



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL MESSOD AZULAY NETO

APELANTE : **A. V. M.**

ADVOGADO : ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO

APELANTE : **F. J. S. A.**

ADVOGADO : NELIO SOARES DE ANDRADE E OUTROS

APELANTE : **J. E. G. I.**

ADVOGADO : JORGE LUIZ MATTAR DE ALMEIDA E OUTROS

APELANTE : **A. C. C.**

ADVOGADO : MARCOS SERGIO DE ALMEIDA CAVALCANTI RIBEIRO E OUTRO

APELANTE : **L. A. R.**

ADVOGADO : ERINEIDE DE OLIVEIRA LUCIANO E OUTROS

APELANTE : **J. A. D.**

ADVOGADO : LUIS TADEU RODRIGUES SILVA E OUTRO

APELANTE : **G. A. J.**

ADVOGADO : CLITO LUGAO DA VEIGA E OUTROS

APELANTE : **P. J. G. M.**

ADVOGADO : NILO CESAR MARTINS POMPILIO DA HORA E OUTROS

APELANTE : **A. R. P. M.**

ADVOGADO : PAULO FREITAS RIBEIRO E OUTROS

APELANTE : **P. P. A.**

ADVOGADO : GERALDO KAUTZNER MARQUES

APELANTE : **R. G. A.**

ADVOGADO : ROBERTO PATRICIO NETUNO VITAGLIANO

APELANTE : **F. C.**

ADVOGADO : MARIO MARCIO PIRES FERREIRA ALVES

APELADO : **MINISTERIO PUBLICO FEDERAL**

APELANTE : **D. M. V. D. L.**

ADVOGADO : PAULO ROBERTO FERNANDES DO AMARAL E OUTROS

APELADO : **J. A. D.**

ADVOGADO : LUIS TADEU RODRIGUES SILVA E OUTRO

APELADO : **F. J. S. A.**

ADVOGADO : NELIO SOARES DE ANDRADE E OUTROS

ORIGEM : TERCEIRA VARA FEDERAL CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO (200451015149150)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELAÇÃO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

VOTO

Como relatado, trata-se de Apelações Criminais dos réus em face do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e da empresa De Millus Vendas Domiciliares Ltda., admitida nos autos como assistente de acusação, em face de JOAQUIM ACOSTA DINIZ e FRANCISCO JOSÉ DOS SANTOS ALVES, objetivando a reforma da Sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara Federal Criminal/RJ (fls. 8.858/8.897), integrada pela decisão dos embargos de declaração (fls. 8960/8962) que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** a pretensão punitiva estatal.

Preliminares suscitadas pelos apelantes:

1) *inépcia da denúncia* - preliminar aduzida pelas defesas dos réus ARNALDO CARVALHO DA COSTA, ANTÔNIO VINÍCIUS MONTEIRO, LUIZ ÂNGELO ROCHA e PAULO JOSÉ GONÇALVES MATTOSO.

As defesas aduzem nulidade do processo, uma vez que a denúncia não teria descrito as condutas dos réus, ora apelantes, de forma pormenorizada e suficiente para o exercício da ampla defesa.

Não se acolherá a preliminar, de vez que a denúncia definitivamente cumpriu os requisitos do art. 41 do CPP.

Conforme construção doutrinária e acolhimento jurisprudencial, a exigência legal de exposição do fato delituoso e de suas circunstâncias envolve, minimamente, a determinação do local e data em que foi,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELACAO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

supostamente cometido o delito, além da referência ao modo de perpetração do delito e aos instrumentos usados para a consumação.

Em crimes coletivos, exige-se a individualização máxima possível das condutas de cada membro do grupo acusado, se não for conduta praticada uniformemente por todos.

Pacelli¹ distingue o que vem a ser acusação genérica e acusação geral. A primeira é, como se sabe, a imputação de fato incerto aos réus na sua totalidade, de maneira tal que impeça tanto a ampla defesa, quanto a individualização da pena.

Já a denúncia geral se verifica quando é imputado fato certo e indubitado a uma coletividade de pessoas em posições juridicamente equivalentes. Esta imputação deve permitir que o acusado entenda os limites da acusação que pesa sobre si para refutá-la, assim como deve permitir ao juiz entender o fato que será objeto de instrução probatória, para ao fim desta julgar a pertinência ou não da pretensão estatal.

Tal ensinamento nos dá suporte para concluir que a denúncia imputou fatos certos e indubitados aos réus, consistente em que tal ou qual fiscal recebeu vantagem indevida para deixar de lançar contribuições previdenciárias em relação a determinadas empresas.

As imputações lastrearam-se em materialidade composta de relatórios produzidos por uma Força Tarefa integrada por pessoas idôneas, especialmente convocada para a apuração de fatos suspeitos, relatórios estes

¹ Pacelli, Eugênio. Curso de Processo Penal. – 11ª ed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2009.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

que trouxeram o rol das empresas supostamente envolvidas, o testemunho de outros fiscais; além disso, apontam patrimônios desproporcionais com as rendas dos suspeitos; tudo isso acompanhado dos incidentes de quebra de sigilo fiscal e telefônico, busca e apreensão dos computadores; enfim, diante de todos estes elementos, pode-se afirmar estar-se diante de peça acusatória inicial elaborada e fundada em peças informativas suficientes para o oferecimento da denúncia e, ao mesmo tempo, permitir o exercício da ampla defesa.

Entendida a justa causa como prova da materialidade e indícios mínimos da autoria, a materialidade veio apontada documentalmente no procedimento administrativo; da mesma forma, havia, no momento em que recebida a denúncia, indícios veementes de autoria, de vez que juntamente com a documentação, foi juntado manuscrito, apreendido na residência de ARNALDO, que continha o nome dos réus, aos quais correspondias valores em dinheiro e observações que, segundo a acusação, indiciavam fortemente a participação dos mesmos nos fatos investigados.

Tais elementos são suficientes para a deflagração da ação penal, ficando reservado para a instrução criminal a judicialização das provas angariadas na fase administrativa inquisitorial e o exercício do contraditório e da ampla defesa garantidos constitucionalmente.

Com todo respeito ao parecer da eminente jurista², e não poderia ser diferente, a assertiva de que não foram descritos fatos delituosos que pudessem ser atribuídos ao apelante, tais como "*quais as vantagens que*

² Ada Pellegrini Grinover



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

foram efetivamente recebidas pelo acusado, em que consistiram, quem as pagou, quando ocorreram tais pagamentos, etc.”, não prospera, pois tais elementos ficaram reservados para a instrução probatória.

Crimes como os que aqui se examinam trazem em si a dificuldade de se enumerarem os atos materiais componentes da ação total, porque são praticados a portas fechadas, longe das vistas de testemunhas, muitas vezes são formalmente cometidos em datas e lugares inusitados, enfim, a instrução probatória será o momento em que se provarão ou não as alegações de ambas as partes, sendo, em caso negativo para o Estado, a hipótese de absolvição e não de inépcia.

A efetiva apreciação dos elementos probatórios trazidos pela defesa, bem como o seu acerto, é assunto de que se tratará em momento oportuno, mas a denúncia está livre das nulidades apontadas.

Lembrando, ainda, que prevalece nesse momento a presunção em favor da sociedade e não em favor do réu. Mesmo porque, impõe-se ao MPF a *obrigatoriedade* do oferecimento da denúncia se presentes a materialidade e os indícios de autoria. É dizer, não há discricionariedade para a propositura da ação penal, se presente a justa causa.

Por tal raciocínio, a jurisprudência já se manifestou pela flexibilização mínima da descrição dos fatos na denúncia, sem que isso atente contra a possibilidade de defesa de todos os réus. É o que demonstram os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS. FRAUDE CONTRA SEGURO. ART. 171, § 2º, INCISO V. DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELAÇÃO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

INEXISTÊNCIA. APTIDÃO PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. A paciente foi denunciada pela suposta prática do delito tipificado no art. 171, § 2, V, do Código Penal, por ter, juntamente com seu marido, noticiado o furto e roubo de dois veículos com o objetivo de receber indenização do seguro mediante fraude. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme no sentido de que "o trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada quando indiscutível a ausência de justa causa ou quando há flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída" (RHC 95.958/PI, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 04.09.2009). **3. Denúncia que contém a descrição do fato criminoso, com suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas, não é considerada inepta, pois atende aos requisitos elencados no art. 41 do CPP.** 4. Existência de justa causa para a instauração e o prosseguimento da ação penal contra o paciente, não se tratando de denúncia inepta, seja formal ou materialmente. 5. Habeas corpus denegado." (grifamos)

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE, SATISFATORIAMENTE, A CONDUTA, EM TESE, DELITUOSA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. **Segundo já decidiu esta Corte, "Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP" (RHC 18.502/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 15/05/2006.)**

2. Na hipótese dos autos, inexistente o alegado defeito da peça acusatória, na medida em que, conforme escoreita observação do acórdão impugnado, a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência, em tese, da ocultação da natureza ilícita de valores provenientes de crimes, bem como a respectiva autoria, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, possibilitando ao acusado o pleno exercício do direito de defesa. Precedentes.

3. O Superior Tribunal de Justiça, perfilhando-se ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou o entendimento de inexigibilidade de fundamentação material do despacho de recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória. Precedentes.

4. Ordem denegada." (grifamos)⁴.

³ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100057 / SC - SANTA CATARINA. Segunda Turma. Relatora Ministra ELLEN GRACIE. Publicado em 16-04-2010.

⁴ Superior Tribunal de Justiça. HC 98896 / DF. QUINTA TURMA. Relatora: Ministra LAURITA VAZ. DJe 02/08/2010



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

2) *Violação ao princípio da licitude da prova* – aduziram os apelantes ARNALDO CARVALHO DA COSTA e ANTÔNIO VINÍUS MONTEIRO.

O apelante alega nulidade da prova testemunhal, por terem, os mesmos fiscais integrantes da Força Tarefa, que conduziram as suas atividades de forma conjunta com as autoridades policiais e com o órgão acusador, também funcionado como testemunhas na fase processual.

Também este pleito preliminar deve ser afastado.

O colhimento de impressões pessoais na fase de investigação não impede que tais testemunhos sejam reutilizados em juízo. Ao contrário, o testemunho de quem presenciou ao crime é de importância especial, em vista de que pouco se desnatura da verdade histórica, já que se recorrerá à memória daquele mesmo que esteve envolvido na aferição dos fatos.

Em princípio, a reclamada isenção é obrigatória para quem irá julgar os fatos e definir a situação final no processo. Tal não se exige em relação à testemunha. Esta irá informar manifestando um conhecimento sobre um fato, e, com isso, contribuir, ou não, para o convencimento motivado do juiz, e, para tanto, não cabe exigir que estivesse apartada da fase de inquérito, não incorrendo em nulidade alguma, o processo, também nesse ponto.

A acepção teleológica da incomunicabilidade das testemunhas, do art. 210, do CPP⁵, é no sentido de se evitar influência até mesmo da ordem do

⁵ Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma *de per si*, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELACAO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

inconsciente de um depoimento em outro. Contudo, no caso em exame, as práticas delituosas se materializam em documentos, reduzindo-se, assim, a possibilidade de projeções da subjetividade, não se podendo reclamar a eventual falta de correspondência entre o que se julga ter presenciado e o que de fato se presenciou.

Há que se considerar que a sofisticação com que são em geral praticadas as condutas criminosas em questão exigem a mesma sofisticação na apuração dos fatos, razão pela qual se lançou mão de uma Força Tarefa para se identificar e elucidar as condutas que acabaram descritas na peça acusatória inicial e submetidas ao crivo da instrução criminal.

Como já asseverado, este tipo de crime é praticado geralmente no interior das empresas, longe dos olhos de testemunha presencial e operados com aparatos tecnológicos, de forma que não se prescinde da visão dos referidos fiscais – da Força Tarefa - para dar suporte técnico às atividades investigativas e judicial. Isso não contamina a judicialização de tais elementos indiciários que poderão ou não se transmutar em elementos probatórios.

Chamo a atenção de que, no processo penal, todos podem ser testemunhas. É o que dispõe o art. 202 do CPP. E a inteligência do dispositivo é no sentido de que neste âmbito o que se busca é a verdade material, a verdade passível de ser aferida nos autos. Deixa-se claro, no entanto, que caberá ao juiz valorar o peso de cada depoimento de acordo com a qualidade de quem o está prestando, expondo claramente suas razões de decidir, para que delas possam os acusados recorrer.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

Ressalte-se, por fim, a título de reforço do que foi dito, que o regramento penal, na parte final do art. 206, do CPP, autoriza que se lance mão de testemunhos daqueles que tenham relações de parentesco (em regra, dispensados de testemunhar), “quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias”. Se o faz em relação aos que ostentam a condição de parentes do acusado, cuja força afetiva impera, que dirá, para angariar elementos e esclarecimentos técnicos para embasar a acusação e, posteriormente, o julgamento dos fatos, como é o caso em questão.

3) nulidade decorrente da violação aos princípios da isonomia, da lealdade processual, por parte do MPF e nulidade em face da violação ao sistema acusatório, por ter o Juiz, aliado ao MPF, tentado produzir prova às ocultas em seu gabinete, reunindo-se com a então acusada JANE MÁRCIA e seu advogado e, ainda, por ter o MPF procurado as réas no presídio feminino em que estavam acauteladas para oferecer proposta de delação premiada, sem ter franqueado a mesma oportunidade aos apelantes (preliminar aduzida pelos apelantes ARNALDO CARVALHO DA COSTA, ANTÔNIO VINÍCIUS, JOAQUIM ACOSTA DINIZ, PAULINÉA PINTO DE ALMEIDA e ROGÉRIO GAMA AZEVEDO)

Pelas características apresentadas, também esse fato não ensejará a declaração de nulidade do processo, eis que, ao que se extrai dos autos, a referida reunião no gabinete do MM Juiz teve o condão de provocar na ré JANE MÁRCIA a manifestação da vontade de se premiar pela delação do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

esquema. Tudo de maneira regular, em conformidade com o ordenamento, que prevê a medida, em diversas Leis especiais, tal como a 9.034/95; a Lei nº 11.343/06; ou a 9.080/95, que alterou a 7.492/86; ou, ainda, a Lei 9.807/99, que trata do Programa de Proteção à Testemunha, dentre outras; como também prevê o art. 159 do CP (§ 4º), com redação dada pela Lei nº 8.072/90; e, como, de maneira mais ampla, no próprio código Penal, que prevê a atenuante da confissão do art. 65, III, “d”, do CP, que pode ser considerada a matriz da ideia de prêmio pela colaboração com as investigações.

O fato de ter sido promovido o encontro no gabinete do Juízo, perante advogado constituído, não contamina o Magistrado, tampouco a instrução, pois, tal formato se justifica para alcançar o intento do Juiz que deve tutelar a regularidade do procedimento para a obtenção da delação por parte de JANE MARCIA, afinal como garantidor das liberdades públicas, zelava pela inviolabilidade do devido processo legal.

Observe-se, ainda, que o ato não deve ser inquinado de “oculto”, de maneira a ensejar a nulidade da instrução criminal, pois que a maneira reservada de praticá-lo e a proteção àquele a quem se lhe propõe, é da natureza da medida (delação premiada), por razões lógicas.

Vê-se, então, que buscar a colaboração dos próprios acusados não desfigura a higidez processual, não se podendo acolher a alegação de nulidade aduzida pela defesa.

A discussão doutrinária sobre a duvidosa legitimidade da medida (delação premiada), por óbvio, não será abordada aqui. O que se afirma no

4



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELACAO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

ponto é que não houve irregularidade no proceder do Magistrado, ou mesmo do *Parquet*, que enseje a anulação de todo o processo.

O mesmo raciocínio se pode estender para o fato de os Procuradores terem se dirigido ao presídio das mulheres para oferecer às acusadas GEANETE, ARINDA, JANE MARCIA e PAULINÉA a mesma proposta de delação premiada.

Nada houve que nos autorize nulificar todo o processo. A dimensão subjetiva apresentada pelas rés não é suficiente para a reflexão sobre o constrangimento por elas sentido. Isto porque, sem pretender de jeito algum diminuir o sofrimento e a fragilidade de quem se encontrava na situação das acusadas, o reconhecimento da nulidade não poderá se limitar ao aspecto subjetivo do dito constrangimento. Segundo os depoimentos das mesmas, as expressões “*a corda arrebenta na mão do mais fraco*”, “*tem colegas que têm advogados caríssimos*”, não parecem suficientes para caracterizar abuso de poder ou a intimidação das acusadas.

Eventual ultrapassagem da linha do comportamento ideal pode ter ocorrido, mas encarando de maneira realista a investigação, nenhum prejuízo foi trazido de concreto que possa ensejar a anulação de toda a instrução criminal neste ponto, como requerem as ilustres defesas dos apelantes.

Quanto à quebra da isonomia de tratamento entre os corréus, por não terem, os Procuradores, buscado todos os apelantes para fazer a oferta de delação premiada, adoto os argumentos do e. membro oficiante do *Parquet* à fl. 10.622, que assim se pronuncia: “*Ademais, cumpre registrar que não*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELACAO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

seria de boa técnica investigativa oferecer benefícios legais para desbaratamento de uma organização criminosa justamente a um de seus líderes, que vem a ser o acusado ARNALDO COSTA, que desempenhava papel fundamental no grupo criminoso, gerenciando e contabilizando as vantagens patrimoniais auferidas por si e pelos demais Auditores envolvidos.”

A reivindicação de igual tratamento não poderá ser atendida, porque não cabe à defesa direcionar a forma de condução das investigações. A justificativa acima reproduzida identifica os motivos pelos quais o *Parquet* ofertou a possibilidade de delação premiada a determinados réus e não a outros. Ora, é lógico que o órgão encarregado das investigações não está obrigado a fazer a proposta a todos os acusados, mas àqueles que cumprirem os requisitos legais e que o órgão investigatório, no âmbito de sua discricionariedade, entender suscetíveis de colaborar com o deslinde da questão.

4) *nulidade em face da violação ao princípio da imparcialidade e ao dever de objetividade do Ministério Público Federal (preliminar aduzida pelos apelantes ARNALDO CARVALHO DA COSTA e ANTÔNIO VINÍCIUS MONTEIRO)*

As defesas aduzem que os Procuradores da República integrantes da Força Tarefa não poderiam ser os representantes do Ministério Público no exercício da ação penal no presente processo, pois estariam atuando como investigadores, função incompatível com a de acusar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELAÇÃO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

A questão tem seu cerne mais profundo na eloquente discussão sobre a atividade investigatória do MPF na fase inquisitorial para informar a denúncia deflagradora da ação penal. Em outras palavras, o cerne reside em resolver se é possível ao Ministério Público diligenciar diretamente para colher elementos de prova, com vistas a produzir seu convencimento pela instauração ou não da ação penal; ou se isso contaminaria a sua atuação como titular da mesma.

Há argumentos consistentes em defesa das duas posições, mas, a meu sentir, a própria origem do órgão acusatório responde com precisão à questão.

Ora, a matriz ministerial, ao menos a concepção hoje aceita, está na necessidade de afastar o juiz da fase pré-processual, atribuindo a este, sim, a imparcialidade necessária ao julgamento do caso trazido à justiça pública, então organizada com vistas a fazer cessar a vingança privada.

De certo que não se afastam os deveres de objetividade, de imparcialidade e de impessoalidade, exigido de todo aquele no exercício da função pública. É que, tais atributos quando referidos aos membros do órgão legitimado para acusação, exatamente em observação ao que tange à sua origem, não pode ter o mesmo significado que o termo tem quando relacionado com o órgão destinado a julgar os fatos.

Assim, a impessoalidade exigida do *Parquet* quando da deflagração da ação penal deve significar que este órgão não se destina exclusivamente a acusar. Ao contrário, referido atributo deve se relacionar mais com a objetividade na análise sobre o oferecimento ou não da denúncia e, com a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

mesma objetividade, após a instrução, deve incidir na decisão do MP sobre o pedido de condenação ou absolvição do acusado.

Essa nuance oferece sentido distinto à palavra 'imparcialidade' ministerial, não significando a possível contaminação dos membros do órgão que investigaram os fatos visando a propositura da ação, tal como se pensa sobre a imparcialidade judicial; mas, significando que após colhidos os elementos indiciários em fase pré-processual, deve o órgão ministerial agir (ou não agir) de maneira objetiva e livre da obrigação acusatória para decidir se há ou não elementos indiciários para a propositura da ação penal e verossimilhança (verdade processual) para o pedido de condenação (ou, ainda, civil, pois que, para a instauração da ação civil pública, já não se discute sobre a legitimidade do MP para a investigação pré-processual, ante a sua legitimação para a propositura da ação).

Hoje vem ganhando força nos Tribunais Superiores a posição segundo a qual, ao órgão acusatório é dado o poder implícito de investigação dos fatos, já que o art. 129, I, da Constituição lhe atribuiu a titularidade para o exercício da ação penal, com a formalização da peça inicial de conteúdo acusatório.

Tal questão já se delineia nos Tribunais Superiores, eis que, além da Súmula 234 do STJ⁶, também o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado pela possibilidade, sem que isso comprometa a deflagração da ação penal via oferecimento da denúncia.

⁶ Súmula 234 do STJ – A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

Nesse sentido se manifestou a Ministra ELLEN GRACIE, no RE 468523 / SC , tal como se transcreve a seguir:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÕES DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO. 1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. (...). 5. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem a presença de policiais civis e militares na prática de crimes graves como o tráfico de substância entorpecente e a associação para fins de tráfico. 6. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinião delicti. 7. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embaçar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 8. Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos "*poderes implícitos*", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação"



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V. - APELACAO CRIMINAL

embasem a denúncia. 9. Levando em consideração os dados fáticos considerados nos autos, os policiais identificados se associaram a outras pessoas para a perpetração de tais crimes, realizando, entre outras atividades, a de "escolta" de veículos contendo o entorpecente e de "controle" de todo o comércio espúrio no município de Chapecó. 10. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido." (grifamos)

A defesa alega, ainda, a ocorrência de manobras ilegais por parte do MPF, que teria se envolvido pessoalmente com as investigações e violado o dever de imparcialidade e dever profissional de objetividade.

Nesse ponto, deve se esclarecer que o MPF, quando na titularidade da ação penal, figura no pólo ativo da ação e, portanto, é parte no processo.

É verdade que não atua em próprio nome, mas na defesa dos interesses da coletividade e da ordem jurídica. Ocorre que estes interesses se enfeixam na busca da verdade histórica possível e na retribuição proporcional das consequências jurídicas correspondentes às ações supostamente praticadas pelos integrantes do pólo passivo da respectiva ação penal.

Nesse passo, afirmo, ante tudo o que foi exposto, que o limite entre a objetividade e a subjetividade, em outras palavras, entre a impessoalidade e pessoalidade, no atuar do MPF não foi ultrapassado. A maneira eloquente como se manifesta a acusação em sua inicial não é suficiente para se afirmar violação ao dever de objetividade e impessoalidade. O excesso de

Supremo Tribunal Federal. RE nº468523. Segunda Turma. Relatora Min. Ellen Gracie. DJU PUBLIC 19-02-2010.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELACAO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

adjetivações constantes da denúncia, por si só, não configura violação à legalidade ou dever de objetividade, ou ainda, não constitui “manobra ilegal” por parte do MPF. Fosse a eloquência ministerial distintivo de violação à impessoalidade e à objetividade, os membros do MP atuantes no Tribunal do Júri estariam em sua maioria sob suspeita.

É certo que termos alusivos a “mafiosos”, e outros, extrapolam a linha da elegância requerida para o exercício da sóbria função que exercem os Procuradores da República, mas não há como nulificar a denúncia em razão deste excessivo e dispensável palavreado, ao fundamento de falta de isenção e de violação à impessoalidade.

O fato é que, na defesa do interesse da coletividade, o órgão acusatório não deve ser obstado de investigar supostas práticas delitivas (desde que atuando nos limites da legalidade), mormente quando envolvidos funcionários públicos, encarregados de fiscalizar a arrecadação de valores aos cofres públicos, funcionários estes aos quais também se impõe o dever de impessoalidade e de probidade em seu atuar.

No que concerne à utilização do depoimento do Sr. Ismael como prova emprestada do processo nº 2000.51.01.51192-3, a defesa alega que o MPF faltou com o dever de imparcialidade ao procurar às ocultas o precitado Sr. Ismael com intuito de “*produzir provas para o processo criminal contra a Mansur*”.

A discussão ainda gira em torno da possibilidade de do MPF investigar e produzir provas pré-processuais, acrescentando-se a questão dos limites de investigação e produção probatória pelo titular da ação penal.

dps

58



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

A questão da prova emprestada, de duvidosa legitimidade segundo alguns doutrinadores, é mecanismo correntemente utilizado e aceito no cenário jurídico nacional. A prova foi juntada aos autos, os prazos foram abertos para as defesas e estas puderam ilidi-la, respeitado, portanto, o contraditório e a ampla defesa, requisitos exigidos para a utilização de prova formada em outro processo.

Quanto ao fato de o Sr. Ismael ter posição expressa "*contra o fiscal*" - Arnaldo, tal não macula, por si só, o testemunho do mesmo, não determinando necessariamente que a testemunha irá faltar com a verdade. Além disso, não me parece quebrar a cadeia da logicidade, o fato de a testemunha que se propõe a depor em colaboração com a acusação, ser "contra" o acusado.

A valoração do testemunho para o convencimento judicial será feita e motivada pelo magistrado julgador, sujeito a mecanismos de controle. E, ante eventual desconfiança de falso testemunho, por parte de tal ou qual depoente, deve-se deflagrar o procedimento adequado, mas não, presumir a falsidade em razão da relação entre o acusado e a testemunha.

Reforço aqui os argumentos antes expendidos sobre a universalidade de pessoas que podem ser testemunhas no processo.

5) *Nulidade em face da ausência de defesa preliminar* – art. 514 do CPP (aduzida pelos apelantes ARNALDO DE CARVALHO COSTA e ROGÉRIO GAMA AZEVEDO)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

A jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de que a nulidade decorrente da não-observância da defesa preliminar era relativa, a exigir a provocação em tempo próprio e a demonstração do prejuízo para que se reconhecesse a nulidade.

Hoje, no entanto, a Suprema Corte tem apresentado precedentes no sentido contrário, considerando nulidade absoluta e o prejuízo presumido pela sobrevinda da condenação.

Não é, no entanto, unânime, esta posição jurisprudencial. Discute-se com argumentos peremptórios a coerência em se anular toda a instrução criminal, em razão da ausência de procedimento, cuja finalidade era evitar a instauração da ação penal temerária, já que, sobrevindo a condenação não se há que falar em ação temerária.

A divergência se instaurou a partir do julgamento do HC 85.779, afetado ao Pleno do STF (Inf. 457, de março de 2007), no qual se discutiram vários pontos, dentre eles, sedimentou-se a posição segundo a qual a ausência de defesa preliminar em crimes afiançáveis (para o Ministro Gilmar Mendes, independe da afiançabilidade do delito praticado) praticados por funcionário público é nulidade absoluta, mas ainda assim, imprescindível a demonstração do prejuízo, já que sobrevindo a condenação do réu, prejudicada estaria a questão da instauração temerária do processo penal.

A questão foi composta por diversas sutilezas, dentre elas, a da finalidade da medida disposta no art. 514 do CPP e o momento do seu reconhecimento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

Asseverou-se que a racionalidade da medida do art. 514 do CPP, está na possibilidade de impedir que se instaurem processos temerários em face de funcionários públicos, com base em acusação que poderia de pronto ser afastada por meio da defesa prévia. A medida protege, ainda, o interesse público consistente no resguardo dos referidos funcionários.

Partindo desta racionalidade, ultrapassada a instrução criminal, torna-se evidente o esvaziamento da tese que defende incondicionalmente a oportunidade de apresentar previamente ao recebimento da denúncia matéria de defesa capaz de impedir a instauração do processo por ventura temerário.

Ora, fica patente que, tendo-se apurado na instrução criminal a presença dos elementos conformadores do crime imputado, não é razoável discutir sobre a possibilidade de, em defesa preliminar, ter se impedido o recebimento da denúncia. Mormente em casos com a complexidade do que ora se analisa.

Este é o ponto sustentado pelo Min. Sepúlveda Pertence, no voto que proferiu quando do julgamento do referido HC 85779. Confira-se:

“(…). Pergunto: a que se destina essa defesa preliminar? A influir no juízo da condenação? Ou a impedir o processo. Até em nome, como notou o Ministro Gilmar Mendes, da dignidade da pessoa humana, de toda a literatura densa acerca da realidade de que o processo em si já é uma pena.”

E, ainda, no mesmo julgado, a posição do **Ministro Cezar Peluso**:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELAÇÃO CRIMINAL

“Ora, estamos propondo a questão de uma nulidade perpétua – não seria mais nulidade absoluta, mas nulidade perpétua, porque ela transporia os limites da coisa julgada material -, baseada na alegação de que não se observou requisito destinado a permitir a formulação de um juízo de viabilidade da ação penal, quando, no caso, já se exercitou a ação penal que resultou em condenação fundada no exame exaustivo da prova, perante a qual a defesa foi exercida em plenitude. Ou seja, não se pode sobrepor ao exame do mérito, decidido com a cognição plena e exauriente da causa, uma preliminar que diz respeito à admissibilidade teórica da mesma ação penal.”

Ainda no julgamento do mesmo HC, na justificação do seu voto, a Ministra Carmem Lúcia, que lavrou o acórdão majoritário, assim expõe:

“Senhora Presidente, também fiz levantamento da jurisprudência do Tribunal no sentido do que acabou de reforçar o Ministro Sepúlveda Pertence. (...)”

“Independente do que venha esse Tribunal a modificar em sua jurisprudência, por ser este o momento de transformação de jurisprudência, todo o levantamento que fiz nas duas turmas é rigorosamente no mesmo sentido do que também alertou o Ministro Cezar Peluso.”

Com base nesta posição jurisprudencial, não há dúvida de que, não sendo apontado concretamente o prejuízo suportado pela parte, não faz sentido anular toda a ação penal exclusivamente em vista do dogma da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

ausência da defesa preliminar, já tendo, os apelantes, arcado com o ônus da instrução criminal.

A anulação de todo o processo em razão da não apresentação de defesas preliminares significaria prestigiar excessivamente a formalidade em detrimento da instrumentalidade da forma, que atribui ao processo a função de “meio”, de “instrumento”, e não do próprio direito. Assim, este instrumento de jurisdição e de aplicação do direito, compõe-se de atos previstos na legislação para uma finalidade específica. À luz deste espírito, na atualidade, embora as garantias penais sejam, em última análise, garantias constitucionais, a violação destas deve ser de forma que prejudique concretamente o sujeito que alega. É a dicção do art. 563 do CPP.

Nessa mesma linha o art. 572, II, do CPP, dispõe que não se reconhecerá a nulidade de ato praticado de outra forma, não prevista em lei, quando tiver ele alcançado o seu fim, sem prejuízo a nenhum litigante.

Ora, as defesas não apontaram concretamente o prejuízo efetivamente suportado, por exemplo, exemplificando que alegações poderiam ter apresentado, quando da defesa preliminar, que impediria o recebimento da denúncia ou a absolvição sumária dos apelantes.

Por outro lado, tudo o que se poderia ter dito para influenciar na apuração da verdade ou do convencimento judicial, naquele momento da defesa preliminar, foi dito ao longo da instrução criminal, em vista do que acabou sanada a ausência da formalidade, o que nos leva à conclusão inevitável de que não houve lesão a garantias dos apelantes.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELACAO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

Ultrapassada, portanto, a questão da nulidade do processo pela falta de cumprimento do art. 514 do CPP.

6) nulidade decorrente de cerceamento de defesa pela falta de intimação da defesa para interrogatório de co-réu (aduzida pelos apelantes ARNALDO CARVALHO DA COSTA, PAULINÉA PINTO DE ALMEIDA e JOAQUIM ACOSTA DINIZ)

Também esta alegação não ensejará a nulificação do processo, eis que a jurisprudência tem se manifestado pela inoccorrência da nulidade, em virtude da ausência de previsão legal do ato.

O desejável é que os interrogatórios se procedam todos na frente de todos, contudo, não enseja nulidade, o fato de assim não ter ocorrido. Mormente, no caso dos autos, em que o interrogando, embora intimado para o ato que ocorreria no dia 07/04/2005, antecipou-se, aparecendo espontaneamente em 28/03/2005, quando foram tomadas as suas declarações regularmente.

Nesse sentido reproduzo os julgados colacionados pelo *Parquet*, da relatoria da Ministra Jane Silva e do Ministro Arnaldo Lima, confira-se:

“HC. LAVAGEM DE DINHEIRO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTERROGATÓRIO DE CO-RÉU REDESIGNADO. PACIENTE E SUA PROCURADORA QUE NÃO ESTIVERAM PRESENTES NA REFERIDA AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DA ADVOGADA DA RÉ. DESNECESSIDADE. FALTA DE AMPARO LEGAL. PREJUÍZOS NÃO DEMONSTRADOS. ORDEM DENEGADA. I. Embora as



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELAÇÃO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

inovações legais tenham tornado obrigatória a presença de advogado no interrogatório, tal mudança não tornou necessária a intimação dos co-réus e de seus patronos em caso de concurso de agentes, sendo despicienda o comparecimento destes ao referido ato processual (..) (Origem: STJ. Classe: Habeas Corpus n°85522. Processo Originário n° 200701450596. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relatora Desembargadora Federal convocada JANE SILVA. Data da decisão: 04/10/2007 grifamos)

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES POR CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO RECONHECIDAS PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA, ILEGALIDADE MANTIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

As nulidades argüidas — ausência de intimação do interrogatório de co-réu e a ocorrência de prazo em comum para que os réus; assistidos por advogados diferentes, e a acusação recorressem da sentença de pronúncia — não encontram amparo legal.” (Origem: STJ. Classe: Habeas Corpus n°72645. 5ª Turma. Relator Min. ARNALDO ESTEVES LIMA. DJ 09/08/2007)

7) nulidade decorrente de cerceamento de defesa e do direito à prova pelo indeferimento de requerimento de diligência (aduzida pelos apelantes ARNALDO CARVALHO DA COSTA e ANTÔNIO VINÍCIUS MONTEIRO)

Da mesma forma, aqui faltou apontar concretamente que diligência indeferida seria capaz de fabricar que tipo de prova que poderia ter mudado o rumo das investigações e do resultado final do processo. Porque, tal como sustentado pelo MPF em seu parecer, trata-se de ato que somente deve ser mediado pelo juízo, se outra forma não for possível para a defesa produzir, pois o juízo não tem obrigação legal de produzir provas para a defesa, a menos que verifique ser esta insuficiente.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

Em suas razões o apelante ARNALDO CARVALHO DA COSTA expõe que diversas diligências lhe foram indeferidas e que assim se mantiveram mesmo após o apelante argumentar, em nova petição, que estaria preso e, portanto, impedido de diligenciar.

Em primeiro lugar, o fato de estar preso em nada obsta a produção de provas pela defesa do então réu. Em segundo lugar, tal como exaustivamente exposto, para o reconhecimento de nulidade, seja relativa, ou absoluta, deve-se apresentar concretamente o prejuízo e tal não está expresso nos autos. As defesas não discriminam quais diligências seriam impossíveis para a defesa contratada pelo acusado, realiza; qual delas poderia ter mudado o curso das investigações.

Não se pode transferir ao judiciário a obrigação, que incumbe ao réu e sua defesa, de demonstrar fato modificativo ou até mesmo extintivo da pretensão punitiva estatal, a menos que se trate de defesa insuficiente.

Quanto ao pedido do apelante ANTÔNIO VINÍCIUS MONTEIRO de conversão do julgamento em diligência para a produção de perícia dos depósitos bancários e compará-los com os depósitos dos demais réus, em que pese a previsão do art. 616 do CPP, autorizando a realização de diligências na fase do julgamento da apelação, este deferimento deve ser de indiscutível valia para o julgamento a ser proferido, o que como se verá adiante, não será.

Também não prosperará a alegação de ANTÔNIO VINÍCIUS de que a conclusão da perícia nos *notebooks* apreendidos na residência do apelante,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELACAO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

que teria ensejado a condenação de pela prática do crime de advocacia administrativa, teria se pautado em exames periciais sem o devido contraditório.

Isto porque foram realizadas perícias nos referidos *notebooks*, cujo Laudo se encontra às fls. 442/446 dos autos da medida cautelar nº 2005.51.01.501739-0, tendo sido oportunizada a formulação de quesitos, que não foram formulados. Logo, não há que se falar em cerceamento da defesa, uma vez que a prova pericial foi juntada aos autos e cabia à defesa, naquele momento ilidi-la.

8) *nulidade face à violação ao princípio da correlação entre os fatos constantes da denúncia e a condenação visto que se operou a muttatio libelli e não foi dado cumprimento ao art. 384 do CPP – preliminar aduzida por JOAQUIM ACOSTA DINIZ, ANTÔNIO VINÍCIUS MONTEIRO, LUIZ ÂNGELO ROCHA, PAULINÉA PINTO DE ALMEIDA e JOSÉ EDUARDO GOMES IUORNO.*

A alegação não procede, de vez que o aditamento de fls. 994/1007, quanto aos corréus JOAQUIM ACOSTA DINIZ, ANTÔNIO VINÍCIUS MONTEIRO, LUIZ ÂNGELO ROCHA, no qual o órgão acusatório imputou aos corréus o crime do art. 3º, III, da Lei nº 8.137/90, teve o procedimento legal observado, como demonstram as repostas apresentadas em alegações preliminares de fls. 1376/1377; 1378/1280 e 1514/1519.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

PAULINEA alega que houve mudança de causa de pedir sem aditamento da denúncia, uma vez que o relatório de refiscalização nº 09228420 teria sido juntado aos autos somente em alegações finais.

Sobre esta alegação, esclarece o Parquet que, *“por meio do Ofício nº 11/2005MPS/SRP/DFISC/CGAUD, encaminhado pela Coordenadora de Gerenciamento da Ação Fiscal em 15 de fevereiro de 2005, teria sido informado que a aludida ação fiscal nº 36.320 não consistira em verdadeira ação revisora, como noticiado pelo Ministério Público Federal na peça inaugural, de modo que apenas em 2005 o Parquet federal teria requisitado a realização de ação revisional, solicitação de que se teria originado o Relatório de Refiscalização nº 09228420, juntado por ocasião do oferecimento de alegações finais.”*

Considero esclarecido que não foram aditados fatos novos em fase de alegações finais, mas juntados documentos referentes a fatos já constantes da denúncia, o que é autorizado, mesmo depois de encerrada a instrução criminal, desde que se oportunize a manifestação defensiva, o que no caso se fez, com a dilação do prazo para alegações finais, na qual está manifestação expressa sobre o fato.

Já defesa de JOSÉ EDUARDO IUORNO aduz que o MPF teria aditado a inicial acusatória para retificar o período de atuação do grupo acusado para janeiro de 1988, que constava como sendo janeiro de 1998 a abril de 1998.

Ora, está claro que o referido aditamento se tratou de correção de erro material, já que é manifesta a impossibilidade de se imputarem os delitos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

que foram imputados ao apelante, tendo por base um período de três meses de atuação delituosa. Tanto é assim que o apelante se defendeu da fiscalização fraudulenta descrita na denúncia que começara em 1988.

Assim sendo, aplicável, no caso, o art. 569, do CPP, que dispõe:

“As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.”

9) – nulidade em face à ausência de motivação da sentença condenatória (preliminar aduzida por todos os apelantes)

Nesse ponto, assiste razão aos apelantes, pois tiveram os seus argumentos defensivos desconsiderados pelo MM Magistrado quando da prolação da r. sentença recorrida, causando prejuízo concreto aos litigantes. Não há como negar que a sentença condenatória não apreciou argumentos postos pelas defesas em suas alegações finais.

Nenhum dos depoimentos de testemunhas em favor das defesas dos apelantes foi analisado e afastada a sua coerência. Tais testemunhas infirmaram certezas concluídas na instrução criminal e o MM Juiz *a quo* sequer fez menção às alegações defensivas. A título de exemplo, referidos argumentos consistam em definições técnicas sobre as refiscalizações; ou sobre qual a legislação vigente à época em que as fiscalizações foram feitas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELACAO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

pelos réus, questão importantíssima que esclarece sobre a alegada permissão para que os fiscais deixassem de autuar determinados créditos previdenciários ou, ainda, pareceres técnicos atestando a compatibilidade patrimonial com suas rendas.

Nesse último ponto, é certo que a incompatibilidade patrimonial dos acusados com suas rendas não compõe o tipo penal, mas é elemento de reforço de convicção de indiscutível importância.

Aproveito para consignar que, o fato de este elemento - incompatibilidade patrimonial - não compor o tipo penal, a sua ausência isoladamente também não prova inocência daquele cujo patrimônio está compatível com suas rendas, por razões óbvias. As regras de experiência já demonstraram que o produto deste tipo de crime não fica depositado em conta corrente do agente.

O fato é que, na apreciação judicial dos fatos trazidos aos autos, foram desprezadas considerações e afirmativas defensivas que deveriam ter sido analisadas e, se vencidos os argumentos da defesa, aí sim, proferir-se-ia condenação legítima.

Não foram apontados na fundamentação judicial os elementos de prova nos quais apoiou seu veredicto. As afirmações são conclusivas, mas as premissas sobre as quais se erigiram não foram expostas, de modo a permitir o controle da decisão.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

Ao contrário do que consigna o MPF em sua manifestação (fls. 10.704/10.705), sobre o caráter instrumental do processo, esta não é a única perspectiva pela qual se deve olhar o processo, sob pena de se incorrer em drástico autoritarismo. Além de instrumento por meio do qual se efetiva o direito material, também, e principalmente, deve ser admitido como instrumento de proteção às garantias fundamentais, dentre elas, a de ver, o réu, seus argumentos influenciarem a decisão judicial.

Ressalte-se que esta Corte não pretende balizar o convencimento do MM Juiz sentenciante que, sabe-se, é livre. Mas esta liberdade será mais legítima quanto mais fundamentada seja, a condenação, em provas dos autos, levando se em consideração sempre os argumentos da defesa que sejam cruciais ao deslinde do caso.

Analisando concretamente o caso, verifica-se que a Sentença condenatória de fato se absteve de apreciar pontos de crucial importância, alguns deles relacionados, inclusive, às elementares dos tipos penais que lhe foram imputados, tal como os que passo a citar, a título de exemplo.

É o caso da apresentação por parte do réu ARNALDO CARVALHO DA COSTA do resultado da fiscalização da Receita Federal a que foi submetido o apelante, que confirmou não haver variação patrimonial a descoberto; além de duas manifestações técnicas indicando a compatibilidade patrimonial do apelante com sua renda, que, embora não componha o tipo penal, foi fundamento para a sua condenação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

Não se encontra na sentença condenatória nenhuma menção a tal elemento de prova, cuja atenção poderia até desfigurar a condenação, já que esta se fundamentou também na ausência de contraprova da proveniência lícita dos rendimentos e do aumento patrimonial do apelante no período. É, portanto, argumento de relevância para a construção do veredicto e deve ser abordada pelo primeiro grau de jurisdição, pois, para que esta Corte examine o mérito da presente apelação criminal, teríamos que analisar diversos pontos não apreciados na sentença, o que nos é expressamente proibido, sob pena de supressão de instância.

Também é o caso da apresentação das certidões do registro de imóveis, dando conta de que havia herdado patrimônio, produzidas na fase de alegações finais por ANTONIO VINICIUS que não foram consideradas na sentença condenatória.

Alega, ainda, este apelante, que o mesmo ocorreu em relação ao parecer do Auditor Fiscal da Receita Federal, cuja auditoria foi requerida pelo próprio MPF, no qual consta a completa regularidade dos depósitos nas contas correntes do apelante (fl. 8.557).

Há também alegação de valores atribuídos a este réu indevidamente, de vez que na verdade eram referentes ao réu FRANCISCO CRUZ.

Verifica-se, ainda, equivocada a sentença, na medida em que a mesma faz menção a uma lista de empresas da qual o réu não foi acusado na denúncia. Tais empresas até constam da denúncia como sendo as que ANTÔNIO teria fiscalizado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

Quanto à ARINDA RESENDE DE PINHO MONTEIRO, a apelante perdeu o cargo com base na pena do crime de corrupção passiva, do qual foi absolvida por falta de prova, eis que, conforme o dispositivo da sentença condenatória, a apelante somente foi condenada pela prática do crime do art. 288 do CP.

O mesmo ocorreu com FRANCISCO JOSÉ DOS SANTOS ALVES.

Em relação a PAULINÉA PINTO DE ALMEIDA, esta apelante opôs embargos ao fundamento de que fora condenada pela prática do crime somente em relação a uma empresa, no entanto, teve arbitrada a fração da continuidade em 2/3. Tal argumento sequer foi ventilado na decisão dos embargos que integraram a sentença condenatória.

O mesmo ocorreu com ROGÉRIO GAMA AZEVEDO, LUIZ ÂNGELO e JOAQUIM ACOSTA DINIZ, que foram condenados pelo crime do art. 3º, II, da Lei nº 9137/90, em relação a uma empresa e lhe foram fixada a fração de 2/3 para a continuidade delitiva.

Outro exemplo importante que não mereceu atenção na sentença foi a alegação de FRANCISCO CRUZ de que deixou de autuar créditos previdenciários, em cumprimento de liminar proferida pelo Juiz da 30ª Vara Federal, que determinou a suspensão da exigibilidade da contribuição para a seguridade social.

A mesma alegação faz ROGÉRIO DA GAMA AZEVEDO, no sentido de que vigia a Instrução Normativa nº 13/98, que mandava que se acatassem as decisões judiciais liminares e não a IN nº 12/98.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

Também no que concerne à dosimetria das penas, especificamente, na fixação da pena-base, a sentença carece de fundamentação com base em dados concretos aferidos na instrução para o aumento da mínima cominada. A fundamentação é coletiva, genérica, faz uso de expressões que, se não especificadas, nada dizem a respeito das situações dos réus e em nada direcionam rumo à objetividade mínima justificante do referido aumento; são exemplos disso as expressões “dolo intenso”, “desvio de caráter”.

JOSÉ EDUARDO GOMES IUORNO, no que concerne ao patrimônio destacado pelo MPF na inicial, aduz que todos os bens imóveis que possui são oriundos do inventário de seus pais, tal como escritura lavrada no 15º Ofício de notas.

A sentença também não faz menção à conclusão do refiscalizador do processo 35301.004780/2005-70 (p. 03), que em seu relatório concluiu que a empresa Smith Internacional do Brasil Ltda., recolheu regularmente os seus tributos, tal como consta do referido relatório, que se transcreve: “os valores acima guardem correspondência com os salários de contribuição declarados em folhas de pagamento. E, por sua vez, os documentos de arrecadação cobrem os valores de contribuições. Assim, a empresa não possui débito no período de 01/98 a 04/98”.

No tocante ao suposto crime de corrupção ativa referente às fiscalizações efetuadas junto às empresas De Millus S/A Indústria e Comércio e De Millus Venda Domiciliares Ltda., o MPF pediu a absolvição de JOAQUIM ACOSTA DINIZ e dos demais acusados da prática do crime,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

contudo, o MM Juiz sentenciante os condenou, aumentando a pena pela continuidade delitiva, sem tecer comentário algum sobre as razões do seu convencimento pela condenação.

Importante pontuar que não se esgotam nesses exemplos a ausência de menção a pontos suscitados pelos réus, de vez que, como já dito, não cabe a esta Corte induzir o Magistrado na produção do seu convencimento. O que se quis com a enumeração não exaustiva dos elementos não analisados na sentença, foi dar consistência à presenté e drástica decisão anulatória. E tudo isso, sem deixar de levar em consideração a extrema dificuldade de se chegar a um veredicto em processos desta complexidade.

A título de considerações finais, tenho a reafirmar que o direito penal moderno exige, sim, que todas as alegações da defesa sejam enfrentadas, ou pelo menos, todas as questões relevantes, isto é, as que refutem as acusações, de modo a modificar ou extinguir a pretensão punitiva estatal, ou mesmo, as que tenham aptidão para influir na decisão judicial.

O contraditório e a ampla defesa, garantias que alicerçam o devido processo legal, informam que as provas produzidas pela defesa, assim como suas fundadas alegações, serão levadas em consideração para a produção do veredicto, que materializa o convencimento judicial. Refutadas as alegações formalizadas pela defesa, aí sim, pode-se proferir a condenação legítima, pois a quebra das referidas garantias deslegitima o sistema e compromete a sua finalidade.

Nesse sentido:

dps

75





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELAÇÃO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

“EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Condenação por tráfico de entorpecentes. Tipicidade dos fatos não demonstrada na fundamentação. Decisão nula. Concessão de ordem de ofício para pronúncia da nulidade. É nula a sentença que, ao condenar o réu por crime de tráfico de entorpecentes, não demonstra, na motivação, a coexistência dos elementos do tipo”. (STF, HC 89129 / RJ, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJ 19-11-2009)

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. ACÓRDÃO. CONDENAÇÃO. NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. I - O acórdão recorrido, ao reformar a sentença absolutória, deixou de explicitar em quais elementos de prova fundou-se a condenação, o que viola a exigência constitucional de motivação das decisões. II - Ofensa ao art. 93, IX, da CF. III - Ordem concedida.” (STF, HC 95706 / RJ, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJ 05-11-2009)

Confira-se como tratou o tema o Min. Gilmar Mendes no fragmento

abaixo reproduzido:

“Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. apreciando o chamado anspruch auf rechtliches gehor (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- *direito de informação (recht auf information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

- - direito de manifestação (recht auf äusserrung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- - direito de ver seus argumentos considerados (recht auf berücksichtigung), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (aufnahmefähigkeit und aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas.

*Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.*⁸

Em harmonia com o material colacionado, temos que as decisões judiciais, para que se repute válidas, devem ser proferidas com observância ao princípio do livre convencimento motivado. Significa dizer que o julgador é livre para construir e concluir o seu veredicto, todavia, deve se pronunciar expressamente sobre que elementos no conjunto dos fatos influenciou a sua conclusão.

A propósito, vejam-se, ainda, os julgados de outros Tribunais, que seguem nessa mesma linha:

“PROCESSO PENAL. FALTA DE APRECIÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS EM SUA TOTALIDADE. NULIDADE.

O decreto condenatório que suprime de seus fundamentos teses apoiada em defesa técnica da parte, a ela causa sensível prejuízo, devendo o ato decisório ser declarado nulo pelo órgão revisor. A norma constitucional-processual é

⁸ (STF, Tribunal Pleno, HC 85.779-5, Rel. original Min. Gilmar Mendes. Rel. para acórdão Min. Carmem Lúcia; DJ 29/06/2007)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2004.51.01.514915-0

V - APELACAO CRIMINAL

de garantia, não havendo razão para a subsistência do ato que não e submeteu à obediência da regra que assegura ao acusado, em juízo, produzir defesa em seu favor". (TJGM – 5ª C. AP 1 .0145.02.008259-3/001; rel. Maria Celeste Porto. DOE 25.10.2007)

E, ainda,

“PROCESSO PENAL. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE TESES DEFENSIVAS. CERCEAMENTO DA DEFESA.

A sentença deve ser anulada, pois o magistrado quedou-se omissos em relação a proposições relevantes que mereciam apreciação, especialmente a que diz respeito à tipicidade da conduta (...). Em sede de apelação é defeso a esta Corte a análise dos pontos omissos da sentença, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Conhecida a apelação do réu a fim de acolher a preliminar de nulidade da sentença condenatória e, em consequência, julgar prejudicado o mérito do referido recurso”. (TRF 3ª R.; 1º T.; ACR 2003.61.20.003373-8; rel. Johanson di Salvo; DJU 19.02.2008)

Corroborando o equívoco em que incorreu o nobre julgador sentenciante, há nestes autos, ainda, peculiaridade a ser observada no tocante à forma como foi assinada a sentença condenatória. Tratou-se de expediente inusitado em que o MM Juiz *a quo* após sua assinatura sobre o nome de Juiz diverso, ao argumento de que aquele não teria presidido a audiência de instrução, logo, não seria o juiz competente para prolatar a sentença.

Ora, sabe-se que há situações em que é impossível ao juiz que colheu as provas, julgar os fatos. Para estas hipóteses, em que pese a Lei nº



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

V - APELACAO CRIMINAL

2004.51.01.514915-0

11.719/08 não ter previsto expressamente a exceção, entende-se aplicável o art. 132 do CPC por analogia (art. 3º do CPP), adotando para o processo penal, as exceções previstas naquele artigo.

Assim, embora não se possa afirmar a nulidade, em vista do ineditismo do acontecimento, tal deve ser apontado elemento de reforço para a anulação integral da sentença proferida.

Por todo o exposto, meu voto é no sentido de dar PARCIAL PROVIMENTO aos recursos dos apelantes para ANULAR a r. sentença condenatória, por estar em flagrante desconformidade com o que dispõe o art. 93, IX, da CF/88.

Julgo prejudicado o Agravo Interno de fls. 11.027/11.033, interposto pelo réu ROGÉRIO DA GAMA AZEVEDO.

Remetam-se os autos ao Juízo da Terceira Vara Criminal Federal para que se profira nova sentença, manifestando-se inclusive sobre as provas produzidas após a instrução criminal e juntadas neste Tribunal.

É como voto.

DESEMBARGADOR FEDERAL MESSOD AZULAY NETO
Relator
2ª T. Especializada