão direta sobre os fatos subsequentes do procedimento.

É preciso suplantar a compreensão de que a inobservância de fórmulas legais acarreta *sempre* a nulidade não só do ato nulo (que, na essência, significa que ele não tem como ser sanado), mas também do processo (procedimento).

São duas coisas distintas e que merecem a devida contextualização.

Noutra oportunidade, propondo um contributo para a modificação das premissas na matéria de nulidades no processo penal, com a devida ponderação, defendemos¹³ o seguinte:

[...] Releva destacar inicialmente peculiar questão ao se formular a seguinte indagação: será sempre caso de reconhecimento automático da nulidade absoluta se não realizado o ato de acordo com a Lei, gerando-se, na sequência, a nulidade do processo?

Não nos restam dúvidas que a nulidade absoluta pode repercutir sobre o ato processual, pois ele não terá como ser convalidado. Mas nos parece que não se pode fazer a afirmativa peremptória e cartesiana de que, necessariamente, sempre deverá haver a nulidade do processo. Quer-se dizer com isso que, mesmo em se tratando de nulidades absolutas, é fundamental fazer a análise de ponderação se, do modo como praticado o ato (contra a lei), haveria, efetivamente, prejuízo para o processo (para as partes). E, em caso positivo, quais atos subsequentes deveriam ser declarados nulos (art. 573, §§ 1º e 2º, CPP).

O tema é deveras polêmico, sem dúvidas, mas é preciso assumir posição – sempre prudente, claro – de que o processo é regulado pela instrumentalidade das formas. Assim, se o ato for nulo – embora plenamente explicável o equívoco que o gerou – há de se ponderar diante do caso concreto se é hipótese de declaração de nulidade dos atos subsequentes ou não.

¹³PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.029/1.031.

De outro modo: temos claro posicionamento no sentido de que nem toda nulidade (absoluta ou relativa) do ato processual deverá implicar nulidade do processo. Visualizamos uma teoria de nulidades que deve estar preocupada não com a natureza do vício, mas dos efeitos que são gerados sobre o processo, e, nesse aspecto, se há violação da paridade de armas, causando-se prejuízo para alguma das partes.

Exatamente por isso, fazemos loas às excelentes considerações de Antonio do Passo Cabral (Nulidades no processo moderno, Forense, 2009), em que, com extrema habilidade e profunda pesquisa, demonstra que a importação de conceitos de nulidades do processo civil para o processo penal (que efetivamente ocorreu) tem gerado situações de perplexidade especialmente no âmbito criminal.

Mais: aponta o ilustre autor que, no Brasil, há um “fetiche da formalidade” (Op. cit., p. 13). E há mesmo! Cultua-se o que denominamos de formalidade do instrumento, e não instrumentalidade da forma.

Ao prosseguir, aprofunda a discussão para trazer dado extremamente relevante às nossas ponderações e pouco considerado quando se analisam as nulidades (sob o aspecto do processo geral, não só no âmbito penal). A respeito de posicionamentos no sentido de que as nulidades absolutas poderiam ser declaradas de ofício pelo juiz e as relativas não, assenta que “essas afirmações, encontradas em vários países, são fruto sobretudo da influência da doutrina italiana, que comumente diferencia as nulidades absolutas e relativas pela possibilidade de conhecimento de ofício ou necessidade de reconhecimento”. Defende (com razão, para nós) ser “problemático fulcrar na ordem pública ou no interesse público o traço distintivo da nulidade absoluta. Trata-se de conceitos fluidos, de significação imprecisa, ensejando decisões subjetivas ou com alto grau de arbitrariedade. Curiosamente, grande parte da doutrina brasileira aplaudiu a formulação de Galeno Lacerda, p. ex., ao diferenciar, com base no interesse público estatal, as nulidades absolutas ou relativas” (Op. cit., p. 88).

Já ficou claro que defendemos abertamente (malgrado cientes de que, ao menos por ora, é posição minoritária explícita na doutrina e na jurisprudência no âmbito processual penal) que, em tema de nulidades, há de se fazer a ponderação diante de todos os princípios orientadores do tema (especialmente a instrumentalidade das formas, o prejuízo, o interesse e a causalidade). Não negamos que há situações em que a nulidade do ato é evidente. Mas não pela nulidade em si (desrespeito à forma), mas sim pelo prejuízo efetivo que causa a uma das partes (mormente à defesa), ou seja, como dito anteriormente, pelos efeitos que são gerados sobre o processo.

Com efeito, se o processo é dinâmico (como deve ser!), fundamental se afastar do abstracionismo generalista e, a partir de algumas premissas, trabalhar com questões fáticas para (tentar) solucionar os problemas naturais do processo penal.

Na matéria em voga, não há tratamento uniforme, notadamente pela jurisprudência. A ausência de coerência científica ou lógica em matérias de

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

nulidades no processo penal brasileiro é algo ímpar, gerando situações verdadeiramente paradoxais, como adiante se verá.

De qualquer modo, traz-nos alento a existência de precedentes jurisprudenciais (especialmente do Supremo Tribunal Federal) finalmente reconhecendo que “a alegação de nulidade, relativa ou absoluta, deve ser acompanhada da demonstração de prejuízo” (HC nº 85.155-0 -SP, 2ª Turma, publicado no DJ em 15.4.2005; HC no 94.011-SP, julgado em 10.6.2008; HC nº 86.166-1-CE, 1ª Turma, por maioria, julgado publicado no DJ em 16.2.2006).

Portanto, crê-se que, também em sede de nulidades absolutas, dependendo do caso, se for possível realizar novamente (outro) ato e não houver prejuízo (especialmente) ao réu, não há de se declarar a nulidade do processo. No máximo, há de se declarar a nulidade apenas do ato, que, repise-se, não admite convalidação. E se houver nulidade do processo, que sejam mantidos hígidos ao máximo os demais atos, respeitando-se, na máxima proporção, a causalidade (art. 573, CPP).

Como destacado, em seus precedentes mais modernos, a Corte Suprema – para nós, corretamente – vem assentando que as nulidades no processo penal (independentemente se consideradas de natureza relativa ou absoluta) – e, para nós, *pouco importa mesmo o nome que se lhe atribua* – necessita a devida ponderação e demonstração se, do ato, decorreu inexoravelmente a contaminação do processo subsequente.

Nessa parte, ao analisar o precedente que ensejou a súmula vinculante, fácil constatar que essas premissas não foram observadas, na medida em que se extraiu uma ilação no sentido de que a nulidade reconhecida (no ato de determinar a manutenção do réu preso sem a devida justificacão por escrito) acarretou, necessariamente, o prejuízo.

É verdade que há uma dificuldade maior da demonstração desse prejuízo no caso concreto em que a decisão dos jurados não precisa ser fundamentada, senão unicamente baseada nas suas convicções e nos elementos de prova, cabendo desfazer a condenação unicamente naqueles casos em que a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos.

Entretanto, tal circunstância só reforça nossa convicção no sentido de que esse tema – afora a ausência dos requisitos legais – não deveria ter sido objeto de súmula vinculante.

Não se pode esquecer, ainda, que, no *leading case* (HC n. 91.952-9-SP), o Plenário do STF analisou caso concreto em que se entendeu que não teria havido a devida fundamentação no ato da juíza de primeiro grau, que, ao se manifestar sobre o pedido da defesa em plenário, **fundamentou sim** dizendo que entendia que “*não constitui constrangimento ilegal o réu permanecer algemado em Plenário, sobretudo porque tal circunstância se faz estritamente necessária para preservação e segurança do bom an-*

damento dos trabalhos, já que a segurança hoje está sendo realizada por apenas dois policiais civis. Assim, indefiro o pleito da defesa, observando ainda, como bem notou a Dr^a. Promotora de Justiça que o réu permaneceu algemado em todas as audiências ocorridas antes da pronúncia”.

Veja-se o paradoxo: havia fundamentação expressa pela necessidade da manutenção do réu algemado no caso originário. O que houve foi discordância dos *termos* da fundamentação. À toda evidência a situação não seria de *nulidade*, mas de – no máximo – reforma da decisão monocrática, mas jamais com repercussão de nulidade sobre o julgamento em si.

Em síntese final, uma vez mais demonstrada que a prudência necessária não se fez presente e os requisitos legais inobservados acabaram, em verdade, trazendo verdadeiro prejuízo para o sistema e sobretudo para os réus, que, doravante algemados durante a sessão do tribunal do júri, certamente reforçarão a ideia aos jurados de que devam ser condenados.

A propósito do problema causado por uma súmula desse jaez ao sistema, veja-se que, indiretamente, qualquer impugnação pela inobservância da súmula (havendo ou não razão) será encaminhada diretamente ao Supremo Tribunal Federal por meio de reclamação, açodando ainda mais a Corte Constitucional, que teria que se concentrar em controle de outros temas de relevo, notadamente aqueles com repercussões macro. Problema idêntico, que apenas demanda registro, se apresenta com a amplíssima possibilidade de questionamento de qualquer espécie de suposta nulidade por intermédio de *habeas corpus*, especialmente depois da relativização da Súmula 691, STF.

2.3. A Súmula Vinculante n. 14 e o direito de acesso aos autos: sua criação e considerações iniciais

Súmula Vinculante n. 14: *“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.*

Dos debates que ensejaram a súmula, podem ser extraídos alguns dados relevantíssimos para compreender as razões essenciais pelas quais a Corte Suprema editou – em nossa compreensão, novamente de força açodada – referido comando.

Da leitura inicial do relatório, vê-se que a proposta partiu de solicitação da Ordem dos Advogados do Brasil, que sugeria redação no sentido

de que “o advogado constituído pelo investigado, ressalvadas as diligências em andamento, tem o direito de examinar os autos de inquérito policial, ainda que estes tramitem sob sigilo”.

No início de seu voto, reportando-se a inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Menezes Direito ponderou que “no tocante às diligências já realizadas [...] entendo que deve ser assegurada vista dos autos ao advogado constituído pelo investigado”, propondo que a redação da súmula fosse que “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao direito de defesa”.

Estando plenamente de acordo com o mérito da proposta, mas com a prudência de quem sempre estudou a fundo a importância das súmulas vinculantes e a necessidade de que se verificasse a pertinência do uso do instrumento (com a presença dos requisitos legais estabelecidos), feitas, em nosso sentir, as ponderações iniciais da Ministra Ellen Gracie, ao dizer que sempre foi “uma entusiasta do instituto e creio que ele, em boa hora, veio como uma medida importante especialmente no que diz respeito à possibilidade de administração judiciária. Como ferramenta útil à administração judiciária, creio que se impõe, ao examinar a proposta de enunciado, a consideração de conveniência e oportunidade. E faço essa provocação ao eminente Relator e também aos colegas para que possamos verificar se este é, efetivamente, um daqueles casos em que haja urgência e necessidade de a Corte Suprema manifestar um absoluto posicionamento a respeito da matéria, matéria que, como se sabe, foi desenvolvida no parecer da Procuradoria da República, interessa – sejamos claros – não àqueles investigados de pouco poder aquisitivo. Coloco essa provocação para os colegas refletirem porque acho que esse instrumento extremamente poderoso, colocado pelo legislador nas mãos do Supremo Tribunal Federal, não deve, de forma nenhuma, a Corte eventualmente permitir que ele seja manipulado para finalidades que não sejam as de estrita administração judiciária”.

E foi mais enfática, com absoluta correção diante do que pensamos e ora defendemos, que sempre entendeu “que o uso da súmula vinculante deveria, pelo menos nos seus primórdios, atender à grande massa de processos que hoje inviabiliza o funcionamento do Judiciário. [...] Matérias tributárias, matérias referentes à Previdência Social que abarrotam os nossos fóruns deveriam ser matérias prioritárias para a pacificação por meio da edição da súmula vinculante”.

Outro indicativo de que o tema não estava firme o suficiente para edição de comando sumulado (na linha do que mais detalhado adiante) é o que se extrai dos seguintes debates:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Eu pensei numa redação, Ministro, não sei se Vossa Excelência concordaria com a redação que fiz, também para a discussão, evidente.

“O advogado constituído pelo investigado tem o direito de acesso ao conteúdo das diligências policiais já concluídas em inquérito policial”.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Nem todas, porque, como disse o Procurador, com razão, há certos elementos que, embora já concluídos, indicam a necessidade de realização de outros. Não é fácil. É questão grave. Há certas diligências cuja realização não se exaure em si mesmo, mas aponta para outras.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE – Ministro Cezar Peluso, é por causa de todas essas especificidades que eu dizia que a matéria não convém nem é oportuno que seja sumulada. Uma súmula não pode ser submetida a interpretações de todas as autoridades policiais. Ou então não é uma súmula vinculante”.

Novamente calham as lúcidas ponderações da Ministra Ellen Gracie ao referir que, *“ao que tudo indica, a aplicação ou não desta súmula vai depender de interpretação a ser dada por cada uma das autoridades policiais, no curso das investigações. Isso não é um bom sinal – volto a dizer –, parece-me sinalizar no sentido das minhas preocupações. A súmula é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação. De modo que, fazendo esses reparos, peço vênia ao eminente Relator e aos demais colegas que o acompanham, mas me manifesto contrariamente, não ao mérito, que, com relação a este, já foi dito, o próprio Estatuto da Ordem garante acesso dos ilustres defensores às peças processuais, mas quanto à edição da própria súmula”*.

Eis o ponto. Houve edição de súmula vinculante para o que lei vigente (Lei 8.906/1994) já garantia (e inclusive **em maior extensão** do que consignado na súmula): *“Art. 7º. São direitos do advogado: [...] examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos”*.

A propósito, diga-se que o Ministro Celso de Mello reconheceu em seu voto que *“o Estatuto da Advocacia – ao dispor sobre o acesso do Advogado, desde que investido de mandato, aos procedimentos estatais que tramitem em regime de sigilo – assegura-lhe, como típica prerrogativa profissional, o direito de examinar os autos sempre em benefício de seu constituinte, e em ordem a viabilizar, quanto a este, o exercício do direito de conhecer os dados probatórios já formalmente produzidos no âmbito da investi-*

gação penal, para que se possibilite a prática de direitos básicos de que também é titular aquele contra quem foi instaurada, pelo Poder Público, determinada persecução criminal". E depois reforçou (fl. 79 do mesmo aresto) que "tratando-se de advogado, o acesso aos autos do inquérito policial ou do processo judicial constitui prerrogativa profissional, que deve sempre ser respeitada pelo Poder Público, eis que assegurada pelo próprio Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94, art. 7º, incisos XIII e XVI). Cuida-se de autos sujeitos a regime de sigilo, o respectivo acesso dependerá da existência do necessário instrumento de mandato, como expressamente estabelecido pelo art. 7º, XIII, da Lei nº 8.906/94".

Todas essas circunstâncias revelam a absoluta desnecessidade de utilização de súmula vinculante, embora deixamos expresso que, quanto ao tema de fundo (não a redação em si), estamos perfeitamente convictos de que o acesso dos autos deva ser garantido ao defensor para o exercício da ampla defesa, inclusive na fase de investigação (independentemente da natureza dela e por quem conduzida), ressalvadas as hipóteses de vista imediata para não causar prejuízo para a apuração em andamento.

A questão central é que o *meio* utilizado, a súmula vinculante (com possibilidade de uso *direto* da reclamação na Corte Suprema), desvirtua por completo o sistema, quando a parte já teria (e ainda tem) a possibilidade de utilização (já alargada pela própria jurisprudência brasileira) do uso do *habeas corpus* para a proteção dos direitos fundamentais relacionados ao devido processo legal.

2.3.1. O direito fundamental à ampla e devida defesa

Sobre o direito à defesa (notadamente a *técnica*), calha trazer o que apontamos noutro espaço, mantendo a íntegra do que lá exposto¹⁴:

261.1. Autodefesa, defesa técnica e defesa efetiva: No sistema de garantias individuais no processo penal brasileiro avultam alguns princípios fundamentais, indispensáveis à configuração de um devido processo legal.

E, dentre eles, o princípio da ampla defesa assume posição de maior destaque, na linha do garantismo acolhido na Constituição da República.

A partir de uma acusação, deve o Estado envidar todos os esforços para o cabal esclarecimento dos fatos, na perspectiva da defesa. E não porque seria ele (Estado) generoso ou bondoso em relação aos seus cidadãos. Mas, porque, como já assinalamos em diversas oportunidades, o conhecimento pós-moderno, em todos os setores da coexistência humana, deve se orien-

¹⁴ PACHELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 6 ed., 2014, São Paulo: Atlas, p. 536/537.

tar pela prudência, quanto à validade de suas conclusões. Isso, no âmbito de uma teoria ou da filosofia do conhecimento.

E a aplicação do Direito Penal tem início em um processo também de conhecimento, dos fatos e do direito, a ser buscado segundo regras específicas e aceitas pelo ordenamento (provas e decisões judiciais). Nesse passo, a situação de inocência do acusado – até que se prove o contrário – deve ser levada a sério. Evidentemente, não se quer com isso diminuir a importância da atuação dos órgãos públicos responsáveis pela persecução penal. Não. A tutela penal dos direitos fundamentais, acolhida expressamente em nossa Constituição, em vários dispositivos (inafiançabilidade para determinados crimes, garantia da ação penal subsidiária pelo ofendido etc.), segue merecendo todos os cuidados.

No entanto, como o Estado atua com poder e até com violência institucionalizada, deve ele se acautelar contra as armadilhas da certeza definitiva sobre as investigações que promove e leva a cabo.

Ampla defesa não é nada mais que isso: a abertura total à dúvida razoável, a partir do reconhecimento da precariedade do conhecimento humano. O risco de absolvição de um culpado é muito grave; mas, aquele (risco) de condenação de um inocente é simplesmente impagável e inaceitável, a não ser por erro plenamente justificado na própria falibilidade humana.

Daí, a opção do princípio da ampla defesa e não do da ampla acusação entre os povos civilizados.

Por isso, os termos da Súmula Vinculante nº 14, do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Obviamente, não será cabível a aplicação da Súmula quando indispensável a manutenção do sigilo da investigação, relativamente ao material ainda em fase de produção (medidas cautelares, sobretudo).

A autodefesa significa a atuação do acusado em favor de seus interesses, seja prestando depoimento (autodefesa ativa), seja apontando provas ao juiz e ao seu defensor, seja, enfim, monitorando todo o desenrolar do processo. Mesmo o silêncio, que é direito dele, constitui autodefesa (passiva).

Mas, como o processo envolve a realização de uma série de atos (processuais) de natureza eminentemente técnica, exige-se que o acusado esteja acompanhado, em todo o processo, por um defensor técnico, isto é, um advogado, regularmente inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil.

E a defesa técnica deve, portanto, se fazer presente em todos os atos do processo, ainda quando o acusado tenha se manifestado contra seus interesses (confissão), ou a tenha dispensado expressamente. O interesse ali presente não é disponível: ao Estado somente interessa a aplicação do Di-

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

reito Penal àquele que, segundo o devido processo legal, se possa comprovar a responsabilidade pessoal pelo fato.

Se o réu for ele próprio advogado, poderá promover a sua defesa (art. 263, CPP), não podendo o juiz, porém, a tanto obrigá-lo. A escolha do defensor é livre.

Já a defesa efetiva ocupa posição central no quadro da ampla defesa. É que, muito mais importante que a designação de um defensor para o réu, é a efetiva atuação daquele (defensor) em favor deste (réu). A defesa, para ser efetiva, deve ser parcial, impondo ao advogado o dever de atuar, nos limites da Lei, mas sempre em favor dos interesses do acusado.

Como veremos, logo a seguir, a exigência de manifestação fundamentada imposta ao defensor público ou dativo (dado ou designado pelo Estado) deve ser estendida ao defensor constituído pela parte, afinal, não se poderá punir o acusado pela má escolha do profissional da advocacia.

No entanto, como também veremos, a exigência de fundamentação deve ser vista com cautela e com reserva. Muitos atos processuais nos quais ocorre a manifestação da defesa não exigem fundamentação, diante da singularidade da matéria ou da posição defensiva a ser adotada, até mesmo como estratégia.

Uma observação complementar importantíssima: podem ser encontrados precedentes jurisprudenciais e doutrina defendendo que a justificativa que ampara a súmula vinculante sob análise seriam, essencialmente, os princípios da ampla defesa e do contraditório, como derivados do devido processo legal.

Assim não concordamos: o fundamento *basilar* é o da ampla defesa. Não há se falar em contraditório em sede de procedimento investigatório, seja qual for a natureza dele.

E nesse ponto já outro alerta: peca em parte a restrição feita pela súmula vinculante, que se refere à possibilidade unicamente em “*procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária*”.

Revelando também aqui que não houve a análise acurada sobre todos os efeitos e amplitude da súmula vinculante em voga¹⁵, importante destacar que o próprio Supremo Tribunal veio a reconhecer atualmente (com o que concordamos, diga-se) que o comando sumulado também se aplica a procedimentos investigatórios *de outras naturezas* e não realizados exclusivamente pela polícia judiciária.

¹⁵Cumprir lembrar que, embora a súmula aprovada tenha o número 14, tratava-se do primeiro projeto a ser apreciado pela Corte Suprema, o PSV nº 1.

Tome-se como exemplo o caso abaixo, um dentre dezenas que podem ser colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL, AO ARGUMENTO DE ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INVESTIGATÓRIO PROCEDIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE NÃO-CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA. 1. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. Não há controvérsia na doutrina ou jurisprudência no sentido de que o poder de investigação é inerente ao exercício das funções da polícia judiciária – Civil e Federal –, nos termos do art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF. A celeuma sobre a exclusividade do poder de investigação da polícia judiciária perpassa a dispensabilidade do inquérito policial para ajuizamento da ação penal e o poder de produzir provas conferido às partes. Não se confundem, ademais, eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E esta atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior. O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. À guisa de exemplo, são comumente citadas, dentre outras, a atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Lei 9.613/98), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por que não lembrar, *mutatis mutandis*, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado. Convém advertir que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. **A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O pleno conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14 desta Corte, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo. Não é razoável se dar menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para as investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal. Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. É que esse campo tem-se prestado a abusos. Tudo isso é resultado de um contexto de falta de lei a regulamentar a atuação do Ministério Público.** No modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente, devendo a atuação dar-se de forma subsidiária e em hipóteses específicas, a exemplo do que já enfatizado pelo Min. Celso de Mello quando do julga-

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

mento do HC 89.837/DF: "situações de lesão ao patrimônio público, [...] excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penal". No caso concreto, constata-se situação, excepcionalíssima, que justifica a atuação do Ministério Público na coleta das provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposta prática de crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha, cometido por 16 (dezesesseis) pessoas, sendo 11 (onze) delas fiscais da Receita Estadual, outros 2 (dois) policiais militares, 2 (dois) advogados e 1 (um) empresário. [...] 3. Ordem denegada (Habeas Corpus n. 84.965, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13.12.2011, publicado no DJ em 11.4.2012) – grifos nossos

Da leitura dos debates (antes transcritos parcialmente) e do que ora exposto, resta claro – ao menos para nós – que, de novo, não se teve o devido cuidado para elaborar a redação da súmula (que seria até desnecessária, diga-se novamente), na medida em que não se atentou para que o direito à ampla defesa por meio de acesso aos autos *não* se daria *exclusivamente* em inquérito ao encargo da polícia judiciária, mas deve ocorrer em todo e qualquer procedimento apuratório, independente da sua natureza, especialmente considerando o fato de que, consoante vem decidindo a jurisprudência (corretamente, segundo pensamos), a apuração de fatos criminosos não é atribuição apenas da polícia judiciária.

Rememoramos ao que dito anteriormente que o art. 7º, XIII, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB) já garante – e em extensão maior do que o comando sumulado – o direito a acesso aos autos.

Sobre poder investigatório¹⁶ referimos *en passant* que, de fato, não existe posicionamento definitivo da atual composição plenária do STF acerca da possibilidade ou não de o Ministério Público realizar atos de investigação, estando a questão *sub judice* do Tribunal Pleno, no Habeas Corpus n. 84.548/SP. Mas nunca é demais realçar que, no ano de 2005 – antes mesmo da redação da súmula sob análise –, no julgamento do Inquérito nº 1.957-PR (Relator Ministro Carlos Velloso, publicado no DJ em 11.11.2005), o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente que “a instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de

¹⁶Reiteramos compreensão no sentido de que “autoridade judicial não tem poder investigatório, e, sim, poder e competência para determinar providências investigatórias, o que é muitíssimo diferente”. PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 587.

*outros elementos de prova para formar sua convicção”, e que “**não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado**” (grifos nossos).*

Independente das eventuais contestações a tal posicionamento, continuamos convictos quanto à conclusão de que *“não há absolutamente nada de incompatível com o sistema acusatório a circunstância de que o órgão incumbido de acusar possa também, em determinados casos, realizar atos investigatórios. Com todas as vênias, quem parte de tais premissas para afastar a investigação pelo Ministério Público incorre em evidente confusão de conceitos. [...] Insistimos: quando a Carta Maior lhe atribui expressamente o dever de proteger a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, impôs a obrigação ao parquet de, em promovendo atos de investigação ou ajuizando ação penal (porque se trata de função inerente do Ministério Público, inclusive no sistema acusatório), respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos. O que, data venia, é uma decorrência da melhor compreensão (sistemicamente, portanto) da Constituição, que não só garante (faculdade) ao Ministério Público praticar atos de investigação, como, em nossa compreensão, **determina** (cogência) que assim aja quando necessário, tudo como forma de, dando máxima eficiência aos postulados fundamentais, realize especialmente as garantias do investigado e da sociedade, sempre harmonicamente e com o devido equilíbrio”¹⁷.*

Sob a ótica política, de suma importância destacar que o Poder Legislativo Brasileiro, no ano de 2013, expressamente rechaçou a pretensão de atribuição de realização de investigação exclusivamente à polícia judiciária ao não aprovar, quase por unanimidade, a proposta da conhecida PEC n. 37.

Nessa linha de argumentos, também de relevo reportar que, em relação ao acesso do investigado às provas produzidas, já defendemos que *“de acordo com o disposto no art. 11 do PL 156, ‘é garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento’. A proposta se coaduna não só com o preceito constitucional (corretamente interpretado) da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), como da própria disposição do art. 3º do mesmo PL 156 (‘todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a **ampla defesa**, garantida a efetiva manifestação do defensor*

¹⁷ FISCHER, Douglas. Investigação pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade. In: Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanchez Cunha e Pedro Taques. (Org.). Limites Constitucionais da Investigação. 1 ed. São Paulo: RT Editora, 2009, v. 1, p. 1.

*técnico em todas as fases procedimentais’). É importante sobremaneira assentar que há diferenças fundamentais entre o princípio da ampla defesa (do que aqui se fala) com o do contraditório (possibilidade franqueada às partes em contraditar os argumentos e provas trazidas pela que se apresenta em pólo adverso). Realmente, num sistema que se queira com feições acusatórias, é fundamental que, em face de toda a prova já produzida (mesmo que em sede de investigação criminal – e a lei, nesta parte, argutamente fala em ‘fases procedimentais’, não se restringindo ao processo e a inquéritos penais), o investigado tenha acesso a elas exatamente para que possa estabelecer a estratégia de defesa. Não pode a defesa ser surpreendida por provas que tenham sido escondidas e só apresentadas (se previamente conhecidas, por evidente) na discussão do feito em sede judicial. O conhecimento deve ser possibilitado, com a ressalva (lógica) de que todas aquelas provas que eventualmente possam ser prejudicadas na sua apuração não podem ser disponibilizadas imediatamente. Superado este óbice, nenhum empeco se verifica. O tema não é novo e já fora objeto inclusive da Súmula Vinculante nº 14, do STF: ‘É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa’. Não custa destacar – *venia concessa* – a timidez do STF ao editar este comando sumulado, pois deveria ter reconhecido que o acesso do defensor deve ser garantido não só em procedimentos investigatórios realizados por órgãos com competência de polícia judiciária, mas – dizemos nós – em quaisquer procedimentos de cunho investigatório”¹⁸.*

Efetivamente, o contraditório é uma das marcas essenciais do processo penal democrático, mas que não repercute seus princípios e efeitos sobre o procedimento investigatório.

O que há se garantir – na leitura da súmula vinculante – é o acesso do investigado ou de terceiros diretamente interessados na apuração, salvo quando da ciência, naquele momento, possa haver prejuízo para as investigações em curso.

No procedimento de investigação não há *ordem* para apuração e oitiva das pessoas envolvidas, sobretudo porque, tecnicamente, não há se falar em *partes*, unicamente presentes quando instaurada a ação penal.

Assim, tudo quanto for produzido deve ser, a seu tempo devido, cientificado para os interessados para que possam organizar as técnicas a serem desenvolvidas no exercício da defesa. Mas, reiterar-se, não há como se atribuir *contraditório* nessa fase de apuração.

¹⁸FISCHER, Douglas. *O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156*. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (org.). *O Projeto do Novo Código de Processo Penal*. 1 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 1, p. 45/73.

2.3.2. Conclusões e proposta de alteração de redação da Súmula Vinculante n. 14

Na linha dos precedentes que deram efeito extensivo à aplicação da SV 14, temos convicção que urge que o Supremo Tribunal Federal – embora desvirtuada a hipótese de súmula vinculante para a situação – altere a redação do comando para que, acaso mantida como repetição do que já consta em lei, seja excluída a restrição a que tipo de investigação, de modo que, como ideia, conste que *“é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado pela autoridade competente e que não possam prejudicar a produção de provas, digam respeito ao exercício do direito de defesa”*.

2.4. A Súmula Vinculante n. 24: notas iniciais sobre sua edição

Súmula Vinculante 24: *“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”*.

Esse comando foi aprovado na sessão do dia 2 de dezembro de 2009, consoante certidão de julgamento:

O Tribunal, por maioria, acolheu e aprovou a proposta de edição da Súmula Vinculante nº 24, nos seguintes termos: *“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”*. Vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falou pelo Ministério Público Federal a Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República. Plenário, 2.12.2009.

O precedente que originou a discussão e edição do comando sumulado teve origem *histórica* no julgamento do Habeas Corpus n. 81.611-SP, assim ementado:

I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8.137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lan-

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

çamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9.249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.

Anota-se desde já a inobservância, pelo STF, da advertência de ser “[...] *preciso que exista, no momento da edição da súmula, controvérsia a respeito da validade, interpretação ou eficácia de **norma constitucional**, não podendo ser editada súmula para dispor acerca de matéria já pacificada[.]*”¹⁹. A matéria de fundo era eminentemente legal, a interpretação de quando se consumaria o crime em tela. Nem se diga, como se pode extrair de alguns excertos dos debates, que a finalidade seria a garantia da segurança jurídica, de matriz constitucional. O desvio de rota é-nos evidente, pois o que é da essência – ao menos na nossa compreensão – é que o conteúdo da interpretação seja em relação a norma constitucional. Se o caminho for esse, então todo qualquer tema poderá ser objeto de súmula, pois a essência de um ordenamento é a presença da segurança jurídica.

Fácil ver de plano ainda que não existia a controvérsia assinalada, pois, correta ou não (adiante se verá), havia – há muito – entendimento uníssono do STF a respeito da matéria, no sentido de que o crime se consumaria com o exaurimento da esfera administrativa.

De outro bordo, colhe-se em doutrina a precisa anotação de que, “*para que exista validamente a proposta de revisão ou de cancelamento da súmula, deve a Corte se deparar com algumas situações precisas, reveladoras do engessamento indevido da jurisprudência*”²⁰.

Igualmente de suma importância destacar, ainda em sede prefacial, percuciente lição no sentido de que, “*se o Supremo Tribunal Federal começa a proferir decisões destoantes de uma súmula em vigor, a mensagem transmitida às demais instâncias e à Administração Pública é que ele sequer reconhece como adequada a jurisprudência constitucional anteriormente*

¹⁹NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Das súmulas vinculantes**. In Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 274.

²⁰SORMANI, Alexandre. SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula Vinculante – Um estudo à luz da Emenda Constitucional 45*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 155-156.

desenvolvida. Assim, o próprio Supremo Tribunal Federal estaria, ainda que implicitamente, autorizando os demais órgãos a desaplicar uma súmula vinculante por ele produzida. Nesse caso, seria de indagar a respeito da própria utilidade de uma súmula vinculante se o próprio órgão que a elabora pudesse, a qualquer tempo e da forma como lhe aprouver, decidir de modo diverso”²¹.

Na data da aprovação da SV 24, o Ministro Ricardo Lewandowski salientou que *“gostaria de observar, também, que a Lei 11.417/2006 permite, se for o caso, a revogação ou a modificação da súmula. A súmula hoje é aprovada rebus sic stantibus, ou seja, se as coisas permanecerem como estão, ela reflete o atual pensamento desta Corte”*.

Embora concordasse com a edição na época, talvez fosse uma visão antecipada do que se deva fazer hodiernamente (e o que ora defendemos), com a máxima urgência e cautela possíveis, pois a SV 24 efetivamente não cumpre – porque dogmática e tecnicamente impossível e incoerente – o fim para o qual editada.

Aliás, parece que antevendo os graves problemas que estavam sendo criados pela edição da súmula, com absoluta correção pontuou à época o Ministro Joaquim Barbosa que discordava da proposta porque, *“em princípio, entendo que a matéria penal não é vocacionada à simulação em caráter vinculante. Com o passar do tempo, e em razão da multifacetariedade intrínseca do fenômeno criminal, haverá, sem dúvida, uma tendência inevitável à obsolescência da súmula e à consequente necessidade, para esta Corte, de revogá-la ou de proceder às sucessivas clarificações”*.

De fato, se *“o Supremo Tribunal Federal se deparar com um novo caso ou série de casos, em que argumentos mais consistentes forem capazes de abalar a firmeza da jurisprudência refletida na súmula vinculante, ou, ao menos, de mostrar-lhe para certas situações a súmula se revela inadequada, deve, primeiramente, debater sobre sua revisão ou cancelamento”²².*

O caso proposto para exame no presente item demonstra que não só restaram inobservados os requisitos constitucionais e legais para a edição da referida súmula, como também o seu conteúdo se revela absolutamente incompatível para o fim pretendido, notadamente pela violação de princípios básicos de Direito Penal. Mais que isso: não temos dúvidas em afirmar, já de início, que a súmula em tela traz tantos equívocos teóricos e dogmáticos absolutamente insuperáveis se analisados tecnicamente. Exatamente na linha do que alertou – porém sem a devida atenção dos pares – o Ministro Joaquim Barbosa.

²¹LEITE, Glauco Salomão. *Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, p. 148.

²²LEITE, Glauco Salomão. *Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, p. 148.

2.4.1. Ausência dos devidos e aprofundados debates para a edição da Súmula Vinculante n. 24

Nessa parte, não podemos deixar de reportar ao conteúdo dos debates havidos no Supremo Tribunal Federal quando da aprovação da Súmula Vinculante n. 24, tudo para demonstrar que o cuidado e parcimônia que defendemos ser essencial existir não foi observado.

Mais que isso: vê-se nos debates a ausência do real conhecimento da natureza desse crime e como ele efetivamente se consuma.

Os debates iniciam por consideração pertinente da Ministra Ellen Gracie que, sem nesse momento adentrar no acerto ou não da proposta em si, já alertava para a omissão de dado relevante no conteúdo dela, acerca da prescrição.

O Ministro Cezar Peluso admitiu expressamente a omissão: *“sim, mas a súmula nada diz sobre prescrição, ou seja, não se trata de uma súmula que negue ou afirme a prescrição. Essa é uma matéria em aberto, que pode ser rediscutida”*.

Respeitosamente, e como adiante se verá minudentemente, a Ministra Ellen Gracie estava alertando para tema extremamente relevante – relacionado diretamente com o conteúdo da súmula –, em relação ao qual o proponente sequer permitiu um debate mais aprofundado, ao que parece por desconhecer a fundo o tema dos crimes tributários de natureza material.

Também o Ministro Joaquim Barbosa fez a mesma objeção (porque dos precedentes existentes na Corte havia o destaque sobre a prescrição), ao que foi novamente contestado nos seguintes termos pelo proponente: *“[...] só para dizer que a premissa de raciocínio do eminente Joaquim Barbosa é que a questão da prescrição é duvidosa. Por isso mesmo não é objeto da súmula. O dia que pacificarmos nós aprovamos na súmula”*.

A situação era bem clara: o tema (como um todo, não apenas na parcial proposta de redação) não era pacificado, muito controverso, duvidoso e mesmo assim se adotou a estratégia de emitir o enunciado, jogando para o futuro, se fosse o caso, a reanálise do problema.

Igualmente não há nenhuma explicação por qual razão apenas partes das condutas-meio dos incisos do art. 1º da Lei 8.137/90 foram objeto da súmula, tema que, adiante, será mais detalhado.

De qualquer modo, extrai-se que o açodamento foi evidente. As razões, não as sabemos. Apenas há a indicação – e comprovação adiante – de que não há como manter hígido o que foi (mal) criado. Tal como uma

construção sem o devido alicerce carece de sustentação no primeiro vento mais forte, também a situação da presente súmula é insustentável, pois não há base dogmática sistêmica alguma que lhe dê arrimo aos ventos criados pela multifacetariedade da realidade dos fatos.

2.4.1.1. Primeiro fundamento. Não preenchimento dos requisitos formais exigidos constitucionalmente para a edição de súmula vinculante

Dispõe o art. 103-A, CF, que o STF poderá, mediante decisão de dois terços de seus membros, “*após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*”, aprovar súmula que terá efeito vinculante.

Segundo o § 1º do art. 103-A da CF, “*a súmula terá por objetivo a validade, interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica*”.

O tema foi regulado também pela Lei nº 11.417/2006, com inserções procedimentais no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 354-A a 354-G) por intermédio da Emenda Regimental 46/2011.

Tal como já destacado prefacialmente, não precisam maiores esforços para ver que, formalmente, *data venia*, o Supremo Tribunal Federal não atendeu ao comando constitucional, que exige, dentre outros, para a expedição de súmula com efeito vinculante, a existência de *reiteradas decisões sobre matéria constitucional*.

O Supremo Tribunal Federal não atentou para o fato de que essas *reiteradas decisões* não existiam, muito menos se estava, efetivamente, frente a tema *direto* de natureza constitucional e diante de grave insegurança jurídica em decorrência de controvérsia sobre o tema. Pelo contrário, a insegurança jurídica, que se demonstrará a mais não poder, decorre exatamente da existência do comando *tal como* sumulado.

Não se nega o registro no âmbito do Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus n. 81.611-SP (adiante também analisado de forma minudente) e de outros referidos inclusive nos debates para a edição da súmula. Mas esse primeiro foi o único em que, efetivamente, se debruçou a Corte Suprema para analisar a controvérsia. E uma leitura atenta dos fundamentos lá declinados já demonstram – para quem pretende examinar o tema com equidistância dogmática devida – a incoerência e a ilogicidade de inúmeros fundamentos declinados.

Assim, e prosseguindo, impende trazer novamente à balha as palavras da Ministra Ellen Gracie, alertando para o *açodamento* da proposta, ao dizer que *“a súmula, a proposta, pelo menos, Ministro Peluso, com a devida vênia, não resume a jurisprudência porque omitiu completamente a questão da prescrição”*. Disse, mais adiante, que o tema não estava cristalizado no Tribunal, pois *“o leading case e os outros casos trazidos à discussão, no Plenário, são extremamente diversos um do outro, desde o caso virtuoso de Augusto Boal, em que se verificava uma atarbilária atuação administrativa contra um artista, com os seus papéis desorganizados. E o outro, que rememorei a propósito da lembrança do Ministro Carlos Britto, em que se tratava de um grande empresário sabidamente sonegador, a toda evidência sonegador de impostos”*.

O próprio relator admitiu a incompletude do comando que estava sendo sumulado ao assentar que *“a jurisprudência não tem dúvida sobre essa conclusão. O que há é divergência quanto a fundamentos e, por isso, o caso é de fundamentos concorrentes: temos postura de quem admite condição de procedibilidade, fundamento de quem admite inexistência do elemento normativo do tipo e outros argumentos, ou seja, colhe-se um conjunto de fundamentos, mas isso não é objeto da súmula”*.

Foi além, dizendo, ensejando (ao menos para nós) verdadeiro paradoxo, que *“diante de caso concreto, a Turma ou o Plenário leve em consideração a existência ou inexistência do crédito por outros motivos, mas o que agora interessa sobretudo, a meu ver, é refletir a postura do Tribunal, isto é, a tese de que, sem a apuração definitiva da existência do crédito, não pode haver nenhum desses crimes materiais previstos no artigo 1º da Lei”*.

A Ministra Ellen Gracie novamente declinou argumentos enfáticos para ratificar que *“o tema não está maduro para ser apresentado sob o formato de súmula vinculante. A própria redação, nas duas propostas – parece vaga ‘não tipifica, não autoriza a proposição de ação penal, não autoriza o início da investigação processual’ –, a questão da prescrição evidentemente está ausente, e ela consta dos precedentes”*.

Na mesma linha, lúcidas e *mais incisivas* foram as ponderações do Ministro Marco Aurélio, para quem a pretensão era um *“passo demasiadamente largo. Repito, uma vez editado o verbete, a tendência será observá-lo para liquidar-se, em poucas linhas, muitos processos em curso. A sociedade não ganha com isso, e não ganham, principalmente – como ressaltado pela Ministra Ellen Gracie –, aqueles que cumprem, pagando preço módico por viverem em uma democracia, as regras estabelecidas. Que se aguarde um pouco. Não devemos atuar com tanta rapidez, para não falar em açodamento. Aguarde-se que a matéria se torne pacificada, no âmbito*

do Supremo, para chegar-se, com absoluta fidelidade aos precedentes, à edição de um verbete” (grifos nossos).

Parece bastante claro que não havia o devido e prévio debate acerca dos requisitos legais para a edição de um comando sumulado. E as consequências, adiante vistas no presente estudo, não poderiam ser diferentes.

Mas não só.

Dentre outros, colhe-se especialmente do voto do Ministro Joaquim Barbosa o insistente argumento de que a súmula se revelava incompleta *também* porque não tratava do tema da prescrição.

Rebatendo o argumento, e antes assentando que “*sobre matéria infraconstitucional não pode haver súmula*”, disse o Ministro Cezar Peluso, referindo-se à prescrição, que “*a parte sobre a qual Vossa Excelência gostaria é uma matéria infraconstitucional*”.

A pergunta que fazemos: e do que tratava (e trata) a proposta da súmula senão um tema *eminente* infraconstitucional?

Mais: e a questão da prescrição não traz em si também matéria relacionada com a segurança jurídica, que foi o argumento trazido pelo Ministro Ricardo Lewandowski para afastar a tese de que estavam sumulando tema de natureza infraconstitucional?

A definição de *como se tipifica* o delito *não é – nem de longe –* matéria constitucional. Ao menos no seu âmago, com uma questão direta e central.

Se justa causa, condição objetiva de punibilidade, elemento do tipo, ou qualquer outro modo de nomenclatura que se queira (sem analisar nesse momento o sentido dogmático de cada uma delas), o fato é que a proposta da súmula vinculava pretensão de dizer que não poderia haver ação penal antes do exaurimento da esfera administrativa, e isso não é matéria constitucional, quando muito por via reflexa.

Daí se extrai que outro pressuposto formal inserto no dispositivo constitucional restou violado, pois a exigência seria a existência de *reiteradas decisões sobre matéria constitucional*, não obstante tenha o STF competência para julgar matéria infraconstitucional nas ações originárias, a exemplo dos *habeas corpus*, mandados de segurança, ação penais, entre outras.

Venia concessa, duas questões iguais na gênese (matérias infraconstitucionais), mas tratadas de forma absolutamente diversa sem nenhum argumento racional.

2.4.1.2. Segundo fundamento: Violação da Teoria da Atividade (art. 4º, CP)

A Súmula Vinculante n. 24 contraria frontalmente o disposto no art. 4º do CP, que adotou a denominada *Teoria da Atividade*, a qual considera “*praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*”. O crime deveria se consumir com a ação (no caso, necessariamente comissiva) de *supressão* ou *redução* (*caput* do art. 1º) de tributo mediante alguma conduta, fraudulenta ou não, prevista nos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/1990.

No principal precedente, o voto do e. Relator concluiu que o exaurimento seria uma condição objetiva de punibilidade, chegando inclusive a comparar a situação ao delito falimentar.

Contudo, respeitosa e, jamais se poderia cogitar de reconhecer aí uma condição objetiva de punibilidade, porque essa pressupõe a *existência prévia* do crime, mas sua *punição condicionada* a fator ulterior. Nelson Hungria, lembrado pelo Ministro Joaquim Barbosa no precedente, destacava que “*o Direito Penal cogita de condições objetivas de punibilidade quando a punição da conduta penalmente ilícita fica condicionada a certas circunstâncias extrínsecas ao crime, isto é, diversas da tipicidade, da injuridicidade e da culpabilidade*”. Hungria enfatiza, ainda, que são chamadas de condições objetivas “*porque são alheias à culpabilidade do agente. Nada têm a ver com o crime em si mesmo, pois estão fora dele (não há confundir as condições em apreço com os chamados ‘pressupostos’ do crime, isto é, fatos ou situações preexistentes, a que a lei subordina o reconhecimento de determinado crime ou grupo de crimes*”²³.

De fato, dos ensinamentos de Bettiol²⁴ colhe-se que há “*casos determinados nos quais o legislador, embora considerando estruturalmente perfeito um crime, faz depender a punibilidade do fato delituoso da verificação de um ulterior evento, que Código e doutrina chamam de condições de punibilidade*”. Assim, o critério apresentado “*isola a condição de punibilidade dos elementos do fato, e enquanto o fato é o complexo dos elementos materiais reconduzíveis à ação humana, a condição de punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer repercussão que a ação humana possa ter sob o aspecto da causalidade física ou da psicológica. Como afirmou Delitala com exatidão, a condição de punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer relação causal com a ação humana*”. Assim, encerra o doutrina-

²³HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, t. 22, p. 28-29.

²⁴BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, v. 1, p. 240, 243-244.

dor, se a condição se “*encontra em relação de dependência causal com a ação*”²⁵, no sentido de que possa ser considerado como efeito embora remoto da ação, tal evento não poderá ser considerado condição de punibilidade, mas será elemento constitutivo do fato”.

Não por outro motivo que, com razão, porém desacolhido à época o fundamento, concluiu o Ministro Joaquim Barbosa que a conciliação realizada entre os conceitos de *condição de punibilidade* e de prescrição redundaria em situação *dogmaticamente incoerente*. Se o *ius puniendi* nasce com o fato punível, em regra isso ocorre com a consumação do delito, pois a punibilidade normalmente não está subordinada a nenhum outro evento futuro. Nos casos em que se faz presente a condição objetiva de punibilidade, embora consumado o delito, o fato ainda não será punível, de forma que não há como se falar em pretensão penal.

Em outras palavras: se houver o reconhecimento de que é com a decisão administrativa que há a definição da supressão ou redução de tributo (elementar do tipo), porque se trata de crime material (de resultado), impossível falar de hipótese que se amolde à condição objetiva de punibilidade. *Uma exclui a outra*.

O Ministro Cezar Peluso defendeu, em seu voto, que não se estaria diante de condição objetiva de punibilidade e muito menos de condição de procedibilidade, mas de *elemento normativo* do tipo (confira-se na ementa do julgado a referência expressa a tal conclusão, que é reflexo do que defendido em seu voto).

Em sendo mantida a premissa do entendimento, tecnicamente não se trata de *elemento normativo* do tipo, mas sim de *elemento objetivo* do tipo. Saber o que é *tributo* (art. 1º da Lei 8.137/1990) ou *contribuição social previdenciária* (art. 337-A do CP) *suprimidos* ou *reduzidos* não depende de qualquer valoração ou interpretação, mas de pura constatação à luz do que determina a legislação própria. É dizer: para a existência do *tributo* não há dependência do lançamento tributário a ser realizado pela autoridade competente e sua ulterior confirmação nas instâncias administrativas.

Como bem destaca Andreas Eisele, “*o lançamento tributário somente tem como objeto da constatação da evasão, não afetando-a. Ou seja, ope-*

²⁵ É o caso: a sonegação do tributo encontra-se em relação de dependência causal com a ação do agente criminoso, de modo que não pode ser condição objetiva de punibilidade.

racionalmente, é similar ao inquérito policial, em que são apurados elementos que indiquem a materialidade delitiva”²⁶.

Na verdade, a legislação pátria adotou a denominada *Teoria da Atividade*, considerando-se “*praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*” (art. 4º do CP). Portanto, o crime se consuma com a ação (no caso, necessariamente comissiva) de *supressão* ou *redução* (*caput* do art. 1º) de tributo mediante alguma conduta, fraudulenta ou não (porque nem todas as condutas-meio pressupõem a fraude), prevista nos incisos do art. 1º da Lei 8.137/1990 ou do art. 337-A do CP. Noutras palavras, a ocorrência da infração não pode ser *condicionada* a eventual *lançamento tributário*. A lesão ao bem jurídico tutelado pelo delito material do art. 1º da Lei 8.137/1990 ou por aquele ora previsto no art. 337-A do CP dá-se com a *conduta* (ação) de *supressão* ou *redução* de *tributo*, que, insiste-se, estando ligada à obrigação tributária, existe independentemente do *lançamento* (ato administrativo para, em consequência, gerar o *crédito tributário*, que em nada se identifica com a exigência perfectibilizadora do tipo *penal*)²⁷.

Mantida a interpretação de que o crime somente *existe* com o lançamento tributário, as consequências podem ser nefastas inclusive para o réu. Mesmo que praticada a *ação ou a omissão* em data cuja pena seja “X”, mas exaurida a esfera administrativa ulteriormente (momento da ocorrência do *crime* para o STF em face da Súmula Vinculante n. 24), em que a pena possa ser “X+1” (pena maior), deverá ser essa nova pena (mesmo que mais grave) a aplicável. É a incidência do postulado do *tempus regit actum* diante da *interpretação* que deu o STF a respeito de quando *existe* crime na situação analisada.

²⁶ EISELE, Andreas. *A Súmula Vinculante nº 24 do STF*. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 8, n. 18, jan./jun. 2011, p. 16.

²⁷ FISCHER, Douglas. *Os Paradoxos da Súmula Vinculante nº 24/STF: As contradições, a não compreensão de como se tipifica o crime material de sonegação fiscal, a impunidade e a agravação da situação do réu em determinados casos*. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1, p. 55-94.

2.4.1.3. Terceiro fundamento: A vinculação do Poder Judiciário à decisão de cunho administrativo, contrariando-se o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88

Consoante a exposição de motivos do CPP, “*todas as provas são relativas: nenhuma terá, ex vis legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o Juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não menos correto é que não ficará subordinado a nenhum critério apriorístico ao apurar, através delas, a verdade material [...]*”.

Com efeito, o ônus da prova no tocante à prática do crime doloso – inclusive a materialidade – incumbe sempre ao órgão ministerial. O devido processo legal assim impõe. Dessa maneira, quando a tese da defesa for plausível e respaldada no conjunto probatório, bem como forem insuficientes os elementos trazidos pelo Ministério Público, não há como autorizar a condenação do denunciado, ao qual é assegurado o benefício da dúvida (*in dubio pro reo*).

Porém, os precedentes do Supremo Tribunal Federal que redundaram na Súmula Vinculante n. 24 são bastante enfáticos ao reconhecerem que a definição se há ou não tributo (embora na grande maioria das vezes se fale em *crédito tributário*, que é algo tecnicamente diverso de *tributo*) seria atribuição exclusiva da administração, e o Poder Judiciário ficaria vinculado àquela decisão, ou seja, definir se há ou não *um elemento (objetivo) do crime* é atribuição de um órgão *fora* do Poder Judiciário.

Tecnicamente, *não pode haver* uma relação de causa e efeito entre a decisão administrativa e a ação penal pelos fatos correlatos. No máximo, as provas produzidas na esfera administrativa podem servir como mais alguns elementos para a decisão por quem tem o poder de resolver a questão: o Poder Judiciário. Até porque as provas produzidas no âmbito administrativo são, muitas vezes, diversas daquelas apuradas em sede criminal.

Aqui, mais um paradoxo: enquanto a discussão administrativa barra a ação penal ou a investigação criminal, a discussão em sede judicial *pode* (dependendo do caso) *apenas* impedir o regular andamento da ação penal. Vale mais uma *decisão administrativa* a uma *decisão judicial*.

Não se pode considerar que as provas sobre a *existência de crime tributário material* sejam apenas aquelas relacionadas com o procedimento de *constituição* do crédito tributário.

A imposição do comando inserto na súmula que se quer revisar implica o malferimento ao disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

Nem se diga, como em alguns julgados, que no sistema francês há vinculação do que decidido em sede administrativa. É que não se pode olvidar que lá, diferentemente daqui, o sistema é uno (*e não* dual), em que as decisões “administrativas” são tomadas no âmbito do Poder Judiciário. Aqui no Brasil a situação é absolutamente diversa, tanto que, reiteradamente, o próprio Supremo Tribunal Federal vem dizendo – para todas as demais situações – que não há vinculação das instâncias:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...] 2. Independência entre as esferas penal e administrativa, salvo quando, na instância penal, se decida pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria, casos em que essas conclusões repercutem na seara administrativa. [...] (Terceiro AG.Reg. em Mandado de Segurança 26.988-DF, STF, Plenário, unânime, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado em 18.12.2013, publicado no *DJ* em 24 fev. 2014).

Colhe-se do voto-condutor a seguinte fundamentação, que se amolda na íntegra à pretensão em voga:

[...] Como demonstrado na decisão agravada, esta Corte já assentou a independência entre as esferas penal e administrativa, salvo quando na instância penal se decida pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria, casos em que essas conclusões repercutem na seara administrativa. Neste sentido, os seguintes precedentes:

“[...] 2. INDEPENDÊNCIA RELATIVA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. 3. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA A DIREITO DE LOCOMOÇÃO. [...] 2. É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido da independência relativa das esferas penal e administrativa, havendo repercussão apenas em se tratando de absolvição no juízo penal por inexistência do fato ou negativa de autoria. Precedentes. 3. Seja o ora Recorrente absolvido por insuficiência de provas ou por atipicidade da conduta, essas duas situações não repercutiriam na punição imposta na via administrativa. 4. Recorrente absolvido por insuficiência de provas. Pretensão de rever a punição imposta administrativamente. Inexistência de ameaça ao direito de locomoção. 5. Recurso ao qual se nega provimento” (RHC 116.204/SP, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 30/4/13, grifei).

“Agravos regimental no agravo de instrumento. Servidor. Militar. Sindicância. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Legislação infraconstitucional. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Esferas penal e administrativa. Independência. Exclusão da corporação. Comando-Geral da Polícia. Competência. Possibilidade. Precedentes. 1. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente motivada. 2. A Corte de origem concluiu, com base na legislação infraconstitucional e nos fatos

e nas provas dos autos, que não houve violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que a sindicância seria mero procedimento investigatório e que no PAD teria sido oportunizada defesa ao ora agravante. Concluiu, também, que houve apuração da falta disciplinar que resultou na demissão do militar e que a Administração dispunha de elementos comprobatórios bastantes, havendo essa sanção administrativa sido aplicada dentro dos ditames legais e de forma fundamentada. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 4. Esta Corte já assentou a independência entre as esferas penal e administrativa. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o art. 125, § 4º, da CF somente se aplica quando a perda da graduação for pena acessória de sanção criminal aplicada em processo penal, não ocorrendo, como no caso dos autos, quando o Comando-Geral da Polícia aplicar pena de demissão após apuração de falta grave em processo administrativo disciplinar. 6. Agravo regimental não provido” (AI 817.415/MG-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe de 21/3/2013, grifei).

De fato, não pode haver a subordinação da instância judicial ao que apurado na esfera administrativa, muito menos diante de eventual inação da autoridade própria se houver elementos suficientes para demonstrar a materialidade da supressão ou redução tributárias por outros meios que não *apenas* procedimento de lançamento tributário.

Outra inarredável consequência é que a definição do *que* (conduta) se “transformará” em crime fica ao alvedrio da seleção (discricionária) da administração, bem assim ao *momento* em que isso ocorrerá.

Não há sentido lógico e sobretudo sistêmico com os precedentes do STF o que dito na Súmula Vinculante n. 24, especialmente se visto que, recentemente, o Plenário do STF reafirmou que *“decisão do Tribunal de Contas da União não constitui condição de procedibilidade de crimes de fraude à licitação e quadrilha. Pelo princípio da independência das instâncias, é possível que a existência do fato alegadamente delituoso e a identificação da respectiva autoria se definam na esfera penal sem vinculação com a instância de controle exercida pelos Tribunais de Contas”*, destacando-se, ainda, a premissa de que *“a circunstância de o Tribunal de Contas aprovar contas a ele submetidas não obsta a persecução penal promovida pelo Ministério Público e a responsabilização penal dos agentes envolvidos em delitos de malversação de dinheiro público”*. De relevo, a conclusão, assentando que se admitir *“o contrário importaria em subtrair à jurisdição do Poder Judiciário o julgamento de crimes, ficando essa atribuição afeta a órgãos que apenas detêm competência político-administrativa”* (Ação Penal n. 565-RO, Plenário, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 8.8.2013, publicado no DJ em 23.5.2014).

Respeitosamente, não se consegue compreender, jurídica e sistemicamente, como se conclui haver independência das instâncias pelo *fundamento* retromencionado, e, num caso idêntico, no entanto tratando de competência (igualmente administrativa, porém na seara tributária) da Receita Federal, não haver o mesmo silogismo.

2.4.1.4. Quarto fundamento: Violação do art. 5º, XXXIX, da CF/88

Como já referido, ao editar a SV 24, o STF considerou que o “crédito tributário” seria elemento do tipo.

Houve nítida violação do disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que dispõe que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação*”.

Segundo referido dispositivo, somente a lei pode *definir* (de forma limitada e objetiva) o que é um delito.

Efetivamente, a súmula alterou o conteúdo e a estrutura típica do delito, pois, em nenhum momento, a lei fala em “crédito tributário”, mas em “tributo”. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal acabou por utilizar de poder legiferante do qual não tem competência ou incumbência, seja em razão da matéria, seja em razão da sua função precípua que está longe de criar normas, senão aplicá-las!

Como bem pondera novamente Andreas Eisele, a premissa de que crédito tributário é elemento do tipo “*é falsa, pois uma leitura do texto de tal preceito legal evidencia que em nenhum momento o texto alude ao crédito tributário, restringindo-se à descrição da evasão, a qual não se confunde com o crédito*”²⁸. Ademais, prossegue com correção novamente, “*o que o lançamento constitui é a exigibilidade do crédito, e não o crédito em si, de modo que sequer o objeto da Súmula seria tecnicamente determinado*”.

2.4.1.5. Quinto fundamento: Alteração do prazo prescricional, que se tornou *variável* para o mesmo tipo penal

Nos debates do PSV 29, que ensejou a edição da Súmula Vinculante n. 24, já alertara a Ministra Ellen Gracie que a redação era omissa a respeito do prazo prescricional. Essa, aliás, foi uma das razões para o Minis-

²⁸EISELE, Andreas. *A Súmula Vinculante nº 24 do STF*. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 8, n. 18, jan./jun. 2011, p. 25.

tro Joaquim Barbosa manifestar seu posicionamento contrário à aprovação da súmula vinculante (antes já declinado), ponderando que

a presente proposta de súmula vinculante é incompleta, pois ela omite um aspecto crucial que foi amplamente discutido, aqui, durante o julgamento do *leading case*, e que consta de inúmeros outros julgados proferidos pelas duas Turmas deste Tribunal sobre a matéria. Leio os seguintes trechos do acórdão do HC nº 81.611 e de vários outros, inclusive de minha relatoria, em que há a seguinte complementação “suspensa, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo”.

Foi mais enfático, adiante, ao assentar que “*estão sumulando pela metade*”.

Assentou ainda, antevendo problemas que ora são apresentados de forma mais clara, já o dissemos também, que “*com o passar do tempo, e em razão da multifacetariedade intrínseca do fenômeno criminal, haverá, sem dúvida, uma tendência inevitável à obsolescência da súmula e à consequente necessidade, para esta Corte, de revogá-la ou de proceder às sucessivas clarificações*”.

De modo absolutamente percuciente, lembrou a Ministra Ellen Gracie que o *leading case* (sobre o qual estava se debruçando a pretensão sumulatória – o HC 81.611-SP) se deu em caso em que se tratava “*de um cidadão que havia construído e comercializado cerca de trinta e seis edifícios de apartamentos, e não havia recolhido um único centavo de imposto de renda na sua empresa, nem na pessoa física*”.

Com efeito, após dar ênfase a dados históricos (muitas vezes *perdidos na repetição de ementas* – as quais, nem sempre, refletem o que *efetivamente decidido*) concluiu destacando que sempre fazia

referência expressa a essa questão da prescrição que é esclarecimento devido, é esclarecimento necessário não apenas às instâncias inferiores, mas a toda a população brasileira, aquela população brasileira que paga impostos, aquela população brasileira que não sonega impostos. Eu vejo que, com estas restrições todas, baseada em dúvidas, não pode construir-se uma súmula vinculante.

Mas a questão central está em que a delegação para a aferição da existência ou não do crime ao setor da administração fazendária gerou um grave problema jurídico: de um lado, passados cinco anos para a constituição do *crédito tributário*, não se pode mais apurar o crime, que, de acordo com a legislação em vigor, prescreve em doze anos. De outro lado, se houver a constituição do *crédito tributário* (que não é elemento do tipo, e sim o *tributo*) no prazo de até cinco anos, o prazo prescricional poderá

atingir até 22 anos (5 anos para a constituição do crédito, 5 anos para discussões administrativas e mais 12 anos, que é o prazo regular previsto no Código Penal).

Andreas Eisele destaca com percuciência esse paradoxo:²⁹

Como o crime contra a ordem tributária somente se consumaria com a conclusão do procedimento administrativo, na prática poderia ocorrer a seguinte situação: se um sujeito praticasse uma evasão tributária mediante fraude (tipificada no art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.137/90) em 10/01/1991, como o Fisco tem o prazo de 5 anos para iniciar o procedimento de lançamento do crédito correspondente, este poderia ser iniciado, por exemplo, em 09/01/1996 e, caso as discussões administrativas ocorridas durante o procedimento respectivo durassem mais aproximadamente 5 anos, o lançamento poderia ser concluído, hipoteticamente, em 08/01/2001. Neste contexto, a partir dessa data iniciar-se-ia o prazo prescricional no âmbito penal, em decorrência do que a denúncia poderia ser recebida até 07/01/2005 (isso se o prazo prescricional fosse calculado somente com base na pena mínima cominada, nos termos do disposto no art. 109, V, do Código Penal). Ou seja, quase 14 anos após, em uma época na qual a punibilidade estaria extinta pela prescrição penal se o crime fosse considerado como consumado no momento da evasão (considerando-se, neste caso, não somente a pena mínima cominada, que apenas será o referencial de cálculo após a fixação concreta da sanção no limite quantitativo correspondente, mas a pena máxima abstratamente prevista em lei, nos termos do art. 109, III, do Código Penal). Além disso, seria juridicamente possível a imposição de uma condenação até quase 22 anos após a evasão, pois mesmo considerando-se o prazo prescricional penal calculado pela quantidade mínima de pena abstratamente cominada, como o recebimento da denúncia e a sentença condenatória interrompem a fluência de tal prazo (nos termos da regra veiculada pelo art. 117, I e IV, do Código Penal), no exemplo acima indicado o processo poderia ser julgado em primeiro grau de jurisdição até 06/01/2009 e, se houvesse condenação e recurso, a confirmação da decisão poderia ser implementada pelo Tribunal até 05/01/2003 (isto considerando-se o cálculo do prazo prescricional nos termos da quantidade mínima de pena abstratamente cominada para tal crime) [...].

Além disso, há ainda situações concretas em que a conduta (ação) foi praticada quando o réu tinha menos de 21 anos, porém o exaurimento (existência do crime, segundo a SV 24) se deu somente após esse marco.

A situação implicou a *não* contabilização da prescrição pela metade, conforme previsto no art. 115 do CP (*São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 anos*

²⁹EISELE, Andreas. *Crítica ao direito penal tributário brasileiro*. Blumenau: Acadêmica, 2007.

[...]), pois, quando da *existência do crime* (exaurimento da esfera administrativa), o réu já tinha mais de 21 anos.

A situação é paradoxal e revela, por outro viés, consequências nefastas que impõem esse pronunciamento em face do disposto no comando sumulado, que reclama a aplicação *integral* do seu conteúdo.

Confira-se decisão do STJ a respeito do tema:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME TRIBUTÁRIO. ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90. CONSUMAÇÃO DO CRIME. LANÇAMENTO DEFINITIVO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ACUSADA QUE, À ÉPOCA DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO DÉBITO, POSSUÍA IDADE SUPERIOR A 21 (VINTE E UM) ANOS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, em face de decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Consta nos autos que a Recorrida foi condenada à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Contra essa sentença, a Defesa interpôs apelação, no julgamento da qual foi declarada, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva, nos termos da seguinte ementa:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, II, III E IV, DA LEI Nº 8.137/90. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. PRESCRIÇÃO. ART. 115 DO CP. MENORIDADE.

1. A materialidade, autoria e dolo decorrem da constatação pelo Fisco de que a conduta praticada implica omissão de renda e, como consequência, na supressão ou redução do pagamento de tributos, restando, assim, um prejuízo aos cofres públicos.

2. Sendo a ré menor de 21 anos ao tempo dos fatos (art. 4º do CP), deve-se reduzir o prazo prescricional pela metade (art. 115 do CP), *in casu*, para 2 anos, lapso temporal inferior ao transcorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença” (fl. 509).

Em face do julgado, o Ministério Público Federal interpôs recurso especial, sustentando contrariedade ao art. 115 do Código Penal. Aduz, para tanto, que o crime em análise somente se consumou com a constituição definitiva do débito tributário, após o trânsito em julgado na esfera administrativa, momento no qual a Acusada já possuía mais de 21 (vinte e um) anos e, portanto, não faria jus a redução do prazo prescricional.

Contrarrazões às fls. 534/538.

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 556/570, opinando pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

Decido.

De início, verifica-se a tempestividade do especial, o cabimento de sua interposição com amparo no permissivo constitucional, o interesse recursal, a legitimidade, a exposição da suposta contrariedade a dispositivo legal, o prequestionamento e os demais pressupostos legais e regimentais.

Passo à análise do mérito.

Conforme a jurisprudência consolidada por este Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, os crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 se consumam com a constituição definitiva do crédito tributário.

A esse respeito, confira-se:

“*HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO CONCLUÍDO. EXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO DÉBITO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS CÍVEL E PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pendência de procedimento administrativo fiscal impede a instauração da ação penal, bem como de inquérito policial, relativamente aos crimes materiais descritos no art. 1º da Lei nº 8.137/1990, tendo em vista que a consumação destes apenas ocorre após a constituição definitiva do crédito tributário. Precedentes. [...] Habeas corpus denegado” (HC 103.424/RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 28/02/2012, DJe 16/03/2012; grifo acrescido).

“*HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90. LAPSO PRESCRICIONAL. TERMO A QUO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA.

1. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional no crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 é o momento da constituição do crédito tributário, ocasião em que há de fato a configuração do delito, preenchendo, assim, a condição objetiva de punibilidade necessária à pretensão punitiva (Precedentes).

2. *In casu*, o crédito foi apurado em definitivo em 12/11/1998 – termo inicial da contagem do prazo –, e a denúncia foi recebida em 22/1/2007, portanto, não se constata que tenha transcorrido o lapso temporal de 12 anos necessário à ocorrência da prescrição do delito em questão, cuja pena máxima cominada é de 5 anos de reclusão, nos termos do disposto no art. 109, inciso III, do Código Penal. [...]

4. Ordem denegada” (HC 118.736/BA, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 19/04/2010)

Assim, concluindo-se que o crime tributário somente se consuma com a constituição definitiva do crédito em favor da Fazenda Pública, é neste momento que deve ser aferida a idade do Acusado para o fim de aplicação do disposto no art. 115 do Código Penal.

No caso, o lançamento definitivo do débito ocorreu em 16/03/2007, data em que a Acusada, nascida em 18/07/1984, possuía 22 (vinte e dois) anos. Dessa forma, não se aplica a redução do prazo prescricional e, por conseguinte, não se verifica a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em nenhuma de suas modalidades.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1^ª-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3^º do Código de Processo Penal, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO para, reformando o acórdão recorrido, afastar a prescrição da pretensão punitiva e determinar ao Tribunal de origem que conclua o julgamento da apelação. Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de setembro de 2013.

A decisão monocrática foi mantida em sede colegiada, com trânsito em julgado, como se vê do aresto abaixo colacionado:

Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Processual penal. Crime tributário. Art. 1^º da Lei nº 8.137/90. Consumação do crime. Lançamento definitivo do débito tributário. Redução do prazo prescricional. Não ocorrência. Acusada que, à época do lançamento definitivo do débito, possuía idade superior a 21 (vinte e um) anos. Agravo desprovido. [...]

2. Conforme a jurisprudência consolidada por este Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, os crimes previstos no art. 1^º da Lei nº 8.137/90 se consumam com a constituição definitiva do crédito tributário. Portanto, é nesse momento que deve ser aferida a idade do Acusado para o fim de aplicação do disposto no art. 115 do Código Penal.

3. No caso, o lançamento definitivo do débito ocorreu em 16/03/2007, data em que a Acusada, nascida em 18/07/1984, possuía 22 (vinte e dois) anos. Dessa forma, não se aplica a redução do prazo prescricional e, por conseguinte, não se verifica a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em nenhuma de suas modalidades.

4. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental desprovido (Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.275.760-RS, 5^ª Turma, julgado em 26.11.2013, publicado no *DJ* em 9 dez. 2013).

Em síntese, por interpretação judicial que gerou a edição da súmula vinculante alterou-se o prazo prescricional, que *varia* de acordo com a eventual atuação apenas da autoridade administrativa, porém jamais (em hipótese alguma em face da súmula) se identifica com o prazo estipulado no Código Penal.

Também houve modificação substancial das hipóteses em que a prescrição pode ser contabilizada nos moldes do art. 115 do CP, gerando situações mais gravosas aos réus.

2.4.1.6. Sexto fundamento: Relativização da Súmula Vinculante n. 24 e o problema da exclusão do inciso V do art. 1º da Lei n. 8.137/1990 da redação do comando sumulado

Importante destacar que, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, há posicionamentos que geram incompatibilidade com o conteúdo da Súmula Vinculante n. 24. (*situação que, só por isso, nos termos expostos na introdução, demonstram a necessidade de haver o cancelamento do referido comando*).

Com efeito, no *leading case*, o Habeas Corpus n. 81.611-SP, trazia-se impugnação a denúncia que continha fatos que se resumiam no seguinte: o paciente estava sendo processado por violação ao artigo 1º, I (*omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias*) e II (*fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal*), ambos da Lei n. 8.137/1990, porque teria omitido do fisco receitas decorrentes da prestação de serviços.

Já no julgamento do Habeas Corpus n. 90.795-PE (4.12.2007, publicado no *Diário Eletrônico do STF* em 29 fev. 2008), por exemplo, constou resumo do entendimento consolidado na ementa assim redigida:

AÇÃO PENAL – JUSTA CAUSA. O trancamento da ação penal por falta de justa causa pressupõe que as práticas descritas na denúncia não consubstanciam crime.

DENÚNCIA – INÉPCIA. Descabe cogitar de inépcia da denúncia quando narrados fatos a viabilizar o exercício do direito de defesa.

CRIME TRIBUTÁRIO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – DISPENSA. Uma vez versada situação concreta em que, mediante o exercício do poder de polícia, deu-se a apreensão de mercadoria acompanhada de notas fiscais e guias falsas, possível é a propositura da ação penal, independentemente da responsabilidade administrativo fiscal.

CRIME – RESPONSABILIDADE. No julgamento de *habeas corpus*, não se pode assentar a improcedência da imputação, havendo de se aguardar a instrução do processo-crime e a prolação da sentença.

Ao julgado foram opostos embargos de declaração, mas da leitura pura e simples da ementa do aresto, embora não refira de qual crime se está tratando, deflui que se deixou bem claro, ao contrário do acórdão-paradigma citado, que seria desnecessário o exaurimento do processo administrativo fiscal quando existentes outras provas cabais da ocorrência do crime tributário.

Os fatos objeto da denúncia eram os seguintes, consoante declinado na página 6 (seis) do aresto em análise:

A denúncia, de folha 60 a 70, tem como introdução a notícia dos seguintes fatos:

No dia 25 de junho de 1996, na PE-60, neste Município, foi realizada uma fiscalização conjunta entre a Secretaria de Fazenda do Estado, Delegacia de Polícia Especializada na Repressão aos Crimes contra a Ordem Tributária, Polícia Militar e Procuradoria do Estado de Pernambuco, visando a verificação da ocorrência de simulação de venda de combustíveis, com circulação fictícia de mercadoria entre Estados da Federação. Tais suspeitas foram levantadas a partir de uma representação criminal apresentada por [...], em razão de esta ter emitido notas fiscais frias contra a primeira empresa, simulando uma operação de venda de combustível.

Então, afirmou-se que, montadas as barreiras, houve a fiscalização de veículos mediante a qual se constatou que os condutores utilizavam notas fiscais e guias de acompanhamento de combustíveis e lubrificantes forjadas, delas constando declarações de destino falsas. Aludiu-se o conluio dos administradores das empresas [...] e [...] para suprimir-se o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços referente aos combustíveis transportados. [...].

Disse o Ministro Marco Aurélio em seu voto:

[...] Essa visão primeira persiste, não havendo campo para concluir por constrangimento ilegal. A denúncia de folha 60 a 69 revela parâmetros que afastam a necessidade de exaurimento de processo administrativo. Consoante registrado, ante denúncia de certa empresa [...] – sobre a emissão de notas frias relativas à venda de combustível, foi montada barreira, ocorrendo apreensão não só de veículos, como também da documentação simulada.

A imputação se fez de forma satisfatória, aludindo-se à participação de administradores da empresa. Não cabe, no caso de fiscalização procedida a partir de denúncias, arguir a necessidade de ordem judicial. Tudo se faz em face do poder de polícia. A denúncia contém a narração dos fatos a viabilizar o exercício do direito de defesa, sendo impróprio cogitar de prova obtida por meios ilícitos. A responsabilidade de cada qual dos administradores das empresas, denunciados, há de ser objeto de apuração no decorrer do próprio processo. O *habeas corpus* não é meio a lograr-se o julgamento da ação penal. Indefiro a ordem.

Por sua vez, disse o Ministro Menezes Direito:

Senhor Presidente, ouvi com muita atenção a defesa formulada pelo iminente advogado – realmente com todo brilho.

A questão posta, no que concerne ao procedimento administrativo para a constituição de crédito tributário, pelo que pude deduzir, significa o eixo

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

da sustentação feita nesta impetração, e parece-me superada pela jurisprudência. Porque, tal como posto no parecer da Procuradoria-Geral da República, aguardar-se o exaurimento da instância administrativa, impedindo a ação do Ministério Público para a apuração do crime tributário, significaria, pelo menos na minha compreensão, dar um *bill* de identidade, condicionado a procedimento criminal diante do procedimento administrativo a ser instaurado pelo Ministério Público.

E Vossa Excelência, com brilho habitual, desbastou não só esta questão, como aquela outra que me pareceu também relevante para a defesa no que se refere à inépcia da denúncia pela ausência de fato caracterizador a permitir o exercício do direito de defesa.

Nesta corte, já temos observado que o crime societário, envolvendo este tipo de procedimento que diz com a falsificação de notas fiscais e com a circulação indevida de mercadorias, dispensa, na denúncia, o detalhamento exauriente de todos os fatos que foram susceptíveis de provocar a iniciativa do Ministério Público, sendo o bastante a denúncia conter, explicitamente, elementos suficientes para que a defesa possa ser exercida.

E Vossa Excelência, já na decisão que indeferiu a medida liminar, deixou muito claro esse aspecto que, na minha compreensão, tem relevo para o resultado que a Suprema Corte pode alcançar, como Vossa Excelência bem pôs.

A Ministra Cármen Lúcia assentou assim seu posicionamento:

Nos dois pontos centrais, a existência do exaurimento do que eles chamam de via administrativa [...], não há que se falar, aqui, na necessidade de se ter constituído o crédito tributário, até porque não era baseada, neste fato, a denúncia apresentada.

Não houve, realmente, a superação da jurisprudência afirmada no sentido da desnecessidade do que foi posto como se fosse uma condição. [...]

O Ministro Marco Aurélio complementou:

Tenho votado quanto à necessidade de esgotar-se o meio administrativo, de formalizar-se o processo administrativo-fiscal, mas, no caso, existe situação peculiar: houve a apreensão de notas fiscais frias. Não se trata de insuficiência de recolhimento de tributo, quando essa insuficiência deve estar demonstrada no campo administrativo.

Uma anotação: se fosse mera ausência de recolhimento de tributos não haveria crime³⁰. Básico na dogmática dos crimes desse jaez.

Na espécie, indubitavelmente, tratava, dentre outras, de apreensão de notas fiscais falsas, que gerou denúncia pelo crime (material/fraudulento) do artigo 1º da Lei n. 8.137/1990 (incisos I, II, III e IV). Delito material, sem dúvidas.

³⁰ Salvo se descontado ou cobrado de terceiros: art. 2º, II, Lei 8.137/90, mas que não era a hipótese discutida no caso invocado.

No mesmo julgado, disse ainda a Ministra Cármen Lúcia:

[...] E a Subprocuradora, Doutora Cláudia, até comprova que não é com base no crédito ou na obrigação. O que se tem, aqui, é a apreensão, num momento de fiscalização, de notas a demonstrar para onde ia essa mercadoria.

Ainda excerto do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

[...] Também me filio à tese de que, em se tratando de crimes contra a ordem tributária, especialmente sonegação fiscal, há de se aguardar, realmente, o término do processo administrativo. *Data venia*, acompanho essa posição, que me parece ainda majoritária nesta Corte.

No entanto, os fatos imputados aos réus, nesse processo, são diversos. Há uma série de delitos imputados na inicial, na exordial acusatória; são fatos dos quais eles se defenderão, certamente, no momento processual adequado.

Derradeiramente, nova manifestação do Ministro Menezes Direito, talvez a mais relevante do julgado em nossa avaliação:

Senhor Presidente, apenas para esclarecer: da leitura do meu voto, será possível constatar, especificamente, que, conforme eu disse, essa questão estava superada no voto de Vossa Excelência. Mesmo porque há um precedente da Suprema Corte, Habeas Corpus nº 81.611, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, em que se acolheu, como posição majoritária quanto a esse aspecto, o entendimento assinalado por Vossa Excelência, embora haja na Corte pronunciamentos divergentes.

Neste caso, efetivamente, se tolhêssemos a ação do Ministério Público, diante das circunstâncias postas nos autos, condicionáramos a iniciativa do procedimento administrativo ao Código Penal. Em uma palavra: não haveria mais flagrante quando se constatasse negligência relativamente ao dispositivo legal permitido [...]

Do que se vê, os casos (HC 81.611-SP e HC 90.795-PE) são absolutamente idênticos: tratam, ambos, de impugnações a denúncias criminais por delitos materiais previstos no artigo 1º da Lei 8.137/1990. A única diferença está que, no primeiro, as condutas-meio narradas estão enquadradas nos incisos I e II, enquanto, nesse último, nos incisos I, II, III e IV.

Mas não há diferença quanto ao tipo penal. Em ambos, na lítera do Habeas Corpus n. 81.611-SP (e também agora da súmula vinculante), enquanto não exaurida a esfera administrativa, não poderia o Ministério Público iniciar a ação penal. Contudo, não foi o que restou decidido nesse último julgado. Fundamentos racionais e sistêmicos, respeitosamente, não existem.

Depois, ressei que a parte final das conclusões do Ministro Menezes Direito, expostas em sua última manifestação, é irrepreensível. Efetivamente, do entendimento consagrado no Habeas Corpus n. 81.611-SP (e também na Súmula Vinculante 24/STF) decorre que é impossível, atualmente, haver flagrante delito nos delitos materiais de sonegação fiscal. É que, na linha perflhada no precedente, o delito ocorre não quando da prática das condutas-meio, mas quando do exaurimento da discussão na esfera administrativa, momento no qual se saberá então o *quantum* sonegado. Para ocorrer flagrante delito, o agente deve estar praticando o delito. É impossível haver flagrante delito em ação (apreensão de documentos, quaisquer que sejam, notas fiscais, declarações falsas, etc. – todas meio) que, pela construção jurisprudencial havida no Habeas Corpus n. 81.611-SP, só se consumará no futuro, com o exaurimento da esfera administrativa.

Compreende-se que, no confronto dos julgados, distinguiu-se onde o tipo penal (e agora a súmula) não distingue: o crime fiscal previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 tem natureza eminentemente fraudulenta (pelas condutas-meio) com a necessária supressão ou redução de tributos (os verbos nucleares são “suprimir” ou “reduzir”). A conduta-meio prevista no inciso III do art. 1º exige exatamente que haja falsificação (material ou ideológica) de documentos.

Significa que pouco importa por intermédio de qual conduta-meio foi alcançada a “supressão” ou a “redução” do tributo, pois, é preciso enfatizar, o crime tributário de que se trata *não está* na conduta-meio, e sim na cabeça do artigo. A circunstância de não estarem presentes eventualmente esquemas fraudulentos e falsificação de notas fiscais *não* altera em absolutamente nada a ocorrência do crime tributário.

Eis aí uma confusão enorme, assentada sem o devido conhecimento do tema.

Daí deflui, ainda, que a redação da Súmula Vinculante 24 reflete a incompreensão integral – pelo próprio órgão que a editou – de como se configura o delito, pois, expressamente, excluiu-se o inciso V. Dispõe a regra em comento que:

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

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

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

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

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

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

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

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

Verifica-se que *não* se encontra inserta na redação da Súmula Vinculante 24 a previsão do inciso V exatamente por se considerar que o crime estaria na “conduta-meio”.

De fato, a hipótese do inciso V é a única que, *isoladamente vista*, efetivamente não é um crime autônomo, mas mera infração administrativa. Porém, como mencionado, o crime está na *caput*, não nas condutas-meio.

A propósito, veja-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Crime contra a ordem tributária – Negativa em fornecer documento obrigatório – Prescindibilidade de processo administrativo.

O crime previsto no inciso V do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 – “negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação” – prescinde do processo administrativo-fiscal e a instauração deste não afasta a possibilidade de imediata persecução criminal (Habeas Corpus 96.200-PR, STF, 1ª Turma, julgado em 4.5.2010).

Confira-se ainda excerto da fundamentação (pois há remissão expressa ao julgamento do Habeas Corpus n. 90.975-PE):

[...] Reitero o que tive oportunidade de consignar quando da não concessão da medida acauteladora (folha 163):

[...] No mais, surge, ao primeiro exame, o descompasso da minuta da inicial deste *habeas* com a ordem jurídica. Está-se diante de prática delituosa cuja imputação, no campo jurisdicional, dispensa a conclusão do processo administrativo-fiscal. A jurisprudência do Supremo é reiterada no sentido de exigir-se o respectivo término quando em jogo sonegação fiscal. No caso, conforme ressaltou o Superior Tribunal de Justiça, trata-se de crime

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

omissivo no que não apresentados livros e documentos. Repito à exaustão: não se aplica ao crime do inciso V do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 a exigência de aguardar-se, para a propositura da ação penal, o exaurimento da fase administrativo-fiscal. Precedente: Habeas Corpus nº 90.795-4-PE, por mim relatado, com acórdão veiculado no Diário da Justiça Eletrônico de 29 de fevereiro de 2008.

Em síntese, o tipo do inciso V do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990, prescinde, sob o ângulo da persecução criminal, do término de possível processo administrativo, não ficando jungido a este último. Confirmam o que se contém no preceito: “V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação”. Indefiro a ordem.

Fica muito claro que a Suprema Corte ainda parte da premissa que o crime estaria na conduta-meio, quando não está.

Tal posicionamento tem refletido também no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se vê exemplificativamente do seguinte julgado:

[...] 1. Os crimes contra a ordem tributária previstos no art. 1º, incisos I a IV da Lei 8.137/90 não se tipificam antes do lançamento definitivo do tributo, nos termos da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal. Contudo, o delito do art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.137/90 é formal, não estando incluído na exigência da referida Súmula Vinculante. Assim, a prescrição para o referido crime ocorre na forma prevista no art. 111, inciso I, do Código Penal.

2. No caso dos autos, em que os fatos ocorreram nos anos de 1993 e 1994, e a nova denúncia, oferecida apenas em 05/11/2008, imputou ao Paciente apenas a prática do delito previsto no art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.137/90, verifica-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

3. Ordem de *Habeas corpus* concedida, de ofício, para reconhecer a extinção da punibilidade do Paciente pela prescrição da pretensão punitiva, com extensão da ordem aos corréus, que se encontram em idêntica situação processual (Habeas Corpus 195.824/DF, Quinta Turma, unânime, Relatora Ministra LAURITA VAZ, julgado em 28.5.2013, publicado no *DJ* em 6 jun. 2013).

Referido tratamento díspar também se verifica, exemplificativamente, no julgamento do Habeas Corpus n. 96.324-SP, em que ficou assim ementado o aresto:

AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. PARÂMETROS. LANÇAMENTO DE FINITIVO DE TRIBUTO. INEXIGIBILIDADE. Versando a denúncia, folha 100 a 129, esquema a envolver empresas visando à prática de sonegação fiscal, descabe exigir, para ter-se a sequência da persecução criminal, o término de processo administrativo-fiscal.

Colhe-se do voto-condutor que o caso não poderia ser obstado mediante *habeas corpus* pois versava “*não a simples sonegação de tributos, mas a existência de organização, em diversos patamares, visando à prática de delitos, entre os quais sonegação fiscal, falsidade ideológica, lavagem de dinheiro, ocultação de bens e capitais, corrupção ativa e passiva, com frustração de direitos trabalhistas. Daí não se poder considerar impróprio o curso da ação penal, não cabendo, no caso, exigir o término de possível processo administrativo fiscal*”.

Na mesma linha, fundamentou o Ministro Ricardo Lewandowski que “*se o paciente, supostamente, se utilizou de esquema fraudulento, tal como a constituição de empresa fantasma ou a utilização de laranjas para reduzir ou suprimir tributo não há falar em necessidade de lançamento definitivo do crédito – com relação ao qual a Receita sequer teria condições de aferir a existência – como condição para a instauração da ação penal, que é a sede própria para averiguar a existência ou não de organização criminosa constituída para a prática de diversos crimes, entre eles o de sonegação fiscal*”.

Respeitosamente, criou-se um *corde* para diferir onde, tecnicamente, não há diferença.

A circunstância presente no caso concreto de se ter criado uma empresa para a prática de crimes não afasta em absolutamente nada a necessidade da aplicação da SV nº 24 para a aferição do crime tributário perpetrado pelos administradores da empresa.

Com todo respeito, o tratamento diverso é insustentável, não sendo hipótese de eventual arguição de *distinguish*³¹.

³¹ “Finalmente, cumpre tratar do *distinguishing*, um trabalho permanente de advogados e juízes norte-americanos. A corte, ainda que inferior, pode argumentar que as diferenças fáticas existentes entre os casos examinados e comparados não são meramente acessórias, mas que supõem uma mutação do suporte fático do precedente invocado. Deste modo, a corte pode elidir a vinculação do precedente argumentando que ‘a decisão invocada não é um precedente para o caso novo’. Nesta operação, a corte utiliza todos os matizes e todas as circunstâncias que permitam estabelecer a distinção e assentar a conclusão de que se trata de um suporte fático ou de uma tese jurídica diversos dos que serviram de base para o precedente invocado. Sem dúvida, com a valorização da jurisprudência no Brasil e com a vivência prática das súmulas vinculantes, algumas dessas técnicas de interpretação e aplicação de julgados terão de ser utilizadas, com as necessárias adaptações. [...] É certo, por outro lado, que a súmula vinculante é sempre referida às decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal, o que reduz sobremaneira as possibilidades de múltiplas interpretações. O comum é

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

Com efeito, é absolutamente irrelevante sob o aspecto jurídico que a empresa pratique, com exclusividade, os crimes tributários e para isso tenha sido criada.

Segundo se compreende, tecnicamente não pode haver o tratamento diferenciado, na medida em que, insiste-se, o crime é a “supressão” ou a “redução” de tributo, conduta que está prevista no *caput* do art. 1º, e não nas condutas dos incisos, que podem, isoladamente vistas, ser ou não condutas criminosas autônomas, mas são absorvidas pela conduta criminosa. Exatamente por isso é que a jurisprudência vem, há muito tempo, aí corretamente, assentando que, se está extinta a punibilidade do crime de sonegação fiscal (*caput*), impossível a denúncia pelos crimes previstos nos incisos se não tiverem mais potencialidade lesiva:

HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA E CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALSO PRATICADO EXCLUSIVAMENTE COM A FINALIDADE DE REDUZIR O TRIBUTO A SER RECOLHIDO. CRIME-MEIO ABSORVIDO PELO CRIME-FIM. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1 – Caracterizado que a redução do imposto a ser recolhido era o objetivo pretendido pelos pacientes, sendo a declaração falsa o meio empregado à consumação do delito, constituindo, assim, fase obrigatória e necessária do iter criminis, deve a falsidade ser absorvida pelo crime contra a ordem tributária.

2 – Deve ser extinta a punibilidade da ação penal que apura o ilícito tributário quando estiver demonstrado nos autos que houve o recolhimento do imposto devido, com os respectivos acréscimos, antes do recebimento da denúncia. Precedentes.

[...] (HC 120.551/SP, STJ, 6ª Turma, unânime, julgado em 18.8.2009, publicado no DJ em 8 set. 2009).

que a súmula tenda a comportar apenas uma interpretação. No entanto, não se pode afastar completamente que possam surgir múltiplas interpretações. Nesses casos, será importante considerar alguns mecanismos conhecidos nos sistemas jurídicos da *common law*, como o *distinguishing*. Haverá casos em que o juiz dirá, não que não está aplicando a súmula, mas que ela não tem aplicação naquele caso, que seria, de alguma forma, diverso dos paradigmas que deram lugar à edição da súmula vinculante”. JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. Revista dos Tribunais, v. 838, p. 42, Ago/2005.

2.4.1.7. Sétimo fundamento: Impossibilidade de utilização de medidas cautelares para a apuração dos crimes tributários de natureza material

Em razão do entendimento consolidado na Súmula Vinculante n. 24, encontram-se vários precedentes no sentido de que seria inviável a utilização (mesmo em situações excepcionais) de medidas cautelares para a produção de provas de crimes tributários, tais como buscas e apreensões ou interceptações telefônicas.

O argumento utilizado para a conclusão nesse sentido é que como o *crime material* de sonegação fiscal *só existe* com o exaurimento da esfera administrativa, seria absolutamente *ilegal e inconstitucional* lançar mão (mesmo que demonstrados os *indícios* da prática de crime e os demais requisitos *abstratos* das medidas) de buscas e apreensões, interceptações telefônicas ou outros meios cautelares de produção probatória.

As medidas cautelares são essenciais – quando demonstradas suas imprescindibilidades – para demonstrar exata e notadamente a materialidade e autoria dos crimes.

Em razão da adoção do silogismo retromencionado, há inúmeros precedentes jurisprudenciais – derivados da compreensão do comando da Súmula Vinculante n. 24 – no sentido de que se não há *materialidade* do crime (que é o que exatamente quer se *apurar* por meio também das cautelares), pois ele *só existiria* com o exaurimento da esfera administrativa, ilícitas seriam as medidas anteriores de investigação. Confirma-se:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE DO ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DEFERIDA E EXECUTADA EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DEFLAGRAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA ILEGALMENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

4. A jurisprudência desta Corte e do STF tem orientação firme no sentido da necessidade da constituição do crédito tributário, para que se possa instaurar persecução penal pela prática de crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/1990, configurando aquela uma condição objetiva de punibilidade.

5. Não existindo o lançamento definitivo do crédito tributário, revela-se ilegal a concessão de medida de busca e apreensão e de quebra de sigilo fiscal, em procedimento investigatório, visando apurar os crimes em apreço.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a ilicitude da prova obtida mediante a aludida cautelar, bem como

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

determinar a devolução dos objetos apreendidos na empresa e na residência do ora paciente e levantar a quebra do sigilo bancário, que restou igualmente deferido (Habeas Corpus 211.393/RS, STJ, 5ª Turma, julgado em 13.8.2013, publicado no *DJ* em 19 ago. 2013).

[...] INQUÉRITO. TRANCAMENTO. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E QUADRILHA. PROCEDIMENTO INICIADO APÓS REALIZAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO AUTORIZADA PELO JUÍZO *A QUO*. DECISÃO FUNDADA NOS ARTS. 6º E 240 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DE CRÉDITO DECORRENTE DE TRIBUTO. INVESTIGAÇÃO QUE NÃO SE CINGE AOS DELITOS DISPOSTOS NA LEI 8.137/90. INTERRUPÇÃO DA APURAÇÃO PERTINENTE À INFRAÇÃO DE SONEGAÇÃO FISCAL QUE SE IMPÕE. PROSSEGUIMENTO QUANTO AOS DEMAIS ILÍCITOS. [...] *Writ* conhecido, concedendo-se parcialmente a ordem para trancar a investigação quanto ao crime contra a ordem tributária (Habeas Corpus 94.993/CE, STJ, 5ª Turma, unânime, julgado em 4.2.2010, publicado no *DJ* em 12 abr. 2010).

[...] SONEGAÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO TIDO POR SONEGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conforme entendimento consolidado nesta Corte, tratando-se de crime de sonegação fiscal, enquanto ausente a condição objetiva de punibilidade, consistente no lançamento definitivo do crédito tributário tido por sonegado, inviável o deferimento de qualquer procedimento investigatório prévio.
2. Ordem concedida para declarar a nulidade do despacho que atendeu a representação feita pela autoridade policial, determinando-se a inutilização do material colhido, nos termos do artigo 9º da Lei n. 9.296/96, devendo as instâncias ordinárias absterem-se de fazer qualquer referência às informações obtidas pelo meio invalidado (Habeas Corpus 128.087/SP, STJ, 5ª Turma, unânime, julgado em 27.10.2009, publicado no *DJ* em 14 dez. 2009).

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/90). LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO (CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE). BUSCA E APREENSÃO (PROVA ILÍCITA).

1. Nos crimes contra a ordem tributária, a propositura da ação penal, bem como o procedimento prévio investigatório, pressupõe haja decisão final sobre o crédito tributário, o qual se torna exigível somente após o lançamento definitivo.
2. Notícia não há, no caso, de decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário.
3. É necessário, antes, que o procedimento seja unicamente administrativo-fiscal, evitando-se, com isso, que expedientes próprios da investigação criminal sejam indevidamente usados para a definição de créditos tributários.
4. No caso, se não se podia, e, de fato, ainda não se pode, instaurar ação penal, então não foram lícitas a busca e a apreensão.
5. Recurso ordinário provido a fim de se determinar sejam devolvidas as coisas de natureza tributária apreendidas em virtude da busca e apreensão

(Recurso em Habeas Corpus 16.414-SP, STJ, 6ª Turma, julgado em 12.9.2006, publicado no *DJ* em 4 jun. 2007).

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E DE INFORMÁTICA. INEXISTÊNCIA DE TRIBUTO EM CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE DE INICIAR-SE A PERSECUÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA.

1. A existência do crédito tributário é condição absolutamente indispensável para que se possa dar início à persecução penal pela prática de delito dessa natureza. O lançamento definitivo do tributo é condição objetiva de punibilidade dos crimes definidos no artigo 1º da Lei 8.137/90.

2. A autorização judicial para quebra do sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, para o efeito de investigação de crime de sonegação de tributo, é ilegal se deferida antes de configurada a condição objetiva de punibilidade de delito. Constrangimento ilegal verificado.

3. Não se pode entender “na esfera da oportunidade e da conveniência” da Polícia ou do Ministério Público a investigação de conduta não punível – ou não punível enquanto não se cumprir a condição legal para o aperfeiçoamento da punibilidade, sob pena de ferir de morte a segurança jurídica, signo do Estado Democrático de Direito.

4. O emprego de qualquer meio para a prática da sonegação somente adquire relevância, do ponto de vista da tipicidade das condutas descritas no artigo 1º da Lei 8.137/90, se houver imposto a ser pago. A própria tentativa – realização incompleta da conduta típica – está irremediavelmente adstrita à condição de existência do tributo em concreto.

5. Ordem concedida para anular todas as decisões autorizativas da interceptação das comunicações telefônicas e de dados, aí incluídas as decisões de prorrogação do prazo fixado originalmente e, conseqüentemente, determinar o desentranhamento, dos autos da ação penal já instaurada, de todo e qualquer elemento originado das decisões que ora se anulam (Habeas Corpus 57.624-RJ, STJ, 6ª Turma, julgado em 12.9.2006, publicado em 12 mar. 2007).

O precedente criado leva a **mais uma questão paradoxal sem solução possível, racional e lógica**: a produção de elementos de prova sólidas (necessárias para eventual condenação) por intermédio de buscas e apreensões, interceptações telefônicas para compreensão melhor das práticas criminosas ou outras medidas cautelares (sempre excepcionais, repise-se) não podem ser utilizadas porque, pela “criação jurisprudencial”, o crime (embora os fatos já cometidos) só existiria a partir do fim do procedimento administrativo.

Eis mais uma demonstração da necessidade da revogação do comando sumulado, que tem gerado situações paradoxais em face dos princípios gerais do Direito ^{32 33}.

³² FISCHER, Douglas. *A impunidade: sonegação fiscal e exaurimento da esfera administrativa – Ainda sobre os problemas derivados dos precedentes do STF no HC nº 81.611-SP e seu confronto com o que decidido no HC nº 90.795-PE*. Revista Direito e Democracia. Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, vol. 9, n. 1, jan./jun.2008, p. 184.

2.4.1.8. Oitavo fundamento: Impossibilidade de apuração de fato criminoso previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90 mediante inquérito ou outro meio legal de investigação

Pelas mesmas razões elencadas no item anterior, tem-se reconhecido ser impossível a instauração de inquérito policial ou qualquer outro meio de apuração de fato criminoso enquanto não exaurida a esfera administrativa.

A situação implica verdadeira restrição à apuração dos fatos criminosos em prol de uma única autoridade – Receita Federal – que, muitas vezes não realiza as apurações, mesmo que por solicitação expressa de outros órgãos, ao fundamento de *ausência de conveniência* por razões tributário-econômicas ou então em face de dificuldades estruturais.

Confirmam-se alguns precedentes que afirmam a impossibilidade de apuração em inquérito policial ou outro meio de investigação:

Habeas corpus – Crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90, art. 1º) – Crédito tributário ainda não constituído definitivamente – Procedimento administrativo-fiscal sequer iniciado – Ausência de tipicidade penal – Reconhecimento da configuração de conduta típica somente possível após a definitiva constituição do crédito tributário – Inviabilidade da instauração da persecução penal, mesmo em sede de inquérito policial, enquanto a constituição do crédito tributário não se revestir de definitividade – Ausência de justa causa para a *persecutio criminis*, se instaurado inquérito policial ou ajuizada ação penal antes de encerrado, em caráter definitivo, o procedimento administrativo-fiscal – Ocorrência, em tal situação, de injusto constrangimento, porque destituída de tipicidade penal a conduta objeto de investigação pelo poder público – Súmula vinculante nº 24/STF – Consequente impossibilidade de prosseguimento dos atos persecutórios – Invalidação, desde a origem, por ausência de fato típico, do procedimento judicial ou extrajudicial de persecução penal – Pedido deferido.

– Enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. É que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário (*an debeatur*) e determinado o respectivo valor (*quantum debeatur*), estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal.

– A instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois, antes que tal ocorra, o comportamento do a-

³³FISCHER, Douglas. *Como a jurisdição pode propiciar maior impunidade em crimes tributário-fiscais*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, v. 19, p. 52-73, 2011.

gente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico. Súmula Vinculante nº 24/STF (Habeas Corpus 101.900-SP, STF, 2ª Turma, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 21.9.2010, publicado no *DJ* em 11 mar. 2014).

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: IMPEDIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL DOS CRIMES MATERIAIS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* DEFERIDO PARA TRANCAR O INQUÉRITO POLICIAL. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a ausência de constituição definitiva do crédito tributário impede a persecução penal dos crimes materiais contra a ordem tributária. Precedentes. 2. *Habeas corpus* deferido para trancar o inquérito policial (Habeas Corpus 93.209-SP, STF, 1ª Turma, Relatora Ministra CÂRMEN LÚCIA, julgado em 18.3.2008, publicado no *DJ* em 18 abr. 2008).

HABEAS CORPUS – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/90, ART. 1º) – CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL AINDA EM CURSO QUANDO OFERECIDA A DENÚNCIA – AJUIZAMENTO PREMATURO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE TICIPIDADE PENAL – RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA TÍPICA SOMENTE POSSÍVEL APÓS A DEFINITIVA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – INVIABILIDADE DA INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL, ENQUANTO A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO SE REVESTIR DE DEFINITIVIDADE – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A *PERSECUTIO CRIMINIS*, SE INSTAURADO INQUÉRITO POLICIAL OU AJUIZADA AÇÃO PENAL ANTES DE ENCERRADO, EM CARÁTER DEFINITIVO, O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL – OCORRÊNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO, PORQUE DESTITUÍDA DE TICIPIDADE PENAL A CONDUTA OBJETO DE INVESTIGAÇÃO PELO PODER PÚBLICO – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DOS ATOS PERSECUTORIOS – INVALIDAÇÃO, DESDE A ORIGEM, POR AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO, DO PROCEDIMENTO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DE PERSECUÇÃO PENAL – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – *HABEAS CORPUS* CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA PARTE, DEFERIDO. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, *hic et nunc*, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. – Enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. É que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário (*an debeatur*) e determinado o respectivo valor (*quantum debeatur*), estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal. – A instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois,

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

antes que tal ocorra, o comportamento do agente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico. Precedentes. – Se o Ministério Público, no entanto, independentemente da “representação fiscal para fins penais” a que se refere o art. 83 da Lei nº 9.430/96, dispuser, por outros meios, de elementos que lhe permitam comprovar a definitividade da constituição do crédito tributário, poderá, então, de modo legítimo, fazer instaurar os pertinentes atos de persecução penal por delitos contra a ordem tributária. – A questão do início da prescrição penal nos delitos contra a ordem tributária. Precedentes (Habeas Corpus 90.057-RJ, STF, 2ª Turma, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 11.9.2007, publicado no *DJ* em 18 out. 2007).

Ora, qualquer procedimento investigatório tem a finalidade exatamente de apurar conduta criminoso (sonegação, mediante a supressão ou redução de tributos), que não pode ser condicionada a uma questão a ser dirimida na seara administrativa, que, na linha da SV 24, tem o poder único de *dizer* sobre a ocorrência dos crimes (tipicidade).

Novamente há restrições ao *modo* de apuração do fato criminoso, centralizado em autoridade administrativa, excluindo-se o titular da ação penal de trazer *eventuais outros* meios de prova acerca da prática delitiva.

2.4.1.9. Nono fundamento: A total desproteção do bem jurídico tutelado e a diminuição da arrecadação tributária esperada

Em matéria de crimes tributários, seguidamente são declinados argumentos de que a finalidade de se exaurir a esfera administrativa ou então a existência de regras despenalizantes (v.g, art. 34 da Lei 9.249/1995; art. 15 da Lei 9.964/2000; art. 9º, §§ 1º e 2º, da Lei 10.684; arts. 67 a 69 da Lei 11.941/2009) estaria em se saber o montante *sonegado* e, assim, permitir a *arrecadação tributária* mediante o *pagamento dos tributos* devidos.

Tanto no julgamento do Habeas Corpus n. 81.611-SP são encontradas tais premissas, como também na própria discussão da Súmula Vinculante n. 24. Eis excerto do que dito nesse último julgado:

[...] quis o legislador nacional estabelecer uma política de arrecadação sem abrir mão do tipo penal. Nós temos, para a sonegação e os crimes relativos à arrecadação tributária, os tipos previstos na legislação, mas o cidadão que eventualmente tenha praticado um ato de sonegação tem o direito dado pela lei federal de pagar e quitar esse tributo até o lançamento tributário; evitando, com esse pagamento, que venha a ser processado e punido. É uma política tributária que foi estabelecida pelo Estado brasileiro. Podemos divergir dessa política, mas, como julgadores, nós não podemos

refazê-la. Dessa forma, o entendimento agora externado pelo Ministro Cezar Peluso – no sentido de ser necessário o lançamento fazendário, o lançamento fiscal para a finalidade da tipificação do delito previsto na legislação tributária – é consentâneo com uma política tributária em que, inclusive, há várias leis de parcelamento, cito aqui a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, que estabeleceu no seu artigo 9º que: “Art. 9º É suspensa a pena punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento”. É uma política tributária, sem abrir mão do tipo penal. O tipo penal incidirá no momento em que o cidadão contribuinte olvidar do seu pagamento. Podemos concordar ou discordar, mas isto é o que está na lei. Eu me lembro, com essa discussão, Senhor Presidente, da época do Ministério da Desburocratização. Esteve à frente o Ministro Leitão de Abreu.

[...] Vossa Excelência me permite, são só duas observações: acho que o Tribunal, também, não pode perder de vista o caráter – vamos dizer –, de certo modo, extravagante do recurso que o ordenamento jurídico brasileiro faz ao Direito criminal para efeito de lograr arrecadação. O Direito Penal é o último recurso de que as ordens jurídicas se valem para defender valores que não podem ser eficazmente defendidos de outro modo. Não é este o caso de arrecadação de tributos!

Compreende-se que, jurídica e faticamente, essas regras não servem como forma de incrementar eventualmente a arrecadação tributária espontânea. O efeito é contrário: estimulam o aumento das práticas criminosas, ocorrendo o chamado *efeito espiral*.

A genérica afirmativa de um *suposto interesse arrecadatório* não procede. Compreende-se que a aplicação dessas regras implica uma desproteção aos bens jurídicos fundamentais estampados na Constituição, gerando, em verdade, impunidade (culminando em injustiça) ³⁴ e ³⁵.

Aliás, colhe-se dos debates da súmula vinculante afirmação no sentido de que a existência de regras que permitam a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo é uma hipótese de *“política tributária, sem abrir mão do tipo penal. O tipo penal incidirá no momento em que o cida-*

³⁴Roemer destaca que, quando um indivíduo incorre numa falta e infringe determinado regulamento e não é castigado, se perde o objetivo social do Estado, e a população recebe um sinal de que é possível “passar por cima da lei” (ROEMER, Andrés. *Economía del crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001, p. 257).

³⁵FISCHER, Douglas. Artigo 34 da Lei nº 9.249/95 – Parcelamento não é causa de extinção da punibilidade. *RT*, n. 809, p. 438, mar. 2003. FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

ção contribuinte olvidar do seu pagamento. Podemos concordar ou discordar, mas isto é o que está na lei”.

Fazendo-se um corte na sequência da análise do tema, mas com todo respeito ao argumento acima, de cunho eminentemente iluminista, recordamos o que já defendido outrora ³⁶.

Indagamos, com base na doutrina de Perelman, *“que fazer se o próprio Poder Legislativo legisla de modo iníquo? Seria razoável continuar, apesar de tudo, a sustentar a doutrina do positivismo jurídico segundo a qual ‘a lei é a lei’, seja qual for seu conteúdo?”* ³⁷.

Em sua linha de raciocínio, a resposta é negativa. O desarrazoado se constitui em limite para qualquer formalismo em matéria de direito, devendo-se apelar para princípios mais justos, pois *“casos há em que o respeito estrito da letra redunde numa solução [apenas] iníqua, mas em conseqüências ridículas”*. Assim, propugna o autor, *“nas sociedades democráticas contemporâneas, por juízes que compreendem [deveriam compreender] seu papel, que é o de conciliar o respeito pelo direito com o respeito pela equidade e pela justiça, de eliminar-lhes as conseqüências desarrazoadas, portanto inaceitáveis”*.

Encerra dizendo que o juiz, contribuindo, com seu concurso, para o funcionamento de uma ordem iníqua, não pode esperar isentar-se de sua responsabilidade.

De fato, sobre o culto *culto à lei (formal)* remete-se às considerações de Dallari ³⁸: *“No direito brasileiro, tanto na produção teórica quanto na jurisprudência, verifica-se que foi estabelecido e se tornou predominante, apesar de brilhantes manifestações em contrário de alguns teóricos e magistrados, o que se poderia denominar culto à legislação, reduzindo-se o direito à lei escrita e resistindo-se a todas as tentativas de atualização. É uma atitude de acomodação, conservadora ou mesmo reacionária, motivo de conflitos entre direito inscrito na lei e a realidade social. De um lado, essa atitude dispensa o esforço de atualização dos conhecimentos teóricos, permitindo o uso de teorias e autores há longo tempo consagrados, habitualmente muito citados e transcritos para dar a impressão de que as afirmações e conclusões têm sólido embasamento científico”*.

³⁶FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. 2006. Porto Alegre: Verbo Jurídico. p. 217-219.

³⁷PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 433, 435-6, 457 e 490.

³⁸DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98-9.

Reafirmamos compreensão que não é qualquer norma editada pelo legislador que se afigura legítima e consoante a Constituição, pois, para tanto, deve haver um liame axiológico de seu conteúdo com os valores sociais e democráticos. Da outorga de seu mandato, não tem o parlamentar a autorização para, de forma arbitrária e desarrazoada, legislar contra a própria sociedade.

Não podemos mais admitir no avançado estágio do constitucionalismo brasileiro a ausência de controle material das leis, pois, do contrário, se estaria chancelando a máxima de Montesquieu de que o Poder Judiciário estaria ainda hoje limitado a ser "la bouche de la loi", calhando, vez mais, a advertência de Otto Bachof³⁹: *"uma jurisdição que se queira livre da sua responsabilidade pelo conteúdo jurídico da lei degrada-se necessariamente, pelo menos de maneira potencial, num auxiliar do mero poder"*.

Esse também o pensamento complementar de Dallari, ao ponderar que, ao se apegarem ao formalismo, os tribunais *"se reduzem a tribunais de mera legalidade formal, os magistrados passam a aplicadores automáticos de regras que sancionam privilégios, discriminações e violências de várias espécies. Os magistrados que adotam essa atitude renunciaram à sua independência"* ⁴⁰.

Assim, compreendemos necessário haver uma eticização também do Direito Penal Fiscal, calcada nas premissas de que o sistema não visa apenas à arrecadação, mas sobremaneira à realização – na sequência do processo – da justiça distributiva.

Como pondera Anabela Miranda Rodrigues,

é hoje um dado adquirido a eticização do direito penal fiscal, uma vez que o sistema fiscal não visa apenas arrecadar receitas, mas também a realização de objectivos de justiça distributiva, tendo em conta as necessidades de financiamento das atividades sociais do Estado. [...] É através da cobrança de impostos que o Estado realiza em grande parte os objectivos de justiça social que a sua dimensão democrática lhe impõe⁴¹.

Consoante doutrina Martin Borowski, as medidas com esses conteúdos *são inadequadas*, porque não contribuem em nada para que seja fomentada a realização dos objetivos traçados na Constituição Federal. Ou,

³⁹ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais ?* 'Reimp. Coimbra: Almedina, 1994, p. 77.

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85.

⁴¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal. Direito Penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 481.

ao menos, não há nenhuma demonstração de que tais regras tenham como consequências a redução da sonegação fiscal (*lato sensu*). Streck resume que “*não há qualquer justificativa de cunho empírico que aponte para a desnecessidade da utilização do direito penal para a proteção dos bens jurídicos que estão abarcados pelo recolhimento de tributos, mormente quando examinamos o grau de sonegação no Brasil*”. Encerra afirmando que, “*para abrir mão – mesmo que de forma indireta – da proteção penal do bem jurídico ínsito à ideia de Estado Social, o legislador deveria demonstrar, antes, que os meios alternativos à sanção, como o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia, tenha, nos últimos anos – mormente a partir da Lei nº 9.249/95 – proporcionado resultados que apontem, de forma efetiva, para a diminuição da sonegação de tributos*”⁴².

A questão central a ser enfocada é que não se pode deixar de visualizar que o bem jurídico tutelado nos crimes contra a ordem tributária é a *regularidade fiscal* mediante o pagamento (dever fundamental) dos tributos no *momento esperado pelo Estado*. Como dizem também Figueiredo Dias e Costa Andrade, o bem jurídico, em delitos desse jaez, constitui-se no “*interesse público no recebimento completo e tempestivo dos singulares impostos*”⁴³.

Igualmente, Silva Sánchez, reportando-se à STF de 19 de maio de 2005, destaca que o Tribunal Supremo Espanhol reconhece como necessária a repressão de qualquer conduta que implique uma diminuição da arrecadação *esperada* pela Fazenda Pública⁴⁴.

Na verdade, é natural que a *arrecadação espontânea* diminua diante de tais regras, pois elas acabam gerando o que se denomina de *efeito espiral*, que, consoante bem pontua Righi,

se conoce como efecto de resaca o espiral al que se produce normalmente en mercados competitivos, donde la ausencia de eficacia preventiva del Estado genera deslealdad, de modo que el delincuente presiona sobre los demás para que sigan su ejemplo, y así sucesivamente, llegándose a consecuencias de “contagio” generalizado⁴⁵.

⁴²STRECK, Lênio. Da proibição de excesso (*übertassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 243-284, 2004.

⁴³FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 13, p. 62, jan./mar. 1996.

⁴⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 49.

⁴⁵RIGHI, Esteban. *Derecho penal economico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 280.

A consequência desse efeito espiral é que há um incentivo à prática delitativa por outros agentes em idêntica situação, especialmente pela concorrência desleal que é gerada em face das vantagens aos que sonegam e pela certeza de que poderão ser beneficiados com o afastamento do crime pela simples devolução do bem objeto da prática criminosa. Calham novamente as ponderações de Roemer ao dizer que *“en general, es costoso que un delincuente no sea castigado conforme a la ley, porque dada su impunidad podría reincidir o bien otros individuos tendrán incentivos a delinquir porque la probabilidad de que sean atrapados se presume pequeña”*⁴⁶.

Pode-se colher ainda em doutrina⁴⁷ a referência de que Silva Sánchez⁴⁸

ao aludir que o Direito Penal, para ser eficaz em sua pretensão de lograr a eficiência social, deve configurar suas normas partindo do princípio de que os destinatários das leis vão realizar um cálculo de eficiência. Especificamente, no caso, vendo não haver qualquer possibilidade de punição, no máximo a devolução do objeto do crime – a qualquer tempo –, o criminoso (inclusive aquele em potencial) será até estimulado a praticar fatos similares, porque ausente qualquer circunstância que garanta a prevenção sistêmica.

A respeito do tema da concorrência desleal (que é princípio constitucional em relação ao qual o Estado tem a obrigação de *agir positivamente* – vide art. 170, IV, da CF/88), são absolutamente percucientes as ponderações do presidente do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, que, em artigo intitulado “Existe uma ética de mercado?”, pontuou com absoluto acerto: *“O lucro da empresa não pode, portanto, ser gerado por sonegação ou falcatruas, nem à custa dos concorrentes. A concorrência desleal, além do dano ao erário público, desfigura o mais eficaz instrumento de mercado – a competição empresarial”*⁴⁹.

De estudo intitulado *“O parcelamento tributário e seus efeitos sobre o comportamento dos contribuintes”*, apresentado por Nelson Leitão Paes no XXXVIII Encontro Nacional de Economia (em que estudou com base em estatística e dados técnicos as Leis 9.964/2000, 10.684/2003, MP 303, de 2006, e Lei 11.941/2009⁵⁰), destacam-se algumas conclusões:

⁴⁶ROEMER, Andrés. *Economía del crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001, p. 257.

⁴⁷FISCHER, Douglas. *Delinquencia econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

⁴⁸SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e direito penal*. São Paulo: Manole, 2004, p. 26. (Coleção Estudos de Direito Penal, 11).

⁴⁹*Revista do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial*, ano 5, n. 10, ago. 2008.

⁵⁰ Impende referir que, em 18.6.2014, foi editada a Lei nº 12.966 (que alterou as Leis nºs 12.715, de 17 de setembro de 2012, que institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

- *“desde 2000 foram concedidos nada menos do que quatro parcelamentos tributários (Refis, Paes, Paex, Refis-Crise) [...] Segundo dados da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), no período de janeiro a novembro de 2008 foram recuperados apenas 2,16% do estoque total dos débitos inscritos em dívida ativa” (observação nossa: aí estão incluídas as dívidas propriamente ditas e as dívidas resultantes de práticas criminosas, o que revela que o incremento da arrecadação de valores decorrentes dos crimes é menor ainda que o percentual retromencionado) – fl. 2;*
- *“de forma recorrente, logo após a criação do parcelamento, a adesão dos contribuintes é muito grande, o que permite um relativo aumento na arrecadação. Entretanto, tal aumento não se sustenta, e de maneira geral, após pouco tempo, o número de inscritos e a arrecadação cai substancialmente” – fl. 03 – vide também tabela ali constante com valores;*
- *“percebe-se uma queda acentuada tanto no número de inscritos quanto na arrecadação média mensal do Refis [...] aqui se apresenta um primeiro indicativo de que a regularidade na concessão dos parcelamentos tem comprometido a disposição dos contribuintes em pagar seus tributos pontualmente” – fl. 03;*
- *“quando consideramos os efeitos do parcelamento, os números encontrados se aproximam ainda mais das estimativas de informalidade do Brasil na última década (em torno de 40% do PIB). De fato, a oferta de parcelamento fez despencar o percentual ótimo de pagamento de tributos para algo em torno de 62% [...]” – fl. 08;*
- *“percebe-se o enfraquecimento na disposição de pagar tributos das firmas, mesmo aquelas não envolvidas nos parcelamentos, reduzindo o percentual ótimo para apenas 62%” – fl. 09;*
- *“O que este exercício simples demonstra é que a mera expectativa da criação de parcelamentos tributários já tende a enfraquecer a arrecadação atual e que quanto mais favoráveis forem as condições oferecidas menor tende a ser as receitas presentes [...] a boa cultura tributária, demarcada pelo correto recolhimento espontâneo dos contribuintes, se enfraquece e pode ser afetada de forma permanente, reduzindo a arrecadação” – fl. 13;*
- *“O que este trabalho procura apresentar é que [...] existem perdas não só do ponto de vista da arrecadação, mas como também da fragilização das instituições, em particular a maior evasão fiscal” – fl. 14.*

da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores - INOVAR-AUTO, 12.873, de 24 de outubro de 2013, e 10.233, de 5 de junho de 2001; e dá outras providências) ripristinando a possibilidade de pagamento parcelado dos débitos tributários, inclusive aqueles decorrentes de práticas criminosas (art. 2º e § 1º) e a consequente extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos (art. 69, Lei 11.941).

Portanto, prova-se aqui (tanto sob a ótica de argumentos jurídicos como em face de dados técnicos) que a utilização de regras despenalizantes como forma de interpretar a configuração do crime implica malferimento à arrecadação tributária, notadamente a espontânea. A arrecadação tributária não aumenta: diminui. Não é dado ao legislador gerar tamanha desproteção, violando-se a proporcionalidade da regra.

Com efeito, analisando o tema relacionado aos deveres de proteção e os direitos fundamentais, o Ministro Gilmar Mendes já reconheceu que

os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermissverbot*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) *Dever de segurança* [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2º, II, da Lei Fundamental. [...] ⁵¹.

Nessa mesma linha são as percucientes observações de Bernal Pulido quando destaca que

la cláusula del Estado social de derecho modifica el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. [...] De este modo, junto a la tradicional dimensión de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva. En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de “deberes de protección” [*dizemos nós: de proteção ótima*] que encarnan en conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan ⁵².

⁵¹MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Também em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, p. 131-142, 2004.

⁵²BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 126.

Na sequência de sua doutrina, destacando que “*el efecto disuasorio o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros*”, enfatiza que

[...] La segunda variante del principio de proporcionalidad, que también se aplica para controlar la constitucionalidad de la legislación penal, pero desde el punto de vista de la satisfacción e las exigencias impuestas por los derechos de protección, es la prohibición de protección deficiente. En esta variante, el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión prima facie de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen prima facie al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos e principios que juegen en sentido contrario. El carácter prima facie de estos derechos implica que las intervenciones del legislador de las que sean objeto sólo puedan ser constitucionalmente admisibles y válidas de manera definitiva se observan las exigencias del principio de proporcionalidad. La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente (el *untermassverbot*) de la doctrina alemana. Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue prima facie la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. Esta prohibición se compone de los siguientes subprincipios. Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima vulnera las exigencias de principio de idoneidad cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo. [...] Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de necesidad cuando existe otra abstención y otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad, y a la vez favorezca más la realización del derecho fundamental de protección. [...] Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido estricto cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo (la no-intervención de la libertad) es inferior al grado en que no se realiza el derecho fundamental de protección. Si se adopta la escala triádica expuesta con ocasión de la interdicción del exceso, se concluirá entonces que, según la prohibición de protección deficiente, está prohibido que la intensidad en

que no se garantiza un derecho de protección sea intensa y que la magnitud de la no-intervención en la libertad o en otro derecho de defensa sea leve o media, o que la intensidad de la no-protección sea media y la no-intervención sea leve.[...]»⁵³.

Tecendo importantes considerações acerca do denominado Princípio da Proibição de Proteção Deficiente, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376-MS⁵⁴, assentou, de modo peculiar, que

[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

“Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador” (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, p. 180, mar. 2005).

⁵³BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 139-142.

⁵⁴Tratando de recurso extraordinário interposto por réu condenado pelo delito de estupro de menor absolutamente incapaz, no qual se pugnava a extinção da punibilidade em razão do casamento do autor com a vítima, o Tribunal, por maioria, em sua composição plenária, conheceu e negou provimento ao recurso, vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que davam provimento ao recurso. Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa. Decisão proferida em 9.2.2006.

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

“A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, [...], um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados” (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, p. 107, jun. 2005).

E continua o Professor Ingo Sarlet:

“A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo)” (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, p. 132, jun. 2005).

Em momento anterior, o Ministro Gilmar Mendes também já se manifestara de forma abstrata acerca dos direitos fundamentais e dos *deveres de proteção*⁵⁵:

[...] A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

⁵⁵MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Também em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, p. 131-142, 2004.

Essa interpretação do Bundesverfassungsgericht empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “adversário” (Gegner) para uma função de guardião desses direitos (Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant).

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (Austrahlungswirkung) sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que se não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot).

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:

a) Dever de proibição (Verbotspflicht), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;

(b) Dever de segurança (Sicherheitspflicht), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;

(c) Dever de evitar riscos (Risikopflicht), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental.

Recentemente, a Corte Suprema reafirmou a necessidade de afastamento de regras que gerem desproteção sistêmica, consoante sintetizada na ementa (dentre tantas) do seguinte precedente:

Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniçada. (a) Tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandados constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniçada. Ordem denegada.

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS.

1.1. Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Überrmassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Überrmassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de

caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (arts. 6º e 144 da CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

4. ORDEM DENEGADA. Republicado por haver saído com incorreção no *Diário de Justiça Eletrônico* do dia 1º.08.13 (Habeas Corpus 102.826, Segunda Turma, Redator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 28.2.2012, publicado no *DJ* em 20.8.2013).

Convém ainda destacar, por absolutamente pertinentes, as ponderações de José Paulo Baltazar Júnior, quando declina ser *“perfeitamente possível fazer derivar do dever de proteção o recurso também ao direito penal ou processual penal, caso outro meio mais eficiente não possa ser adotado, uma vez que a intervenção penal também estará submetida à prova da proibição de excesso. Desse modo, o dever de proteção poderá levar tanto à criação de tipos penais quanto à introdução de normas processuais que permitam, de forma efetiva, sua aplicação”*⁵⁶.

Na senda da doutrina renomada de Carlos Bernal Pulido, a prevalência dessas regras a ensejar conclusões abstratas de que haveria incremento na arrecadação tributária em verdade esbarra na violação do cânone máximo da proporcionalidade sob a perspectiva da Proibição de Proteção Deficiente (em seus três subprincípios) porque as normas em comento:

⁵⁶BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. 2010. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 214.

- a) não protegem de maneira ótima o sistema essencial para a arrecadação tempestiva e esperada dos recursos e manutenção do Estado ante suas obrigações de atendimento aos direitos fundamentais dos cidadãos, notadamente da Previdência Social. Desse modo, fere-se a idoneidade porque não se favorece a realização de um fim legislativo legítimo (constitucionalmente previsto);*
- b) violam o subprincípio da necessidade, porque, racionalmente, dentro do sistema vigente (tal como existente no artigo 16 do Código Penal), não se favorece a realização do direito à proteção dos bens jurídicos fundamentais que são ínsitos às normas penais incriminadoras nos tipos ora tratados;*
- c) violam a proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de favorecimento do fim do legislador (simplesmente afastar a penalização criminal) é absolutamente inferior e desproporcional ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção dos bens jurídicos tratados pelo tipo penal em voga.*

Portanto, segundo a proibição de proteção deficiente, é vedado não garantir o direito de proteção com a devida intensidade (*o que ocorre, pois o sistema fica totalmente desprotegido frente ao seu bem jurídico protegido pelas normas penais de que se trata*), bem como permitir que a magnitude da não-intervenção na liberdade seja leve ou média (*é absolutamente leve, pois afasta qualquer possibilidade de punição por quem já infringiu a norma penal*).

2.4.1.10. Décimo fundamento. Os delitos tributários como antecedentes da lavagem de dinheiro nos moldes da Lei n. 12.683/2012

Nos termos da redação (originária) da Lei n. 9.613/98, poderiam ser crimes antecedentes *somente* aqueles elencados nos incisos I a VIII do seu art. 1º (lei de segunda geração). Após a edição da Lei n. 12.683/2012, a redação do tipo penal foi alterada para considerar crime *“ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”*.

As modificações nessa parte foram substanciais, na medida em que, avançando-se para o que se chama de lei de lavagem de dinheiro de *terceira geração*, não há mais o rol exaustivo das hipóteses que podem ser os antecedentes, passando-se à possibilidade de punição de fatos que se

caracterizem não apenas como crimes, mas abarcados pela expressão “infração penal”, com mais largo alcance.

No § 1º do art. 2º da Lei n. 12.683/2012 tem-se que “a denúncia será instruída com **indícios suficientes da existência da infração penal antecedente**, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração antecedente”.

Em nossa compreensão, mantida a Súmula Vinculante, a dúvida sempre poderá ser arguida no sentido de que sem o exaurimento da esfera administrativa *não existiria* crime de *sonegação fiscal*, de modo que seria inviável inclusive o processamento criminal pela lavagem, porque, diz-se, não se poderia cogitar da existência de *indícios* do crime.

Vê-se que o raciocínio que se pode empregar para gerar o empeco é o mesmo para aquele em que – anteriormente analisado – temos visto o reconhecimento da impossibilidade de utilização de medidas cautelares prévias para a apuração dos próprios delitos fiscais de natureza material.

Eis aqui mais um (dentre tantos) paradoxo que decorre dos efeitos da aplicabilidade da Súmula Vinculante n. 24 em conjunto com a Lei n. 12.683/2012. Não se pode esquecer que, como grande (e importante) inovação, há previsão de punição pelo delito de lavagem de capitais “ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou **extinta a punibilidade da infração antecedente**”.

Embora o STF *ainda não* tenha apreciado até o presente momento a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.273⁵⁷, o fato é que a legislação pátria (em verdadeiro *incentivo* às práticas criminosas desse jaez, segundo nossa compreensão⁵⁸) admite a extinção da punibilidade dos crimes

⁵⁷Em que se sustenta a inconstitucionalidade dos arts. 67, 68 e 69 da Lei 11.941 por violação de vários cânones constitucionais, raciocínio também desenvolvido quase na mesma extensão em relação ao art. 9º, §§ 1º e 2º, Lei 10.684, pendente de julgamento no RE nº 462.790-RS. Colhe-se da representação que originou a ADI 4.273, de nossa lavra, a seguinte síntese argumentativa:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. REGRAS QUE PERMITEM A NÃO INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL E A **EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE** NOS DELITOS DE SONEGAÇÃO FISCAL. **ARTIGOS 67, 68 E 69 DA LEI Nº 11.941/2009.** 1. Inconstitucionalidade por violação a diversos dispositivos constitucionais, dentre os quais, pelo menos: **a)** artigo 1º e parágrafo único, CF; **b)** artigo 3º, incisos I, III e IV, CF; **c)** artigo 5º, *caput*, e inciso LIV, CF; **d)** artigo 37, *caput*, CF; **e)** artigo 150, inciso II, CF; **f)** artigo 170 e IV, CF. **g)** artigo 194 e inciso V, CF; **h)** artigo 195 e incisos I e II, CF. 2. Representação que se ancora também na demonstração da violação do Princípio da Proporcionalidade (Princípio do Devido Processo Legal Substancial) sob a perspectiva da **Proibição de Proteção Deficiente. Precedentes do STF.** 3. Representação que se ancora, ainda, na demonstração da violação do Princípio da Justiça (violação da isonomia).

⁵⁸FISCHER, Douglas. *Como a jurisdição pode propiciar maior impunidade em crimes tributário-fiscais*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, v. 19, p. 52-73, 2011.

tributários se houver o pagamento do tributo sonegado e consectários, inclusive a qualquer tempo (*com total desproteção do bem jurídico tutelado*)⁵⁹.

Ora, não se pode esquecer que há situações em que, muitas vezes, *não há* apuração dos fatos criminosos por exclusiva *discricionariedade* da administração tributária, em razão de critérios de conveniência.

Noutras situações, são utilizados argumentos meramente formais para a desconstituição do que apurado na seara administrativa ou ainda *não* é realizada a apuração para constituição do “crédito tributário” no prazo de 5 anos (*vide anotações anteriores no que se refere aos problemas da prescrição do “crime”*), restando, pela interpretação que *se pode* conferir, a impossibilidade de punição de alguém pela sonegação fiscal, tudo em razão de critérios que escapam totalmente ao crivo do Judiciário por entendimento exclusivamente da *seara administrativa*.

Importante ver que, em havendo a “constituição do crédito tributário”, mesmo que utilizado o expediente do pagamento como forma de extinção da punibilidade, não ocorre nenhum empecilho para a punição pela lavagem.

É dizer, nas primeiras situações, em que se poderia ter a demonstração da *existência* do crime por outras formas que não a exclusiva atuação da entidade responsável pela arrecadação ao tempo esperado em seu procedimento de “constituição de crédito tributário”, não há como se cogitar da punição pela lavagem de dinheiro, ao passo em que, na última, mesmo com a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, se poderá cogitar da lavagem de capitais.

⁵⁹HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. QUITAÇÃO INTEGRAL DO DÉBITO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 9.º, § 2.º, DA LEI N.º 10.684/2003. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. O art. 9.º, § 2.º, da Lei n.º 10.684/2003 estabelece expressamente que da quitação integral do débito tributário pela pessoa jurídica, decorre a extinção da punibilidade, sem qualquer limitação de tempo. 2. É entendimento jurisprudencial desta Corte Superior que com o advento da Lei n.º 10.684/03 o pagamento do tributo extingue a punibilidade quanto aos crimes contra a ordem tributária. Precedente. 3. Habeas corpus concedido para reconhecer a extinção da punibilidade do ora Paciente, nos autos da ação penal n.º 2005.50.02.001394-7. (STJ – HC n. 222.480-ES, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, julgado em 12.6.2012, publicado no DJ em 26.6.2012).

AÇÃO PENAL. CRIME TRIBUTÁRIO. TRIBUTO. PAGAMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei Federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.” (HC. nº 81.929-0-RJ, STF, julgado em 16.12.2003, publicado no DJ em 27.2.2004)

Veja-se também o descompasso sistêmico existente em se mantendo a necessidade do exaurimento da esfera administrativa em relação aos crimes antecedentes de *sonegação fiscal (lato sensu)* praticados em território brasileiro. É que, nos termos do art. 2º, II, da Lei n. 12.683/2012, “*independem de processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta lei a unidade de processo e julgamento*”.

Significa que se alguém praticar delito de sonegação fiscal *no exterior* (realizando a lavagem dos valores anteriormente no Brasil) não será necessário nem o julgamento do processo pelo crime antecedente no exterior, muito menos a “exigência” de que se comprove o exaurimento da esfera administrativa (como condição de “existência” ou presença de “indícios de sua existência”) para que se possa processar o responsável pelo ulterior delito de lavagem de capitais em território pátrio.

No âmbito internacional, nunca é demais ressaltar a *importância dos compromissos* assumidos pelo Brasil, especialmente no que tange à repressão – eficaz e eficiente – de determinados delitos. Como bem ressalta Baltazar Júnior, essa visão de hipertrofia de direitos de defesa “*anula qualquer possibilidade de persecução penal efetiva*”⁶⁰.

A propósito, cumpre rememorar que, em 2012, ao revisar suas recomendações, o GAFI incluiu os delitos fiscais na categoria de crimes designados como antecedentes da lavagem, o que denota a *gravidade e importância* para os organismos internacionais de tais condutas por estarem diretamente relacionadas com a lavagem de capitais^{61 62}.

⁶⁰BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. 2010. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 240.

⁶¹ “Crimes Fiscais – a lista de crimes acessórios da lavagem de dinheiro foi expandida para incluir crimes fiscais. Isso fará com que os frutos de crimes fiscais estejam dentro do escopo dos poderes e autoridades usados para combater a lavagem de dinheiro, o que contribuirá para uma melhor coordenação entre PLD e autoridades fiscais, além de remover potenciais obstáculos à cooperação internacional em se tratando de crimes fiscais. In <http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1> Acesso em 25.jul.2014.

⁶² Inclusion of Tax Crimes as a Predicate Offence for Money Laundering(New) 9.The responses received from the private sector on the inclusion of tax crimes as predicate offences were mixed, with a number of financial representative bodies supporting the proposal in general, while many representative bodies, including DNFBBs’ representative bodies, indicating concerns or rejecting the proposal. The concerns relate in particular to: (i) the scope of tax crimes, with a strong preference indicated that only serious tax crimes should be included; (ii) the lack in expertise and the inherent difficulty for the private sector in detecting tax crimes; and (iii) the need for a level playing field. 10. The FATF had considered these concerns and the need to address the growing threat over the laundering of tax crimes. The change is thus calibrated to focus on the inclusion of serious tax crimes, and is similar to the approach that the FATF has taken consistently in defining the minimum range of

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

Tal como no caso dos paradoxos abordados em relação à impossibilidade de utilização de determinadas medidas cautelares para a apuração dos delitos fiscais, compreendemos que, também aqui, não há o óbice para o processamento criminal pela lavagem de dinheiro, pois o que se exige não é a demonstração da *existência* do crime (que, segundo o STF, só se daria com o exaurimento da esfera administrativa), mas sim, na lítera da lei, de *indícios da existência* do crime antecedente, o que não demanda a certeza do crime, mas a demonstração de elementos de que houve a prática delitiva antecedente.

De qualquer modo, a manutenção dos termos do comando sumulado gera – e com certeza gerará com maior intensidade em breve – muitas discussões, acarretando a grande probabilidade de impunidade especialmente no que tange à lavagem de dinheiro, o que importará em violação, pelo Brasil, de relevantes compromissos internacionais assumidos na repressão de tão graves condutas criminosas.

Sob a ótica do direito comparado, não podemos deixar de considerar algo de relevo. Defende Enrique Bacigalupo⁶³ que *“aunque se considerara que los hechos imputados a un mismo autor pueden ser formalmente subsumidos bajo los tipos del delito fiscal y del blanqueo de dinero, ambos tipos concurren en la forma de un concurso (aparente) de normas que excluye el delito del blanqueo por ser un hecho posterior copenado de acuerdo com el art. 8.3, CP”*.

Entretanto, todas as premissas utilizadas pelo doutrinador espanhol estão calcadas na circunstância *elementar (e diversa do sistema brasileiro e da grande maioria dos demais países que adotam o sistema de leis de terceira geração)* de que, por expressa disposição legal não se admite na Espanha o delito de autolavagem (*selflaundering*).

De fato, como ainda refere Enrique Bacigalupo⁶⁴ *“no es imposible que concurren el delito fiscal (art. 305, CP) y el de blanqueo de dinero (art. 301, CP). Pero, lo que non es posible es condenar a una persona por ambos delitos cuando ella es quien, a la vez, realiza alguna de las acciones del art. 301 CP sobre el dinero correspondiente a la cuota de un impuesto que omitió declarar a la Hacienda Pública”*.

predicate offences for money laundering as being serious offences. Countries would, therefore, have some flexibility with respect to the precise offences to be included in relation to its own circumstances. In <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/publicconsultation/FATF%20Respons-e%20to%20the%20public%20consultation%20on%20the%20revision%20of%20the%20FATF%20Recommendation%20s.pdf>.

Acesso em 19.ago.2014.

⁶³BACIGALUPO, Enrique. *Sobre el concurso del delito fiscal y blanqueo de dinero*, Civitas, 2012, p. 13.

⁶⁴BACIGALUPO, Enrique. *Sobre el concurso del delito fiscal y blanqueo de dinero*, Civitas, 2012, p. 51.

Na Itália, o Código Penal faz a reserva da autolavagem (art. 648, bis). Também em Portugal (art. 368-A) faz-se referência direta à punição da autolavagem como concurso de crimes.

Não tardará porém para vermos posicionamentos de doutrinadores brasileiros (quando não ocultando essa circunstância fundamental) defendendo a necessidade de não punição da lavagem nestes casos por questão de conveniência ou até de “justiça”.

Nada obstante, espera-se que a Corte Suprema brasileira mantenha coerência com o que já assentou no julgamento da Ação Penal n. 470, ao reconhecer expressamente a possibilidade de autolavagem.

Relembre-se, por exemplo, o que dito pelo Ministro Cezar Peluso: *“se, por exemplo, alguém que recebe um dinheiro ilicitamente, ao invés de usá-lo por si, incumbe outrem de, em nome deste, adquirir-lhe bem ou bens, caso em que pratica duas ações típicas distintas, a do primeiro crime, consistente em receber ilicitamente, e a do segundo, que é a ocultação do produto do primeiro crime. Isso é autolavagem”* (fl. 2.173 do acórdão).

Na mesma linha, as ponderações do Ministro Ayres Britto, ao dizer que a legislação brasileira *“não proíbe a incriminação do agente responsável pelo delito antecedente, muito menos exige que o suposto ‘lavador’ do dinheiro espúrio haja sido denunciado por formação de quadrilha (artigo 288 do CP). É dizer: a lei não vedou expressamente a chamada ‘autolavagem’, sendo possível, portanto, imputar à mesma pessoa a responsabilidade tanto pela lavagem de dinheiro quanto pela infração antecedente, caso haja concorrido para ambos os crimes. Noutros termos: sempre que o autor do delito antecedente se utilizar de manobras (operações financeiras e comerciais, por exemplo) para conferir aos valores obtidos com o crime anterior a aparência de licitude, incorrerá no delito do art. 1º da Lei 9.613/98”* (fl. 4.506 do acórdão).

2.4.1.11. Da modulação dos efeitos da alteração jurisprudencial em caso de revogação da Súmula Vinculante n. 24 e da alteração do entendimento de que o crime se consumaria com o exaurimento da esfera administrativa

Como destacado, a interpretação consolidada na Súmula Vinculante n. 24 impõe que, com o reconhecimento da *existência* do crime somente a partir do exaurimento da esfera administrativa, é desse momento que se conta o marco prescricional, presente o disposto no art. 111, I, do CP (*A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I – do dia em que o crime se consumou*).

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

Nessa linha, reiterando, o entendimento dos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal:

[...] Se o delito sequer havia se consumado antes do esgotamento da via administrativa, impossível se cogitar do início do curso do prazo prescricional, como pretendido na inicial do *mandamus*. Entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e o dia em que foi recebida a segunda denúncia ofertada nos autos, não transcorreu período suficiente para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal. [...] (Habeas Corpus 233.856–SP, STJ, 5ª Turma, julgado em 15.10.2013, publicado no *DJ* em 23 out. 2013).

[...] 4. Não resta configurada a prescrição da pretensão punitiva estatal, porque segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, o delito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 se consuma com o lançamento definitivo do débito, não quando o agente omite ou presta declaração falsa às autoridades fazendárias.

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido (Recurso Especial 1.074.843-PB, 5ª Turma, julgado em 4.11.2010, publicado no *DJ* em 14 abr. 2011).

[...] Enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. Em consequência, e por ainda não se achar configurada a própria criminalidade da conduta do agente, sequer é lícito cogitar-se da fluência da prescrição penal, que somente se iniciará com a consumação do delito (CP, art. 111, I). Precedentes (Habeas Corpus 86.032-RS, 2ª Turma, STF, julgado em 4.9.2007, publicado no *DJ* em 12 jun. 2008).

Parece que já visualizando todos os problemas que decorreriam, calha uma vez mais transcrever o que disse o Ministro Joaquim Barbosa ao discordar da edição da referida súmula vinculante: *em princípio, entendendo que a matéria penal não é vocacionada à sumulação em caráter vinculante. Com o passar do tempo, e em razão da multifacetariedade intrínseca do fenômeno criminal, haverá, sem dúvida, uma tendência inevitável à obsolescência da súmula e à consequente necessidade, para esta Corte, de revogá-la ou de proceder às sucessivas clarificações”*.

O cancelamento da Súmula Vinculante n. 24, em sendo acolhido, tal como ora defendido, terá como efeito o reconhecimento, para o futuro, de que os crimes *ocorrem* com a ação ou omissão (ainda que outro seja o momento do resultado), presente a Teoria da Atividade (art. 4º do CP).

Como consequência, a prescrição, nos moldes do art. 111, I, do CP, será (como sempre foi até a edição do comando sumulado) contada a partir desse momento, da ação ou omissão.

A circunstância demanda que, em sendo cancelada a súmula, como ora se defende, é fundamental que se confira modulação dos efeitos de modo a evitar a aplicação retroativa de tal entendimento, pois, do contrário, certamente seriam fulminadas todas as ações penais em andamento pela prescrição retroativa, já que o marco prescricional seria em momento bem anterior ao *exaurimento* da discussão na esfera administrativa.

A segurança jurídica (agora sim há se falar em segurança jurídica) impõe que não se confira efeito retroativo à modificação da compreensão do momento consumativo do crime, fixado unicamente por interpretação jurisprudencial, com reflexos fundamentais na questão da prescrição.

Não é nova a situação ora arguida, já tendo o Supremo Tribunal Federal enfrentando situações em que foi efetuada a modulação dos efeitos. Colhem-se algumas situações de relevo já enfrentadas:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime de responsabilidade de prefeito. Peculato (art. 1º, inciso I, do DL 201/67). Aventada incompetência do Tribunal de Justiça local para julgar ex-detentor de cargo dotado de prerrogativa de foro. Inconstitucionalidade do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP reconhecida pela Suprema Corte na ADI nº 2.797/DF. Modulação dos efeitos da decisão para assentar sua eficácia a partir de 15/9/2005, preservada a validade dos atos processuais anteriormente praticados em ações de improbidade, inquéritos ou ações penais contra ex-ocupantes de cargos dotados de prerrogativa de foro. Possibilidade. Recurso não provido.

1. A Suprema Corte, ao julgar os embargos de declaração opostos na ADI nº 2.797/DF, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei nº 10.628/02, assentando sua eficácia somente a partir de 15/9/2005 (data do julgamento da ADI), preservando-se, assim, a validade dos atos processuais praticados em ações de improbidade, inquéritos ou ações penais ainda em curso contra ex-ocupantes de cargos com foro específico.

2. Não há, por consequência, como reconhecer-se a ilegalidade da modulação empreendida, a pretexto de que a convalidação dos atos praticados perante o Tribunal estadual importaria em violação dos direitos individuais do paciente, situação essa devidamente considerada e repelida diante na decisão modulatória transversalmente impugnada.

3. Recurso não provido (RHC 117.809-SC, STF, 1ª Turma, julgado em 17.12.2013, publicado no *DJ* em 28 fev. 2014).

Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Criação, por Lei estadual, de Varas especializadas em delitos praticados por organizações criminosas.

Previsão de conceito de “crime organizado” no diploma estadual. Alegação de violação à competência da União para legislar sobre matéria penal e processual penal. Entendimento do Egrégio Plenário pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade. – Inclusão dos atos cone-

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

xos aos considerados como Crime Organizado na competência da Vara especializada. Regra de prevalência entre juízos inserida em Lei estadual. Inconstitucionalidade. Violação da competência da União para tratar sobre Direito Processual Penal (Art. 22, I, CRFB).

Ausência de ressalva à competência constitucional do Tribunal do Júri. Violação ao art. 5º, XXXVIII, CRFB. Afronta à competência da União para legislar sobre processo (art. 22, I, CRFB). – Criação de órgão colegiado em primeiro grau por meio de Lei estadual. Aplicabilidade do art. 24, XI, da Carta Magna, que prevê a competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual. Colegialidade como fator de reforço da independência judicial. Omissão da legislação federal. Competência estadual para suprir a lacuna (art. 24, § 3º, CRFB). Constitucionalidade de todos os dispositivos que fazem referência à Vara especializada como órgão colegiado.

Dispositivos que versam sobre protocolo e distribuição. Constitucionalidade. Competência concorrente para tratar de procedimentos em matéria processual (Art. 24, XI, da CRFB). – Atividades da Vara Criminal anteriores ou concomitantes à instrução prévia. Alegação de malferimento ao sistema acusatório de processo penal. Interpretação conforme à Constituição. Atuação do Judiciário na fase investigativa preliminar apenas na função de “juiz de garantias”. Possibilidade, ainda, de apreciação de remédios constitucionais destinados a combater expedientes investigativos ilegais.

Atribuição, à Vara especializada, de competência territorial que abrange todo o território do Estado-membro. Suscitação de ofensa ao princípio da territorialidade. Improcedência. Matéria inserida na discricionariedade do legislador estadual para tratar de organização judiciária (Art. 125 da CRFB).

Comando da lei estadual que determina a redistribuição dos inquéritos policiais em curso para a nova Vara. Inexistência de afronta à *perpetuatio jurisdictionis*. Aplicação das exceções contidas no art. 87 do CPC. Entendimento do Pleno deste Pretório Excelso.

Previsão, na Lei atacada, de não redistribuição dos processos em andamento. Constitucionalidade. Matéria que atine tanto ao Direito Processual quanto à organização judiciária. Teoria dos poderes implícitos. Competência dos Estados para dispor, mediante Lei, sobre a redistribuição dos feitos em curso. Exegese do art. 125 da CRFB.

Possibilidade de delegação discricionária dos atos de instrução ou execução a outro juízo. Matéria Processual. Permissão para qualquer juiz, alegando estar sofrendo ameaças, solicitar a atuação da Vara especializada. Vício formal, por invadir competência privativa da União para tratar de processo (art. 22, I, CRFB). Inconstitucionalidade material, por violar o princípio do Juiz Natural e a vedação de criação de Tribunais de exceção (art. 5º, LIII e XXXVII, CRFB).

Atribuição, à Vara especializada, de competência para processar a execução penal. Inexistência de afronta à Carta Magna. Tema de organização judiciária (art. 125 CRFB).

Permissão legal para julgar casos urgentes não inseridos na competência da Vara especializada. Interpretação conforme à Constituição (art. 5º, XXXV, LIII, LIV, LXV, LXI e LXII, CRFB). Permissão que se restringe às hipóte-

ses de relaxamento de prisões ilegais, salvante as hipóteses de má-fé ou erro manifesto. *Translatio iudicii* no Processo Penal, cuja aplicabilidade requer haja dúvida objetiva acerca da competência para apreciar a causa.

Previsão genérica de segredo de justiça a todos os inquiridos e processos. Inconstitucionalidade declarada pelo Plenário.

Indicação e nomeação de magistrado para integrar a Vara especializada realizada politicamente pelo Presidente do Tribunal de Justiça. Inconstitucionalidade. Violação aos critérios para remoção e promoção de juizes previstos na Carta Magna (art. 93, II e VIII-A). Garantias de independência da magistratura e de qualidade da prestação jurisdicional. – Estabelecimento de mandato de dois anos para a ocupação da titularidade da Vara especializada. Designação política também do juiz substituto, ante o afastamento do titular. Inconstitucionalidade. Afastamento indireto da regra da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, CPP). Princípio da oralidade. Matéria processual, que deve ser tratada em Lei nacional (art. 22, I, CRFB).

Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. Modulação dos efeitos temporais da decisão.

1. Os delitos cometidos por organizações criminosas podem submeter-se ao juízo especializado criado por lei estadual, porquanto o tema é de organização judiciária, prevista em lei editada no âmbito da competência dos Estados-membros (art. 125 da CRFB). Precedentes (ADI 1.218, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2002, DJ 08-11-2002; HC 96.104, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010, DJe-145; HC 94.146, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, DJe-211; HC 85.060, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-030; HC 91.024, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157). Doutrina (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 278-279).

2. O conceito de “crime organizado” é matéria reservada à competência legislativa da União, tema interdito à lei estadual, à luz da repartição constitucional (art. 22, I, CRFB).

3. À Lei estadual não é lícito, a pretexto de definir a competência da Vara especializada, imiscuir-se na esfera privativa da União para legislar sobre regras de prevalência entre juízos (arts. 78 e 79 do CPP), matéria de caráter processual (art. 22, I, CRFB).

4. A competência constitucional do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII) não pode ser afastada por Lei estadual, nem usurpada por Vara criminal especializada, sendo vedada, ainda, a alteração da forma de sua composição, que deve ser definida em Lei nacional. Precedentes do Pleno deste Pretório Excelso (ADI 1.218/RO, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. 05/09/2002, Tribunal Pleno).

5. A composição do órgão jurisdicional se insere na competência legislativa concorrente para versar sobre procedimentos em matéria processual, mercê da caracterização do procedimento como a exteriorização da relação jurídica em desenvolvimento, a englobar o modo de produção dos atos

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

decisórios do Estado-juiz, se com a chancela de um ou de vários magistrados (MACHADO GUIMARÃES. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969. p. 68).

6. A independência do juiz nos casos relativos a organizações criminosas, injunção constitucional, na forma do art. 5º, XXXVII e LIII, da CRFB, não está adequadamente preservada pela legislação federal, constituindo lacuna a ser preenchida pelos Estados-membros, no exercício da competência prevista no art. 24, § 3º, da Carta Magna.

7. Os Estados-membros podem dispor, mediante Lei, sobre protocolo e distribuição de processos, no âmbito de sua competência para editar normas específicas sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, CRFB).

8. A separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal (Art. 129, I, CRFB), tornando a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567).

9. Os procedimentos investigativos pré-processuais não previstos no ordenamento positivo são ilegais, a exemplo das VPIs, sindicâncias e acautelamentos, sendo possível recorrer ao Judiciário para fazer cessar a ilicitude, mantida a incolumidade do sistema acusatório (HAMILTON, Sergio Demoro. *A Ilegalidade das VPIs, das Sindicâncias, dos Acautelamentos e Quejandos*. In: *Processo Penal Reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002).

10. O princípio do juiz natural não resta violado na hipótese em que Lei estadual atribui a Vara especializada competência territorial abrangente de todo o território da unidade federada, com fundamento no art. 125 da Constituição, porquanto o tema gravita em torno da organização judiciária, inexistindo afronta aos princípios da territorialidade e do Juiz natural.

11. A *perpetuatio jurisdictionis* é excepcionada nas hipóteses de modificação da competência *ratione materiae* do órgão, motivo pelo qual é lícita a redistribuição dos inquéritos policiais para a nova Vara Criminal, consoante o art. 87, *in fine*, do CPC. Precedentes (HC 88.660-4, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julg. 15.05.2008; HC 85.060, Rel. Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julg. 23.09.2008; HC 76.510/SP Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julg. 31.03.1998). Doutrina (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. V. III. Padova: Cedam, 1939. p. 480; MARQUES, José Frederico. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 46. p. 446; TORNAGHI, Hélio. *Instituição de Processo Penal*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 174).

12. A Lei estadual que cria Vara especializada em razão da matéria pode, de forma objetiva e abstrata, impedir a redistribuição dos processos em curso, através de norma procedimental (art. 24, XI, CRFB), que se afigura necessária para preservar a racionalidade da prestação jurisdicional e uma eficiente organização judiciária (art. 125 CRFB) (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 174-175; DI-

NAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 365-366).

13. O princípio do Juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CRFB) é incompatível com disposição que permita a delegação de atos de instrução ou execução a outro juízo, sem justificativa calcada na competência territorial ou funcional dos órgãos envolvidos, ante a proibição dos poderes de comissão (possibilidade de criação de órgão jurisdicional *ex post facto*) e de avocação (possibilidade de modificação da competência por critérios discricionários), sendo certo que a cisão funcional de competência não se insere na esfera legislativa dos Estados-membros (art. 22, I, CRFB) (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 544; SCHWAB, Karl Heinz. Divisão de funções e o juiz natural. *Revista de Processo*, vol. 12, n. 48, p. 124 a 131, out./dez. 1987).

14. A criação, no curso do processo, de órgão julgador composto pelo magistrado que se julga ameaçado no exercício de suas funções e pelos demais integrantes da Vara especializada em crime organizado é inconstitucional, por afronta aos incisos LIII e XXXVII do artigo 5º da Carta Magna, que vedam, conforme mencionado alhures, o poder de comissão, é dizer, a criação de órgão jurisdicional *ex post facto*, havendo, ainda, vício formal, por se tratar de matéria processual, de competência da União (art. 22, I, CRFB).

15. A Lei estadual pode definir que um mesmo juízo disponha de competência para atuar na fase de conhecimento e na fase executória do processo penal, máxime em razão do disposto no art. 65 da Lei Federal nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), *verbis*: “A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”.

16. O juízo incompetente pode, salvante os casos de erro grosseiro e manifesta má-fé, em hipóteses de urgência e desde que haja dúvida razoável a respeito do órgão que deve processar a causa, determinar o relaxamento de prisão ilegal, remetendo o caso, em seguida, ao juiz natural, configurando hipótese de *translatio iudicii* inferida do art. 5º, LXV, da Carta Magna, o qual não exige a competência da autoridade judiciária responsável pelo relaxamento, sendo certo que a complexidade dos critérios de divisão da competência jurisdicional não podem obstaculizar o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB). Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitindo a ratificação de atos prolatados por juiz incompetente inclusive em desfavor do réu (HC 83.006/SP, rel. Min. ELLEN GRACIE, Plenário, DJ de 29.8.2003; HC 88.262/SP, rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/12/2006, DJ 30-03-2007). Doutrina (GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. *RePro*, ano 33, nº 166. São Paulo: RT, 2008; BODART, Bruno e ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a Reforma Processual Civil Italiana – Sugestões de Direito Comparado para o Anteprojeto do Novo CPC Brasileiro. In: *O novo processo civil brasileiro – Direito em expectativa*. Coord. LUIZ FUX. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 27-28).

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

17. É vedado à Lei Estadual estabelecer o sigilo do inquérito policial, aplicando-se as normas da legislação federal sobre a matéria.
18. A publicidade assegurada constitucionalmente (art. 5º, LX, e 93, IX, da CRFB) alcança os autos do processo, e não somente as sessões e audiências, razão pela qual padece de inconstitucionalidade disposição normativa que determine abstratamente segredo de justiça em todos os processos em curso perante Vara Criminal. Doutrina (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 558; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 184; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: 2009. p. 20; CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: A. Giuffrè, 1973. p. 756-758).
19. Os juízes integrantes de Vara especializada criada por Lei estadual devem ser designados com observância dos parâmetros constitucionais de antiguidade e merecimento previstos no art. 93, II e VIII-A, da Constituição da República, sendo inconstitucional, em vista da necessidade de preservação da independência do julgador, previsão normativa segundo a qual a indicação e nomeação dos magistrados que ocuparão a referida Vara será feita pelo Presidente do Tribunal de Justiça, com a aprovação do Tribunal. Doutrina (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 534; GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 60; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. V. I. Padova: Cedam, 1936. p. 647-651; Idem. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. V. Terzo. Padova: Cedam, 1986. p. 114; GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 117).
20. O mandato de dois anos para a ocupação da titularidade da Vara especializada em crimes organizados, a par de afrontar a garantia da inamovibilidade, viola a regra da identidade física do juiz, componente fundamental do princípio da oralidade, prevista no art. 399, § 2º, do CPP (“O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”), impedindo, por via oblíqua, a aplicação dessa norma cogente prevista em Lei nacional, em desfavor do Réu, usurpando a competência privativa da União (art. 22, I, CRFB). Doutrina (CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. In: *Processo Oral*. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 137).
21. O princípio do Juiz natural obsta “qualquer escolha do juiz ou colegiado a que as causas são confiadas”, de modo a se afastar o “perigo de prejuízos condicionamentos dos processos através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 545), devendo-se condicionar a nomeação do juiz substituto, nos casos de afastamento do titular, por designação do Presidente do Tribunal de Justiça, à observância de critérios impessoais, objetivos e apriorísticos. Doutrina (LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y Derecho Procesal – Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009. p. 65-66).

22. Improcedente o pleito de inconstitucionalidade por arrastamento, permanecendo válidas todas as disposições da Lei questionada que não sofreram declaração de nulidade.

23. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente pelo Plenário para declarar a nulidade, com redução de texto, dos seguintes dispositivos e termos da Lei estadual de Alagoas nº 6.806 de 2007: (a) as palavras “todos indicados e nomeados pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, com aprovação do Pleno, para um período de dois (02) anos, podendo, a critério do Tribunal, ser renovado”, no art. 2º; (b) o art. 5º, *caput* e seu parágrafo único; (c) o art. 7º e o art. 12, que violam o princípio do juiz natural ao permitir os poderes de advocação e de comissão; (d) o art. 8º; (e) o art. 9º, parágrafo único e respectivos incisos, bem como a expressão “crime organizado, desde que cometido por mais de dois agentes, estabelecida a divisão de tarefas, ainda que incipiente, com perpetração caracterizada pela vinculação com os poderes constituídos, ou por posição de mando de um agente sobre os demais (hierarquia), praticados através do uso da violência física ou psíquica, fraude, extorsão, com resultados que traduzem significativo impacto junto à comunidade local ou regional, nacional ou internacional”; (f) o art. 10; (g) os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 11, preservado o seu *caput*; (h) a expressão “e procedimentos prévios”, no art. 13.

24. Ação Direta de Inconstitucionalidade parcialmente procedente, ainda, para o fim de conferir interpretação conforme à Constituição: (a) ao art. 1º, de modo a estabelecer que os crimes de competência da 17ª Vara Criminal da Capital são aqueles praticados na forma do art. 1º da Lei nº 9.034/95, com a redação dada pela Lei nº 10.217/01; (b) ao art. 3º, com o fito de impor a observância, pelo Presidente do Tribunal, na designação de juiz substituto, de critérios objetivos, apriorísticos e impessoais, nos termos do quanto decidido pela Corte nos autos do MS nº 27.958/DF; (c) ao art. 9º, inciso I, para excluir da competência da Vara especializada o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida.

25. Modulação dos efeitos temporais da decisão, na forma do art. 27 da Lei 9.868/99, para que os dispositivos objurgados não produzam efeitos sobre os processos com sentenças já proferidas e sobre os atos processuais já praticados, ressalvados os recursos e *habeas corpus* pendentes que tenham como fundamento a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Estadual ora em exame, ressaltando-se, ainda, que os processos pendentes sem prolação de sentença devem ser assumidos por juízes designados com a observância dos critérios constitucionais, nos termos do presente acórdão, fixado o prazo de noventa dias para o provimento dos cargos de juízes da 17ª Vara Criminal da Capital. (ADI 4.414-AL, STF, Plenário, julgado em 31.5.2012, publicado no *DJ* em 14 jun. 2013).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. AÇÕES PENAS E DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA OCUPANTES E EX-OCUPANTES DE CARGOS COM PRERROGATIVA DE FORO. PRESERVAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS ATÉ 15 DE SETEMBRO DE 2005.

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

1. A proposição nuclear, em sede de fiscalização de constitucionalidade, é a da nulidade das leis e demais atos do Poder Público, eventualmente contrários à normatividade constitucional. Todavia, situações há que demandam uma decisão judicial excepcional ou de efeitos limitados ou restritos, porque somente assim é que se preservam princípios constitucionais outros, também revestidos de superlativa importância sistêmica.
2. Quando, no julgamento de mérito dessa ou daquela controvérsia, o STF deixa de se pronunciar acerca da eficácia temporal do julgado, é de se presumir que o Tribunal deu pela ausência de razões de segurança jurídica ou de interesse social. Presunção, porém, que apenas se torna absoluta com o trânsito em julgado da ação direta. O Supremo Tribunal Federal, ao tomar conhecimento, em sede de embargos de declaração (antes, portanto, do trânsito em julgado de sua decisão), de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não deve considerar a mera presunção (ainda relativa) obstáculo intransponível para a preservação da própria unidade material da Constituição.
3. Os embargos de declaração constituem a última fronteira processual apta a impedir que a decisão de inconstitucionalidade com efeito retroativo rasgue nos horizontes do Direito panoramas caóticos, do ângulo dos fatos e relações sociais. Panoramas em que a não salvaguarda do protovalor da segurança jurídica ofensa à Constituição ainda maior do que aquela declarada na ação direta.
4. Durante quase três anos os tribunais brasileiros processaram e julgaram ações penais e de improbidade administrativa contra ocupantes e ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro, com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal. Como esses dispositivos legais cuidavam de competência dos órgãos do Poder Judiciário, todos os processos por eles alcançados retornariam à estaca zero, com evidentes impactos negativos à segurança jurídica e à efetividade da prestação jurisdicional.
5. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos para fixar a data de 15 de setembro de 2005 como termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, preservando-se, assim, a validade dos atos processuais até então praticados e devendo as ações ainda não transitadas em julgado seguirem na instância adequada (Embargos de Declaração na ADI 2.797-DF, STF, Plenário, julgado em 16.5.2012, publicado no *DJ* em 27 fev. 2013).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 3.642/05, QUE “DISPÕE SOBRE A COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL”. AUSÊNCIA DE PEDIDO ANTERIOR. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS.

1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99.

2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração.
3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional.
4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional.
5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital nº 3.642/05 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado (Embargos de Declaração na ADI 3.601-DF, STF, Plenário, julgado em 9.9.2010, publicado no *DJ* em 14 dez. 2010).

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS: CRITÉRIO DE LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. ART. 10 DA LEI N. 6.880/1980. ART. 142, § 3º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NÃO RECEPÇÃO DA NORMA COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Repercussão geral da matéria constitucional reconhecida no Recurso Extraordinário n. 572.499: perda de seu objeto; substituição pelo Recurso Extraordinário n. 600.885.
2. O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas.
3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal.
4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei n. 6.880/1980.
5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011. 6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos (RE 300.885-RS, STF, Plenário, julgado em 9.2.2011, publicado no *DJ* em 1º jul. 2011).

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

1. O artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas *a*, *b* e *c*.

2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.

3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.

4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.

5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).

6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).

7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2.600 habitantes somente comporta 09 representantes.

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido (RE 197.917-SP, STF, Plenário, julgado em 6.6.2002, publicado no DJ em 7 maio 2004).

Como se vê, em inúmeras situações, inclusive tratando dos postulados relacionados ao Juiz Natural, a Suprema Corte acabou modulando os efeitos do que decidido, tudo como forma de evitar a insegurança jurídica, circunstância que pode ser invocada ao caso em tela.

De fato, no que se refere ao marco inicial da produção dos efeitos da súmula vinculante, a Lei n. 11.417/2006 aplicou a mesma técnica de modulação temporal dos efeitos:

Art. 4º No procedimento para edição de súmula, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de data certa.

Assim, a Lei n. 11.417/2006 autoriza a modulação da eficácia da súmula vinculante para o futuro, de acordo com a Constituição.

Não se olvide que o legislador conferiu à Súmula Vinculante o mesmo tratamento dado à Ação Direta de Inconstitucionalidade, à Ação Direta de Constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF/88) e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§ 1º).

Nas declarações de inconstitucionalidade, o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e o art. 11 da Lei n. 9.882/1999 autorizam a modulação dos efeitos para fixar a data do trânsito em julgado do acórdão ou outro momento para início de sua eficácia, *in verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

É assim porque a declaração de inconstitucionalidade implica a nulidade da lei e gera efeitos *ex tunc*, que é a regra. Apenas a modulação dos efeitos poderá implicar a alteração desse parâmetro pelo STF, para fixar a eficácia *ex nunc*.

Em síntese, no sistema jurídico brasileiro tem-se desenvolvido técnicas de interpretação constitucional que permitem a suspensão dos efeitos da lei em caráter excepcional, até que a decisão definitiva seja prolatada, além de possibilitar que o STF module os efeitos de suas decisões, por meio de técnicas de declarações parciais ou totais de constitucionalidade ou

inconstitucionalidade, efeitos *ex tunc*, *ex nunc*, *pro futuro* e interpretação conforme a constituição.

A súmula vinculante, por sua vez, tem eficácia *ex nunc*, em regra, podendo, o STF, modular os efeitos dessa declaração para fixar o início da eficácia do enunciado após determinado período de tempo. Daí por que o cancelamento da súmula também terá o mesmo efeito *ex nunc*.

A referida Lei não autoriza a conclusão de que o efeito *ex tunc* seria regra em decorrência da edição da súmula vinculante, ainda que ela trate de aparente declaração de inconstitucionalidade.

Assim, o cancelamento de Súmula Vinculante gera efeitos *ex nunc*, podendo ser modulados os efeitos conforme a existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

No caso em testilha, uma vez acolhido a tese de cancelamento da Súmula Vinculante 24, os efeitos serão *ex nunc*. Vale dizer, a partir do cancelamento não vigorará mais o entendimento de que o crime de sonegação fiscal necessita da constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa para que se consuma o fato típico.

Consequência imediata, de outra parte, será que a prescrição dos crimes contra a ordem tributária contar-se-á a partir da data do fato da sonegação fiscal (ação ou omissão), e não mais da data da constituição definitiva do crédito tributário. Entrementes, os fatos anteriores ao cancelamento da aludida súmula terão a prescrição a partir do esgotamento da esfera administrativa.

Do contrário, se conferido efeito *retroativo* ao cancelamento, aí sim haverá insegurança jurídica, notadamente a prescrição de inúmeros feitos criminais pela alteração da compreensão (equivocada na origem, diga-se) de como ocorre o crime e do marco inicial de sua fluência (art. 111, I, do CP). E para tanto essencial não se esquecer que *nunca* a legislação previu como necessário para a *existência do crime* o prévio exaurimento da esfera administrativa. Tudo decorreu, como já demonstrado, por indevida e insustentável *criação* jurisprudencial. O retorno ao *status quo ante* precisa preservar a validade do que produzido nesse interregno sob as (embora *tortas*) linhas da súmula sob exame.

2.5. A Súmula Vinculante n. 26

O verbete em análise (que foi originário da PSV n. 30), aprovado em sessão no dia 16.12.2009, tem o seguinte conteúdo:

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

O verbete em análise (que foi originário da PSV n. 30), aprovado em sessão no dia 16.12.2009, tem como um dos precedentes que lhe deu base o *Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Agravo de Instrumento nº 460.085-0-RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, julgado em 28.3.2007, publicado no DJ em 11.5.2007*, no qual a Corte concluiu que a hipótese seria de *“concessão ex officio de ordem de habeas corpus”*, pois *“o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 82.959-SP, em 23.3.2006, Rel. Min. Marco Aurélio, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, cessando, a partir de então, a vedação à progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos”*.

De fato, colhe-se na jurisprudência da Suprema Corte a ementa do *leading case (HC 82.959-SP)* invocado:

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO - ÓBICE – **ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL**. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, **assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90**.

De plano, e provavelmente em decorrência mais uma vez da falta das devidas cautelas na edição de referidos verbetes, já se verifica uma impropriedade *material* na redação, pois o que foi objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal *não* foi o art. 2º, *caput*, mas o **§ 1º do art. 2º** da Lei nº 8.072/90, que dispunha (originari-

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas
especiais na edição em matérias penal e processual penal

amente) que “*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado*”.

Ulteriormente (mas antes mesmo da redação da súmula vinculante em voga) a redação do dispositivo foi alterada (Lei 11.464/2007) para constar que “*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida **inicialmente** em regime fechado*”.

Conclusões

Na linha do que destacado originariamente, a finalidade da presente obra está centrada, basicamente, na tentativa de demonstrar quais são os requisitos essenciais impostos pela legislação brasileira para o fim da edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, bem assim analisar os casos que foram objeto de súmula e relacionados ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, com a ulterior análise crítica.

Assim, em síntese final, podemos traçar os seguintes tópicos conclusivos.

1. Para que seja emitida uma súmula vinculante: a) a decisão deverá ser tomada por 2/3 dos membros do STF (8 votos); b) o tema tratado deve ser de cunho *constitucional* e é imprescindível que tenha havido previamente *reiteradas* decisões acerca do que vier a ser sumulado; c) deve tratar de tema com controvérsia atual e que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão; d) deverão ser obedecidos os trâmites procedimentais detalhados na Lei nº 11.417/2006 e no Regimento Interno do STF.

2. As súmulas vinculantes são instrumentos muito importantes e essenciais para o estabelecimento de uma uniformidade de decisões em todas as instâncias que temos hoje no sistema judicial brasileiro, evitando-se (ao menos em tese) a existência de multiplicações quase infinitas de recursos de todos os tipos.

3. Se a edição de uma súmula vinculante já impõe a observância bem detalhada e minudente dos seus requisitos, toda cautela deve ser dobrada quando se estiver tratando de edição de comandos vinculativos com conteúdos de Direito Penal ou Direito Processual Penal.

4. Está correta a **Súmula Vinculante n. 9** (“O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”), com a devida adaptação de sua compreensão pela *novatio legis in mellius* em face do advento da Lei 12.433/2011, que passou a dispor que “em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”. De fato, não há se falar em inconstitucionalidade na regra, que maximiza o Princípio da Igualdade. Primeiro, porque quem comete falta grave no âmbito prisional não pode ter o tratamento idêntico àqueles que possuem comportamento exemplar (ou ao menos sem faltas graves). Em segundo lugar, se fosse aceita a tese

da inconstitucionalidade, a finalidade maior (*ratio*) da remição estaria sendo violada, que é exatamente a exigência de demonstração de que a ressocialização (em tese o fundamento principal da pena) está sendo atingida. Por fim, não há se falar em direito adquirido (de forma incondicional) à remição da pena pelos dias trabalhados. Há unicamente uma expectativa de direito, *condicionada* ao cumprimento de determinados requisitos (resolutividade).

Concluimos, porém, que não foram tomadas as cautelas essenciais para dar substrato necessário e maduro para a convicção dos ministros da Suprema Corte.

5. Quanto à Súmula Vinculante n. 11 (*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado*), embora partamos da premissa de que o uso das algemas demanda a excepcionalidade do caso, atentando-se para a devida proporcionalidade (necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito) concluimos que a inclusão do tema em súmula vinculante, e sobretudo do modo como redigida, não se afigura como correta.

Concluimos que o conteúdo da súmula não se revela *adequado* para o fim proposto.

Primeiro porque jamais se saberá qual o nível de influência que o uso das algemas poderá ensejar aos jurados no caso de crime doloso contra a vida.

Em segundo lugar porque, agora, como exigido, quando determinado o uso aí sim poderá haver uma probabilidade maior de influência nas conclusões dos jurados.

Por fim, porque a situação escolhida como *leading case* é muito específica, partindo-se para uma generalização das hipóteses sem que, em nossa avaliação, houvesse nenhuma controvérsia que pudesse acarretar grave insegurança acrescida (os requisitos são cumulativos – “e”) de relevante multiplicação de processos sobre o mesmo tema. Pelo contrário, a enorme multiplicação dos processos está ocorrendo agora no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do ajuizamento, direto, de reclamações em razões de prisões ou ordem de uso de algemas exaradas em todo o território brasileiro.

6. No que toca à Súmula Vinculante n. 14 (*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já*

documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa), pontuamos que está correto o entendimento de que o acesso dos autos deva ser garantido ao defensor para o exercício da ampla defesa, inclusive na fase de investigação para fins de estratégias defensivas (independentemente da natureza dela e por quem conduzida), ressalvadas as hipóteses de vista imediata para não causar prejuízo para a apuração em andamento. O fundamento para o acesso é o da ampla defesa, não do contraditório (que não se aplica em sede investigatória).

Entretanto, verifica-se que foi expedida súmula vinculante para o que lei vigente já garantia inclusive em maior extensão (art. 7º da Lei 8.906/1994) que *“São direitos do advogado: [...] examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos”*.

Tanto é restritiva que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal vem aplicando referido comando sumulado para outras hipóteses de investigação que não aquela realizada por autoridade policial (Habeas Corpus n. 84.965, 2ª Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13.12.2011, publicado no DJ em 11.4.2012) em que se consignou que *“a atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O pleno conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14 desta Corte, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo. Não é razoável se dar menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para as investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal. Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. É que esse campo tem-se prestado a abusos. Tudo isso é resultado de um contexto de falta de lei a regulamentar a atuação do Ministério Público”*.

Embora desvirtuada a hipótese para fins de súmula vinculante e correto o reconhecimento do direito de acesso aos autos pela defesa nas situações especificadas, a conclusão é no sentido de que seja alterada a redação do comando para que, acaso mantida como repetição do que já consta em lei, seja excluída a restrição a que tipo de investigação, de modo que, como ideia, conste que *“é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados*

em procedimento investigatório realizado pela autoridade competente e que não possam prejudicar a produção de provas, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

7. A Súmula Vinculante n. 24 assenta que *“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.*

E, em especial, concernente à Súmula Vinculante n. 24, após análises detalhadas da dogmática e da jurisprudência, concluímos que referido comando sumulado contém equívocos insuperáveis, que podem ser consubstanciados nos seguintes itens.

7.1 Ausência dos requisitos formais legais. Consoante requisito expresso da Constituição (art. 103-A), não há demonstração alguma de que o tema objeto da súmula fosse sobre matéria constitucional. A matéria de fundo é eminentemente legal, referente à interpretação de quando se consumaria o crime em tela. Não há se invocar que a finalidade seria a da segurança jurídica, de matriz constitucional. Se o caminho for esse, então todo qualquer tema poderá ser objeto de súmula, pois a essência de um ordenamento é a presença da segurança jurídica. Além disso, resta demonstrado que não havia a controvérsia assinalada, pois, correta ou não, havia entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

7.2 Violação da Teoria da Atividade (art. 4º do CP). De acordo com o art. 4º do CP, considera-se *“praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.* Portanto, o crime se consuma com a ação (no caso, necessariamente comissiva) de *supressão ou redução (caput do art. 1º)* de tributo mediante alguma conduta, fraudulenta ou não (porque nem todas as condutas-meio pressupõem a fraude), prevista nos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/1990 ou do art. 337-A do CP. Noutras palavras, a ocorrência da infração não pode ser *condicionada* a eventual *lançamento tributário*. Ademais, a exigência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal tecnicamente se revela (se admitida fosse) como definição de um elemento objetivo do tipo.

7.3 Imposição de vinculação do Poder Judiciário a decisão de cunho administrativo, contrariando-se o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Consoante a exposição de motivos do CPP, *“todas as provas são relativas: nenhuma terá, ex vis legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o Juiz fica adstrito às provas constantes*

dos autos, não menos correto é que não ficará subordinado a nenhum critério apriorístico ao apurar, através delas, a verdade material [...]”.

Porém, os precedentes do Supremo Tribunal Federal que redundaram na Súmula Vinculante n. 24 são bastante enfáticos ao reconhecerem que a definição se há ou não tributo (embora na grande maioria das vezes se fale em *crédito tributário*, que é algo tecnicamente diverso de *tributo*) seria atribuição exclusiva da administração, e o Poder Judiciário ficaria vinculado àquela decisão, ou seja, definir se há ou não *um elemento (objetivo) do crime* é atribuição de um órgão *fora* do Poder Judiciário.

7.4. Houve violação ao art. 5º, XXXIX, da CF/88. A regra constitucional dispõe que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação*”. Ou seja, somente a lei pode *definir* (de forma limitada e objetiva) o que é um delito. Não há dúvidas de que a súmula alterou o conteúdo e a estrutura típica do delito, pois, em nenhum momento, a lei fala em “*crédito tributário*”, mas em “*tributo*”. O que o lançamento tributário constitui é a exigibilidade do crédito tributário, e não o crédito em si. O tributo está vinculado unicamente à obrigação tributária.

7.5. Houve alteração do prazo prescricional, que se tornou variável para o mesmo tipo penal, mas jamais de acordo com o que prescrito no Código Penal. Se o crime somente *existe* com o exaurimento da esfera administrativa, nos termos da Súmula Vinculante n. 24, isso implica o reconhecimento de que somente aí fluirá a prescrição (art. 111, I, do CP). O prazo prescricional para o crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é de 12 anos (art. 109, III, CP). Assim, a aplicação da Súmula Vinculante n. 24 redundará na alteração da prescrição: a) passados cinco anos sem a constituição do *crédito tributário* (que não é elemento do tipo, e sim o *tributo*), inviável a persecução penal; b) se houver a constituição do *crédito tributário* no prazo de até cinco anos, o prazo prescricional poderá atingir até 22 anos; c) o art. 115 do CP (prescrição pela metade) não pode ser aplicado se a ação criminosa foi anterior à data em que o agente tiver 21 anos (situação que traz prejuízo para o réu), porém com exaurimento da discussão na esfera administrativa em momento ulterior, que é quando se considera *existente* o crime.

7.6. Relativização dos precedentes. Há inúmeros precedentes (que não se caracterizam como *distinguish*) em que o Supremo Tribunal Federal tem relativizado a incidência da Súmula Vinculante n. 24, sem a devida verificação de que os casos enfrentados – todos – são idênticos à situação do *leading case*.

7.7. Deficiência na redação do comando sumulado em razão da íntegra do tipo penal. A exclusão da redação da súmula vinculante do inciso V do art. 1º da Lei 8.137/90 e o fato de precedentes atuais referirem que, nesse caso, o tipo seria formal revela, de forma preocupante, que até o presente momento ainda não houve a compreensão adequada de como se tipifica o delito material de sonegação fiscal. Situação que demonstra verdadeira incongruência sistêmica na interpretação do direito e na expedição da súmula vinculante.

7.8. Desproteção sistêmica na apuração dos crimes pela impossibilidade de utilização de medidas cautelares prévias. O entendimento consolidado na súmula vinculante e suas posteriores interpretações assentam que não há possibilidade de adoção de medidas cautelares prévias para comprovação da prática de crimes tributários. Assim, seria absolutamente *ilegal e inconstitucional* utilizar os institutos de buscas e apreensões, interceptações telefônicas, quebras de sigilos ou outros meios cautelares de produção probatória.

O precedente consubstanciado na súmula e seus derivados leva a *mais uma* questão paradoxal sem solução racional: a produção de elementos de prova sólidas (necessárias para eventual condenação) por intermédio de buscas e apreensões, interceptações telefônicas para compreensão melhor das práticas criminosas ou outras medidas cautelares (sempre excepcionais, repise-se) não podem ser utilizadas porque, pela “criação jurisprudencial”, o crime (embora os fatos já cometidos) só existiriam a partir do fim do procedimento administrativo.

7.9. Desproteção do bem jurídico tutelado e a diminuição da arrecadação tributária esperada. Jurídica e faticamente é insustentável a tese – utilizada no *leading case* pelo relator e também nos debates da Súmula Vinculante n. 24 – de que o exaurimento da esfera administrativa seria essencial como forma de garantir ao agente criminoso a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, conforme previsto em algumas leis infraconstitucionais.

Essas regras são *materialmente* inconstitucionais, na medida em que, consoante doutrina e dados estatísticos, a arrecadação tributária espontânea esperada diminui em até 62% em face desse tipo de regulação, que gera verdadeira desproteção sistêmica.

A situação revela incidência do princípio da proporcionalidade sob a vertente da proibição de insuficiência, na medida em que:

- a) não protegem de maneira ótima o sistema essencial para a *arrecadação tempestiva e esperada* dos recursos e manutenção do Estado ante suas obrigações de atendimento aos direitos fundamentais dos cidadãos, notadamente da Previdência Social. Desse modo, *ferese a idoneidade* porque não se favorece a realização de um fim legislativo legítimo (constitucionalmente previsto);
- b) violam o subprincípio da *necessidade*, porque, racionalmente, dentro do sistema vigente (tal como existente no artigo 16 do Código Penal), não se favorece a realização do direito à proteção dos bens jurídicos fundamentais que são ínsitos às normas penais incriminadoras nos tipos ora tratados;
- c) violam a *proporcionalidade em sentido estrito*, pois o grau de favorecimento do fim do legislador (simplesmente afastar a penalização criminal) é absolutamente inferior e desproporcional ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção dos bens jurídicos tratados pelo tipo penal em voga.

Portanto, segundo a proibição de proteção deficiente, é vedado não garantir o direito de proteção com a devida intensidade (*o que ocorre, pois o sistema fica totalmente desprotegido frente ao seu bem jurídico protegido pelas normas penais de que se trata*), bem como permitir que a magnitude da não-intervenção na liberdade seja leve ou média (*é absolutamente leve, pois afasta qualquer possibilidade de punição por quem já infringiu a norma penal*).

7.10. Os empecilhos para a punição efetiva da lavagem de dinheiro quando o delito antecedente é sonegação fiscal. Violação de compromissos internacionais. Nos termos da redação (originária) da Lei n. 9.613/98, poderiam ser crimes antecedentes *somente* aqueles elencados nos incisos I a VIII do seu art. 1º (lei de segunda geração). Após a edição da Lei n. 12.683/2012, a redação do tipo penal foi alterada para considerar crime *“ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”*.

As modificações nesta parte foram substanciais, na medida em que, avançando-se para o que se chama de lei de lavagem de dinheiro de *terceira geração*, não há mais o rol exaustivo das hipóteses que podem ser os antecedentes, passando-se à possibilidade de punição de fatos que se caracterizem não apenas como crimes, mas abarcados pela expressão “infração penal”, com mais largo alcance.

Compreende-se que, mantida a Súmula Vinculante n. 24, sempre poderá ser arguida dúvida no sentido de que sem o exaurimento da esfera administrativa *não existiria* crime de *sonegação fiscal*, de modo que seria inviável inclusive o processamento criminal pela lavagem, porque, diz-se, não se poderia cogitar da existência de *indícios* do crime.

O Brasil assumiu inúmeros compromissos internacionais, especialmente no que tange à repressão – eficaz e eficiente – de determinados delitos, sendo que, em 2012, o GAFI incluiu os delitos fiscais na categoria de crimes designados como antecedentes da lavagem, o que denota a *gravidade e importância* para os organismos internacionais de tais condutas por estarem diretamente relacionadas com a lavagem de capitais.

7.11. A necessária modulação dos efeitos na hipótese de revogação da Súmula Vinculante n. 24. Todos os elementos desenvolvidos demonstram, sob nossa percepção, a necessidade da urgente revogação da Súmula Vinculante n. 24, tendo por consequência o reconhecimento (como sempre até então fora) de que os crimes *ocorrem* com a ação ou omissão (ainda que outro seja o momento do resultado), presente a Teoria da Atividade (art. 4º do CP).

Como consequência, a prescrição, nos moldes do art. 111, I, do CP, será contada a partir desse momento, da ação ou omissão.

A circunstância demanda que, em sendo cancelada a súmula, é fundamental que se confira modulação dos efeitos (aplicação unicamente *para o futuro*) de modo a evitar a aplicação retroativa de tal entendimento, pois, do contrário, certamente seriam fulminadas todas as ações penais em andamento pela prescrição retroativa, já que o marco prescricional seria em momento bem anterior ao *exaurimento* da discussão na esfera administrativa.

Não se pode olvidar que a legislação *nunca* previu como necessário para a *existência do crime* o prévio exaurimento da esfera administrativa. Tudo decorreu, como já demonstrado, por indevida e insustentável *criação* jurisprudencial. O retorno ao *status quo ante* precisa preservar a validade do que produzido nesse interregio sob as (embora *tortas*) linhas da súmula sob exame.

Assim, no caso em testilha, uma vez acolhida a tese de cancelamento da Súmula Vinculante n. 24, os efeitos deverão ser *ex nunc*. Vale dizer, a partir do cancelamento não vigorará mais o entendimento de que o crime de sonegação fiscal necessita da constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa para que se consume o fato típico.

Consequência imediata, de outra parte, será que a prescrição dos crimes contra a ordem tributária contar-se-á a partir da data do fato da sonegação fiscal (ação ou omissão), e não mais da data da constituição definitiva do crédito tributário. Entrementes, os fatos anteriores ao cancelamento da aludida súmula terão a prescrição a partir do esgotamento da esfera administrativa.

Do contrário, se conferido efeito *retroativo* ao cancelamento, haverá insegurança jurídica, notadamente a prescrição de inúmeros feitos criminais pela alteração da compreensão de como ocorre o crime e do marco inicial de sua fluência (art. 111, I, do CP).

Para tanto, há base legal e reiterados precedentes do Supremo Tribunal Federal, não se podendo esquecer de referir que o legislador conferiu à Súmula Vinculante o mesmo tratamento dado à Ação Direta de Inconstitucionalidade, à Ação Direta de Constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF/88) e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§ 1º), sendo que, nas declarações de inconstitucionalidade, o art. 27 da Lei 9.868/1999 e o art. 11 da Lei 9.882/1999 autorizam a modulação dos efeitos para fixar a data do trânsito em julgado do acórdão ou outro momento para início de sua eficácia.

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

Em verdade, a declaração de inconstitucionalidade albergou *exclusivamente* parte do disposto no § 1º do art. 2º da Lei 8.082/90 (HC 82.959-SP, em 23.3.2006, Rel. Min. Marco Aurélio), e não o *caput*, como constou na súmula, redigida equivocadamente. Ademais, cumpre referir que, mesmo antes da edição da súmula, a redação do dispositivo foi alterada (Lei 11.464/2007) para, em conformidade com o que assentado pelo Supremo Tribunal Federal, constar que *“a pena por crime previsto neste artigo será cumprida **inicialmente** em regime fechado”*.

9. Após as considerações iniciais e análise de forma individualizada dos precedentes que geraram as súmulas em matéria penal e processual penal até hoje editadas, reiteramos as premissas no sentido de que, para a aprovação de uma súmula vinculante, há se observar inicialmente os requisitos formais exigidos:

a) a decisão deve ser tomada por 2/3 dos membros do STF (8 votos, que é o mesmo quórum indispensável para iniciar a sessão do Tribunal Pleno);

b) o tema tratado, em razão da própria competência do STF, deve ser de cunho *constitucional* e é imprescindível que tenha havido previamente *reiteradas* decisões acerca do que vier a ser sumulado;

c) deve cuidar de matéria com controvérsia atual e que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão;

d) devem ser obedecidos os trâmites procedimentais detalhados na Lei nº 11.417/2006 e no Regimento Interno do STF.

Porém, cremos que de maior relevo seja a observância, nestas situações, do que denominados de *cautela maior ou redobrada*.

Deste modo, se a edição de uma súmula vinculante já reclama a observância bem detalhada e minudente dos seus requisitos essenciais, não nos restam dúvidas em afirmar já agora que todos os cuidados devem ser redobrados quando se estiver tratando de edição de comandos vinculativos com conteúdo de Direito Penal ou de Direito Processual Penal.

Para além, é preciso atentar que o (importante e poderoso) instrumento da súmula vinculante deve ser utilizado com parcimônia e direcionado fundamentalmente para a administração judiciária na busca de uniformidade de decisões.

Bibliografia

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* 'Reimp. Coimbra: Almedina, 1994, p. 77.

BACIGALUPO, Enrique. *Sobre el concurso del delito fiscal y blanqueo de dinero*, Civitas, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. 2010. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. 1993. São Paulo: Malheiros.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

EISELE, Andreas. *Crítica ao direito penal tributário brasileiro*. Blumenau: Acadêmica, 2007.

_____. *A Súmula Vinculante nº 24 do STF*. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 8, n. 18, jan./jun. 2011.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 13, p. 62, jan./mar. 1996.

FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. 2006. Porto Alegre: Verbo Jurídico.

_____. *Investigação pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade*. In: Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanchez Cunha e Pedro Taques. (Org.). *Limites Constitucionais da Investigação*. 1ed. São Paulo: RT Editora, 2009.

_____. *O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156*. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (org.). *O Projeto do Novo Código de Processo Penal*. 1 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 1, p. 45/73.

_____. *Os Paradoxos da Súmula Vinculante nº 24/STF: As contradições, a não compreensão de como se tipifica o crime material de sonegação fiscal, a impunidade e a agravação da situação do réu em determinados casos*. In: BASTOS, Marcelo Lessa;

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1, p. 55-94.

_____. *A impunidade: sonegação fiscal e exaurimento da esfera administrativa – Ainda sobre os problemas derivados dos precedentes do STF no HC nº 81.611-SP e seu confronto com o que decidido no HC nº 90.795-PE*”. Revista Direito e Democracia. Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, vol. 9, n. 1, jan./jun.2008.

_____. *Como a jurisdição pode propiciar maior impunidade em crimes tributário-fiscais*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, v. 19, p. 52-73, 2011.

_____. *Artigo 34 da Lei nº 9.249/95 – Parcelamento não é causa de extinção da punibilidade*. RT, n. 809, p. 438, mar. 2003

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3 ed. 2001. Madrid: Civitas.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, t. 22.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. Revista dos Tribunais, v. 838, p. 42, Ago/2005.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8.

NASSIF, Elaine Noronha. *A phrónesis Aristotélica, a Equidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 1, n. 3, abr./jun.2002.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das súmulas vinculantes. In *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005. p. 274.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 6 ed. 2014. São Paulo: Atlas.

Revista do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, ano 5, n. 10, ago. 2008.

RIGHI, Esteban. *Derecho penal economico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

Súmulas Vinculantes: Requisitos, análise crítica e cautelas especiais na edição em matérias penal e processual penal

RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal. *Direito Penal econômico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ROEMER, Andrés. *Economía del crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Barcelona: Atelier, 2005.

_____. *Eficiência e direito penal*. São Paulo: Manole, 2004, p. 26. (Coleção Estudos de Direito Penal, 11).

SORMANI, Alexandre. SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula Vinculante – Um estudo à luz da Emenda Constitucional 45*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

STRECK, Lênio. Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 243-284, 2004.



Verbo Jurídico
editora

Porto Alegre, RS

Av. Ipiranga, 2899

(51) 3076-8686

São Paulo, SP

Av. Paulista, 1.159 - conj. 411

Fone: (11) 3266-2724

Curitiba, PR

Rua Cândido de Abreu, 526 - Sala 611 B

Fone: (41) 3023.3063

verbojuridico@verbojuridico.com.br

www.verbojuridico.com.br