

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES
IMPETRANTE : MIGUEL GUSKOW
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA - DF
PACIENTE : MIGUEL GUSKOW

RELATÓRIO

A EXM^a SR^a DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES (RELATORA): – Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado, em causa própria, por MIGUEL GUSKOW, Subprocurador-Geral da República aposentado, denunciado como incurso no art. 299 c/c 29, ambos do Código Penal, e no art. 7º, inciso II, da Lei 7.492/86, apontando, como autoridade coatora, o ilustre Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, impugnando a decisão de fl. 39, que determinou o desmembramento da Ação Penal, quanto ao co-réu Taniel Oliveira Marcolino, permanecendo, na Ação Penal 2001.34.00.009762-4/DF, apenas os partícipes Miguel e Sílvio, que não poderiam ser julgados antes de Taniel Oliveira Marcolino, autor do fato criminoso.

Sustenta o impetrante que “foi denunciado pelo Ministério Público Federal como incurso nas penas do art. 299 c/c art. 29 do Código Penal e do art. 7º, inciso II, da Lei nº 7.492/86, em concurso material, por supostamente ter participado de oferta de títulos públicos emitidos pelo Tesouro, identificados como NTN séries A, D e R2 em Nova York (denúncia anexa), os quais, supostamente, não teriam existência física ou seriam inegociáveis”; que “a denúncia apresentou 4 (quatro) agentes para o crime contra o sistema financeiro nacional (art. 7º, II, Lei nº 7.492/86), 2 (dois) como coautores (Robert e Taniel), e 2 (dois) como partícipes de menor importância (Miguel e Sílvio)”; que “a conduta criminosa (oferecer títulos sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados) foi narrada nos itens 09 e 11 da denúncia”; que a denúncia descreve que “Robert e Taniel ofereceram em Nova York (sem precisão de data, local e modo) NTNs A, D e R2, via *The Currency Group Inc. e Rockman Investment & Securities*. As NTNs D e R não teriam existência física, e as NTN A10 seriam inegociáveis”; que “os denunciados Miguel e Sílvio não foram acusados de praticar o núcleo do tipo oferecer, mas de participar da oferta pela emissão de cartas de conforto”; que “a suposta contribuição dos partícipes na conduta típica está narrada nos itens 01 a 05, onde o órgão de acusação alega que Miguel e Sílvio teriam emitido cartas de conforto em favor de Robert e Taniel”, tendo participação de menor importância, por auxílio material; que, “logo no início do processo houve desmembramento da ação quanto ao suposto autor do fato criminoso Robert Whitehead (que sequer foi qualificado na inicial), sob o argumento de que residiria nos EUA e que isso dificultaria o trâmite processual”, vindo ele, após, a ter extinta a sua punibilidade, pelo óbito; que, “portanto, a persecução penal teve continuidade apenas contra o autor dos fatos Taniel e contra os partícipes Miguel e Sílvio”; que, “no entanto, o órgão de acusação não foi diligente quanto ao autor dos fatos Taniel, movimentando a ação apenas contra os partícipes Miguel e Sílvio, como se eles fossem os únicos réus remanescentes no processo”; que, “ao final da instrução, Miguel peticionou ao douto juízo alegando que era de suma importância para a sua defesa a oitiva do autor dos fatos Taniel, sem a qual a sua defesa estaria sendo cerceada”; que, “passado mais de ano da determinação de oitiva de Taniel e da efetiva movimentação da persecução penal contra ele, o autor dos fatos ainda não foi ouvido, o que levou o órgão do MPF a requerer o desmembramento do processo quanto a Taniel (por não ser saudável e viável esperar), permanecendo nos autos da ação apenas os partícipes Miguel e Sílvio”; que o Juízo acolheu o pedido de desmembramento do processo, quanto ao co-réu Taniel, sem qualquer fundamentação; que “o denunciante acusou Robert e Taniel de terem praticado o núcleo do tipo em **Nova York**, enquanto que Miguel e Sílvio teriam concorrido para o crime mediante a emissão de cartas de conforto (auxílio material)”, de posse das quais Robert e Taniel ofereceram NTNs em Nova York; que “Robert e Taniel detêm o domínio do fato, sendo que a eles é atribuída a oferta de NTN em **Nova York**.”, enquanto “Miguel e Sílvio são acusados de praticar um fato desnecessário à oferta criminosa em **Nova York**, qual seja, a concessão de declaração de idoneidade moral no **Brasil** “,

HABEAS CORPUS 2009.01.00.072073-6/DF

tratando-se de contribuição acessória, sem a qual o crime poderia ter sido praticado; que, assim, Miguel e Silvio são apenas partícipes, e, como a participação é acessória, o partícipe somente pode ser condenado se o autor também o for; que, na forma do art. 469, § 2º, do CPP (redação da Lei 11.689 de 09/06/2008), quando há desmembramento de processo, o autor do fato criminoso deve ser julgado antes do partícipe; que, assim, “a aplicação do art. 80 do CPP (desmembramento da persecução penal) não pode deixar de observar o princípio da acessoriedade da participação, positivado no § 2º do art. 469 do CPP”, com a redação da Lei 11.689 de 09/06/2008 (fl. 12).

Invoca jurisprudência sobre o assunto e requer o deferimento do pedido de liminar, para suspender a Ação Penal em que figuram apenas os partícipes Miguel e Silvio, e, no mérito, a concessão da ordem, “para cassar a decisão que determinou o desmembramento da Ação Penal 2001.34.00.009762-4, ou para suspender o seu trâmite, até que seja julgado o autor do fato criminoso”, ou seja, até que Taniel seja julgado (fls. 2/13).

O pedido formulado em sede de liminar foi indeferido (fl. 41).

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 45/48).

A fls. 53/56, o paciente formulou pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar.

A PRR/1ª Região opinou pela denegação da ordem (fls. 60/68).

É o relatório.

Processo na Origem: 200134000097624

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES
IMPETRANTE : MIGUEL GUSKOW
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA 10A VARA - DF
PACIENTE : MIGUEL GUSKOW

VOTO

A EXM^a SR^a DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES (RELATORA): – Como se viu do relatório, trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado, em causa própria, por MIGUEL GUSKOW, Subprocurador-Geral da República aposentado, denunciado como incurso no art. 299 c/c 29, ambos do Código Penal, e no art. 7º, inciso II, da Lei 7.492/86, apontando, como autoridade coatora, o ilustre Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, impugnando a decisão de fl. 39, que determinou o desmembramento da Ação Penal, quanto ao co-réu Taniel Oliveira Marcolino, permanecendo, na Ação Penal 2001.34.00.009762-4/DF, apenas os partícipes Miguel e Silvio, que não poderiam ser julgados antes de Taniel Oliveira Marcolino, autor do fato criminoso.

Primeiramente, cumpre-me destacar que a 3ª Turma deste Tribunal já apreciou, em outra oportunidade, a legalidade do referido desmembramento da Ação Penal, quanto ao co-réu Taniel Oliveira Marcolino, à luz do art. 80 do CPP, ao julgar o HC 2009.01.00.072072-2 – também impetrado pelo paciente –, em que se denegou a ordem, na sessão de 25/05/2010, em acórdão que mereceu a seguinte ementa e no qual restou demonstrada a necessidade de desmembramento da aludida Ação Penal, por conveniência da instrução criminal:

“PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – AÇÃO PENAL – DESMEMBRAMENTO – ART. 80 DO CPP – MOTIVO RELEVANTE – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – ATRASO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL QUANTO A UM DOS RÉUS – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – ORDEM DENEGADA – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA LIMINAR PREJUDICADO.

I – “De acordo com o art. 80 do Código de Processo Penal, embora haja continência ou conexão, pode o magistrado, facultativamente, separar os processos, desde que tal medida se mostre conveniente, quer porque as infrações foram praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, quer em razão do excessivo número de acusados, quer para não prolongar a prisão dos réus ou, ainda, diante de motivo relevante, em benefício dos acusados ou da própria administração da justiça” (STJ – APn 549/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Corte Especial, DJe de 28/05/2009).

II – Hipótese em que restou demonstrada a necessidade de desmembramento da Ação Penal, por conveniência da instrução criminal, que se encontrava significativamente atrasada em relação a um dos réus, o qual necessitou de citação por carta precatória, expedida para a Seção Judiciária de São Paulo, e, durante o seu trâmite, com a superveniência da Lei 11.719/2008, que alterou o procedimento comum ordinário, teve o interrogatório postergado.

*III – A unidade processual mostra-se, no caso, contrária ao princípio constitucional da duração razoável do processo, redundando na inefetividade da **persecutio criminis in judicio**.*

IV – Ordem denegada.

V – Prejudicado o pedido de reconsideração do indeferimento da liminar.” (HC 2009.01.00.072072-2/DF, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, julgado em 25/05/2010.)

Quanto ao argumento novo, trazido no presente **writ** – no sentido de que a aplicação do art. 80 do CPP (desmembramento da Ação Penal) não poderia deixar de observar o princípio da acessoriedade da participação, positivado no § 2º do art. 469 do CPP, não podendo os partícipes Miguel e Silvio ser julgados antes de Taniel Oliveira Marcolino, autor do fato criminoso, adoto, como razões de decidir, os percuientes fundamentos apresentados pelo ilustre Procurador Regional da República Paulo Queiroz, **litteris**:

“O impetrante/paciente sustenta, em síntese, que: a) da narrativa apresentada pelo MPF, Robert e Taniel detinham o domínio do fato, enquanto Miguel e Silvio atuaram como partícipes, na medida em que forneceram auxílio material (fornecimento da declaração de idoneidade) para a prática do delito; b) como a participação é acessória, o partícipe só pode ser condenado se o autor também o for, razão pela qual o autor deve ser julgado antes do partícipe.

(...)

Preliminarmente, é certo que a presente impetração tem fundamento diverso do HC nº. 2008.01.00.028017-0/DF, julgado em 08/07/2008, HC nº. 2008.01.00.045202-9/DF, HC nº. 2008.01.00.04686902/DF, julgados em 21/10/200, e HC nº. 2008.01.00.061578-0/DF, julgado em 10/02/2009, bem como o HC nº. 2009.01.00.071445-1/DF e HC nº. 2009.01.00.071444-8/DF, em que houve indeferimento liminar da petição inicial. Também não se confunde o objeto desta ação com o do HC nº. 2009.01.00.072348-1/DF e HC nº. 2009.01.00.072072-2/DF, ainda pendentes de julgamento.

Urge conhecer e julgar o writ, portanto.

Pois bem, a autoridade coatora, ao prestar informações às fls. 45/48, relatou que: a) em 25/04/2002, o então Subprocurador-Geral da República Miguel Guskow foi denunciado, juntamente com outras três pessoas (Sílvio Fernando Vieira Correia, Taniel Oliveira Marcolino e Robert Whitehead), perante o Superior tribunal de Justiça, como incurso nas penas do art. 299 c/c 29 do CP e do art. 7º, inciso II, da Lei 7.492/86, em concurso material; b) em 26/04/2002, o então Relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, determinou a notificação do denunciado, ora paciente, para apresentar resposta, no prazo de 15 (quinze) dias (processo nº. 297-DF); c) a resposta foi apresentada, e, em 19/02/2003, a Corte Especial do STJ recebeu denúncia; d) após interrogatório, a defesa prévia foi apresentada, oportunidade em que foram indicadas seis testemunhas, duas delas residentes no exterior. No entanto, a oitiva foi indeferida, por conta da intenção protelatória da defesa, com procrastinação do feito, mas foi concedido ao réu prazo para indicar outras testemunhas residentes no Brasil. Desta decisão foram interpostos vários recursos sucessivamente; e) em seguida, com a aposentadoria do impetrante/paciente, o STJ reconheceu, de forma superveniente, sua incompetência para o prosseguimento no feito, com a conseqüente remessa do processo à Seção Judiciária do Distrito Federal; f) distribuídos os autos à 10ª Vara Federal/DF, foi requerida a realização de diversas diligências pelo ora paciente, inclusive outro interrogatório (art. 499 do CPP). As diligências postuladas foram consideradas protelatórias e impertinentes. Entretanto, o pedido de novo interrogatório de Miguel Guskow foi deferido e realizado, em 06/06/2008, bem como foi ouvida, em 02/09/2008, testemunha referida por Miguel Guskow; g) atualmente, o processo encontra-se na fase de alegações finais.

Feito este breve relato, cumpre notar que o impetrante/paciente parte de uma premissa ainda não apreciada na ação penal – a de que é

partícipe e não coautor dos crimes narrados na denúncia –, a fim de ser julgado somente depois de Taniel Marcolino, este, sim, suposto autor do crime, por ter praticado o núcleo do tipo e deter o domínio do fato.

Acontece que, para se afirmar ou negar a participação/autoria, urge analisar, com alguma profundidade, as provas produzidas na ação penal, o que não é cabível em habeas corpus, até porque o impetrante/paciente não está preso, não existe ameaça de prisão, e eventuais excessos da acusação, se houver, sempre poderão ser afastados na sentença, condenatória ou absolutória, ou em eventual recurso de apelação.

Convém lembrar, a propósito, que, de acordo com a Constituição Federal (art. 50, LXVIII), conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, de sorte que não se trata de uma ação constitucional generalíssima, arbitrariamente manipulável, ou seja, aplicável a todo e qualquer caso, visto ter uma finalidade jurídico-processual específica: a proteção da liberdade de locomoção seriamente ameaçada.

A não ser assim, isto é, se este tribunal entender de conhecer e aferir desde logo a prova produzida nos autos da ação penal, antes mesmo de o juiz competente poder fazê-lo na sentença, consumir-se-á uma subversão processual pela supressão da primeira instância, que, aliás, parece importar cada vez menos.

Enfim, a distinção entre autoria e participação não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, a exigir, pois, exame de prova, vedado, frise-se, na via estreita do habeas corpus, conforme precedentes:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO E SONEGAÇÃO DE PAPEL OU OBJETO DE VALOR PROBATÓRIO. DENÚNCIA. INÉPCIA. ATIPICIDADE.

1. À luz do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, a denúncia deve conter a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias e a definição da conduta do autor ou partícipe.

2. A autoria do crime e a tipicidade subjetiva do fato requisitam, para sua afirmação ou negação, enquanto imergem no mundo dos fatos, o exame do conjunto da prova, estranho à via angusta do habeas corpus e adequado ao tempo da sentença.

3. Ordem denegada (grifo nosso) (STJ, HC 199901189497, HAMILTON CARVALHIDO, STJ - SEXTA TURMA, 09/04/2001)

PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. DENÚNCIA. CRIME EM TESE. MATERIALIDADE DELITIVA. INDÍCIOS DE AUTORIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. ORDEM DENEGADA.

3. A delimitação da suposta participação do paciente deverá ser esclarecida durante a instrução processual, mediante o necessário e aprofundado exame das provas, o que não é cabível na via estreita do habeas corpus. (...) (grifo nosso) (TRF1, HC 200901000231079, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, TRF1 - QUARTA TURMA, 13/08/2009).

De todo modo, os argumentos do impetrante/paciente são inconsistentes.

Primeiro, porque, em relação ao crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP), está claramente configurada a autoria/coautoria, e tanto é assim que o impetrante/paciente nada questionou a esse respeito.

Segundo, porque a alegação de que o impetrante/paciente é partícipe, por ter prestado apenas auxílio material na prática do crime do art. 7º, II, da Lei n.º 7.492/86, é bastante questionável, nada existindo nos autos, quer da parte do Ministério Público, quer da parte do juiz, afirmando ou sugerindo essa alegada condição de partícipe.

Além do mais, o Código Penal atual não faz expressa distinção entre autoria e participação, ou pelo menos não o faz explicitamente, já que inicia o principal artigo dedicado ao concurso – o art. 29 – com declarar que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Não é de todo exato, portanto, que o legislador decidiu “optar, na parte final do art. 29, e em seus parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação” (Exposição de Motivos).

Em suma, o Código adotou um conceito unitário de autor, não distinguindo, expressamente, entre autoria e participação, motivo pelo qual a distinção é, em princípio, irrelevante.

Como é sabido, o conceito unitário de autor representa a mais antiga teoria sobre a relação do sujeito com o fato: autor é quem produz qualquer contribuição causal para a realização do tipo legal, não se distinguindo entre autor e partícipe¹. São considerados autores, assim, todos os que intervenham no processo causal de realização do tipo, independentemente da importância que a sua colaboração possua dentro da totalidade do fato, questão que só oferece interesse na aplicação da pena². Consequentemente, a causalidade constitui o único critério de relevância jurídico-penal de um comportamento, restando supérfluo o conceito de acessoriedade³.

Nesse sentido, o Código Penal brasileiro, coerente com a adoção, quanto ao nexo causal, da teoria da equivalência dos antecedentes causais, segundo a qual toda e qualquer condição que concorra para o crime é causa do resultado (CP, art. 13), consagrou, quanto ao concurso de pessoas, a teoria unitária ou monista, embora com ajustes⁴, já que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade” (CP, art. 29)

Relevante é saber, portanto, se o agente de alguma forma contribuiu para o crime de que se trate, hipótese em que, reconhecido o concurso, o coautor e/ou partícipe incidirão nas penas cominadas ao delito. Para essa teoria, enfim, toda pessoa que concorra para a produção do crime, causa-o em sua totalidade, motivo pelo qual o delito é imputado integralmente a cada um dos partícipes (Antolisei).

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, p. 275

² JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de derecho penal. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Ed. Comares, 1993, p. 587.

³ Jescheck, Tratado, cit., p. 587.

⁴ A lei brasileira, enfim, como escreve Fragoso, resolveu em termos simples a questão da co-delinqüência, partindo da teoria da equivalência dos antecedentes, adotada quanto à relação de causalidade. Assim como não distingue entre os vários antecedentes causais do delito, não distingue também entre os vários partícipes na empresa delituosa comum: todos são coautores e responderão pelo crime segundo a mesma escala penal. Somente se distingue entre os diversos partícipes na aplicação da pena, que dependerá da culpabilidade maior ou menor de cada um (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 251).

Assim, como o impetante/paciente, segundo a denúncia, não só forneceu carta de conforto, carta de referência ou carta de idoneidade profissional, mas também cuidou de apresentar Taniel Marcolino “a Francisco Marcos Saeger que, como titular da Holding Bank Ltda. Finance And Investment Corporation, procurava adquirir Notas do Tesouro Nacional – NTN(s) para a investidora norteamericana H.J. Wills & Associates”⁵ (fl. 20), não há como afirmar que atuou como simples partícipe.

Ademais, não cabe a tese de que autor é somente aquele que pratica o verbo do tipo (conceito restritivo de autor), porque, além de não adotado pelo Código Penal, semelhante conceito é bastante criticado por não explicar as hipóteses de autoria mediata, quando o autor (mediato) se utiliza de outrem (autor imediato) para a prática do delito, caso em que o agente mediato responde como autor, e não como partícipe, embora não realize a ação típica de “matar”, de “subtrair”, de “constranger”, conforme o caso.

Finalmente, não se pode afirmar, como fez o impetrante/paciente que, pela teoria do domínio do fato, somente Taniel Oliveira Marcolino foi autor, pois quem realiza uma parte necessária da execução do plano global (domínio funcional do fato), ainda que não seja um fato típico em sentido estrito, mas participando da resolução criminosa, também é autor ou coautor. Afinal, de acordo com a teoria do domínio do fato, há coautoria, e não participação, sempre que o domínio do fato é comum a várias pessoas.

Por ser bastante questionável a condição de partícipe do impetrante/paciente, não procede a alegação de que o julgamento do pretendido autor, Taniel Marcolino, deve preceder, necessariamente, ao julgamento do suposto partícipe, Miguel Guskow.

Por tais razões, o Ministério Público Federal requer a denegação da ordem de habeas corpus” (fls. 60/68).

De fato, como bem esclareceu a PRR/1ª Região, o impetrante/paciente parte de premissa ainda não apreciada na Ação Penal respectiva, ou seja, a de que seria ele partícipe, e não co-autor dos crimes narrados na denúncia, e, como tal, não poderia ser julgado antes de Taniel, autor do fato criminoso. Tal conclusão apenas seria possível mediante aprofundado exame de provas, incabível na via angusta do **writ**, merecendo a exata participação do paciente ser deslindada na instrução criminal.

Ademais, quanto ao crime de falsidade ideológica, a denúncia imputa, ao paciente, a autoria do fato, e afirma que, além de fornecer ele carta de idoneidade moral ou de conforto a Robert e Taniel, o paciente também apresentou Taniel Marcolino “a Francisco Marcos Saeger que, como titular da Holding Bank Ltda. Finance And Investment Coporation, procurava adquirir Notas do Tesouro Nacional – NTN (s) para a investidora norteamericana H.J. Wills & Associates”, conforme denúncia, a fl. 20, pelo que não se pode extrair, de plano, a afirmação de que atuou ele como simples partícipe.

Assim, diante dessas considerações e de todas as outras já deduzidas, na oportunidade do julgamento do HC 2009.01.00.0720722, em 25/05/2010, não verifico qualquer ilegalidade a ser sanada, no presente **writ**.

⁵ A operação em foco, que, se realizada, subiria a quinhentos milhões de dólares e se consumaria interinamente no Brasil, deixou de ser concretizada ante as dúvidas que assaltaram o investidor, tanto no tocante à higidez financeira do autor da oferta, quanto no que pertine às suas qualidades morais no mundo econômico” (fls. 20/21).

Ante o exposto, denego a ordem impetrada. Julgo prejudicado o pedido de reconsideração do indeferimento da liminar (fls. 53/56).

É o voto.