



Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 25.754 — RJ (2002/0164528-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrantes: Maria Cecília de Alcântara Bulcão e outro

Advogados: Paulo Freitas Ribeiro e outros

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Pacientes: Maria Cecília de Alcântara Bulcão e Marion de Figueiredo Bulcão

EMENTA

Criminal. **HC**. Crime contra a ordem tributária. Inépcia da denúncia. Crime societário. Possibilidade de denúncia genérica. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa não evidenciada de plano. Análise sobre a autoria e materialidade do delito que não podem ser feitas na via eleita. Ilegalidades não demonstradas de pronto. Ordem denegada.

I - Denúncia que imputou às pacientes a prática, em tese, de delito contra a ordem tributária, consistente na possível prestação de declarações falsas em documentos fiscais para reduzir ou suprimir o pagamento de ISS.

Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP — o que não se vislumbra **in casu**.

Tratando-se de crimes societários, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do CPP. Precedentes.

Evidenciada a presença de fortes indícios de crime contra a ordem tributária, torna-se prematuro o trancamento da ação penal instaurada contra os pacientes.

A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas **in casu**.

O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório — como a apontada ausência de configuração da autoria e da materialidade do delito, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da exordial acusatória.

Se a via eleita do *writ* não se presta análises profundas a respeito de fatos e provas, e não se mostrando, de plano, abusiva a classificação delituosa feita pelo Ministério Público, não há que se falar em constrangimento ilegal resultante de eventual qualificação jurídica errônea com o fim de verificar a prescrição da pretensão punitiva.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca. Sustentou oralmente: Dr. Paulo Freitas Ribeiro, pelo paciente.

Brasília (DF), 1ª de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

DJ de 12.05.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Maria Cecília de Alcântara Bulcão e Marion de Figueiredo Bulcão, visando ao trancamento do feito contra elas instaurado, por falta de justa causa.

O acórdão recorrido restou assim ementado (fls. 482/483):

“**Habeas corpus**. Crimes tributários. Artigos 1º, II; 2º, I e II, e 11, da Lei n. 8.137/1990. Nos crimes de autoria coletiva bastam os indícios de que os réus praticaram os ilícitos que lhe são imputados, ficando a comprovação circunstanciada das condutas para a instrução penal. Não se pode impedir a punição pelos graves crimes fiscais hoje existentes na sociedade por tecnicis-

mos e firula jurídicas inaceitáveis pela sociedade atualmente. O processo é meio de justiça e não um fim em si mesmo. Inexiste inépcia na denúncia que, ao contrário do alegado, descreve satisfatoriamente as condutas, tanto é que puderam as impetrantes se defenderem e o fizeram, até mesmo, com brilhantismo na impetração deste *writ*. Por outro lado, não se demonstrou a falta de justa causa para a ação penal, uma vez que é indiscutível que as Impetrantes eram sócias-gerentes da SMB Ltda. E assinaram o contrato social e suas alterações nesta qualidade. Se exerciam ou não efetivamente a gerência ou se praticaram ou não as condutas que lhes são imputadas, é matéria de mérito, vedado seu exame no estrito limite do remédio heróico. Trancar a ação penal nesse momento, se afigura inadmissível e, adotando este proceder como norma, nunca mais se poderia punir a maioria dos delitos fiscais cometidos escancaradamente neste País. Ora, o simples fato de participarem como sócias-gerentes de uma empresa sem que isso seja verdade já é início de fraude, uma vez que inseriram declaração inexata para, evidentemente, auferir lucros e/ou prejudicar terceiros. O fato é que o empresariado nacional acostumou-se a usar e abusar de toda as firulas legais ou ilegais para não pagar impostos devidos. É de se indagar das Impetrantes por que, qual a finalidade e em que condições assinaram o contrato social e as alterações posteriores, onde figuram como sócias-gerentes, com possibilidade de, isoladamente, assinar cheques e documentos em geral, representando ativa e passivamente a sociedade. Agora, acionadas criminalmente, candidamente, se defendem, dizendo que não eram sócias, embora tenham assinado o contrato e permanecido como sócias esse tempo todo. Salta aos olhos que pretendem as Impetrantes a discussão do mérito da causa, o que não é aqui possível. O inquérito não é, de modo algum, condição de procedibilidade para a ação penal, podendo esta ser apresentada desde que venha acompanhada de elementos idôneos de convicção relativamente aos indícios da autoria e materialidade, conforme é o caso, que veio instruída de procedimento administrativo da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Como se pode ver no auto de infração, foram apurados vultosos débitos dos impostos devidos ou omitidos pela empresa da qual as Impetrantes eram responsáveis e representavam como sócias-gerentes. As irregularidades apontadas pelos agentes públicos, fiscais, afirmam condutas, que, em tese, configuram os tipos em que foram denunciadas as Impetrantes. Ordem denegada.”

Em razões, sustenta-se, em resumo:

a) a inépcia da denúncia, na medida em que não descreveria, de forma individualizada, a conduta, em tese, criminosa imputada às pacientes;

b) a falta de justa causa para o prosseguimento do processo criminal, eis que as acusações formuladas pelo *Parquet* não estariam apoiadas em nenhum tipo de prova documental, além do fato de que as paciente jamais teriam realizado atos de administração da pessoa jurídica.

Pugnou-se, então, pelo trancamento da ação penal, em sede de liminar, na qual se pretendeu, também, a suspensão do interrogatório das pacientes, até o julgamento do mérito do presente *writ*.

A medida liminar foi deferida somente quanto à suspensão do interrogatório (fl. 501).

Apresentadas as informações pela autoridade coatora, a douta Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 527/529).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor das pacientes, visando ao trancamento do feito contra elas instaurado.

Os autos dão conta de que as pacientes, na condição de sócias-gerentes da empresa SMB — Sistema Médico Brasileiro Ltda, teriam prestado declarações falsas em documentos fiscais, com o fim de reduzir ou suprimir o pagamento de ISS.

Por tais fatos, o representante do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ofereceu denúncia contra as pacientes, imputando-lhes a prática das condutas previstas no art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 (diversas vezes), na forma do art. 71 do Código Penal; no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 (diversas vezes), também na forma do art. 71 do Código Penal e no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 (uma vez) na forma do art. 69 do Código Penal (fls. 25/29).

Irresignada, a defesa impetrou ordem de **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, objetivando o trancamento da ação penal, sustentando ausência de justa causa e inépcia da denúncia.

A Corte Estadual denegou a ordem, entendendo que não haveria qualquer ilegalidade a ser reparada por meio do *writ*.

De um lado, porque a denúncia não seria inepta. Ao contrário, embora sucinta, teria fornecido com precisão os limites da conduta delituosa imputada aos pacientes, permitindo o exercício de defesa.

Por outro lado, o Tribunal de origem salientou que a via estreita do **habeas corpus** não seria adequada para obstar a ação penal, se não demonstrada, de plano, a impropriedade em sua instauração ou a ausência de justa causa.

Destacou, ainda, que o esgotamento da via administrativa não seria pressuposto ou condição de procedibilidade para o feito criminal.

Por fim, o acórdão impugnado destacou que não poderia, em sede de *writ*, aprofundar o exame de mérito com o fim de apreciar a qualificação jurídica da conduta imputada aos pacientes para, se fosse o caso, reconhecer a prescrição.

Daí a presente impetração, na qual são reiteradas as alegações originárias, sustentando-se, em suma, a inépcia da denúncia, na medida em que não descreveria, de forma individualizada, a conduta, em tese, criminosa imputada às pacientes e a falta de justa causa para o prosseguimento do processo criminal, eis que as acusações formuladas pelo *Parquet* não estariam apoiadas em nenhum tipo de prova documental, além do fato de que as paciente jamais teriam realizado atos de administração da pessoa jurídica.

Entretanto, não merece prosperar a irresignação.

Inicialmente, deixo de proceder à análise dos argumentos referentes à impossibilidade de aditamento da peça acusatória, ocorrência de **abolitio criminis**, bem como ofensa ao princípio da reserva legal, sob pena de indevida supressão de instância, pois o tema não foi objeto de debate e discussão por parte do Tribunal **a quo**.

Passo a apreciar a argumentação de inépcia da denúncia.

Pelo exame da peça póstica, tem-se o atendimento aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que houve a exposição do fato criminoso, com suas circunstâncias, assim como se deu a devida qualificação dos acusados, a classificação do crime, além do oferecimento do rol de testemunhas.

Com efeito, foi ressaltado que nos meses compreendidos entre agosto de 1997 e janeiro de 1999, os denunciados João Pedro, Maria Cecília e Marion, na qualidade de sócios-gerentes da Empresa SMB — Sistema Médico Brasileiro Ltda, consciente e voluntariamente, em comunhão de ações e desígnios, e em continuidade delitiva, teriam fraudado a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em sua escrita fiscal mediante a adulteração da escrituração do Livro de Registro e Apuração do ISS, para nele inserir valores inferiores aos correspondentes às receitas efetivamente auferidas pela Empresa no citado período, reduzindo, desta maneira, indevidamente, a carga tributária do Imposto Sobre Serviços — ISS, devido pela r. Empresa, incidente e resultante da prestação de serviços de assistência médica e planos de saúde.

A indigitada adulteração teria sido constatada pelos fiscais da Secretaria Municipal da Fazenda, quando do exame dos livros Razão e Diário da empresa e das notas fiscais de prestação de serviços emitidas por hospitais, clínicas e laboratórios — ocasião em que teriam verificado que as receitas lançadas no Livro Registro de Apuração do ISS correspondiam a apenas 30% das receitas declaradas nos livros comerciais, configurando, em tese, omissão de receita tributável.

Ao inserirem elementos inexatos no livro fiscal obrigatório, mediante adulteração da escrita fiscal para fazer constar receita inferior àquela auferida pela empresa, os denunciados praticaram, em tese, a conduta típica prevista no art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, o que motivou a lavratura de infração pela Secretaria Municipal de Fazenda.

No período entre agosto de 1997 e junho de 1999, também na sede da Empresa SMB, na qualidade de sócios-gerentes, consciente e voluntariamente, em comunhão de ações e desígnios e em continuidade delitiva, os denunciados teriam se apropriado indevidamente de quantias devidas ao Fisco do Município, retidas em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, na prestação de serviços de saúde.

No mesmo período, que corresponde às datas-limites para o recolhimento do imposto, os denunciados, por determinação e deliberação conjuntas, em continuidade delitiva, teriam deixado de recolher, no prazo legal, valores de ISS retidos em regime de substituição tributária, decorrente de prestação de serviços por hospitais, clínicas e laboratórios.

Ao deixarem, em tese, de recolher aos cofres públicos do Município do Rio de Janeiro, no prazo legal, o ISS retido na qualidade de substituto tributário, decorrente de prestação de serviços por terceiros, os denunciados teriam praticado a conduta típica prevista no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, o que teria motivado nova lavratura de auto de infração.

Em 1º de fevereiro de 1999, João Pedro, Maria Cecília e Marion, cientes de atuarem ilicitamente, em comunhão de ações e desígnios, com o fim de eximir a empresa de que são sócios do pagamento do ISS aos cofres do Município do Rio de Janeiro, teriam fraudado a fiscalização tributária alterando o contrato social para transferir a sede da empresa para o Município de Rio Bonito — RJ, sendo que, na realidade, não teria havido mudança fática do local da sede da SMB, que teria continuado a realizar suas operações de prestações de serviços de assistência médica no Município do Rio de Janeiro. Tal constatação teria sido feita durante a fiscalização levada a efeito pelos Fiscais do Município que, quando em visita à sede da Empresa na Avenida Rio Branco, teriam apurado que as atividades comerciais e de prestação de serviços da SMB no Município do Rio de Janeiro permaneciam inalte-

radas, sendo verificado, inclusive, o atendimento de clientes e a contratação de prestadores de serviços situadas neste Município.

Ao alterarem, em tese, fraudulentamente, o endereço da sede da empresa apenas no contrato social, com o fim de excluir de maneira simulada a responsabilidade fiscal da SMB de pagamento do ISS ao Fisco do Município do Rio de Janeiro, nos termos do art. 42, inciso I, do Código Tributário Nacional, os denunciados teriam praticado a conduta típica prevista no art. 2^a, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, o que motivou a lavratura pela Secretaria Municipal da Fazenda a lavrar outro auto, em virtude do não-recolhimento do ISS no período de fevereiro a junho de 1990.

Por não recolherem aos cofres públicos do Município do Rio de Janeiro, através das práticas supradescritas, créditos tributários de ISS devidos em razão da prestação de serviços tributáveis a terceiros, os denunciados, sistemática e efetivamente, de forma livre e consciente, teriam reduzido a carga tributária do ISS da pessoa jurídica que representam, através de manobras ardilosas no valor total de 9.063.606,56 Ufir, proporcionando significativos prejuízos ao Erário municipal.

Desta forma, não vislumbro consistente imprecisão nos fatos atribuídos às pacientes, hábil a impedir a compreensão da acusação formulada, devidamente amparada pelos elementos de prova.

Ao contrário, consta dos autos que as pacientes seriam sócias-gerentes da empresa SMB Ltda e, nessa condição, teriam, em tese, prestado declarações falsas com o fim de reduzir ou suprimir pagamento do ISS — imposto sobre serviços.

Esta Corte tem entendido que, em se tratando de crimes de autoria coletiva, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, nestes casos em que a autoria nem sempre se mostra escancarada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, dentro do contexto fático que dispõe o Ministério Público no limiar da ação penal. Entender diferente seria inviabilizar a acusação e tolher a oportunidade de o **dominus litis** provar o que alega.

Somente a instrução poderá esclarecer e pormenorizar de que forma os réus participaram dos fatos narrados.

Trago à colação o seguinte precedente da Turma:

“Penal e Processual Penal. *Recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Denúncia. Inépcia. Crime societário. Individualização das condutas. Desnecessidade. Ausência de violação ao direito de defesa.* Acusado maior de 70 anos. Prescrição.

I - Resta sem objeto o recurso contra o recorrido Dilceu, uma vez verificada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

II - *Não há inépcia da denúncia que, ao imputar a prática de delito societário aos acusados, deixa de individualizar pormenorizadamente a conduta de cada um deles, mas fornece dados suficientes à admissibilidade da acusação, permitindo a adequação típica (precedentes).*

Recurso provido, em relação ao recorrido Edgard. Declarada extinta a punibilidade em relação ao réu Dilceu.”

(REsp n. 221.723/SP, DJ de 20.08.2001, Relator Ministro Felix Fischer)

Outrossim, não ocorre qualquer das falhas previstas no art. 43 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, o presente *writ* trouxe à baila uma longa argumentação, na tentativa de demonstrar a ausência de justa causa para o prosseguimento do feito, buscando o trancamento da ação penal.

A impetração afirma que as pacientes, apesar de constarem do contrato social da empresa como sócias-gerentes, com poder de administração da pessoa jurídica, jamais teriam exercido, efetivamente, qualquer ato de gerência.

Ocorre que o *Parquet*, ao oferecer a acusação, apontou conduta, em tese, ilícita, noticiando a respeito de eventuais falsificações de documentos fiscais, o que redundou na redução ou supressão do pagamento do ISS.

Sendo assim, evidenciada a presença de fortes indícios de crime contra a ordem tributária, torna-se prematuro o trancamento da ação penal instaurada contra as pacientes.

Com efeito. É posição desta Corte que o trancamento da ação, normalmente, é inviável em sede de **habeas corpus**, pois dependente do exame da matéria fática e probatória.

Assim, a alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento do feito só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a atipicidade flagrante do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, ou, ainda, a extinção da punibilidade.

Tais hipóteses, contudo, não foram verificadas **in casu**.

De outra banda, o impetrante afirma que não estariam caracterizadas a autoria e a materialidade do delito, em razão de que “afirmações feitas pelo Ministério Público contra elas não encontram respaldo em qualquer documento do processo.”

Contudo, tal argumentação não pode ser objeto de exame em sede de **habeas corpus**, tendo em vista a necessidade de dilação do conjunto fático-probatório, o que deve ser feito durante a instrução criminal, oportunidade em que os pacientes poderão levantar todos os aspectos que julgarem relevantes para provar a inexistência de configuração da autoria ou da materialidade do crime.

É sabido que a via estreita do *writ* é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inciso LXVIII).

A configuração de qualquer dessas hipóteses, dessarte, não restou prontamente evidenciada.

Por fim, quanto à eventual necessidade de esgotamento da via administrativa, bem decidiu o egrégio Tribunal **a quo**, ao afastá-la.

É cediço que o procedimento administrativo de apuração de débitos tributários não se constitui em condição de procedibilidade para a propositura de ação penal para a apuração de delito contra a ordem tributária.

Tal posicionamento vem sendo reiteradamente afirmado por esta Turma, inclusive na discussão acerca da interpretação do art. 83 da Lei n. 9.430/1996 (HC n. 8.208/RS, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 12.04.1999; RHC n. 6.953/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 31.08.1998).

A controvérsia também foi elucidada pelo Supremo Tribunal Federal, nos mesmos aludidos termos (ADIMC n. 1.571/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 25.09.1998).

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 28.367 — SP (2003/0074319-9)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Helena Rosa Rodrigues Costa — Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Anderson Martins de Camargo

EMENTA

Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo. Arma de brinquedo. **Emendatio libelli** (art. 383, CPP). Art. 10, §1º, II, da Lei n. 9.437/1997. Conflito aparente de normas. Consunção. Regime prisional. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias judiciais totalmente favoráveis.

I - A descrição contida na exordial acusatória permite a imputação do fato previsto no tipo legal do art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997, razão pela qual a decisão proferida pelo egrégio Tribunal **a quo** se enquadra na hipótese do art. 383, do CPP (**emendatio libelli**). Por isso, não há que se cogitar de nulidade do v. acórdão increpado, pois, como é cediço, o acusado se defende do fato criminoso que lhe é imputado, **i.e.**, da descrição fática contida na denúncia, e não dos dispositivos legais com que ele é classificado na inaugural de acusação.

II - A utilização da arma de brinquedo, no caso em tela, foi *meio necessário* à prática, ou melhor, à configuração típica do delito de roubo, razão pela qual deve ser por este absorvido. Ademais, caso mantida a condenação do paciente nas sanções do art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997, este, necessariamente, estaria sendo incriminado duplamente pela prática de uma *mesma conduta*. Na espécie, o uso da arma de brinquedo já embasou a configuração do delito de roubo. Logo, não há como dar o réu como incurso, *pelo mesmo fato*, no tipo legal do art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997, sob pena de **bis in idem**.

III - Ainda que assim não fosse, de qualquer forma o paciente não poderia responder pelo crime previsto no art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997. É que a Lei n. 10.826/2003, que revogou expressamente a Lei n. 9.437/1997, não prevê a incriminação da conduta de utilização da arma de brinquedo para o fim de cometimento de crimes. Trata-se, assim, de exemplo acabado de **abolitio criminis** (art. 2º, **caput**, CP).

IV - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **c**, e § 3º, c.c. o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

V - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de

pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

VI - “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” (Enunciado n. 718 da súmula do Pretório excelso, DJ de 09.10.2003).

Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 18.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de Anderson Martins de Camargo, em face de v. acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, à unanimidade, acolheu parcialmente o apelo ministerial a fim de fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena e, com **emendatio libelli**, dar o ora paciente como incurso no delito de porte ilegal de armas por utilização de simulacro de brinquedo no crime de roubo, agravando, assim, a reprimenda infligida.

O retrospecto esta bem delineado nas informações prestadas pela autoridade tida como coatora, **verbis**:

“Por fatos ocorridos em 18 de julho de 2001, foi o paciente preso em flagrante e denunciado pela prática de roubo duplamente qualificado, restando condenado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal, a 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão, mais 03 dias-multa, estabelecido o regime inicial aberto e concedido o **sursis** pelo prazo de 02 anos, mediante comparecimento mensal em Juízo, nos termos dos arts. 77 e 78, § 2º, alínea c, do Estatuto Repressivo (doc. n. 1).

Irresignado com o édito condenatório, apelou o Ministério Público, tendo a Décima Primeira Câmara deste Tribunal, à unanimidade, dado parcial provimento à apelação a fim de, com emenda do libelo, condenar o réu, como incurso nas sanções do art. 157, § 2ª, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal e em concurso formal (art. 70, **caput**, do Estatuto Repressivo) com o art. 10, § 1ª, inciso II, da Lei n. 9.437/1997, a 02 anos e 26 dias de reclusão e 13 dias-multa, cassando o **sursis** concedido em primeira instância e estabelecendo o regime inicial fechado para desconto do escarmento, determinada a expedição de mandado de prisão. O acórdão restou irrecorrido, após intimação pessoal da Procuradora do Estado” (fls. 69/70).

Eis um trecho do v. acórdão increpado, **verbis**:

“O tema do uso de simulacro de arma em ação subtrativa não é de solução cômoda nestes tempos.

Esta Câmara — na fila da doutrina, entre outros, de **Nélson Hungria**, e de julgados dos Tribunais superiores — assentou repetidamente, ao largo de quase uma década, que o uso de arma, a que se refere a norma inscrita no art. 157, § 2ª, inciso I, CP, inclui *todo artefato — ou simulação dele — que atue com o efeito intimidatório de uma arma*.

Esse entendimento, como se disse, é abonado da lição de **Hungria** que, de par com sua autoridade doutrinária, apreciava preceito contido no Código Penal a cuja elaboração, como Presidente da Comissão Revisora, dera notório contributo:

‘A ameaça com uma arma ineficiente (ex.: revólver descarregado) ou fingida (ex.: um isqueiro com feitiço de revólver), mas ignorando a vítima tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a **ratio** desta é a *intimidação* da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir’ (‘Comentários ao Código Penal’, ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1958, vol. 7, n. 22).

Nesse mesmo sentido podem apontar-se, **ad exemplum**, venerandos julgados dos Tribunais Superiores: RExtCrim n. 99.036 — STF — Segunda Turma — Ministro Cordeiro Guerra — RTJ 106/838; REsp n. 162.090 — STJ — Quinta Turma — Ministro Edson Vidigal — DJ de 1ª.02.1999, p. 226; REsp n. 159.344 — STJ — Quinta Turma — Ministro Edson Vidigal — DJ de 23.11.1998, p. 193; REsp n. 217.794 — STJ — Quinta Turma — Ministro Felix Fischer — DJ de 11.10.1999, p. 85; e desta Corte: Ap. n. 1.044.529 — Nalini; Ap n. 1.034.039 — Lucena; Ap n. 1.009.991 — Lucena; Ap n. 1.004.447 — Barretti; Ap n. 1.003.437 — Fernandes; Ap n. 992.553-3 — Ubitatan; Ap n. 985.609 — Fernandes.

Destaca-se, a propósito, de voto do eminente Ministro Ilmar Galvão no HC n. 77.872:

‘Tal situação leva ao reconhecimento do cabimento da qualificadora discutida, de acordo com a orientação que esta Corte há muito assentou, de que vale, para operar tal qualificadora, apenas a eficácia na intimidação da vítima, e não a imprescindibilidade, no caso, de arma de fogo’ (RTJ 168/290).

Nessa trilha, em muitos de meus votos anteriores, invoquei o Direito sumular do egrégio Superior Tribunal de Justiça: ‘*No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena*’ — Verbete n. 174. Com isso, coroava a orientação que perfilhei desde minha chegada a esta Corte, em fins de 1994.

Essa Súmula, a 174/STJ, fora aprovada pela Terceira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça em 23.10.1996, mas, em 24.10.2001, a mesma Terceira Seção deliberou, por maioria de votos, julgando o REsp n. 213.054/SP cancelar o verbete sumulário (DJ de 07.11.2001).

Não posso — nem quero — perder de vista a circunstância de que ao egrégio Superior Tribunal de Justiça incumbe a elevada missão constitucional de *uniformizar a normativa federal* (arg. art. 105, item III, CF/1988). Por isso, resguardado meu entendimento pessoal, curvo-me à posição majoritária adotada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça ao cancelar o Verbete n. 174 de sua súmula.

Ocorre que isso não significa, **tout court**, outorga de franquia para o uso de simulacro de arma em crimes de roubo. No julgamento do REsp n. 213.054, a Terceira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça — com voto de relação do eminente Ministro José Arnaldo da Fonseca — apontou um *relevante motivo* para o cancelamento do Verbete n. 174, **litteratim**:

‘...a Súmula n. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei n. 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes’ (ementa — DJ de 11.11.2002, p. 148).

Desse reconhecimento da *autonomia delitual* do uso de arma de brinquedo, como um dos motivos de cancelamento do referido verbete sumular, desponta a possibilidade de considerar, no roubo, a *concorrência criminosa* — que não, pois, a qualificadora — do uso de simulacro de arma.

Com efeito, ao assentar a *autonomização* do crime do uso de arma de brinquedo para cometer delitos, afastou o juízo de que o desvalor desse uso —

por si só criminalizado — se incluía no desvalor do roubo simples. Admitiu-se, neste passo com reconhecível modulação à realidade das coisas, que não haveria completa valoração dos fatos se o uso de simulacro de arma, para cometer o roubo, não se aviasse à margem da **vis compulsiva** singela, à mão desarmada. Por certo, de não entender como bem entendeu, neste passo, o venerando acórdão **sub examine**, estar-se-ia a ignorar a realíssima distinção de graus intimidatórios que há entre o roubo sem arma e o roubo com arma de brinquedo. Por isso, realista e justificável o afastamento da consunção.

Essa decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça parece amparar o que a Turma Julgadora desta Câmara decidiu, recentemente, na Apelação Ordinária n. 1.325.715-8 da Comarca de São Paulo, a saber: ser possível a emenda do libelo para, em caso de denúncia relativa a roubo com qualificação por uso de simulacro de arma, condenar o réu por incurso nas sanções do art. 157, CP — acaso com qualificadora que não a de uso de arma —, em *concurso formal* com o crime de uso de arma de brinquedo para a prática de delito:

‘Como é cediço, no processo penal, o réu defende-se dos fatos indicados na acusação e não de sua qualificação jurídica ou normativa (**omissis**).

Tampouco se ignora que a *emenda do libelo* (art. 383, CPP) — ao revés de sua mudança (art. 384, CPP; cf. Verbete n. 453 da súmula do egrégio Supremo Tribunal Federal) — é admissível em segunda instância (v. HC n. 78.373 — STF — Primeira Turma — Ministro Octavio Gallotti — RTJ 169/601; HC n. 68.279 — STF — Segunda Turma — Ministro Carlos Velloso — RTJ 135/146; HC n. 57.788 — STF Turma — Ministro Cordeiro Guerra — RTJ 96/170; HC n. 61.191 — STF — Segunda Turma — Ministro Décio Miranda — RTJ 108/1.052; HC n. 10.105 — STJ — Quinta Turma — Ministro Edson Vidigal — DJ de 13.12.1999, p. 164; HC n. 10.837 — STJ — Quinta Turma — Ministro Edson Vidigal — DJ de 21.02.2000, p. 146), descabida a providência adicional da regra inscrita no art. 384, CPP (cf. RHC n. 63.274 — STF — Segunda Turma — Ministro Francisco Rezek — RTJ 116/128; RHC n. 68.777 — STF — Primeira Turma — Ministro Celso de Mello — RTJ 142/576; HC n. 57.788 — STF — Segunda Turma — Ministro Cordeiro Guerra — RTJ 97/163; HC n. 69.997 — STF — Segunda Turma — Ministro Marco Aurélio — RTJ 147/248).

Ora, como se verifica da prova dos autos, o acusado utilizou simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer cri-

me. Isso é delito, como se lê na norma contida no art. 10, § 1º, inciso II, Lei n. 9.437/1997, de 20.2'.

Dessa maneira, diante do apontado concurso formal, inflige-se ao ora recorrido a pena detentiva de um ano, nove meses e dez dias de reclusão, imposta em primeira instância (fl. 171), com exasperação agora de sexta parte (art. 70, **caput**, CP), ultimando-se a privativa de liberdade em dois anos e 26 dias de reclusão. Assina-se o montante da multa em 13 diárias (arg. art. 72, CP)" (fls. 134/137).

Daí o presente *writ*.

Alega o impetrante, em síntese, estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal, visto que o egrégio Tribunal **a quo**, em sede de apelação, teria desrespeitado o art. 384 do Código de Processo Penal, ao proceder no acórdão reforma da sentença a título de **emendatio libelli**, imputando ao paciente a prática delituitosa prevista na Lei n. 9.437/1997, sem a manifestação do *Parquet*. Sustenta, ainda, que houve violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, previstos no art. 5º, inciso LV, e no art. 93, IX, ambos da Carta Magna. Aduz, por fim, que o egrégio Tribunal recorrido determinou o regime inicial fechado para desconto do escarmento em razão da gravidade do delito, embora a primariedade, o **quantum** da pena aplicada, as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal e o princípio da individualização da pena permitissem a fixação do regime aberto. Requer, ao final, a concessão de ordem a fim de que seja declarado nulo o v. acórdão increpado, ou que seja afastado o aumento relativo ao concurso formal, restabelecendo-se a pena fixada em 1º grau e, ainda, seja determinado o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta.

Liminar indeferida (fl. 40).

Os autos, inicialmente distribuídos ao Exmº Senhor Ministro Fontes de Alencar, por força de sua aposentadoria, foram redistribuídos, vindo conclusos em 09.01.2004.

Em razão do decurso de tempo foram solicitadas informações, as quais foram prestadas às fls. 69/70 e 150/151.

Pleiteada a reconsideração da liminar, esta, à fl. 56, foi concedida tão-somente para que o ora paciente aguardasse o julgamento do presente *writ* em regime aberto.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 160/165, manifestou-se pela parcial concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Inicialmente, quanto à alegada nulidade do v. acórdão vergastado em razão de eventual violação aos princípios da correlação entre a imputação e a sentença e do **ne procedat judex ex officio** e, ainda, por força de suposta violação ao disposto no art. 384 do CPP, tenho que a irresignação não prospera.

Vejamos o teor da exordial acusatória, **verbis**:

“Consta do incluso inquérito policial que no dia 18 de julho de 2001, por volta das 09 horas e 35 minutos, no estabelecimento comercial Acrypony Ltda, situado na Rua Madalena, nesta Cidade e Comarca, o denunciado, agindo em concurso unicidade de propósitos e identidade de desígnio com outra pessoa ainda não identificada, *subtraiu, para si, mediante grave ameaça consistente no uso de um simulacro de arma de fogo (auto de apreensão de fl. 16) quatro unidades de perfil de alumínio, avaliadas em R\$ 320,00 (trezentos e vinte reais)* pertencentes à empresa Acrypony, representada por Silvan Lazar.

Segundo se logrou apurar, o indiciado e seu comparsa, com manifesto **animus furandi** e devidamente armados e associados entre si, entraram no estabelecimento comercial acima indicado pela porta dos fundos, sorrateiramente, iniciando a subtração das unidades de alumínio. Ao serem percebidos pelo representante da vítima, exibiram uma pistola anunciando o assalto.

Neste momento, o representante da vítima exibiu uma arma (Revólver marca Taurus, n. 1187066, calibre 38, devidamente registrado em nome da empresa), tendo inclusive, efetuado disparos que atingiram o acusado. Não obstante, ambos puseram-se em fuga.

Policiais militares que foram chamados via Copom para atender a ocorrência, em posteriores diligências, lograram localizar o acusado no Pronto-Socorro do Hospital Vila Nova Cachoeirinha, não localizando contudo, seu comparsa.

No hospital o indiciado foi seguramente reconhecido pelo representante da vítima e daí autuado, em situação de flagrância.

Ante o exposto, requer seja R. e A. a *denúncia* contra *Anderson Martins de Camargo*, como incurso nas penas do *artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II c.c o artigo 29, ambos do Código Penal*, sendo citado, interrogado e processado, seguindo até final sentença condenatória nos termos dos artigos 394 e ss. e 498 e ss. do Código de Processo Penal” (fls. 11/12).

Conforme se constata, o representante do *Parquet* denunciou o ora paciente como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do CP. Note-se, no entanto, que a

descrição contida na exordial acusatória permitia a imputação do fato previsto no tipo legal do art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997, razão pela qual a decisão proferida pelo egrégio Tribunal **a quo** se enquadra na hipótese do art. 383, do CPP (**emendatio libelli**). Por isso, não há que se cogitar de nulidade do v. acórdão increpado, pois, como é cediço, o acusado se defende do fato criminoso que lhe é imputado, vale dizer, da descrição fática contida na denúncia, e não dos dispositivos legais com que ele é classificado na inaugural de acusação.

No entanto, tenho que o egrégio Tribunal **a quo** não poderia ter condenado o ora paciente nas iras do art. 157, § 2º, II, c.c. art. 14, II, ambos do CP, *em concurso formal* com o delito previsto no art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997.

Atualmente é pacífico o entendimento no sentido de que a arma de brinquedo não se presta para a majoração prevista no § 2º, inciso I, do art. 157 do CP. Vale dizer, a referida “arma” ensejaria a configuração do delito de roubo, na forma simples, mostrando-se ilegal a incidência da majorante prevista no § 2º.

Não obstante, o caso em tela apresenta uma filigrana, qual seja, a condenação do paciente nas sanções do art. 157, § 2º, II, c.c. art. 14, II, ambos do CP, *em concurso formal* com o delito previsto no art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997. A doutrina e a jurisprudência, em casos similares a este, vinham travando uma polêmica discussão acerca da configuração ou não do tipo legal do art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997 (*obs.*: Fiz menção à forma pretérita, pois a discussão perdeu sentido com o advento da Lei n. 10.826/2003, como se verá adiante). Vale dizer, no caso de um roubo praticado mediante um emprego de “arma” de brinquedo, o agente responderia: *a*) unicamente por roubo simples; ou *b*) por roubo simples em concurso (formal ou material) com o delito do art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997.

Parece-me que a posição escoreita é a primeira.

Explico.

A meu ver, estamos diante de um caso em que o agente, mediante uma ação, teria praticado, *aparentemente*, dois delitos (art. 157, CP e art. 10, § 1º, II, Lei n. 9.437/1997). É o caso típico de conflito aparente de normas (ou pluralidade aparente de leis — cf. **Juarez Cirino dos Santos**, ou ainda, concurso aparente de tipos — cf. **E. R. Zaffaroni**). A equação, portanto, está no recurso a um dos princípios reguladores do conflito, quais sejam, o da especialidade, o da subsidiariedade e o da consunção, segundo entendimento doutrinário majoritário.

Para **Alberto Silva Franco** (in “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, parte especial, v. 2, RT, 2001, p. 2.608), este é o caso típico de *subsidiariedade tácita* (ou material, segundo **Juarez Cirino dos Santos**). **Luiz Flávio**

Gomes (in “Direito Penal — parte geral — introdução”, 2ª ed, RT, 2004, p. 206), por sua vez, sustenta que é incabível a incidência do art. 10, § 1º, II, Lei n. 9.437/1997, por força do *princípio da consunção*. Razoável, ainda, quem defenda que seria a hipótese de **antefactum impunível** (ou co-punido com o fato principal, consoante **Juarez Cirino dos Santos**, in “A Moderna Teoria do Fato Punível”, 3ª ed., 2004, Fórum Ciência, pp. 344/345), mas, que na verdade, segundo o escólio de **Johannes Wessels** (in Direito Penal, trad. Juarez Tavarez, Safe, 1976, p. 181), acabaria desbocando na própria subsidiariedade tácita.

É certo, entretanto, que o critério adotado, qualquer que seja, ensejará a exclusão do crime previsto no art. 10, § 1º, II, Lei n. 9.437/1997.

Inclino-me, em princípio, pela aplicação do princípio da consunção.

De acordo com o princípio da consunção, muito discutido e de conceituação pouco precisa, existindo *aparentemente* mais de um ilícito penal, ocorrerá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo (nesta linha: **Luis Jiménez de Asúa**, in “Principios de Derecho Penal” — *La ley e el delito* — Editorial Sudamericana, 3ª ed., 1958, p. 147; **Francisco de Assis Toledo**, in “Principios Básicos de Direito Penal”, Ed. Saraiva, 5ª ed., 2002, p. 52; **Damásio E. de Jesus**, in “Direito Penal”, vol. 1, parte geral, Ed. Saraiva, 25ª ed., 1999, p. 114; **Cezar Roberto Bitencourt**, in “Manual de Direito Penal” — parte geral, vol. 1, Ed. Saraiva, 6ª ed., 2000, p. 132; **Damásio E. de Jesus**, in “Crimes de Porte de Arma de Fogo e Assemelhados”, Ed. Saraiva, 2ª ed., 2000, p. 40; **Alberto Silva Franco e Rui Stoco**, in “Leis Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial”, Ed. RT, vol. 2, 7ª ed., 2001, p. 2.128).

No caso em testilha, o agente utilizou uma arma de brinquedo para o fim de subtrair, para si, 4 (quatro) unidades de perfil de alumínio (cf. denúncia de fls. 11/12). O delito de roubo, na espécie, só restou configurado em razão do uso da referida “arma”. Ora, sem maior esforço, pode-se concluir que no caso **sub examen**, a utilização da arma de brinquedo foi *meio necessário* à prática, ou melhor, à configuração típica do delito de roubo. Vale dizer, o uso da “arma” está na linha de desdobramento que ensejou o crime de roubo, devendo, portanto, ser por este absorvido, por força do princípio da consunção. **Lex consumens derogat legi consumptae**.

Impende ressaltar, ademais, que o postulado da consunção é um meio de se evitar o **bis in idem** (nesse sentido: **Assis de Toledo** — in “Principios Básicos de Direito Penal”, 5ª ed., Saraiva, 2002, p. 52 e **Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez** — in “Direito Penal, parte geral”, Saraiva, 2004, p. 236). Des-

sarte, se se considerássemos, **na vexata quaestio**, a autonomia do delito previsto no art. 10, § 1º, II, Lei n. 9.437/1997, em relação ao delito de roubo, estaríamos, às escâncaras, *incriminando duplamente* o agente pela prática de *um mesmo fato*, o que é inadmissível no Estado de Direito em que vivemos.

Convergem, no sentido do que foi explanado e defendido, **i.e.**, de que o agente, **in casu**, deve responder apenas pelo delito de roubo, os escólios dos seguintes autores:

Luiz Flávio Gomes (in “Direito Penal — parte geral — introdução”, 2ª ed., RT, 2004, p. 206) assevera o seguinte, **verbis**:

“Quem utiliza arma de brinquedo para o cometimento de um roubo, só responde pelo delito de roubo, porque a arma, nesse caso, foi usada como meio para intimidação da vítima (TACRIM/SP, AC n. 1.192.153-5, Devienne Ferraz, Rolo-flash 1.337/343, j. 25.07.2000). Recorde-se que a arma de brinquedo não permite (mais) agravar a pena do roubo (foi cancelada a Súmula n. 174 do STJ), mas serve para caracterizá-lo. De outro lado, incabível é a incidência da norma penal descrita no art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997: seja porque se trata de norma autofágica, seja por força do princípio da consunção (o crime-fim absorve o meio).”

Guilherme de Souza Nucci (in “Código Penal Comentado”, 4ª ed., RT, 2003, p. 536) na mesma linha, preleciona, **verbis**:

“É indiscutível que a arma de brinquedo pode gerar grave ameaça e, justamente por isso, ela serve para configurar o tipo penal do roubo, na figura simples (jamais a causa de aumento). E mais: depende da arma de brinquedo. Se ela constituir-se num aparente brinquedo (feita em plástico vermelho, por exemplo), nem para constituir o tipo penal servirá, uma vez que não é apta a gerar no ofendido qualquer poder intimidativo. Aliás, na ânsia de punir a pessoa que se vale de arma de brinquedo para cometer crimes, o legislador criou um tipo específico na Lei n. 9.437/1997 praticamente inexecutável. Diz o art. 10, § 1º, II, ser infração penal a conduta de ‘utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes’. Em verdade, essa norma não tem aplicação prática, pois o agente que se encontra simplesmente portando uma arma de brinquedo não a está utilizando para o fim de cometer crimes; por outro lado, se estiver com a arma de brinquedo, valendo-se dela para a prática de algum delito, deve-se punir o indivíduo pelo que está fazendo, e não pela figura anômala prevista no art. 10, § 1º, II. Assim, aquele que assalta usando uma arma de brinquedo deve responder unicamente por roubo, que configura o tipo penal do art. 157. A norma penal sobre arma de brinquedo da Lei n. 9.437/1997 é inútil.”

Alberto Silva Franco (in “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, parte especial, v. 2, RT, 2001, p. 2.608) leciona:

“Excluída, portanto, a arma de brinquedo do conceito de ‘arma’, autorizadora do roubo agravado, é mister que se analise a possibilidade, em face da Lei n. 9.437/1995, de um concurso entre as normas do art. 10, § 1º, n. II, desse diploma legal e do art. 157, **caput**, do CP. Sob este enfoque, não há como admitir a incidência das duas normas penais. Com efeito, se o agente, para subtrair coisa alheia móvel, emprega violência ou grave ameaça e se esse modo de execução encontra expressão na utilização de uma arma de brinquedo, não apta para a violência, mas perfeitamente idônea para produzir a atemorização da vítima, força é convir que os dados compositivos básicos (utilização de arma de brinquedo, dotada de poder de atemorização) do art. 10, § 1º, n. II, da Lei n. 9.437 se incorporam à perfeição no tipo do art. 157, **caput**. Não se alegue que, além daqueles dados, o agente no caso da figura típica mencionada na Lei n. 9.437/1997 deve ter por fim cometer crimes. E, portanto, tal finalidade não acha explicitada na figura do roubo. O argumento é imprestável. A idéia da finalidade registra que o procedimento do agente deve ser comandado em todos os seus atos, pelo propósito de cometer crimes. Mas se o crime foi realizado por inteiro, a consideração finalista desaparece, subsumida pelo resultado, ou seja, pela consumação do roubo. Não há, portanto, cogitar de punir-se alguém pela finalidade de realizar um crime se, em concreto, vem a executá-lo. Em verdade, a figura típica do art. 10, § 1º, n. II, da Lei n. 9.437/1997 está incluída na figura do roubo. É caso típico de aplicação do princípio da subsidiariedade tácita que ocorre ‘quando a norma subsidiária não condiciona taxativamente, a própria aplicação à insubsistência do delito principal ou primário. Dessume-se da circunstância de achar-se o fato implicado neste, como elemento constitutivo, agravante ou meio prático da respectiva execução (**Oscar Stevenson**. ‘Concurso aparente de normas penais’, in ‘Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria’, Rio de Janeiro, 1962, p. 39). Destarte, o tipo referente à arma de brinquedo, descrito na Lei n. 9.437/1997 fica absorvido pelo **caput** do art. 157 do CP.”

Damáσιο E. de Jesus (in “Código Penal Anotado”, 11ª ed., Saraiva, 2001, p. 568), assevera:

“O art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997 descreve como crime o fato de o sujeito ‘utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer delitos’. Em face da lei nova, entendemos o seguinte:

1ª) se o sujeito emprega arma de brinquedo na execução do roubo, (“arma finta”), responde pelo tipo simples. O emprego de arma de brinquedo ou simulacro de arma integra o roubo simples (art. 157, **caput** ou § 1ª), funcionando como meio de execução da ameaça. Assim, o sujeito não responde por dois delitos (roubo e porte ilegal de arma).

2ª) concurso aparente de normas entre os arts. 10, § 1ª, II, da Lei n. 9.437/1997, e 157, § 2ª, I, do CP (causa de aumento de pena) — haverá três correntes: 1ª) o sujeito só responde por roubo simples. Arma de brinquedo não é arma (art. 157, § 2ª, I, do CP). É a nossa posição.”

Resumindo: a utilização da arma de brinquedo, no caso em tela, foi *meio necessário* à prática, ou melhor, à configuração típica do delito de roubo, razão pela qual deve ser por este *absorvido*. Ademais, caso mantida a condenação do paciente nas sanções do art. 10, § 1ª, II, da Lei n. 9.437/1997, este, necessariamente, estaria sendo *incriminado duplamente* pela prática de uma *mesma conduta*. Na espécie, o uso da arma de brinquedo já embasou a configuração do delito de roubo. Logo, não há como dar o réu como incurso, *pelo mesmo fato*, no tipo legal do art. 10, § 1ª, II, da Lei n. 9.437/1997, sob pena de **bis in idem**.

E tem mais! A Lei n. 10.826/2003, que revogou expressamente a Lei n. 9.437/1997, não prevê a incriminação da conduta de utilização da arma de brinquedo para o fim de cometimento de crimes, o que demonstra o reconhecimento expresso por parte do legislador da insubsistência jurídico-penal do delito insculpido no art. 10, § 1ª, II, da Lei n. 9.437/1997. Trata-se, na verdade, de um exemplo acabado de **abolitio criminis** (art. 2ª, **caput**, CP, **verbis**: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”). Dessa maneira, ainda que se afastasse a tese aqui defendida — **i.e.**, de que na espécie restou configurado apenas o delito de roubo simples (seja por força do princípio da consunção, seja em razão do princípio da subsidiariedade tácita) — o ora paciente não poderia responder pelo crime do art. 10, § 1ª, II, da Lei n. 9.437/1997, pois trata-se, a hipótese, de **abolitio criminis**, vale dizer, a Lei n. 10.826/2003 simplesmente descriminalizou a conduta até então punida (utilização da arma de brinquedo para o fim de cometimento de crimes).

Por fim, quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena imposta, tenho que razão, também, assiste ao impetrante.

Com efeito, o deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2ª, **c**, e § 3ª, c.c. o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a completa inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Examinando os autos, verifica-se que os referidos requisitos foram atendidos. A pena-base foi fixada no mínimo legal (fl. 98). Ausente toda e qualquer circunstância judicial desfavorável ao sentenciado e a quantidade da pena aplicada é inferior a 4 (quatro) anos.

Diante desse contexto, não há razão para não conceder o regime aberto para o cumprimento da reprimenda. A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, c, e § 3º, e 59 do CP.

Vejam-se, oportunamente, alguns julgados proferidos pelo colendo *Supremo Tribunal Federal* que ratificam esse entendimento:

“Individualização da pena: regime de cumprimento de pena: critério legal. A gravidade do crime, para todos os efeitos legais, se traduz na escala penal cominada ao tipo. Se, nos limites dela, a pena imposta comporta determinado regime de execução, não cabe, para impor outro, mais severo, considerar novamente, e como única razão determinante, a gravidade em abstrato da infração cometida: o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente outros, segundo a sua validação subjetiva de modo a negar ao condenado o que lhe assegura a lei. Precedentes do Tribunal, de ambas as Turmas, e agora do Plenário (HC n. 77.682, 22.10.1998)”

(RHC n. 80.970/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 10.08.2001).

“— Havendo timbrado, a sentença confirmada, no afastar, afora a gravidade do tipo delituoso (roubo tentado), qualquer circunstância capaz de agravar o regime de execução da pena de três anos, seis meses e vinte dias de reclusão, impõe-se a admissão, no caso, do regime aberto”

(HC n. 74.891/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Octavio Gallotti, DJ de 05.09.1997).

“**Habeas Corpus.** 2. Regime inicial de cumprimento da pena, em se tratando de crime de roubo qualificado (Código Penal, art. 157, § 2º, incisos I e II). 3. Hipótese em que o réu, ora paciente, foi condenado à pena de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, por infringir o art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. A sentença considerou o réu como primário e de bons antecedentes. 4. De acordo com o § 2º do art. 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo diploma legal, ou seja, com verifi-

cação das circunstâncias judiciais. 5. Embora o roubo qualificado, por sua natureza, constitua efetivamente delito grave, essa circunstância, por si só, não é suficiente para, em todos os casos, estabelecer-se o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, se esta é fixada em menos de oito anos de reclusão e as circunstâncias judiciais (Código Penal, art. 59) não são desfavoráveis ao réu. 6. **Habeas corpus** deferido para que, na espécie em exame, o regime inicial de cumprimento da pena seja o semi-aberto”

(HC n. 77.682/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 05.02.1999).

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado. Regime prisional agravado pelo tribunal **a quo**, de semi-aberto para fechado, ao acolher apelo da acusação, com base na gravidade **in abstracto** do crime e com referência genérica a alguns dos critérios relacionados no art. 59, **caput**, do Código Penal: Fundamentação.

1. A gravidade **in abstracto** do crime está sempre ínsita na definição do tipo penal, não podendo, portanto, servir de base para o agravamento da pena ou do regime prisional, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da reprimenda.

2. A simples referência ao **caput** do art. 59 do Código Penal ou genericamente aos critérios nele previstos não satisfaz a exigência de fundamentação da decisão nem a da individualização da reprimenda.

3. Excluídas estas duas notas, subsiste nesta parte da fundamentação do acórdão as referências à idade, primariedade, audácia e agressividade incomuns e à agravante do art. 61, II, **h**, do Código Penal. Ora, se o primeiro fundamento está incorretamente adotado e se o segundo está apenas parcialmente fundamentado no terceiro, é evidente que após estas exclusões a força do remanescente padece de questionável suficiência para suportar sozinha o agravamento do regime prisional.

4. **Habeas corpus** conhecido e deferido para restabelecer o regime prisional semi-aberto estabelecido na sentença”

(HC n. 77.206-2/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 11.09.1998).

Tal entendimento, aliás, configura o teor do Enunciado n. 718 do *Pretório excelso*, **verbis**:

“A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada” (DJ de 09.10.2003).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes prolatados no âmbito do *Superior Tribunal de Justiça*:

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Substitutivo de recurso ordinário. Tentativa de roubo. Regime inicial.

I - Restou devidamente fundamentada a majoração da pena-base do delito acima do patamar mínimo estatuído no art. 157, § 2º, do CP. Inviável, portanto, a pretendida redução de pena.

II - Na determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve-se ter em consideração, além da quantidade da pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), também as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c.c. o art. 59 do CP), sendo vedado, em regra, considerar apenas a gravidade do crime em si.

III - Incompatibilidade de fixação do regime inicial fechado se a quantidade da pena imposta permite seja estabelecido o aberto e as circunstâncias judiciais, na determinação da pena-base, foram consideradas na r. sentença condenatória como totalmente favoráveis ao réu.

Writ concedido”

(HC n. 24.141/RJ, Quinta Turma, DJ de 09.12.2002).

“**Habeas corpus** — Roubo — Regime inicial de cumprimento de pena — Gravidade do delito.

— A gravidade do delito de roubo encontra-se intrínseca no próprio tipo penal. Tal circunstância, por si, não deve ser considerada para o agravamento do regime prisional, mormente quando a pena aplicada comporta regime mais brando e as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) são favoráveis ao paciente. Tendo o réu sido condenado à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses, o regime inicial deve ser o aberto, **ex vi**, art. 33, § 2º, **c**, do CP.

— Ordem concedida para determinar que o regime inicial de cumprimento de pena seja o aberto”

(HC n. 16.985/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ de 15.04.2002).

“Processo Penal. **Habeas corpus**. Sentença condenatória. Pena-base fixada no mínimo legal. Réu primário. Bons antecedentes. Regime inicial de cumprimento da pena mais grave do que o legalmente previsto. Impossibilidade. Artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal. Concessão do **sursis**.

1. Tratando-se de réu primário e com bons antecedentes, fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais

rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, não servindo como justificativa tratar-se de crime de roubo, cuja natureza e gravidade recomendariam sua adoção.

2. Presentes os requisitos do art. 77 do Estatuto Substantivo, resta evidente o constrangimento na denegação do **sursis**, pelo Juízo de primeiro grau, com a mesma motivação considerada insuficiente para a fixação do regime fechado.

3. **Habeas corpus** concedido para assegurar ao paciente o direito de iniciar o desconto da pena corporal no regime aberto, concedido o **sursis** pelo prazo de 2 anos”

(HC n. 17.190/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 18.02.2002).

“Processual Penal. Execução penal. Recurso ordinário de **habeas corpus**. Tentativa de roubo majorado. Regime inicial. Apelo em liberdade.

I - Se o réu-paciente é primário e, à época do evento, relativamente menor, não sendo detectados na sentença aspectos, concretamente, negativos em sede das diretrizes inculpidas no art. 59 do CP, então, ele faz jus ao regime inicial compatível com o grau da pena privativa de liberdade fixada (art. 33, § 3º, c.c. o art. 59 do CP). Com a pena abaixo de quatro anos, o regime é o aberto.

II - Pelas mesmas razões, carece de sentido, à falta de observação fática relevante, a restrição inserida na condenação, acerca do direito de apelar em liberdade.

III - Concessão de ordem **ex officio** acerca do regime inicial e provimento do recurso para que o réu-paciente possa aguardar o julgamento do apelo em liberdade”

(RHC n. 9.175/SP, Quinta Turma, DJ de 16.11.1999).

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado. Regime inicial de cumprimento da pena. Imposição de regime mais gravoso tendo como fundamento, unicamente, a gravidade genérica do delito.

A gravidade genérica do delito, por si só, não justifica a imposição do regime inicial fechado, quando a dosagem da pena permite a aplicação do regime menos gravoso, tendo sido consideradas, no momento da fixação da pena-base, as circunstâncias judiciais (art. 59, CP) favoráveis ao réu, sendo a mesma estabelecida em seu grau mínimo.

Ordem concedida. Extensão dos efeitos desta decisão, de ofício, ao co-réu, visto serem idênticas as situações”

(HC n. 20.848/SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 02.09.2002).

Ex positis, concedo a ordem, a fim de excluir a condenação referente ao delito previsto no art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/1997 e, também, para fixar o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 29.414 — RJ (2003/0129507-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Carlos Felipe Benati Pinto — Defensor Público

Impetrada: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: D. L. N. (Internado)

EMENTA

Habeas corpus. ECA. Medida socioeducativa. Direito à visitação familiar. Art. 120 da Lei n. 8.069/1990. Benefício devidamente regulado e observado pela autoridade correccional. Inexistência de constrangimento ilegal.

1. Inexiste violação ao direito do paciente de visitar os seus familiares, ainda que tal benefício esteja limitado à forma progressiva e condicionado ao comportamento apresentado pelo menor infrator. Precedentes do STJ.

2. **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da

Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 06.10.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, impetrado por Carlos Felipe Benati Pinto, em favor de Daniel Linhares Nunes, menor infrator, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao denegar o *writ* impetrado junto àquela Corte, entendeu que o “controle judicial das atividades externas do adolescente em regime de semiliberdade, encontra amparo no § 2º do art. 120 da Lei n. 8.069/1990, constituindo medida de necessidade” não apenas para proteger o menor, mas também o interesse social (fl. 63).

O Impetrante postula, na presente oportunidade, seja deferida a autorização de saída, nos finais de semana, para visitar sua família. Alega, para tanto, que são ilegais as limitações agregadas à medida socioeducativa de semiliberdade impostas ao menor infrator, responsabilizado pela prática de ato infracional análogo ao descrito no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

O pedido liminar foi indeferido.

Estando os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da autoridade impetrada.

A Procuradoria Geral da República, em parecer de lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Jair Brandão de Souza Meira, opinou pela denegação da ordem, nos seguintes termos:

“Ementa: **Habeas corpus** substitutivo. ECA Medida socioeducativa de semiliberdade. Restrições, por parte do Magistrado, às atividades externas. Possibilidade. Ausência de constrangimento ilegal.

Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 77)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Alega o Impetrante, na presente impetração, violação ao direito de visita assegurado ao paciente, de maneira injustificável, por livre arbítrio da autoridade impetrada.

A pretensão, todavia, não procede.

Com efeito, inexistente violação ao direito do paciente de visitar os seus familiares, ainda que tal benefício esteja limitado e condicionado ao comportamento apresentado pelo menor infrator.

Assim destacou o Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude, ao fixar-lhe o direito de visitas:

*“As demais atividades externas, reguladas pela direção da Unidade, obedecerão aos estreitos limites estabelecidos nos artigos 122 a 124 da Lei n. 7.210/1994, aplicável **ex vi** ao art. 152 do ECA, à minguada de outros dispositivos regulares. A visita à família será progressiva e condicionada ao bom comportamento do adolescente, tolerando-se a sua concessão por dois dias de cada vez, até máximo de 14 (quatorze) dias por trimestre.”* (Fl. 39) (grifei)

Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o disposto no art. 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamenta a reintegração do menor infrator à sociedade, confere ao Juizado da Infância e Juventude a possibilidade de impor restrições às saídas do paciente para visitar sua família, condicionadas ao seu bom comportamento e à forma progressiva.

Nesse sentido, confira-se:

“Ementa: RHC. Fato análogo ao tráfico de entorpecentes. Regime de semiliberdade. Restrições. Possibilidade.

A possibilidade de realização de atividades externas pelo menor infrator, no regime de semiliberdade, é poder atribuído ao Juiz (art. 120, ECA).

Cabe ao Magistrado, atendendo à finalidade da medida socioeducativa (ressocialização, profissionalização e escolarização), controlar e fiscalizar essa reinserção.

Aplicação sistemática do art. 124 do ECA, que permite a limitação, em benefício e a favor do menor.”

Recurso desprovido.”

(RHC n. 13.278/RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 04.08.2003, p. 327)

“Ementa: Criminal. RHC. ECA. Semiliberdade. Restrição à saída para visita familiar. Possibilidade. Controle e fiscalização das atividades pelo magistrado. Objetivos do sistema. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso desprovido.

O disposto no art. 120 da Lei n. 8.069/1990 não afasta o controle e a fiscalização, pelo Magistrado de 1º grau, das atividades externas realizadas pelo menor, quando sujeito à medida de semiliberdade.

Em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa à reintegração do menor à sociedade, não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente da decisão do MM. Juiz singular que restringe as saídas do menor para visitar sua família ao seu bom comportamento e à forma progressiva.

Restrições do douto Juiz que se afiguram compatíveis com os objetivos do sistema.

Recurso desprovido.”

(RHC n. 13.590/RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 10.03.2003, p. 250)

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, *denego* a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 35.331 — SP (2004/0063604-3)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Helios Nogués Moyano

Impetrada: Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Gonzalo Gallardo Diaz

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Aplicação do art. 9º da Lei n. 10.684/2003. Impossibilidade.

Não há que se cogitar na aplicação do benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado, prevista no art. 9º da Lei n. 10.684/2003, porquanto não existe previsão legal para o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados (contribuição previdenciária), pelo contrário, há expressa vedação, contida no art. 7º da Lei n. 10.666/2003, intenção essa corroborada quando do veto ao § 2º do art. 5º da Lei n. 10.684/2003. (*Precedentes*).

Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 18.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de Gonzalo Gallardo Diaz em face de v. acórdão prolatado pela colenda Quinta Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos da Apelação Criminal n. 13.236.

Depreende-se dos autos que o ora paciente, denunciado como incurso nas sanções do art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 c.c. art. 29 na forma do art. 71, ambos do Código Penal, restou absolvido com base no art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Irresignado, apelou o *Parquet*, e a colenda Quinta Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria de votos, deu provimento ao recurso ministerial para condenar Gonzalo Gallardo Diaz à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade e pagamento à entidade pública de prestação mensal no equivalente a um salário mínimo, pelo mesmo prazo da condenação. Diz a ementa do increpado acórdão:

*“Penal. Extinção da punibilidade. Crimes contra ordem tributária. Lei n. 9.964/2000, art. 34. Pagamento parcelamento. Suspensão da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade. Lei n. 10.684/2003. Apropriação de contribuições previdenciárias. Dificuldades financeiras do agente. **Abolitio criminis**. Lei n. 8.212/1991, art. 95, **d**. Lei n. 9.983/2000. CP art. 168-A.*

1. A extinção da punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137/1990 e na Lei n. 4.729/1965, com fundamento no art. 34 da Lei n. 9.964/2000, depende do pagamento integral do tributo ou contribuição, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. O pagamento realizado posteriormente

à instauração da ação penal ou o parcelamento do crédito tributário não ensejam a extinção da punibilidade. No primeiro caso, porque a norma penal exige que o pagamento anteceda a instauração da ação penal; no segundo, porque o pagamento suspende o crédito, sem extingui-lo.

2. O art. 9º da Lei n. 10.684/2003, que dispõe sobre a suspensão da pretensão punitiva e a extinção da punibilidade referente aos delitos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 e arts. 168-A e 337-A do Código Penal, não se aplica ao delito de apropriação de contribuições previdenciárias. O parcelamento permitido por aquela lei é restrito aos débitos junto ao INSS oriundos de contribuições patronais (Lei n. 10.684/2003, art. 5º, **caput**), de modo que de sua abrangência estão excluídos os delitos que envolvam o não-recolhimento de contribuições arrecadadas pelo agente.

3. O procedimento administrativo-fiscal, a NFLD, o termo de encerramento de ação fiscal e o relatório fiscal são elementos idôneos à comprovação do delito de não-recolhimento de contribuições previdenciárias.

4. A admissão do fato pelo agente e o depoimento de testemunhas nesse sentido são elementos de convicção satisfatórios para a demonstração da autoria do delito.

5. A mera existência de dificuldades financeiras, as quais, por vezes, perpassam todo o corpo social, não configura **ipso facto** causa supralegal de exclusão de ilicitude por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de não-recolhimento de contribuições previdenciárias. O acusado tem o ônus de provar que, concretamente, não havia alternativa ao não-recolhimento das contribuições.

6. A revogação da letra **d** do art. 95 da Lei n. 8.212/1991 pela Lei n. 9.983/2000 não importa **abolitio criminis** nem enseja a extinção da punibilidade do agente, dado que a lei nova acrescentou o art. 168-A ao Código Penal, de modo que a conduta permaneceu tipificada em lei, sem solução de continuidade.

7. Preliminar de extinção da punibilidade rejeitada. Apelação provida” (fls. 63/64).

Daí o presente *writ* em que o impetrante argumenta que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal. Sustenta, em suma, que “apesar da aparente controvérsia acerca da extensão e aplicabilidade da referida lei ao delito previsto no artigo 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991, tendo em vista o veto ao § 2º, do artigo 5º, é indiscutível que, justamente por ser a nova legislação mais abrangente, não se restringe ao parcelamento previsto no seu **caput**.

Logo, o veto relacionado à impossibilidade de parcelamento das contribuições recolhidas dos empregados e não repassadas aos cofres do INSS se refere apenas à forma especial oriunda da nova lei, *não alcançando as outras modalidades de parcelamento*.

Além disso, no tocante ao pagamento integral e seus efeitos sobre a punibilidade, indubitável não ter o artigo 9º da nova legislação feito qualquer restrição quanto às contribuições descontadas da folha de pagamento dos trabalhadores.

Desta forma, ao determinar que o pagamento integral extingue a punibilidade, sem mencionar a necessidade desse pagamento ser efetuado após a celebração do parcelamento por ela criado, deixou aberta a possibilidade de *qualquer modalidade de pagamento integral* ter o condão de operar a causa extintiva da punibilidade.

Em suma, o pagamento que leva à extinção da punibilidade não é, necessariamente, aquele previsto na nova legislação, uma vez que o legislador não tratou de forma clara se o parcelamento por ele referido era aquele por ele também criado” (fls. 07/08).

Requer, assim, “a concessão do *writ* a fim de determinar o trancamento do processo movido contra o Paciente, em razão da extinção da punibilidade pelo pagamento integral dos débitos previdenciários descritos na denúncia” (fl. 11).

Liminar denegada.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela denegação da ordem em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus**. Débito previdenciário. Art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1995. Lei n. 10.684/2003, art. 9º. Extinção da punibilidade. Trancamento da ação penal. Quitação. Posterior. Recebimento. Denúncia.

— Não há que se falar em extinção da punibilidade quando o pagamento do débito previdenciário somente foi efetuado após o recebimento da denúncia, afastando-se, pois, a possibilidade de trancamento da ação penal.

— “Não há que se cogitar, outrossim, na aplicação do benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado, prevista no art. 9º da Lei n. 10.684/2003, porquanto não existe previsão legal para o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados (contribuição previdenciária), pelo contrário, há expressa vedação, contida no art. 7º da Lei n. 10.666/2003, intenção essa corroborada quando do veto ao § 2º do art. 5º da Lei n. 10.684/2003” (RHC n. 13.806/CE, Ministra Laurita Vaz).

— Pela denegação da ordem” (fl. 98).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cinge-se a controvérsia em saber se o art. 9º da Lei n. 10.684/2003 é aplicável ao delito de apropriação indébita de contribuições previdenciárias.

No **punctum saliens** tem-se no voto condutor do increpado acórdão:

“Inaplicabilidade do art. 9º da Lei n. 10.684/2003 ao delito de apropriação de contribuições previdenciárias. O art. 9º da Lei n. 10.684, de 30.05.1993, dispõe a propósito da suspensão da pretensão punitiva do Estado quanto aos crimes dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 e dos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento, enquanto o qual não corre a prescrição criminal, extinguindo-se a punibilidade caso haja pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições.

À primeira vista, a norma parece aplicável indistintamente ao delito de apropriação de contribuições previdenciárias. Contudo, ela deve ser interpretada no seu contexto e não isoladamente, dado que houve clara intenção de excluir de sua abrangência as contribuições não repassadas à Previdência Social.

A Lei n. 10.684/2003, em seu art. 1º, permitiu, de um lado, o parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, com vencimento até 28.02.2003 (inclusive os relativos ao Refis ou ao parcelamento a ele alternativo, conforme o art. 2º); de outro, autorizou o parcelamento dos débitos junto ao INSS, também com vencimento até 28.02.2003. Ocorre quanto aos últimos, somente foi admitido o parcelamento das contribuições patronais, mas não aquelas dos segurados:

“Art. 5º Os débitos junto ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, oriundos de contribuições patronais, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, serão objeto de acordo para pagamento parcelado em até cento e oitenta prestações mensais, observadas as condições fixadas neste artigo, desde que requerido até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da publicação desta lei.”

O parcelamento das contribuições descontadas dos segurados e os decorrentes da sub-rogação de que trata o inciso IV do art. 30 e de importâncias réticas na forma do art. 31, ambos da Lei n. 8.212/1991 seria permitido pelo § 2º do art. 5º da Lei n. 10.684, de 30.05.2003, o qual porém foi vetado, conforme mensagem n. 230, de 30.05.2003, do seguinte teor:

“Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição Federal, decidi vetar parcialmente, por razões de inconstitucionalidade e de interesse público, o Projeto de Lei de Conversão n. 11, de 2003 (MP n. 107/2003), que ‘altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débito junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências’.

(...)

Por fim, acrescente-se que as duas Casas do Congresso Nacional acabaram de aprovar projeto de lei de conversão da MP n. 83/2002, que resultou na Lei n. 10.666, de 10 de maio de 2003, determinando no seu art. 7º que:

‘Não poderão ser objeto de parcelamento as contribuições descontadas dos empregados inclusive dos domésticos, dos trabalhadores avulsos, dos contribuintes individuais, as decorrentes de sub-rogação e as demais importâncias descontadas na forma da legislação previdenciária.’

Portanto, não faz sentido logo em seguida autorizar o parcelamento dessas contribuições” (fls. 67/69).

Com efeito, a Lei n. 10.684/2003 dispõe sobre uma nova forma de parcelamento dos débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social, *dispondo em seu artigo 9º acerca da suspensão da pretensão punitiva do Estado em relação aos delitos previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.*

Não obstante o **caput** do art. 9º da Lei n. 10.684/2003 prever expressamente a suspensão da pretensão punitiva do Estado em relação ao delito previsto no art. 168-A do Código Penal entendendo incabível tal aplicação. Ocorre que, essa nova modalidade de parcelamento, denominado Paes, não previu o parcelamento dos débitos previdenciários no mesmo em razão do veto presidencial ao § 2º do art. 5º da referida lei, que dispunha justamente, acerca do parcelamento das contribuições descontadas dos empregados

Eis o teor do veto presidencial:

“Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição Federal, decidi vetar parcialmente, por razões de inconstitucionalidade e de interesse público, o Projeto de Lei de Conversão n. 11, de 2003

(MP n. 107/2003), que “altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências”.

Ouvido, o Ministério da Previdência Social manifestou-se quanto ao dispositivo do § 2º do art. 5º:

“Art. 5º (...)

(...)

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se aos débitos oriundos de contribuições descontadas dos segurados e os decorrentes da sub-rogação de que trata o inciso IV do art. 30 e de importâncias retidas na forma do art. 31, ambos da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

(...)”

Razões do veto

“Preliminarmente, no que diz respeito às contribuições previdenciárias, este Ministério entende que não há necessidade de concessão de parcelamento especial de débitos, porque a legislação já dispõe de normas regulares de parcelamentos (art. 38 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991).

Porém, consideramos razoável a autorização para o parcelamento das contribuições previdenciárias patronais inserta no **caput** do art. 5º do Projeto de Lei de Conversão n. 11. Todavia, caso diverso é o do § 2º desse mesmo artigo, que permite incluir no parcelamento os débitos provenientes de contribuições descontadas dos empregados e as decorrentes de sub-rogação. Se a empresa reteve as contribuições dos trabalhadores, não faz sentido deixar de repassá-las ao INSS.

Este mesmo raciocínio se aplica às importâncias retidas das empresas prestadoras de serviço. No caso, a lei impôs a obrigação de as empresas reterem onze por cento da fatura de serviço das empresas prestadoras de serviço e imediatamente repassarem esse valor ao INSS em nome da própria prestadora de serviço, exatamente para garantir que essa receita fosse arrecadada.

Por fim, acrescente-se que as duas Casas do Congresso Nacional acabaram de aprovar Projeto de Lei de Conversão da MP n. 83/2002, que resultou na Lei n. 10.666, de 10 de maio de 2003, determinando no seu art. 7º que:

“Não poderão ser objeto de parcelamento as contribuições descontadas dos empregados, inclusive dos domésticos, dos trabalhadores avulsos, dos contribuintes individuais, as decorrentes de sub-rogação e as demais importâncias descontadas na forma da legislação previdenciária.”

Portanto, não faz sentido logo em seguida autorizar o parcelamento dessas contribuições.

Assim como assim, propomos veto ao § 2º do art. 5º do projeto em referência.”

Dessarte, está evidente que a redação do art. 9º da Lei n. 10.684/2003 está em desacordo com as razões do veto ao § 2º do art. 5º do mesmo diploma. Não obstante, a partir da análise conjunta dos dispositivos previstos na Lei n. 10.684/2003, incluindo as razões ao veto do § 2º do art. 5º, bem como o disposto no art. 7º da Lei n. 10.666/2003 que veda expressamente o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados, conclui-se que, **in casu**, não há que se cogitar na aplicação do benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado, prevista no art. 9º da Lei n. 10.684/2003, porquanto não existe previsão legal para o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados (contribuição previdenciária), pelo contrário, há expressa vedação, contida no art. 7º da Lei n. 10.666/2003, intenção essa corroborada quando do veto ao § 2º do art. 5º da Lei n. 10.684/2003.

No plano doutrinário, aliás, no mesmo sentido **Heloisa Estellita in** “Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei n. 10.684/2003”, publicado no Boletim n. 130 — setembro/2003 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, do qual colho o seguinte excerto:

“Uma observação importante relativa a um dos crimes de maior incidência prática que é o previsto no art. 168-A, § 1º, inciso I, do CP: a Lei n. 10.684 não autorizou o parcelamento dos débitos junto ao INSS oriundos de contribuições sociais devidas pelo empregado, descontadas e recolhidas pelo empregador. Ou seja, nestes casos, a aplicação da nova disciplina jurídica do parcelamento está afastada, mas, note-se que não por óbice oriundo da disciplina penal, mas, sim, da própria disciplina tributária que vedou o parcelamento desses débitos.”

Nesse sentido o seguinte precedente desta Corte:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Intempestividade. Recebimento como *writ* substitutivo. Possibilidade. Crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. Lei n. 8.212/1991, art. 95, alínea **d**. Lei n. 9.983/2000. **Abolitio criminis**. Não-ocorrência. Adesão ao Refis posterior ao recebimento da denúncia. Suspensão da pretensão punitiva. Impossibilidade. Ausência de dolo específico. Dilação probatória.

1. Ainda que intempestivo o recurso ordinário, na esteira da remansosa jurisprudência do STJ, admissível o seu recebimento como *writ* substitutivo.

2. A teor da jurisprudência assente deste Superior Tribunal de Justiça, o art. 3º da Lei n. 9.983/2000 não descriminalizou o delito tipificado no art. 95, alínea d, da Lei n. 8.212/1991, pelo que não se falar em **abolitio criminis**.

3. Para a pretendida suspensão da pretensão punitiva do Estado, o art. 15 da Lei n. 9.964/2000 exige que a adesão ao Refis tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia.

4. **In casu**, a adesão foi posterior ao recebimento da denúncia, razão pela qual não incide sobre a espécie a benesse legal instituída, sem qualquer mácula ao princípio da igualdade.

5. Não há que se cogitar, outrossim, na aplicação do benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado, prevista no art. 9º da Lei n. 10.684/2003, porquanto não existe previsão legal para o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados (contribuição previdenciária), pelo contrário, há expressa vedação, contida no art. 7º da Lei n. 10.666/2003, intenção essa corroborada quando do veto ao § 2º do art. 5º da Lei n. 10.684/2003.

6. O tipo subjetivo do ilícito penal apto a caracterizar a excludente de culpabilidade e ensejar a absolvição do denunciado, somente poderá ser aferido pela instrução criminal, com o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, admitida a produção de provas, o que é inviável na célere via do **habeas corpus**.

7. Não se aplica, na espécie, o benefício da extinção da pretensão punitiva estatal, previsto no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003, pois a única condição exigida pela novel legislação, qual seja, o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, não foi demonstrada pelo Paciente nos presentes autos.

8. Recurso ordinário conhecido como *writ* substitutivo. Ordem denegada”

(RHC n. 13.806/CE, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 26.04.2004).

Convém salientar, ademais, que restou noticiado no *Informativo STF n. 355* que o colendo Supremo Tribunal Federal, examinando questão similar no **HC n. 81.134/RS**, Relator Ministro *Sepúlveda Pertence*, ainda pendente de julgamento, considerou pelo menos até o momento, que a Lei n. 10.684/2003 não tem aplicação ao crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Confira-se aliás, oportunamente o teor da referida notícia:

“A Turma retomou julgamento de questão de ordem em **habeas corpus** impetrado em favor de diretor-superintendente de um grupo de empresas, no

qual se pretende a reunião de dezesseis ações penais contra ele instauradas — v. Informativos ns. 334, 344 e 349. Indeferiu-se petição em que se pretendia a suspensão da pretensão punitiva do Estado, pela adesão das empresas ao Refis, em virtude da alteração superveniente da legislação, consistente no advento da Lei n. 10.684/2003 (Lei n. 10.684/2003, art. 9º: “*É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 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.*”). Entendeu-se que a Lei n. 10.684/2003 não tem aplicação ao crime de apropriação indébita de contribuições descontadas dos segurados e não repassadas ao INSS, porquanto o dispositivo que previa o parcelamento desses débitos fora objeto de veto presidencial (§ 2º do art. 5º). Desse modo, a referência que o art. 9º da citada lei fez ao delito do art. 168-A teria se tornado inócua. Considerou-se, também, a existência da Lei n. 10.666/2003, que proíbe, em seu art. 7º, esse parcelamento, bem como a impossibilidade da suspensão da pretensão punitiva prevista no art. 9º da lei invocada, quando já existente condenação definitiva. Ressaltou-se ainda que, embora o impetrante tenha noticiado a existência de processos por crimes relacionados a outros tributos, aos quais não haveria óbice legal ao parcelamento, não existiria nos autos elementos que permitissem a aferição do estado de cada processo, e que a pendência de ação direta de inconstitucionalidade da norma invocada (ADIn n. 3.002/DF) não recomendaria a sua aplicação. Ademais, a aplicabilidade da referida lei superveniente a alguns processos deveria ser requerida perante o juízo em que se encontra cada um deles. Após, determinou-se o retorno dos autos com vista ao Ministro Cezar Peluso. HC n. 81.134-QO/RS, Relator Ministro *Sepúlveda Pertence*, 03.08.2004. (HC n. 81.134).”

Na mesma linha de inteligência o parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, a saber:

“Noutro eito, quanto à aplicabilidade do art. 9º da Lei n. 10.684/2003 ao caso em testilha, aduzindo o Impetrante que o referido dispositivo permite o pagamento extintivo da punibilidade a qualquer tempo, privilegiando toda e qualquer forma de parcelamento/pagamento, seja o especial por ele trazido, seja outra modalidade, razão não lhe assiste.

De fato, não há que se cogitar na aplicação do benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado, prevista no art. 9º da Lei n. 10.684/2003, porquanto não existe previsão legal para o parcelamento das contribuições des-

contadas dos empregados (contribuição previdenciária), havendo, diversamente, expressa vedação legal, contida no art. 7º da Lei n. 10.666/2003" (fls. 101/102).

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 369.718 — SP (2001/0127186-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Denisvan Lázaro Ribeiro Parpinelli

Advogada: Cláudia Barbieri Bombarda — Defensora Pública

Sustentação oral: Waldir Francisco Honorato Júnior, Procurador do Estado de São Paulo, pelo recorrido

EMENTA

Penal. Art. 71 do CP. Continuidade delitiva não reconhecida. Unificação de penas. Impossibilidade.

1. Na ficção jurídica do crime continuado, o agente, movido pelo anseio de reiterar a primeira conduta criminosa, faz uso do mesmo **modus operandi** ou aguarda a oportunidade em que estejam presentes as mesmas condições favoráveis à prática do delito.

2. Verifica-se, no presente caso, a mera repetição habitual, que diz respeito a ações criminosas autônomas e isoladas, praticadas em circunstâncias diversas e com meios distintos de execução.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 17.11.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local que deu provimento ao recurso de agravo interposto pelo Réu.

Os autos referem-se a pedido de unificação de penas formulado por Denisvan Lázaro Ribeiro Parpinelli referente aos Processos ns. 2.564/1996, 2.459/1996, 2.576/1996 e 1.378/1996, em todos condenado pela prática do crime de roubo (art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP).

O juízo das execuções indeferiu o pedido nos seguintes termos, **litteris**:

“Muito embora se reconheça preenchido o requisito temporal e de lugar, a unificação tencionada não prospera.

Com efeito, não se estabeleceu de início a identidade de execução dos ilícitos porque não se positivou que todos tivessem sido cometidos pelos mesmos autores.

Ao contrário, é incontroverso que em dois dos casos o sentenciado contou com o auxílio de apenas uma pessoa e nos demais, com o de duas.

Nota-se que inexistiu identidade no **modus operandi** das infrações, versando elas sobre situações diferentes, reveladoras de desígnios autônomos.

Não se resolve a questão versada **venia maxima concessa** com a definição da irrelevância da identidade dos agentes nas diversas empreitadas por ser o assunto meramente acessório.

Ao contrário, o reconhecimento do nexo de continuidade, para fins de admissão de que a conduta posterior constitui mero desdobramento da anterior, passa por exame rigoroso de todas as circunstâncias em que tiveram lugar, como aliás tem proclamado a jurisprudência:

“Admitida a possibilidade da unificação de penas em crimes de roubo, deverá haver observância de critério rigoroso na apreciação dos requisitos da continuidade, pena de constituir-se a orientação em incentivo à delinquência” (*Jutacrim* n. 55/150).

O entendimento aplica-se com justeza à hipótese vertente, até porque a variação de comparsas obsta a proclamação do crime continuado (nesse sentido: Jutacrim n. 97/1978; RJ/4/43; BMJ 70/1).

Como se não bastasse, a quantidade de delitos denota a reiteração criminosa.

Por outras palavras, a circunstância do sentenciado com frequência dedicar-se à subtração de bens alheios mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo permite concluir que fazia disso seu meio de vida.

O panorama traçado é incompatível com a unificação de penas, consoante uníssona jurisprudência:

“Tratando-se de delinqüência habitual e não de crime continuado, é descabida a unificação de penas, segundo reiterados precedentes do Supremo Tribunal Federal” (RT 728/487).

“Crimes de roubo qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma, perpetrados sucessivas vezes por quem faz hábito da ação delitiva como meio de vida, não configuram crimes continuados para efeito de unificação de penas” (RT 727/430).

Esse entendimento tem inteira pertinência à hipótese dos autos, levando à conclusão de que a pretensão deduzida não prospera.

Isto posto, *indefiro* o pedido de unificação de penas apresentado pelo sentenciado.” (Fls. 07/09)

O Tribunal **a quo**, entendendo suficiente a comprovação dos requisitos objetivos, porquanto, segundo aduz, o texto legal não cogita da unidade de desígnio, reconheceu a continuidade delitiva e, conseqüentemente, unificou as penas, totalizando 07 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 17 dias-multa, mantendo o regime fechado.

O Ministério Público, argüindo violação ao art. 71, parágrafo único, do Código de Processo Penal, bem como divergência jurisprudencial, requer, em suma, o restabelecimento da decisão de primeiro grau.

Sem contra-razões.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer às fls. 143/148, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Assiste razão ao Recorrente.

Consoante dispõe o art. 71 do Código Penal, verifica-se a continuidade delitiva, quando, na prática sucessiva de crimes da mesma espécie, há homogeneidade de circunstâncias de tempo, espaço, maneira de execução e outras não elencadas nesse dispositivo, devendo os crimes subseqüentes constituírem um desdobramento do primeiro.

Assim, na ficção jurídica do crime continuado, o agente, movido pelo anseio de reiterar aquela primeira conduta criminoso, faz uso do mesmo **modus operandi** ou aguarda a oportunidade em que estejam presentes as mesmas condições favoráveis à prática do delito.

In casu, resta claro que os crimes de roubo praticados pelo Réu não guardam homogeneidade de circunstâncias entre si, divergindo as vítimas e os comparsas, conforme se extrai dos seguintes excertos do **decisum** de primeiro grau:

“(…) não se estabeleceu de início a identidade de execução dos ilícitos porque não se positivou que todos tivessem sido cometidos pelos mesmos autores.

Ao contrário, é incontroverso que em dois dos casos o sentenciado contou com o auxílio de apenas uma pessoa e nos demais, com o de duas.

Nota-se que inexistiu identidade no **modus operandi** das infrações, versando elas sobre situações diferentes, reveladoras de desígnios autônomos.

Não se resolve a questão versada **venia maxima concessa** com a definição da irrelevância da identidade dos agentes nas diversas empreitadas por ser o assunto meramente acessório.” (Fl. 8)

Verifica-se, portanto, no caso em exame, a mera repetição habitual, hipótese em que as ações criminosas são autônomas e isoladas, praticadas em circunstâncias diversas e com meios distintos de execução.

Assim sendo, inexistindo nexos circunstanciais entre os crimes a caracterizar a continuidade delitiva, afasta-se a possibilidade da unificação das penas, nos termos do art. 71 do Código Penal.

A corroborar com esse entendimento, trago à colação os seguintes julgados, assim ementados:

“**Habeas corpus**. Penal. Crime continuado. Crimes de roubo. Atuações isoladas e independentes.

1. Predomina o entendimento pretoriano de não ser suficiente ao reconhecimento do crime continuado, admissível nos casos de roubo praticados



contra vítimas diversas, a simples semelhança em termos de tempo e lugar, quando verificada a diversidade da maneira de execução dos diversos delitos, agindo o paciente ora sozinho, ora em companhia de comparsas. Neste caso, sua atuação apresenta-se como isolada e independente, afastando a idéia da continuidade delitiva.

2. Ordem negada.” (HC n. 11.197/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 02.05.2000)

“Penal — Estelionato — Continuidade delitiva — Inocorrência.

— Não se reconhece a ocorrência de continuidade delitiva para fins de unificação de penas aplicadas ao paciente pela prática de diversos crimes de estelionato, quando não há conexão temporal e geográfica entre eles, vez que praticados em grande espaço de tempo e em Comarcas diversas e com diversidade de vítimas e comparsas.

— Precedentes do STJ e STF.

— Ordem denegada.” (HC n. 16.445/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 18.11.2002)

“Processo Penal. Roubo. Crime continuado. Ausência dos aspectos subjetivos e objetivos. Anulação do acórdão.

Ausentes os requisitos objetivos — modo de execução e disparidade de comparsas — bem como o requisito subjetivo de unidade de desígnio, impossível a caracterização da continuidade delitiva.

Não há, no caso em tela, o vínculo entre o primeiro ato criminoso e os subsequentes, que caracteriza a continuidade delitiva.

Recurso especial conhecido e provido para que seja restabelecida a sentença condenatória de primeira instância.” (REsp n. 1.027/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 05.02.1990)

“**Habeas corpus**. Penal. Estelionato. Comutação de penas. Continuidade delitiva. Descaracterização. Ausência de homogeneidade nos modos de execução dos delitos. Mera reiteração criminosa.

A semelhança do modo de execução de cada delito constitui elemento essencial para reconhecer-se o nexos de continuidade entre eles.

A circunstância de serem os delitos cometidos de forma diferenciada — no primeiro o paciente agiu sozinho e no segundo com o concurso de outras pessoas — afasta, de plano, a similitude do **modus operandi**, o que descaracteriza a continuidade delitiva.

Ordem denegada.” (HC n. 8.850/SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.11.1999)

“Penal. Recurso especial. Pena unificada em face do reconhecimento de continuidade delitiva. Impossibilidade. Não-preenchimento dos requisitos subjetivos e objetivo. Recurso provido.

Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e **modus operandi**) e subjetivo (unidade de desígnios).

Não se reconhece a continuidade delitiva se ausentes o requisito objetivo espacial (crime cometido em Comarcas diversas) e o liame subjetivo entre os eventos.

Recurso provido para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer da decisão de primeiro grau de jurisdição.” (REsp n. 407.164/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 16.09.2002)

“**Habeas corpus**. Pedido de unificação de penas impostas em cinco processos por crimes de roubo duplamente qualificados, fundamentado em igual benefício concedido a co-réu. Crime continuado. Reiteração delitiva. Invocação de precedente desta Corte, cujo excerto transcrito não consta expressamente da RTJ indicada.

1. Não há como acolher precedente desta Corte, invocado pelo impetrante em favor do paciente, se o excerto transcrito na inicial não consta expressamente do acórdão publicado na RTJ indicada.

2. Não se reconhece a continuidade delitiva (CP, art. 71) para fins de unificação de 05 penas aplicadas ao paciente por crimes de roubo duplamente qualificados, quando não há conexão temporal e geográfica entre eles, vez que praticados em grande espaço de tempo e em Comarcas diversas e distantes, com diversidade de vítimas e de comparsas. Precedentes.

3. Quem faz do crime sua atividade comercial, como se fosse profissão, incide nas hipóteses de habitualidade, ou de reiteração delitiva, que não se confunde com a da continuidade delitiva. O benefício do crime continuado não alcança quem faz do crime a sua profissão. Precedentes. [...]” (HC n. 74.066/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 11.10.1996)

Nesse contexto, imprescindível distinguir continuidade delitiva de habitualidade, pois a primeira hipótese trata-se de uma ficção jurídica criada por lei, por razões de política criminal, que propicia o abrandamento da penalidade, e a segun-

da hipótese, ao contrário, enseja o agravamento da punição, já que é indiciária de que o infrator transformou a atividade criminosa no seu meio de vida, o que denota maior reprovabilidade.

Ante o exposto, *conheço do recurso e dou-lhe provimento*, a fim de que seja restabelecida a decisão de primeiro grau.

É o voto.

VOTO-VISTA (No Gabinete)

O Sr. Ministro Felix Fischer: Presidente, acompanho o voto da Sra. Ministra-Relatora, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 434.931 — RR (2002/0050910-6)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Carlos Eduardo Levischi

Advogados: Maria Eliane Marques de Oliveira e outro

Recorrida: Editora Boa Vista Ltda

Advogados: Stelio Dener de Souza Cruz e outro

EMENTA

Recurso especial. Indenização por danos morais. Art. 49, § 1^o, da Lei de Imprensa. Contrariedade à legislação federal. Inocorrência.

“A exceção da verdade nos crimes contra a honra contidos na Lei de Imprensa deve ser oposta no bojo da contestação e não em autos apartados, como afirma o recorrente.”

Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Scartezzi- ni e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 25.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Trata-se, na origem, de ação de reparação por danos morais ajuizada por Carlos Eduardo Levischi em face da Editora Boa Vista Ltda que, em matéria jornalística publicada no jornal de sua propriedade, teria veiculado notícia falsa, atingindo a imagem, honra e dignidade do autor.

Apresentada a contestação, a ré argüiu, em preliminar, a exceção da verdade, a qual foi indeferida pelo magistrado singular, sob o argumento de que a mesma não restou exposta na forma e tempo previsto em lei.

Da decisão que não admitiu a **exceptio veritatis**, foi interposto agravo de instrumento perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Roraima que, por votação unânime de sua Câmara Única, deu provimento à irresignação, nos termos da ementa abaixo transcrita (fl. 58):

“Agravo de instrumento — Ação de indenização por danos morais — Lei de Imprensa — Preliminar de não-conhecimento do recurso — Rejeição — Mérito — Exceção da verdade — Apresentação no bojo da contestação — Admissibilidade — Inteligência do art. 57, § 3^a, da Lei n. 5.250/1967 — Recurso provido.”

Nesta feita, insurge-se Carlos Eduardo Levischi manejando o presente apelo nobre, com arrimo no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, asseverando que o **decisum** hostilizado malferiu o art. 49, § 1^a, da Lei n. 5.250/1967.

Alega, para tanto, vício de forma da exceção da verdade suscitada pela recorrida, altercando ser inadmissível sua oposição na contestação.

Aduz, ainda, divergência jurisprudencial adotada por outros Tribunais.

Contra-razões às fls. 77/81.

O Tribunal **a quo** admitiu o regular processamento do feito.

O Ministério Público Federal, oficiante nesta Corte, opina pelo desprovimento do recurso.

Consigno, outrossim, que o REsp n. 434.921 foi apensado a estes autos, por se tratar de processo idêntico, ou seja, partes iguais, mesmo objeto e causa de pedir.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adoto, como razões de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Irene Coifman Branchtein, **verbis** (fls. 90/94):

“1. Trata-se de recurso especial interposto por *Carlos Eduardo Levischi* (fls. 68/74) em face do v. acórdão proferido pela Câmara Única da Turma Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (fls. 58/65), que ao julgar o agravo de instrumento interposto pela ora Recorrida, deu provimento ao recurso, admitindo o recebimento e processamento da exceção de verdade oposta por Editora Boa Vista Ltda, em ação de indenização por danos morais.

2. Narram os autos que a Editora Boa Vista Ltda, ora Recorrida, ao contestar a referida ação de indenização intentada por Carlos Eduardo Levischi, procurou fazer valer seu direito de provar a verdade dos fatos aduzidos em matéria jornalística por meio de exceção da verdade oposta no bojo da contestação.

3. Da decisão que não admitiu a **exceptio veritatis**, foi interposto agravo de instrumento o qual foi provido, dando azo à presente irresignação, fundada no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal.

4. Em suas razões, o ora Recorrente colaciona aos autos distinto entendimento pretoriano, sustentando, outrossim, contrariedade ao disposto no artigo 49, § 1º, da Lei n. 5.250/1967. Alega, para tanto, vício de forma da exceção da verdade argüida pela Editora, visto ser inadmissível sua oposição no bojo da contestação.

5. Contra-razões às fls. 77/81.

6. Despacho que admitiu o recurso especial às fls. 86/88.

É o relatório.

7. Não obstante o Tribunal **a quo** tenha admitido o presente recurso especial pelas alíneas **a** e **c** do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, este merece ser conhecido apenas no tocante à alegada contrariedade à Lei n. 5.250/1967, visto não ter o Recorrente realizado o devido cotejo analítico entre o caso vertente e os paradigmas colacionados aos autos, tal como disposto no art. 255, § 2º do RISTJ. Assim, sendo tempestivo, o recurso merece ser conhecido, mas somente pela alínea **a** do permissivo constitucional. Por outro lado, no mérito, deve ser *improvido*.

8. De fato, no que concerne à alegada ofensa ao artigo 49, § 1º da Lei n. 5.250/1967, razão não assiste ao Recorrente.

9. Como bem restou asseverado no v. acórdão do Tribunal de Justiça **a quo**, o processamento da exceção da verdade, por se tratar de matéria de mérito, deve se dar no bojo da contestação e não em autos apartados como afirma o ora Recorrente. Ressalte-se que tal ilação não é resultado de meras conjecturas feitas pelo aplicador do direito, mas sim advém de legítima interpretação dos artigos 49, § 1º, e 57, § 3º, da Lei de Imprensa, **in verbis**:

“Art. 49. (...)”

§ 1º Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, *excepcionada no prazo da contestação*, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.”

“Art. 57. (...)”

§ 3º *Na contestação*, apresentada no prazo de 5 (cinco) dias, o réu *exercerá a exceção da verdade*, se for o caso, indicará as provas e diligências que julgar necessárias e arrolará as testemunhas. A contestação será acompanhada da prova documental que pretende produzir.” (Grifamos)

10. Assim, pela simples leitura dos dispositivos, resta evidente que o legislador optou pela apresentação da exceção da verdade na contestação, não se mostrando plausível entender de outra forma.

11. Por outro lado, a equiparação da **exceptio veritatis** com as exceções processuais previstas no CPC feita pelo ora Recorrente é inadmissível. Com efeito, não obstante a semelhança em suas denominações e o fato de serem ambas as exceções formas de defesa, o instituto da **exceptio veritatis** diverge das exceções previstas no Código de Processo Civil pelo fato destas últimas serem exclusivamente processuais e aquela, defesa direta de mérito.

12. As exceções de incompetência, de impedimento e de suspeição são defesas formais voltadas contra a ausência de pressupostos de competência ou de compatibilidade do juízo. Por competência tem-se a aptidão de o Juiz julgar o caso em conformidade com a repartição de seu poder jurisdicional. Já a compatibilidade diz respeito a uma atuação insuspeita do Magistrado, que deve manter uma posição equidistante das partes, sem vínculos. Daí o caráter instrumental destas exceções. Por não versarem sobre a lide principal, desnecessário é o encaminhamento dos autos da ação principal ao Juiz que irá julgar a exceção, sendo portanto, instruídas em peça autônoma.

13. A seu turno, a exceção da verdade é eminentemente questão de mérito. Desse modo, como meio de defesa que é, deve fazer parte da contestação pois, se acolhida, leva à inadequação típica do fato, seja pela ausência de tipicidade formal no caso da exceção da verdade no crime de calúnia, ou pela inocorrência de dolo na **exceptio veritatis** admitida na difamação.

14. Diz-se que incorre adequação típica à figura delitiva de calúnia por ausência do elemento normativo do tipo, já que atribuir conduta delituosa a alguém que realmente a praticou, não se adequa ao tipo legal contido no art. 138 do CP, que exige a falsidade da imputação. Por sua vez, na difamação, se admitida a exceção da verdade, a inadequação típica do fato advém da ausência de elemento subjetivo do tipo, tendo em vista que não se verifica dolo na conduta de imputar fato real e ofensivo a alguém, se este alguém é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. O bem jurídico tutelado aqui é a honorabilidade do exercício da função pública. Assim, provada a relação causal entre a imputação e esse exercício, descaracterizado está o crime.

15. Resta evidente, portanto, que a **exceptio veritatis** consiste em verdadeira defesa de mérito, visto que se destina à exclusão da responsabilidade nos crimes contra a honra que a admitem, devendo assim, ser aposta no bojo da contestação.”

À vista do exposto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 444.116 — RS (2002/0074197-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Beatriz Helena Amaro Buz

Advogado: Ivan Luiz Guardati Vieira

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Criminal. REsp. Concussão. Cobrança, por médica, de valor referente a fornecimento de hemoderivados, coberto pelo SUS. Posicionamento da Terceira Seção no sentido da ausência de prejuízo a bens, serviços ou interesses da União. Ressalva do ponto de vista pessoal. Competência da Justiça Estadual. Recurso conhecido e provido.

I - A Terceira Seção desta Corte reafirmou o posicionamento pela competência da Justiça Estadual para a apuração dos delitos de cobrança de valor referente a procedimento cirúrgico, coberto pelo SUS.

II - Não se cuida de crime afeto à Justiça Federal, porquanto o delito objeto da investigação envolve obtenção de vantagem indevida por parte do agente, em prejuízo do respectivo paciente, sem nenhuma violação aos interesses da autarquia previdenciária.

III - Ressalva do ponto de vista pessoal.

IV - Irresignação que merece ser provida, para se restabelecer a decisão proferida em sede de apelação, que, anulando o processo em razão da incompetência da Justiça Federal, declinou da competência para a Justiça Comum.

III - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 03 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

DJ de 25.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto por Beatriz Helena Amaro Vaz, com base no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pela Turma Especial do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que deu provimento ao recurso de embargos de declaração, interposto, com efeitos infringentes, pelo recorrido, nos termos da seguinte ementa (fl. 459/460):

“Embargos de declaração. Corrupção passiva, art. 317, CP. Sistema Único de Saúde. Competência da Justiça Federal. Lesão a serviços e interesses da União. Acórdão omissivo. Efeitos infringentes. Análise das apelações. Defesa

preliminar, art. 514, CPP. Nulidade inexistente. Inquérito policial. Intimação do defensor para audiência de oitiva de testemunhas. Suspensão do processo. Tipicidade. Erro de proibição. Arrependimento posterior. Inaplicabilidade. Dosimetria da pena. Continuidade. Substituição.

1. Embargos declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para suprir a omissão apontada. Competência da Justiça Federal para apreciação do feito.

2. A notificação do agente para apresentar a defesa preliminar prevista no artigo 514 do Código de Processo Penal somente tem aplicação nos casos em que a denúncia não estiver instruída com o inquérito policial — vale dizer, quando a acusação resultar de peças obtidas em processo administrativo —, o que não é a hipótese dos autos. Arguição de nulidade afastada.

3. Tendo havido a intimação da expedição das cartas precatórias, torna-se desnecessária a intimação do réu e do seu defensor para a audiência de inquirição de testemunhas no juízo deprecado, cabendo à defesa inteirar-se sobre a data escolhida.

4. Nos termos da Súmula n. 155 do STF, 'é relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição da precatória para inquirição de testemunha', exigindo, para o seu reconhecimento, prova do efetivo prejuízo sofrido pela parte.

5. Na consideração do requisito objetivo da pena mínima cominada, computa-se, para efeito de admissibilidade da suspensão condicional do processo (art. 89 — Lei n. 9.099/1995), a causa especial de aumento de pena.

6. Se o Sistema Único de Saúde cobria os valores despendidos com o exame anti-HCV, a sua cobrança pelo Banco de Sangue configura, logicamente, 'vantagem indevida', na medida em que a empresa contratada estaria recebendo duplamente pelo mesmo serviço. Tipicidade configurada.

7. Segundo noticiam os autos, a ré é pessoa instruída, portadora de curso superior, plenamente capaz de discernir se a cobrança de contribuições dos beneficiários do SUS era, ou não, devida, não podendo vir alegar desconhecimento quanto à ilicitude dos seus atos.

8. A Administração Pública — um dos sujeitos passivos da infração — quedou atingida na sua imagem e prestígio frente à população que necessita de atendimento pelo SUS, mas não economicamente, de maneira que inexistente dano patrimonial capaz de ser mensurado e, portanto, reparado. Inaplicabilidade do art. 16 do CP.

9. Existindo circunstância judicial do art. 59 do Código Penal desfavorável ao réu, permite-se a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal.

10. O aumento decorrente da continuidade não precisa obedecer, necessariamente, critério objetivo ou matemático, em função do número de fatos.

11. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento à apelação do MPF e dar parcial provimento à apelação da ré.”

Em suas razões, o recorrente sustenta que o acórdão recorrido contrariou o art. 16 do Código Penal, os arts. 514 e 619 do Código de Processo Penal e o art. 89 da Lei n. 9.099/1995, além de apontar dissídio jurisprudencial.

Foram apresentadas contra-razões (fl. 543).

Admitido o recurso (fls. 548/549), a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu parcial conhecimento e provimento (fls. 555/563).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que deu provimento ao recurso de embargos de declaração, interposto com efeitos infringentes, pelo Ministério Público Federal, de decisão anterior que proclamou a nulidade absoluta do processo ao qual foi a recorrente submetida, determinando a remessa dos autos à Justiça Comum, em função da incompetência da Justiça Federal.

Consta dos autos que a recorrente foi denunciada e condenada, nos termos do art. 317 c.c. o art. 69, ambos do Código Penal, a uma pena de 02 (dois) anos e 15 (quinze) dias de reclusão, além do pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas sanções restritivas de direitos.

Tanto o Ministério Público quanto a ré apelaram. O *Parquet* pretendendo aumento de pena em função de continuidade delitiva, em seu percentual máximo. A defesa pugnou, em preliminar, pela nulidade do processo — em função de inobservância do disposto no art. 514, por ausência de intimação do defensor público para a audiência de inquirição de testemunhas e pela inexistência de proposta de suspensão condicional do processo — alegando, quanto ao mérito, a atipicidade dos fatos e a ocorrência de arrependimento posterior.

O Tribunal Regional Federal, por sua vez, entendeu, em sede de preliminar, pela nulidade absoluta do processo, em razão da incompetência da Justiça Federal.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs embargos de declaração, com efeitos infringentes, alegando que existia interesse da União a ser protegido.

Os embargos foram acolhidos. Analisando os méritos dos recursos, o Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao recurso da defesa, para diminuir a pena imposta, e negou provimento ao recurso ministerial.

Diante disso, foi interposto o presente recurso especial, no qual a recorrente, além de sustentar, através da invocação de dissídio jurisprudencial, a nulidade absoluta do processo pela incompetência da Justiça Federal, renova os argumentos apresentados em sede de apelação.

O recurso foi admitido (fls. 548/549).

Conheço do apelo excepcional porque satisfeitos os seus requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, cumpre considerar a questão da incompetência do Juízo procesante, tendo em vista ser esta prejudicial à análise das demais alegações.

Assiste razão à recorrente.

Vinha firmando posicionamento no sentido de que, nos crimes de concussão cometidos por médicos que atendem a beneficiários do Inamps/INSS/SUS, ou por administradores de hospital credenciado à autarquia, os agentes se enquadram no artigo 327 do Código Penal, pois a Administração Pública delega os serviços públicos de saúde do SUS aos particulares que, por sua vez, passam a exercer função pública delegada. Além disso, se o hospital recebe verbas federais, há o interesse da União Federal para apurar o suposto crime.

Entretanto, a Terceira Seção desta Corte reafirmou o posicionamento pela competência da Justiça Estadual, entendendo, em síntese, que não se cuida de crime afeto à Justiça Federal, porquanto o delito objeto da investigação envolve obtenção de vantagem indevida por parte do agente em prejuízo do respectivo paciente, sem nenhuma violação aos interesses da autarquia previdenciária, que teria efetivado o pagamento devido.

Nesse sentido, esclareceu-se que a autarquia não paga mais do que estava obrigada, sendo, a cobrança indevida, inteiramente suportada pelo respectivo paciente, razão pela qual não se vislumbraria qualquer prejuízo à União Federal.

A respeito, trago à colação os seguintes julgados:

“**Habeas corpus.** Médico conveniado do SUS. Serviço prestado pelo profissional. Falta de comprovação de interesse da União. Competência da Justiça Comum Estadual. Ordem concedida.

De acordo com os precedentes desta Casa, a conduta do médico que, conveniado do Sistema Único de Saúde, realiza o serviço conveniado, recebe por ele e, por fora, cobra do particular; não incide contra o patrimônio público, pois a retribuição deste ocorreu conforme a realização do ato profissional.

Ordem concedida, em parte, para que a ação penal em curso no Juízo Federal, uma vez competente a Justiça Estadual, seja a esta remetidos os autos.” (HC n. 21.787/RS; Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 22.04.2003)

“Criminal. Conflito de competência. Concussão. Cobrança, por médico, de valor referente a procedimento cirúrgico, coberto pelo SUS. Posicionamento da Terceira Seção no sentido da ausência de prejuízo a bens, serviços ou interesses da União. Ressalva do ponto de vista pessoal. Competência da Justiça Estadual.

I - A Terceira Seção desta Corte reafirmou o posicionamento pela competência da Justiça Estadual para a apuração dos delitos de cobrança de valor referente a procedimento cirúrgico, coberto pelo SUS.

II - Não se cuida de crime afeto à Justiça Federal, porquanto o delito objeto da investigação envolve obtenção de vantagem indevida por parte do agente, em prejuízo do respectivo paciente, sem nenhuma violação aos interesses da autarquia previdenciária.

III - Ressalva do ponto de vista pessoal.

IV - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Maringá — PR, o Suscitado.” (CC n. 36.520/PR; de minha relatoria; DJ de 24.02.2003)

Desta forma, a irrisignação merece ser provida, para se restabelecer a decisão proferida em sede de apelação, que, anulando o processo em razão da incompetência da Justiça Federal, declinou da competência para a Justiça Comum.

Diante do exposto, conheço do recurso para dar-lhe provimento, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 456.431 — RS (2002/0100953-9)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Luiza Alves de Anunciação

Advogados: Rosane Marli Haubert da Silveira e outros

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Luz Marina Uhry Vieira e outros

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Apelação. Recurso provido. Decisão singular. Impossibilidade. Art. 557, § 1^a-A, CPC.

O legislador, ao dar nova redação ao art. 557 do CPC, deu tratamento diferenciado ao Relator para, de forma singular, negar ou dar provimento a recurso. Na segunda hipótese (§ 1^a-A), restringiu a atuação do Relator, que somente poderá fazê-lo se a decisão estiver em evidente confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.

Violação caracterizada.

Recurso provido para anular a decisão singular proferida na apelação interposta pelo Estado do Rio Grande do Sul, para que outra seja proferida pelo órgão colegiado respectivo, ficando, em razão disso, prejudicada a análise do mérito recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Luiza Alves de Anuniação interpõe o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do respectivo permissivo constitucional, visando decisão assim ementada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fl. 167):

“Processual Civil. Aumento da remuneração dos servidores públicos. Limite das despesas com gasto de pessoal. “Lei Camata”. Ineficácia da Lei Estadual.

1. A vigência do art. 2º da Lei n. 10.395/1995 se encontra suspensa, na medida em que ultrapassado o percentual máximo permitido com as despesas de pessoal, por efeito do art. 1º, II, da Lei Complementar n. 82/1995, editada em observância ao art. 169 da CF/1988.

2. Agravo interno desprovido.”

Em suas razões a recorrente alega que o r. **decisum** negou vigência ao art. 557, § 1º-A, do CPC, pois só é cabível o provimento do recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou do STJ. Não podia, portanto, o Tribunal **a quo** ter dado provimento à apelação do Estado, por meio de decisão monocrática, quando ausentes as hipóteses autorizadoras.

Afirma, ainda, que o art. 1º, inciso II, da Lei Complementar n. 82/1995, foi contrariado pelo acórdão recorrido, pois é um equívoco entender que a lei se dirige aos servidores, quando o seu objetivo é orientar o Estado na adequação das despesas públicas.

Suscita divergência jurisprudencial trazendo à colação para confronto analítico arestos do Supremo Tribunal Federal. Requer, por fim, o provimento do apelo para que, mantida a sentença de primeiro grau, seja deferido o pagamento dos reajustes de 11,70% e 10,37% concedidos pela Lei Estadual n. 10.395/1995.

O Estado-recorrido ofereceu contra-razões (fls. 207/213) e o apelo subiu regularmente (fls. 233/236).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Inicialmente cumpre delinear a controvérsia.

Contra a sentença que julgou procedente a ação ordinária de cobrança ajuizada pela ora recorrente contra o Estado do Rio Grande do Sul, fora interposto recurso de apelação (fls. 85 e segs.) assim decidido, de forma monocrática (fl. 139):

“Constitucional e Administrativo. Aumento da remuneração dos servidores públicos. Limite das despesas com gasto de pessoal. “Lei Camata”. Ineficácia da Lei Estadual.

1. A vigência do art. 2º da Lei n. 10.395/1995 se encontra suspensa, na medida em que ultrapassado o percentual máximo permitido com as despesas de pessoal, segundo a prova, por efeito do art. 1º, II, da Lei Complementar n. 82/1995, editada em observância ao art. 169 da CF/1988. Inconstitucionalidade material, por ofensa ao art. 37, XIII, da CF/1988, da norma estadual que atrela aumento de vencimentos a certo índice e à variação da arrecadação, bem como formal, por usurpação do poder de iniciativa reservada do Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, a, da CF/1988), que se deixa de suscitar, mediante o incidente próprio, em virtude da falta de vigência da norma.

2. Apelação provida.”

Somente com a interposição do agravo é que se originou o primeiro acórdão, ora objeto do presente recurso especial. Nele, após transcrição da decisão monocrática, concluiu-se pelo acerto da mesma, afirmando que “já decidiu o STF que os limites às despesas de pessoal, a teor do art. 169 da CF/1988, é simples questão de fato (Primeira Turma do STF, RE n. 202.644/SF, 9.12.97, Relator o Sr. Ministro Ilmar Galvão, DJ de 13.03.1998, p. 16).”

Quanto à alegação de afronta ao art. 557, **caput**, e § 1º-A do CPC, afirma a recorrente (fls. 182/183):

“A decisão monocrática, provendo o recurso do Estado, nega vigência ao art. 557 do Código de Processo Civil porquanto só é cabível o provimento do recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, **verbis**:

(...)

Ora, conforme se demonstrou nos autos, a matéria está longe de ser pacífica no Tribunal porquanto a colenda Terceira Câmara Cível tem posição radicalmente contrária à da Quarta Câmara, improvendo todos os recursos contra sentenças que determinam o cumprimento da Lei Estadual.

A hipótese, portanto, não autoriza o provimento do recurso pelo Relator e a decisão da Câmara, mantendo-a, nega vigência ao mencionado art. 557 do CPC e contraria decisões de outros Tribunais do País, como se demonstrará, porquanto o estabelecimento de limite de despesas não autoriza o descumprimento da lei, a redução de vencimentos ou a infração ao princípio do direito adquirido...”

O inconformismo merece prosperar.

O art. 557, após a edição da Lei n. 9.756/1998, recebeu a seguinte redação:

“Art. 557. O Relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o Relator poderá dar provimento ao recurso.”

A hipótese é bastante clara: o Relator somente poderá dar provimento a recurso, de forma singular, se a decisão estiver em oposição a enunciado sumular ou à jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.

Assim já esclareceu a ilustre Ministra Eliana Calmon:

“A primeira questão posta para exame diz respeito ao poder do Relator nos termos do art. 557 do CPC.

Advirto que a parte não questiona a legalidade do artigo, e sim aos limites nele constantes.

Analisando o dispositivo, podemos afirmar que o Relator poderá, solitariamente, negar seguimento ao recurso quando:

- a) manifestamente inadmissível (exame preliminar de pressupostos objetivos);
- b) improcedente (exame da tese jurídica discutida nos autos);
- c) prejudicado (questão meramente processual); e
- d) em confronto com:
 - 1ª) súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal;
 - 2ª) súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; ou
 - 3ª) súmula ou jurisprudência dominante de Tribunal Superior.

Diferentemente, o CPC, ao autorizar o Relator a dar provimento ao recurso, limita o agir do magistrado, para só admiti-lo quando estiver a decisão recorrida em confronto com:

- 1ª) *súmula do próprio Tribunal;*
- 2ª) *jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (§ 1º do art. 557 do CPC)... (Agravo Regimental no REsp n. 379.688/SC, DJ de 28.10.2002, grifei)*

Este entendimento foi corroborado:

“Processual — Relator — Recurso — Decisão unipessoal — Denegação — Provimento — Jurisprudência de Tribunal local — CPC, art. 557, § 1º.

A comparação entre os textos do art. 557 do CPC com a redação de seu § 1º revela que o âmbito competência outorgado ao Relator, para, em decisão unânime, prover recurso é mais estreito do que aquele reservado à negativa de seguimento. Errada ou acertadamente, o legislador enxergou diferença ontológica entre negativa de seguimento (que equivale à confirmação da sentença) e provimento de recurso.

— É lícito ao Relator louvar-se na jurisprudência da Corte a que pertence, para negar seguimento a recurso. O provimento, entretanto, há de se apoiar em jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior.

— É nula a decisão de Relator que, valendo-se de súmula adotada por Tribunal local, dá provimento a recurso.”

(REsp n. 418.522/SP, DJ de 31.03.2003, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros)

Dessa forma, dou provimento ao presente recurso para anular a decisão que, de forma singular, deu provimento à apelação interposta pelo Estado do Rio Grande do Sul, para que outra seja proferida pelo órgão colegiado. Em função disso, a análise do mérito da controvérsia no presente apelo fica prejudicada.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 472.580 — MG (2002/0132410-2)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Onei Batista de Oliveira (Preso)

Advogado: Ivan Miguel de Lima

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Suspensão do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995). Proposta. Iniciativa.

A proposta de suspensão condicional do processo é, em regra, **ex vi legis**, privativa do *Parquet*, não podendo a iniciativa partir, **ex officio**, do Poder Judiciário.

A eventual divergência sobre o não-oferecimento da proposta resolve-se à luz do mecanismo estabelecido no art. 28 c.c. o art. 3º do CPP Precedentes. (REsp n. 162.164/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 19.10.1998)

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Scartezini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 25.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada daquele Estado que, por votação de sua Segunda Câmara Criminal, anulou, em preliminar, o processo a partir do oferecimento da denúncia, ao argumento de que, sendo primário o recorrido, haveria de lhe ter sido ofertada a suspensão condicional do processo.

O **decisum** hostilizado encontra-se assim ementado (fl. 89):

“Apelação criminal. Furto simples. **Sursis** processual. Proposta. Primariedade. Nulidade.

I - Verificado que o réu é primário e que ao delito de furto simples pelo qual responde, aplica-se o **sursis** processual, deve o Ministério Público oferecer o benefício.

II - O oferecimento da suspensão condicional do processo é um direito público subjetivo do acusado, preenchidos os requisitos legais.

III - O não-oferecimento do **sursis** processual ofende o devido processo legal, caracterizando nulidade.

Acolho preliminar para anular o processo a partir da denúncia.”

Foram opostos embargos de declaração, às fls. 95 a 98, os quais restaram por rejeitados.

Sustenta o recorrente que o v. acórdão vergastado, ao admitir a suspensão do processo no caso em que há manifestação ministerial quanto à ausência de requisitos subjetivos para a benesse, culminou por contrariar o art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

Outrossim, assevera que exigir a proposta do Promotor de Justiça, em primeiro grau, vedando-lhe a fundamentação de ausência de requisito subjetivo, é providência que desafia a interpretação do art. 28 do Código de Processo Penal, por malferi-lo, já que para a manutenção do monopólio ministerial sobre a proposta de suspensão, urge que haja o controle interno da legalidade.

Ademais, alega que o silêncio do acórdão nos declaratórios não pode impedir o ingresso do recorrente na instância superior, de modo que ao não responderem, em todos os seus termos, os embargos aviados, negou vigência ao art. 619 da Lei Adjetiva Penal.

Aduz, ainda, divergência jurisprudencial adotada por outros Tribunais.

Decorreu, **in albis**, o prazo para apresentar as contra-razões, conforme certificado à fl. 127.

O Tribunal **a quo** admitiu o regular processamento do feito.

O Ministério Público Federal, oficiante nesta Corte, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Como visto, a irrisignação aponta caber ao **dominus litis** da ação penal a exclusiva titularidade para propor a medida de que trata o art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

Segundo Informativo do Supremo Tribunal Federal, houve julgamento de questão similar pelo excelso Pretório, que ao apreciar o HC n. 75.343/MG, assim decidiu, **verbis**:

“(…)

O Tribunal, por maioria, acolhendo o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, construiu interpretação no sentido de que, na hipótese de o promotor de justiça recusar-se a fazer a proposta, o juiz, verificando presentes os requisitos objetivos para a suspensão do processo, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça para que este se pronuncie sobre o oferecimento ou não da proposta. Firmou-se, assim, o entendimento de que, tendo o referido artigo a finalidade de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal para efeito de política criminal, impõe-se o princípio constitucional da unidade do Ministério Público para a orientação de tal política (CF, art. 127, § 1º), não devendo essa discricionariedade ser transferida ao subjetivismo de cada promotor.” (HC n. 75.343/MG, Relator originário Ministro Octavio Galloti, Relator para acórdão, Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 12.11.97)

Assinalo, ainda, o resultado do julgamento pelo STF do HC n. 76.439, constante do Informativo n. 92 daquela Corte:

“Deferido em parte **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que cassara, mediante pedido de correição parcial interposto por promotora de justiça, a decisão do juiz de 1º grau que concedera de ofício a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/1995 (“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que...”).

Tendo em vista que a suspensão condicional do processo é uma faculdade exclusiva do Ministério Público para fins de política criminal, a Turma deferiu em parte o **habeas corpus** para que a recusa do promotor de justiça em fazer a proposta de suspensão condicional do processo, seja submetida à Procuradoria Geral de Justiça, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 28 do CPP. Orientação adotada pelo STF no julgamento do HC n. 75.343/MG. (HC n. 76.439/SP, Relator Ministro Octavio Galloti, julgado em 12.05.98).”

Nesse sentido:

“Penal. Processual. Lei n. 9.099/1995. Art. 89. Requisitos. Ministério Público. Proposta de suspensão condicional do processo. Atribuição institucional.

1. A suspensão condicional do processo, para que o Ministério Público proponha a transação, nos termos da Lei n. 9.099/1995, art. 89, só é possível

se não há condenação contra o acusado e se ele não responde a outro processo criminal.

2. Havendo divergência entre o Promotor e o Juiz, é de ser aplicado o disposto no CPP, art. 28.

3. Dissídio jurisprudencial caracterizado, nos moldes regimentais.

4. Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 157.630/SP, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 23.11.1998)

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Estelionato. Suspensão do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995). Proposta. Iniciativa.

I - A proposta de suspensão condicional do processo é, em regra, **ex vi legis**, privativa do *Parquet*, não podendo a iniciativa partir, **ex officio**, do Poder Judiciário.

II - A eventual divergência sobre o não-oferecimento da proposta, resolve-se à luz do mecanismo estabelecido no art. 28 c.c. o art. 3º do CPP.

Precedentes.

III - Recurso provido.”

(REsp n. 162.164/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 19.10.1998)

Leio, ainda, trechos do parecer ministerial, **verbis** (fls. 133/134):

“3. O Ministério Público não se conformou e opôs embargos declaratórios. No entanto, a Corte Estadual rejeitou o recurso. (Fls. 101/103)

4. Por isso, o *Parquet* interpôs o presente especial (art. 105, III, **a e c**, da CF), sustentando que a decisão impugnada contrariou dispositivos de leis federais (arts. 89 da Lei n. 9.099/1995; 28 e 619, do Código de Processo Penal) e divergiu de julgado do Superior Tribunal de Justiça (fls. 106/120).

5. O recurso merece provimento. Com efeito, verifica-se da cota ministerial que o *Parquet* deixou de oferecer proposta de suspensão condicional do processo, entendendo que “o denunciado não preenche os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 89 da Lei n. 9.099/1995 (fl. 25).

6. Aliás, a defesa conformou-se com a situação. Nada questionou a respeito em qualquer de suas peças, tendo inclusive silenciado sobre o assunto nas razões recursais (fls. 60/62 e 65/67). Presume-se, destarte, que não sofreu prejuízo (art. 563, CPP).

7. Cumpre salientar que a questão foi muito bem abordada, pela Procuradoria de Justiça, quando da oposição dos embargos de declaração. Naquela oportunidade, explicou que:

“É certo que a teor das certidões de fls. 21/24, o réu não estava e não tinha sido processado por outro crime até a data do oferecimento da denúncia, nada tendo, inclusive, sido afirmado pelo Representante do Ministério Público à fl. 25 neste sentido. Porém, por outro lado, as mesmas certidões mostram-se suficientes a comprovar a ausência dos demais requisitos subjetivos supracitados, já que, muito embora inexistisse processo em andamento contra o réu, as suas sucessivas passagens pelo Juizado Especial Criminal denotavam culpabilidade, conduta social e personalidade comprometedora a ponto de não indicarem a conveniência da concessão do benefício.” (Fl. 96)

8. Segundo ensinamento de **Marino Pazzaglini Filho**:

“A possibilidade de suspensão condicional do processo exige consenso entre a acusação e a defesa, dentro dos parâmetros regulados em lei. O Poder Judiciário somente pode aferir a legalidade de proposta, sob pena de ferir os princípios constitucionais do contraditório e da exclusividade da ação penal pública e afastar o **ius puniendi** e o **ius punitiois** do Estado. Os Juizados Especiais Criminais, em consonância com a Constituição Federal, consagram o sistema acusatório, onde existe separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador. A possibilidade de o Poder Judiciário, sem proposta do Ministério Público, conceder a suspensão estaria dando-lhe o controle sobre a ação penal pública, em clara incompatibilidade com o art. 129, I, da Constituição Federal.” — “Juizado Especial Criminal: aspectos práticos da Lei n. 9.099/1995”, São Paulo: Atlas, 1996, p. 97

Ante o exposto, conheço do recurso e o provejo para que, cassado o aresto recorrido, adote-se o procedimento do art. 28 do Código de Processo Penal.

RECURSO ESPECIAL N. 474.365 — SP (2002/0116302-3)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrida: Paradise Games Comercial Ltda

Advogado: Dennis Martins Barroso

EMENTA

Criminal. REsp. Apreensão de máquinas *caça-níqueis*, sem mandado judicial, por autoridade policial. Requisição do Ministério Público. Possibilidade. Improriedade da decisão que concedeu a segurança, para a restituição das máquinas. Recurso conhecido e provido.

I - O Ministério Público, dentro de suas atribuições, pode requerer a instauração de inquérito policial, bem como a realização de diligência, para a apuração da possível prática de contravenção penal, consistente na existência, em estabelecimento comercial, de máquinas de jogo de azar, mantidas em desacordo com a legislação.

II - A autoridade policial, constatando a efetiva existência das máquinas e a ocorrência de contravenção penal, pode proceder à apreensão dos objetos relacionados com a prática delituosa.

III - Afigura-se imprópria a decisão que concede mandado de segurança para a restituição das máquinas apreendidas, com base na ilegitimidade da requisição ministerial.

IV - Irresignação que merece ser provida para cassar o acórdão recorrido.

V - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 03 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

DJ de 25.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com base no art. 105, inciso III, alínea a da

Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pela Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que concedeu mandado de segurança interposto pela recorrida.

O acórdão recorrido se encontra às fls. 1.746/1.749.

Em suas razões, o recorrente sustenta que o acórdão recorrido contrariou os arts. 316 e 327, ambos do Código Penal, além de apontar dissídio jurisprudencial.

Foram apresentadas contra-razões, juntadas por linha (fl.).

Admitido o recurso (fls. 1.785/1.786), a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu conhecimento (fls. 1.792/1.801).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que concedeu mandado de segurança interposto pelo recorrida.

Consta dos autos que a recorrida impetrou mandado de segurança contra ato do Juiz de Direito de Campinas — que determinou a apreensão de máquinas de jogos eletrônicos instalados em bingos — e dos Promotores de Justiça das Comarcas de Piracicaba e Amparo, que requisitaram a busca e apreensão de máquinas caça-níqueis, igualmente instaladas em bingos.

A autoridade policial levou a efeito a requisição ministerial, apreendendo os referidos equipamentos.

A recorrida, entretanto, entendeu ser abusiva e ilegal a diligência, argumentando que o *Parquet* não tem poderes para efetuar tal requisição e, ainda, que o ato de busca e apreensão teria sido efetuado sem mandado judicial.

O Tribunal **a quo**, encampando as razões da defesa, concedeu a segurança para determinar a restituição dos bens.

Diante disso, foi interposto o presente recurso especial, no qual o recorrente sustenta que o acórdão recorrido contrariou o art. 6º, incisos I e II, do Código de Processo Penal e ao art. 26, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993.

O recurso foi admitido (fls. 1.785/1.786).

Conheço do recurso, porque satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

Assiste razão ao recorrente.

A decisão ora impugnada encontra-se assim fundamentada (fls. 1.748/1.749):

“O representante do *Parquet* não é autoridade judicial. Não poderia, como fez, requisitar providências de busca e apreensão. Agiu ilegalmente.

Nesse sentido, o escólio de **Julio F. Mirabete**: ‘a busca e apreensão somente se dará se o executor for o juiz ou se a autoridade policial ou outro servidor exibir mandado judicial. Se assim não for, haverá ilicitude na diligência, não podendo ela integrar o conjunto probatório dos autos. Se necessária a medida para as investigações, antes ou durante o inquérito policial, a autoridade que pretende realizar tal diligência deve solicitar ao juiz a expedição do mandado, fundamentando o pedido com as razões indicadoras da sua necessidade, (grifos nossos) (“Processo Penal”, p. 321, Ed. Atlas, 10ª ed., 2000)

Assim, a busca e apreensão noticiada, cuja deflagração derivou da ‘requisição’ (?) da Promotoria de Justiça, foi inválida, manifestamente ilegal, abusiva. Não pode, pois, subsistir.

Por fim, no tocante ao Bingo das Águas, localizado em Amparo, igualmente perpetrada a ilegalidade. É que foram as máquinas apreendidas em decorrência de diligências diretamente realizadas pelo Promotor de Justiça, sem nenhuma ordem judicial a respaldar sua conduta. Francamente ilegal e abusiva. Inválida, pois.”

Ocorre que, **in casu**, o Ministério Público, dentro de suas atribuições, requereu a instauração de inquérito policial para a apuração da possível prática de contravenção penal, consistente na existência, em estabelecimento comercial — casa de bingo — de máquinas de jogo de azar, mantidas em desacordo com a legislação. Solicitou, ainda, a realização de diligência policial, no sentido de que se apreendesse o referido equipamento.

Neste caso, a autoridade policial, constatando a efetiva existência das máquinas e, portanto, a ocorrência de contravenção penal, procedeu, nos termos do art. 6º, do Código de Processo Penal, à apreensão dos objetos relacionados com a prática delituosa.

Não há, portanto, ilegalidade na apreensão. Esta Corte, inclusive, já decidiu neste sentido:

“Processual Civil e Administrativo — Mandado de segurança — Cerceamento de defesa — Pedido de adiamento de audiência indeferido — Subestabelecimento com reserva de poderes — Pauta de julgamentos que é publicada previamente — Intimação do advogado constituído — Documento juntado aos autos — Não abertura de vista à parte contrária — Ofensa ao contraditório não caracterizada — Necessidade de prova pré-constituída — Poder de polícia do Estado — Princípio da supremacia do interesse público — Máquinas eletrô-

nicas — Suspeita de serem máquinas de “jogos de azar” — Proibição legal — Regular atividade fiscalizatória.

1. Não cerceia o direito de defesa da impetrante o indeferimento do pedido de adiamento da audiência de julgamento, uma vez que a procuração foi outorgada a um advogado que substabeleceu, com reserva de poderes, a quem requereu o adiamento.

2. A correta exegese do art. 565 do CPC, como informam doutrina e jurisprudência, é no sentido de se dar preferência no julgamento do processo, não se tratando de direito ao adiamento, mas sim benefício, a ser concedido mediante o prudente alvedrio do juiz.

3. Em se tratando de mandado de segurança, de sabença que a prova tem que ser pré-constituída, sob pena de extinção do processo. Impende, ainda, ressaltar que a impetrante pretendeu demonstrar a licitude de sua exploração econômica com laudos de máquinas de terceiros numa revelação inequívoca de que o seu equipamento não fora periciado. Ora, não se pode pretender, na via mandamental comprovar o seu direito líquido e certo com prova emprestada não sujeita ao contraditório entre as partes litigantes.

4. O documento sobre o qual não pôde se manifestar a Recorrente revelou-se desinfluyente para o desate da lide, solucionada à luz do princípio que autoriza o regular exercício do poder de polícia do Estado.

5. Não se revela ilegal ou abusivo o exercício da atividade fiscalizatória de maquinário eletrônico sobre o qual recai a suspeita de serem “jogos de azar”, em face do comando normativo que proíbe a referida prática em nosso País. Supremacia do interesse público. A apreensão dessas máquinas de diversão eletrônica para perícia unitária, quando as suas características e as de jogos nela inseridos insinuam provável nocividade ao interesse público, configura ato administrativo de polícia válido e eficaz, porque realizado com intuito de assegurar a proteção aos seus usuários e, como consequência, de preservar a ordem pública e o interesse coletivo, em harmonia com a função social da propriedade, do trabalho e da livre iniciativa.

6. Recurso improvido.” (RMS n. 14.454/RJ; Relator Ministro Luiz Fux; DJ de 23.09.2002)

Desta forma, a irresignação merece ser provida para cassar o acórdão recorrido.

Diante do exposto, conheço do recurso para dar-lhe provimento, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 480.227 — DF (2002/0145374-5)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Paulo Virgílio de Borba Portela e outros

Recorrido: Horácio Friedman

Advogados: Marcus Vinícius de Almeida Ramos e outros

EMENTA

Previdenciário. Monitoria universitária. Contagem como tempo de serviço. Segurado facultativo. Filiação retroativa. Descabimento.

1. Não há como retirar o caráter estritamente acadêmico da monitoria, tanto que seu exercício é restrito aos estudantes dos cursos de graduação. Tem como escopo principal, conforme se extrai do art. 41 da Lei n. 5.540/1968, iniciar o treinamento de graduandos interessados em futuramente exercer o magistério superior.

2. Como estudantes, a teor da legislação pretérita e da atual, são considerados segurados facultativos. Desse modo o período em que exercida a função de monitor pode ser contado como tempo de serviço tão-somente se as contribuições previdenciárias à época tivessem sido recolhidas, ante a impossibilidade, nesse caso, de filiação retroativa. Precedente da egrégia Sexta Turma.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado, **in verbis**:

“Previdenciário. Tempo de serviço. Monitoria de ensino. Averbação. Possibilidade mediante indenização ao INSS.

1. O tempo de serviço como monitor de ensino pode ser averbado para fins previdenciários, mediante indenização ao INSS das contribuições não recolhidas (Lei n. 8.213/1991, art. 55, § 1º).

2. Apelação a que se dá parcial provimento.” (Fl. 115)

Sustenta o Recorrente dissenso pretoriano com aresto do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, afirmando que não há direito à contagem como tempo de serviço, para fins previdenciários, do período de monitoria exercido pelo Recorrido durante a sua graduação.

Sem contra-razões, e admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Pretende o Impetrante ver reconhecido como tempo de serviço o período compreendido entre 1º de janeiro de 1970 e 31 de agosto de 1971, em que exerceu a função de monitor junto à Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual de Campinas — Unicamp.

Durante o interregno acima delimitado, vigia a Lei n. 5.540/1968, que em seu artigo 41 dispunha, **in verbis**:

“Art. 41. As universidades deverão criar as funções de monitor para alunos do curso de graduação que se submeterem a provas específicas, nas quais demonstrem capacidade de desempenho em atividades técnico-didáticas de determinada disciplina.

Parágrafo único. As funções de monitor deverão ser remuneradas e consideradas título para posterior ingresso em carreira de magistério superior.”

Regulamentando o tema, o Decreto n. 66.315, de 13 de março de 1970, estabelecia que os monitores não teriam, em nenhuma hipótese, vínculo empregatício (art. 4º).

Não há como retirar o caráter estritamente acadêmico da monitoria, tanto que seu exercício é restrito aos estudantes dos cursos de graduação. Tem como escopo principal, conforme se extrai do artigo acima transcrito, iniciar o treinamento de graduandos interessados em futuramente exercer o magistério superior.

Como estudantes, a teor da legislação pretérita e da atual, são considerados segurados facultativos. Desse modo, o período em que exercida a função de monitor pode ser contado como tempo de serviço tão-somente se as contribuições previdenciárias à época tivessem sido recolhidas, ante a impossibilidade, nesse caso, de filiação retroativa.

A propósito, sobre a questão do aproveitamento do tempo estudantil para fins previdenciários, transcrevo excerto de voto proferido pelo ilustre Ministro Fernando Gonçalves, **litteris**:

“A possibilidade de o estudante se vincular à Seguridade Social foi aberta pela Lei n. 7.004/1982 que instituiu o ‘Programa de Previdência Social aos Estudantes’, cujas principais características eram a adesão facultativa (art. 3º), bem como a não-consideração do período de vinculação para efeito nos regimes de Previdência Social urbana e rural (art. 11).

Posteriormente, a Lei n. 8.213/1991, em seu artigo 137, expressamente extinguiu tal programa.

Por outro lado, o Decreto n. 611/1992, regulamentando o artigo 13 da mesma lei, assim disciplinou a matéria:

‘Art. 8º É segurado facultativo o maior de 14 (quatorze) anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 23 do Regulamento da Organização do Custeio da Seguridade Social — Rocss, desde que não esteja exercendo atividade que o enquadre no art. 6º.

Parágrafo único. Podem filiar-se facultativamente, entre outros:

- a) a dona-de-casa;
- b) o síndico de condomínio;
- c) o *estudante*; (grifo nosso)

d) aquele que deixou de ser segurado obrigatório da Previdência Social.’

Passa então, o estudante, a ter a possibilidade de integrar o Regime Geral de Previdência Social, sob o título de segurado facultativo.

A filiação do segurado facultativo à Previdência Social segue uma disciplina diferente da que é dispensada ao obrigatório, pois, enquanto para este

basta o exercício de atividade prevista na lei como de filiação necessária, para aquele é mister a manifestação volitiva no sentido de aderir à Seguridade Social.

A propósito:

‘O início da filiação do facultativo dá-se com a exteriorização do desejo de filiar-se e, conseqüentemente, de contribuir, valendo como demonstração da vontade a contribuição; esta última tem como pressuposto material a inscrição nos Correios ou no INSS’. (“Comentários à Lei Básica da Previdência Social”, **Wladimir Novaes Martinez**, 4ª ed.; Ed. LTR, São Paulo: 1998, p. 112).

Resta saber se a manifestação da vontade de se filiar, no caso de facultativos, tem efeitos retroativos, vez que a lei não foi clara a respeito.

O artigo 55 da Lei n. 8.213/1991 assim disciplina a contagem do tempo de serviço para efeitos previdenciários:

‘O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de quaisquer categorias de segurados de que trato o art. 11 desta lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

I - **omissis**

II - **omissis**

III - o tempo de contribuição efetuado como segurado facultativo, desde que antes da vigência desta lei;

IV - **omissis**

V - o tempo de contribuição efetuado por segurado depois de ter deixado de exercer atividade remunerada que o enquadrava no art. 11 desta lei;

VI- **omissis**

§ 1ª A averbação de tempo de serviço durante o qual o exercício de atividade não determinava filiação obrigatória ao anterior Regime de Previdência Social Urbana só será admitida mediante o recolhimento das contribuições correspondentes, conforme dispuser o regulamento, observado o disposto no § 2ª.’

Também o Decreto n. 611/1992 assim estabelece:

‘Art. 60. A prova de tempo de serviço, *exceto para autônomo e facultativo*, é feita através de documentos que comprovem o *exercício de ati-*

vidade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos ser contemporâneos dos fatos a comprovar e mencionar as datas de início e término e quando, se tratar de trabalhador avulso, a duração do trabalho e a condição em que foi prestado.’

Verifica-se, nos dispositivos transcritos, que para fins de aposentadoria por tempo de serviço, em se tratando de filiação obrigatória, basta a comprovação do exercício da atividade, ao passo que, em caso de filiação facultativa, há sempre necessidade de comprovar a contribuição.

Ora, a contribuição é, em **ultima ratio**, a comprovação máxima de que o segurado facultativo aderiu à Previdência.

O artigo 188 do Decreto n. 611/1992, por sua vez, dispõe que ‘reconhecimento de filiação é o direito do segurado de ter reconhecido, em *qualquer época*, o tempo de serviço exercido anteriormente em *atividade* abrangida pela Previdência Social.’

Por derradeiro, extrai-se do art. 55, § 1º, da Lei n. 8.213/1991, que somente é admitida a contribuição retroativa dos segurados facultativos naquelas hipóteses em que a atividade exercida pelo segurado, tornou-se, com a edição do citado diploma legal, de filiação obrigatória.

Conclui-se, portanto que, ainda que não pudesse o recorrente, à época, filiar-se à Previdência Social, como estudante, por ausência de previsão legal, não pode fazê-lo hoje, ante o caráter irretroativo da inscrição do segurado facultativo junto à autarquia previdenciária.

Corroborando tal entendimento, o art. 8º, § 3º, do Decreto n. 2.172/1997, ainda que não aplicável à espécie, dispõe:

‘A filiação na qualidade de segurado facultativo representa ato voluntivo, gerando efeito somente a partir da inscrição e do primeiro recolhimento, não podendo retroagir e não permitindo pagamento de contribuições relativas a competências anteriores à data da inscrição.’” (REsp n. 183.893/SP, Sexta Turma, Decisão unânime, DJ de 12.06.2000)

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*, denegando a segurança pleiteada.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 573.398 — PR (2003/0126487-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Airton Nascimento Vicente

Advogados: Renê Ariel Dotti e outro

Recorrentes: João Ricardo Képes Noronha, Olavo Americano Romanus e Joed Domingos da Silva

Advogados: Luiz Alberto Machado e outro

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Art. 334, **caput**, c.c. o art. 29 e art. 318 do Código Penal. Dissídio jurisprudencial. Violação aos arts. 158 e 564, **b**, do CPP. Violação ao art. 334 do Código Penal. Ilegitimidade do *Parquet* para proceder investigações. Impossibilidade do membro do *Parquet* que acompanhou as investigações oferecer a denúncia. Violação aos arts. 252 e 258 do CPP. Violação ao art. 319 do CP.

I - O dissídio jurisprudencial deve ser realizado em estrita observância ao art. 255 do RISTJ. (Precedentes)

II - Tendo a r. sentença penal condenatória e o v. acórdão increpado fundamentado de forma exaustiva a autoria e materialidade do delito, não merecem acolhida as teses de negativa de autoria e fragilidade do acervo probatório para a condenação. Entender em sentido contrário, como querem os recorrentes, ensejaria no presente caso necessariamente o reexame de provas, procedimento vedado na via eleita. (Enunciado n. 07 da súmula desta Corte).

III - O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos, notadamente os de natureza testemunhal ou documental. (Precedentes desta Corte e do Pretório excelso).

IV - No caso em escopo, não há que se falar em violação ao art. 334 do CP, uma vez que não restou evidenciada a ausência de **animus**, por parte dos recorrentes, em iludir o Fisco. Por outro lado, a qualidade de comerciante é exigida para o delito do art. 334, § 1º, **c**, do CP, e não

para o crime tipificado no art. 334, **caput**, do mesmo diploma, no qual os recorrentes restaram denunciados.

V - Não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância se resta evidenciado que o valor que deveria ser tributado é superior ao mínimo exigido para que se proceda uma execução fiscal. (Precedentes)

VI - A discussão acerca da legitimidade do *Parquet* para proceder investigações preliminares à denúncia, envolve necessariamente a discussão de matéria constitucional (arts. 129 e 144 da Carta Magna), razão pela qual não pode ser apreciada em sede de recurso especial. (Precedentes)

VII - Em razão do Enunciado n. 234 da súmula desta Corte ("A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia), não há que se falar em violação aos arts. 252 e 258 do CPP.

VIII - Se a tese referente à violação ao art. 319 do CP já foi enfrentada quando do julgamento do HC n. 27.689/PR, pela Quinta Turma desta Corte (DJ de 19.12.2003), resta o apelo prejudicado quanto a esse ponto.

Recurso especial de João Ricardo Képes Noronha, Olavo Americano Romanus e Joed Domingos da Silva não conhecido.

Recurso especial de Airton Nascimento Vicente, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso interposto por Airton Nascimento Vicente, mas negar-lhe provimento e não conhecer do recurso interposto por João Ricardo Képes Noronha, Olavo Americano Romanus e Joed Domingos da Silva. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentaram oralmente: Dr. Luiz Alberto Machado (pelo recorrente João Ricardo Képes Noronha) e Dr. Renê Ariel Dotti (pelo recorrente Airton Nascimento Vicente).

Brasília (DF), 02 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Tratam-se de recursos especiais interpostos por João Ricardo Képes Noronha, Olavo Americano Romanus e Joed Domingos da Silva, e por Airton Nascimento Vicente, com fundamento nas alíneas **a** e **c**, da **Lex Fundamentalis**, atacando v. acórdão prolatado pela colenda Sétima Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Criminal n. 2001.04.01.064921-2, que restou assim ementado:

Constitucional. Ministério Público. Investigação criminal. Cabimento. Constituição Federal, art. 129, inciso I, VI e VII. Penal. Processo Penal. Descaminho. CPB, art. 334, **caput**. Facilitação de descaminho. CPB, art. 318. Prova. CPB, arts. 155 e 157. Materialidade do crime. CPP, arts. 158 e 167. Perda do cargo como efeito da condenação. CPB, art. 92, inciso I. Desnecessidade.

1. A introdução de oito caixas de uísque sem o pagamento dos tributos, promovida por servidores públicos para uso em um jantar de confraternização da classe, configura o crime de descaminho previsto no art. 334, **caput**, do Código Penal e, independentemente do valor da mercadoria, não pode ser algo considerado insignificante e, conseqüentemente, atípico.

2. Consuma-se o crime de facilitação de descaminho com a omissão da autoridade policial federal que, tomando conhecimento da introdução de oito caixas de uísque no País sem o pagamento dos tributos, deixa de apreendê-las e de tomar as medidas previstas no Código de Processo Penal e libera a mercadoria.

3. A prova da materialidade do crime de descaminho dispensa a realização de perícia quando ela se revelar impossível, bastando, para tanto, a prova testemunhal produzida e registro no livro de ocorrências.

4. A acusação de um policial federal ao Procurador da República, de que ocorreu a introdução de bens descaminhados no País, não pode ser desacreditada sob a acusação de que ele agiu visando apressar sua remoção ou de que agiu movido por desapareço à Polícia Civil, vez que estas acusações são absolutamente desproporcionais à gravidade dos fatos ocorridos.

5. Ao Ministério Público Federal não pode ser negado o direito de proceder investigações através de procedimento administrativo, pois seria inadmissível negar-se ao titular da ação penal o direito básico de confirmar a existência dos fatos.

6. Não se justifica a decretação da perda do cargo público, por condenação à pena inferior a quatro anos, de servidor que pautou toda a sua vida

funcional por conduta correta e que, incidentalmente, vem a cometer crime que por suas características não revela incompatibilidade com a função pública” (fls. 832/833).

Retratam os autos que João Ricardo Képes Noronha e Olavo Americano Romanus, foram condenados como incurso no art. 334, **caput**, c.c. o art. 29 do Código Penal, às penas de um ano e onze meses de reclusão, em regime aberto, as quais foram convertidas em duas penas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade e multa). Joed Domingos da Silva, foi condenado como incurso no art. 334, **caput**, c.c. o art. 29 do Código Penal, à reprimenda de um ano e seis meses de reclusão, em regime aberto, a qual foi convertida em duas penas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade e multa). Airton Nascimento Vicente, foi condenado como incurso no art. 318 do Código Penal, às reprimendas de quatro anos de reclusão, em regime aberto, e oitenta dias-multa, sendo que a pena privativa de liberdade foi convertida em duas restritivas de direitos (intervenção temporária de direitos e prestação de serviços à comunidade). Quanto ao último recorrente foi declarada a perda do cargo público que exercia (Delegado da Polícia Federal), nos termos do art. 92, I, do Código Penal.

Irresignadas as defesas manejaram recurso de apelação, sendo que o apelo de João Ricardo Képes Noronha foi parcialmente provido para reduzir a pena privativa de liberdade para um ano, sete meses e seis dias de reclusão. O apelo de Olavo Americano Romanus foi desprovido. O apelo de Joed Domingos da Silva foi parcialmente provido para reduzir a pena privativa de liberdade para um ano de reclusão, convertendo-a em uma de prestação de serviços à comunidade e excluindo a pena restritiva de direitos de multa. Por fim, o apelo de Airton Nascimento Vicente, foi parcialmente provido para reduzir a pena privativa de liberdade para três anos de reclusão, mantendo-se a pena de multa e a substituição daquela por duas restritivas de direito, excluindo-se ainda da condenação, a perda do cargo público que ocupava.

Daí os presentes recursos especiais, interpostos com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional.

No recurso interposto por João Ricardo Képes Noronha, Olavo Americano Romanus e Joed Domingos da Silva, alega-se, a par de divergência jurisprudencial, nulidade da r. sentença penal condenatória e do v. acórdão que a confirmou, em observância ao art. 564, **b**, do CPP, violação ao art. 334 do Código Penal, ilegitimidade do *Parquet* Federal para presidir investigações preliminares ao oferecimento da denúncia, e ofensa aos artigos 252 e 258 do CPP.

Já no recurso especial interposto por Airton Nascimento Vicente, aduz-se, a par de divergência jurisprudencial, violação ao art. 319 do CP e ilegitimidade do *Parquet* Federal para presidir investigações preliminares ao oferecimento da denúncia.

Contra-razões ao recurso especial interposto por João Ricardo Képes Noronha, Olavo Americano Romanus e Joed Domingos da Silva juntadas às fls. 1.081/1.091. Contra-razões ao apelo nobre de Airton Nascimento Vicente, juntadas às fls. 1.092/1.102.

Os recursos foram admitidos às fls. 1.124/1.125 e 1.126, respectivamente.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo desprovimento dos recursos (fls. 1.139/1.151).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuidam-se de recursos especiais interpostos por João Ricardo Képes Noronha, Olavo Americano Romanus e Joed Domingos da Silva, e por Airton Nascimento Vicente, com fundamento nas alíneas **a** e **c** da **Lex Fundamentalis**, atacando v. acórdão prolatado pela colenda Sétima Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Criminal n. 2001.04.01.064921-2.

No recurso interposto por João Ricardo Képes Noronha, Olavo Americano Romanus e Joed Domingos da Silva, alega-se, em síntese: 1) nulidade da r. sentença penal condenatória e do v. acórdão que a confirmou, em observância ao art. 564, **b**, do CPP, com base em dois fundamentos: 1.1) ausência de prova da materialidade do do delito do art. 334 do CP, uma vez que a condenação se deu com base em “única e exclusivamente contraditória versão do agente Lucena” (fl. 844); 1.2) violação ao art. 158 do CPP, uma vez que por tratar o preceito primário do art. 334 do CP de delito que deixa vestígios, imprescindível seria o exame de corpo de delito, o qual não ocorreu, causando enorme prejuízo à defesa, uma vez que “a prova oral isolada não pode suprir o indispensável exame de corpo de delito, especialmente quando o depoimento está inquinado pelo vício da imparcialidade, como ocorre com o agente Lucena, notório desafeto dos policiais civis.” (Fl. 855) Quanto ao subitem “1.2”, alega ainda dissídio jurisprudencial; 2) violação ao art. 334 do Código Penal, posto que: 2.1) inexistente o **animus**, por parte dos recorrentes, de “iludir o recolhimento do imposto.” (Fl. 858) 2.2) “nenhum dos recorrentes era comerciante, a denúncia não lhe imputou qualquer das condutas descritas no art. 334 do CPB, pois os mesmos jamais venderam bebidas estrangeiras, bem como jamais iludiram o Fisco (...) não se revelando a intenção comercial no destino das bebidas, não se pode falar do crime em questão.” (Fls. 858/859) 2.3) em razão da inexistência de laudo para verificar a materialidade do delito, não há, outrossim que se falar em potencialidade das condutas imputadas aos recorrentes devendo ser aplicado o princípio da

insignificância. Quanto ao subitem “2.3”, sustenta ainda dissídio jurisprudencial; 3) nulidade do feito **ab initio**, em razão de ter o *Parquet* Federal usurpado suas atribuições presidindo as investigações preliminares ao oferecimento da denúncia; 4) ofensa aos artigos 252 e 258 do CPP, uma vez que o membro do Ministério Público que acompanha as investigações, exercendo **in casu** a função típica de autoridade policial, está impossibilitado de oferecer a peça acusatória. Quanto aos itens “3” e “4” alega-se ainda divergência jurisprudencial.

Segundo narra o v. acórdão increpado, os fatos se deram da seguinte forma:

“Os fatos, por si só inusitados, foram apurados pelo Ministério Público Federal em Foz do Iguaçu e não pela forma usual do inquérito policial. Tudo teve início com representação do Agente de Polícia Federal Adonai de Lucena Cavalcanti, que interceptou a viatura da Polícia Civil e ficou inconformado com a liberação pela Autoridade Policial Federal. O referido Agente, em 22.10.1996, representou ao Procurador da República narrando a ocorrência e pedindo providências (fl. 09). Daí se instaurou um procedimento administrativo (fl. 08), nele sendo requisitadas diversas medidas e colhendo-se o depoimento do denunciante, de testemunhas e de parte dos envolvidos (fls. 08/107). Em 12.05.1997 foi ofertada a denúncia e no dia 20 daquele mês e ano foi ela recebida, instaurando-se a ação penal (fl. 110). A sentença condenatória proferida pelo Juízo Federal (fls. 632/651) é, agora, objeto de exame nesta segunda instância” (fl. 817/818).

Para melhor delimitar a **quaestio** ora em análise, transcrevo o teor da peça acusatória, **in verbis**:

“(…) no período compreendido entre os dias 8 (oito) a 12 (doze) de outubro de 1996 (um mil novecentos e noventa e seis), no Município de Foz do Iguaçu — PR realizou-se, nas dependências do Hotel Bourbon, o VI Congresso Nacional de Delegados de Polícia de Carreira, evento que foi promovido pela Confederação Nacional dos Delegados de Polícia de Carreira (Condepol) e Associação dos Delegados de Carreira do Paraná (Adepol). Participaram do evento aproximadamente, direta e indiretamente, mais de 1.000 (mil) pessoas.

João Ricardo Képes Noronha atuou diretamente na ocasião como coordenador do congresso (fls. 56/57), organizando e viabilizando a contratação do referido Hotel, no que concerne à reserva de apartamentos, almoço, bebidas, passeios, e etc. Outrossim, João Ricardo Képes Noronha, entrevistou junto aos empresários de estabelecimentos comerciais de *Ciudad Del Leste* — Paraguai, auxiliado por Olavo Americano Romanus, com a finalidade de angaria-

rem contribuições em dinheiro, a fim de patrocinar a realização do referido evento, além de mercadorias, como bebidas (*whisky* e vinho), utilizados nas festividades e recepção. Além de aparelhos de som e camisetas, os quais seriam e foram distribuídos aos congressistas.

Diante da magnitude do evento, e da posição geográfica favorável em que se encontra Foz de Iguaçu — PR, fazendo divisa com a Argentina e Paraguai, foram mobilizados uma significativa parcela de viaturas oficiais e agentes da polícia civil para transportarem os congressistas e familiares desses até os referidos países a fim de realizarem compras.

Assim, no dia 11 (onze) de outubro do mesmo ano, por volta das 17h, no Posto de Fiscalização localizado na Ponte Internacional da Amizade, pista de entrada para o Brasil, o agente de polícia federal Adonai de Lucena Cavalcanti abordou um veículo da Polícia Civil, versalles branco, tipo camburão, que vinha conduzido apenas pelo motorista, para vistoria de rotina, visto que o mesmo visivelmente demonstrava estar transportando excesso de peso (amortecedores baixos).

O veículo estava sendo conduzido pelo assistente de vigilância Joed Domingos da Silva, tendo o agente de polícia federal Adonai de Lucena observando que no banco traseiro do veículo a presença de algumas caixas com *whisky* dentro. Pelo que solicitou a abertura do porta-malas do veículo, onde se conduzem os presos. Todavia Joed Domingos da Silva recusou-se a fazê-lo, passando então os policiais a discutirem. Nesse momento, Joed Domingos da Silva comunicou-se por rádio com outros integrantes da Polícia Civil, chamando-os para o local.

Incontinenti algumas viaturas da Polícia Civil chegaram no local, e o delegado Olavo Americano Romanus dirigiu-se até o policial federal Adonai, indagando-lhe qual era o motivo do problema. Cientificado da vistoria, Olavo Americano Romanus pegou as chaves do carro e abriu o porta-malas do veículo, onde constatou-se que no seu interior havia grande quantidade de caixas de *whisky*. Por esta razão, o policial *Adonai* deu voz de prisão a Joed Domingos da Silva.

O Policial Adonai chamou, então, a presença do TTN Luiz Eduardo Silva Pereira de Carvalho, verificando a grande quantidade de bebidas, ratificou a voz de prisão em flagrante.

Assim, o TTN Luiz Eduardo comunicou o ocorrido ao AFTN Jackson Corbari, que se encontrava no escritório da Receita Federal existente na Ponte Internacional da Amizade, onde logo em seguida entraram o APF Adonai de

Lucena Cavalcante, os Delegado de Polícia Civil Olavo Americano Romanus e João Ricardo Képes Noronha. Tendo em vista que naquele instante encontrava-se, também, naquelas imediações, uma equipe de reportagem da Rede Globo de Televisão, resolveram os referidos Delegados que seria melhor discutir o assunto na Divisão de Polícia Federal, para onde o veículo e as mercadorias foram encaminhados.

Na Divisão de Polícia Federal estavam presentes os denunciados Olavo Americano Romanus, João Ricardo Képes Noronha, Joed Domingos da Silva e o policial federal Adonai de Lucena Cavalcanti, tendo esse último relatado o fato delituoso ao Delegado Airton Nascimento Vicente, Diretor da Divisão de Polícia Federal em Foz do Iguaçu — PR, e apresentado o veículo que se encontrava na porta da Divisão, juntamente com a mercadoria. Após o relato do fato, os delegados Olavo Americano Romanus e João Ricardo Képes Noronha disseram ao denunciado Airton Nascimento Vicente que: ‘Vicente, quer prender, prenda! Mas se der para liberar, libere que esse é o *whisky* do jantar do congresso.’

Por esse motivo o Delegado Airton Nascimento Vicente deixou de apreender as mercadorias, liberando-as, e de prender em flagrante Joed Domingos da Silva, Olavo Americano Romanus e João Ricardo Képes Noronha.

Dessa forma, os denunciados Olavo Americano Romanus, João Ricardo Képes Noronha e Joed Domingos da Silva, todos agindo de maneira livre e consciente, previamente ajustados entre si, importaram bebidas de procedência estrangeiras de *Ciudad Del Leste* — Paraguai, iludindo no todo, o imposto de importação devido pela entrada das mesmas em território brasileiro.

Por sua vez, o denunciado Airton Nascimento Vicente, funcionário público federal exercendo a função de Diretor da Divisão de Polícia Federal em Foz do Iguaçu — PR, com o dever funcional de repressão ao contrabando e descaminho, de maneira de livre e consciente, facilitou a prática de descaminho pelos denunciados Olavo Americano Romanus, João Ricardo Képes Noronha e Joed Domingos da Silva.”

Assim agindo, incorreram os denunciados Olavo Americano Romanus, João Ricardo Képes Noronha e Joed Domingos da Silva nas sanções do artigo 334, **caput**, segunda figura, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal, e o denunciado Airton Nascimento Vicente, nas sanções do artigo 318 do mesmo estatuto repressor” (fls. 03/06).

No que se refere ao alegado no subitem 1.1, confira-se a fundamentação da r. sentença penal condenatória quanto à materialidade do delito:

“Segundo Lucena, todos foram à delegacia porque, na ponte, ele viu que havia oito caixas de uísque na viatura dirigida por Domingos.

No início das investigações sobre o caso, feitas na Procuradoria da República de Foz do Iguaçu, o APF Lucena contou os seguintes fatos:

Ao se aproximar da viatura, ele viu duas caixas de uísque de marca estrangeira, lacradas, no interior do veículo. Tendo notado que o veículo estava baixo — como se carregando grande peso —, pediu para o motorista abrir o porta-malas. Domingos recusou: “não vou abrir de maneira alguma”. Ambos começaram a discutir, até que Domingos acionou o rádio e manteve conversa com alguém da Polícia Civil. De imediato, chegaram ao local três viaturas da Polícia Civil. De uma delas saiu o réu Olavo, a quem Lucena contou que o motorista se negava a abrir o porta-malas. Olavo então concordou com a abertura do porta-malas, quando Lucena viu, dentro, mais seis caixas de uísque. Olavo falou que as bebidas eram presentes de comerciantes do Paraguai e seriam servidas no jantar do congresso de Delegados. Lucena respondeu que, diante da grande quantidade, não podiam ser internadas no País. Após dizer que o motorista seria preso e a viatura e as mercadorias seriam apreendidas, Lucena chamou um servidor da Receita Federal, chamado Luiz Eduardo, para olhar a viatura. Luiz Eduardo foi até o veículo e afirmou que havia “muita mercadoria e deveria ser apreendida”. Sendo assim, Lucena confirmou que o motorista seria preso. De contínuo, retornou ao posto da Receita Federal para telefonar a um Delegado de Polícia Federal, a fim de comunicar o ocorrido. Contou o fato ao então Delegado Executivo, Eudes da Silva Carneiro, que o orientou a avisar outro DPF. No momento em que ele e Olavo estavam na sala, tentando manter o referido contato, dois Delegados de Polícia Civil ingressaram no recinto, onde foi argumentado que, diante da presença de repórteres no local, poderia haver algum dano à imagem da Polícia Civil se o carro com os uísques fosse filmado: “Pelo amor de Deus! Vamos sair daqui. Vamos para a Divisão, porque a Rede Globo chegou. Pode filmar o carro da Polícia Civil e pode dizer que o Congresso dos Delegados de Polícia serviu para o pessoal vir comprar muamba no Paraguai”. Em razão desta argumentação, Lucena foi convencido que o melhor era todos irem até a Delegacia de Polícia Federal (fls. 11/12).

Portanto, de acordo com Lucena, todos saíram da ponte para preservar a imagem da Polícia Civil, que poderia ser abalada se a imprensa tomasse conhecimento e divulgasse a apreensão das caixas de uísque, que se pretendia internar irregularmente no Brasil, bem como a prisão do motorista da viatura oficial. Resolveu-se então que essas formalidades seriam realizadas na DPF/FI sem risco de escândalo.

Em juízo, Lucena confirmou integralmente o depoimento prestado na Procuradoria da República de Foz do Iguaçu. Disse que os fatos narrados na peça de acusação “são verdadeiros em sua integralidade” (fl. 357). Reiterou que havia oito caixas de uísque no veículo. Repetiu que “o exame das caixas foi presenciado pelo Dr. Olavo e pelo condutor do veículo”. Atestou que ouviu Olavo comentar que as bebidas se destinavam ao jantar do congresso. Afirmou novamente que a saída de todos da ponte deveu-se ao pedido de um Delegado de Polícia Civil, que entrou repentinamente na sala da Receita Federal no momento em que se tentava telefonar para um DPF: “chegaram 2 delegados de polícia civil solicitando que todos fossem para o prédio da Divisão a fim de evitar o acesso da imprensa aos fatos, o que foi atendido”. Salientou não vislumbrar irregularidade alguma na ida à DPF/FI, pois imaginou que, dirigindo-se com o preso e os bens, o auto de apreensão de mercadorias seria lavrado lá.

Nota-se, assim, que Lucena sempre narrou uma só história. Nas duas vezes que prestou declarações, relatou os mesmos fatos. Seu testemunho firme e coerente é prova de que os fatos aconteceram como narrados na denúncia.

2.2. Além disso, suas palavras foram confirmadas pelos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional (AFTNs) Luiz Eduardo Silva Pereira de Carvalho e Jackson Aloir Corbari, no que estes participaram (observe-se que, no curso de seu depoimento judicial, Lucena afirmou que o auditor chamado Jackson Corbari presenciou os fatos ocorridos na sala da Receita Federal).

Na Procuradoria da República de Foz do Iguaçu, Luiz Eduardo confirmou ter sido chamado por Lucena para verificar a mercadoria encontrada na viatura da Polícia Civil. Ao chegar perto do veículo, percebeu algumas caixas de uísque no porta-malas e no banco traseiro. Nas proximidades, um Delegado de Polícia Civil dizia que se pretendia destinar a mercadoria a um congresso de Delegados. De todo modo, em razão da quantidade, não podia ingressar no País. Tinha de ser retida pela Receita Federal. Assim, Luiz Eduardo foi até o posto da Receita Federal e comunicou o fato ao AFTN Jackson. Enquanto os dois estavam na sala, entraram Lucena e alguns policiais civis para dialogar sobre o assunto. Depois de Lucena tentar telefonar para a Polícia Federal, ficou acordado que os policiais e a viatura iriam até a DPF/FI. Diante disto, não foi formalizada a retenção dos uísques, pela Receita Federal (fl. 14).

Quando ouvido em juízo, Luiz Eduardo relatou os fatos da mesma maneira. Aliás, até com mais riqueza de detalhes. Reafirmou o chamado de Lucena. Disse que o acompanhou até a perua da Polícia Civil que estava com a

porta traseira aberta. Depois de ver aproximadamente oito caixas de uísque na viatura, foi à sala da Receita Federal, a fim de apanhar os papéis necessários à formalização da retenção das mercadorias, que estavam fora do conceito de bagagem, devido à quantidade elevada. No posto da Receita Federal, depois que o AFTN Jackson foi informado do ocorrido, chegaram Lucena e mais três ou quatro pessoas, inclusive o réu Olavo. Luiz Eduardo afirmou que, “por ocasião destes fatos, ... ouviu o doutor Olavo explicar que os uísques que estavam na viatura estavam destinados a um evento que haveria num congresso de delegados que estava acontecendo nesta cidade, procurando demonstrar que as mercadorias não seriam destinadas à comercialização”. Ainda após estas justificativas, Luiz Eduardo continuou com seu entendimento de que os bens teriam de ser retidos no local. Mas, enquanto Lucena, na sala da Receita Federal buscava um contato telefônico com a DPF/FI, Luiz Eduardo voltou ao seu posto de trabalho. Tempos depois, quando deu conta da saída de todos da região, foi comunicado por Jackson que eles tinha ido à DFP/FI. Por isto, não houve a lavratura do termo de retenção dos uísques, pela Receita Federal. Ao saber que as pessoas envolvidas tinham ido à DPF/FI, retornou definitivamente ao trabalho, pensando que, “com os policiais federais, ‘o caso estava em boas mãos’” (fls. 306/309).

2.3. Ao prestar depoimento na sede da Procuradoria da República de Foz do Iguaçu, o AFTN Jackson A. Corbari disse que, numa sala da Receita Federal, foi informado pelo colega Luiz Eduardo “que o APF Lucena havia apreendido oito caixas de *whisky* dentro do camburão, bem como dado voz de prisão ao motorista do camburão”. Jackson notou que Lucena estava na sala, junto ao telefone. Quando a apreensão seria formalizada, chegaram ao recinto mais duas pessoas, dizendo “Pelo amor de Deus, vamos sair daqui que a imprensa está aí”, aludindo a um repórter da repetedora local da TV Globo, cuja presença na ponte, para “fazer imagens”, tinha sido autorizada pelo próprio Jackson. Diante disto, as pessoas envolvidas formaram um consenso de irem todas para a Delegacia de Polícia Federal, onde — imaginava Jackson — “seria adotado o procedimento normal para a apreensão realizada pela Polícia Federal, a saber, o encaminhamento posterior à Delegacia da Receita Federal da mercadoria apreendida” (fl. 112).

Em juízo, Jackson repetiu o depoimento anterior. Confirmou que tinha declarado antes. Novamente destacou que foi avisado pelo AFTN Luiz Eduardo que deviam ser apreendidos os uísques transportados pelo motorista de uma viatura da Polícia Civil, que tinha sido preso pelo fato por um policial federal. Reiterou que não houve a apreensão na ponte, pela Receita Federal, porque foram todos à Delegacia de Polícia Federal (fl. 327).

3. Verifica-se, assim, que três servidores públicos federais declararam que o réu Domingos dirigia um camburão com tamanha quantidade de uísques que estes tinham de ser apreendidos. Um policial federal e um servidor da Receita Federal afirmaram que viram as caixas de bebida no interior do veículo. Um outro servidor da Receita Federal contou que, na ponte, um colega o avisou que o policial federal tinha abordado uma viatura da Polícia Civil com grande quantidade de uísques em seu interior e que presenciou uma conversa na qual, debatido o assunto, decidiu-se por levar o carro com os uísques para a Delegacia de Polícia Federal de Foz do Iguaçu. Ou seja, só não houve a apreensão das mercadorias ainda na ponte porque os três acreditaram que isto aconteceria na DPF.

Ora, diante destes três depoimentos, todos coerentes e complementares, é imperioso admitir que havia, sim, caixas de uísque na viatura que Domingos guiava. A despeito da negativa dos réus, ficou provado o transporte das caixas de uísque, na viatura da Polícia Civil, por Domingos. Os depoimentos destes três servidores públicos são suficientes para se ter como provado este fato.

Saliente-se que as três testemunhas simplesmente repetiram quase tudo o que tinham dito na fase extrajudicial. No decorrer da instrução, ratificaram as informações anteriores, judicializando a prova colhida antes do início do processo.

Em razão disto, só por um jeito se pode dizer que não havia oito caixas de uísque no camburão: pela admissão de que todas as testemunhas arroladas na denúncia mentiram.

Acontece que não há motivo para desconfiar das palavras dos dois servidores que viram as caixas no carro, mormente em se considerando que eram exatamente eles os encarregados de, naquele dia, fazer trabalhos de fiscalização nos que vinham do Paraguai pela Ponte da Amizade. Não há razão para suspeitar do servidor que ouviu a conversa sobre os uísques, pois ele estava na ponte chefiando a equipe da Receita Federal encarregada de fiscalizar os que vinham para o Brasil.

Inexiste indício razoável de que cada um dos três tivesse mentido, por mais de uma vez (na Procuradoria da República e em juízo). Inexiste um só motivo concreto para se imaginar que os três, em conjunto, teriam mentido sobre fatos tão relevantes como os que presenciaram.

Nem se cogitou de um fato que pudesse abalar seriamente a credibilidade das narrativas dos três servidores. Sendo assim, deve-se ter que eles se limitaram a contar o que presenciaram.

Lendo os seis depoimentos, tão comuns, também não se pode argumentar que a falta de perícia seja motivo para duvidar da procedência estrangeira dos uísques que estavam no carro” (fls. 636/638).

Transcrevo, outrossim, os seguintes trechos do v. acórdão reprochado:

“A primeira observação que se faz é a da adequação da bebida com a festividade, o que torna lógica a conclusão de sua existência. Com efeito, o destino da mercadoria era o jantar de confraternização do VI Congresso Nacional de Delegados de Polícia de Carreira, jantar este cuja existência está confirmada na programação do evento (fl. 52). Pois bem, o uísque é uma das bebidas usuais em tal tipo de comemoração e o Hotel Bourbon informou que não vendeu bebida alcoólica na ocasião (fl. 100). Finalizando o raciocínio, os Apelantes não esclareceram e nem provaram de onde veio o vinho e o uísque servidos no jantar. Era prova fácil e que lhes cumpria fazer” (fl. 818).

“No caso em tela, sem dúvida, não foi feita a apreensão e nem a consequente perícia. Mas, nem por isso, se põe em dúvida a existência das caixas de uísque. Primeiro porque existe uma anotação insuspeita no Livro de Ocorrências da Polícia Federal, fazendo expressa referência a oito caixas de uísque que se achavam em uma viatura da Polícia Civil (fl. 48). Outrossim, há testemunhos colhidos sob o crivo do contraditório confirmando a existência das caixas de uísque (L. Carvalho, fl. 306, 12ª linha) e A. L. Cavalcanti, fl. 357, 19ª e 20ª linhas)” (fl. 819).

Pela simples leitura dos trechos transcritos, constata-se a improcedência da tese dos recorrentes de que a condenação se deu com base em meras presunções. Em verdade, tanto a r. sentença penal condenatória, quanto o v. acórdão reprochado, demonstraram de forma exaustiva a autoria e materialidade dos delitos.

Entender em sentido contrário, como querem os recorrentes, ensejaria necessariamente o reexame de provas, pretensão vedada em sede de recurso especial, nos precisos termos do Enunciado n. 07 desta Corte, **in verbis**:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

No subitem 1.2 o recorrente alega violação ao art. 158 do CPP, uma vez que por tratar o preceito primário do art. 334 do CP de delito que deixa vestígios, imprescindível seria o exame de corpo de delito, o qual não ocorreu, causando enorme prejuízo à defesa, uma vez que “a prova oral isolada não pode suprir o indispensável exame de corpo de delito, especialmente quando o depoimento está inquinado pelo vício da imparcialidade, como ocorre com o agente Lucena, notório desafeto dos policiais civis” (fl. 855).

Quanto a esta tese, é necessário fazer duas observações.

A primeira é que, o exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios, nos termos do art. 167 do CPP, pode ser suprido por prova testemunhal:

“Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”

Nesse sentido aliás, vem decidindo a Quinta Turma desta Corte:

“**Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Tentativa de homicídio qualificado. Vícios no inquérito. Inércia do curador. Ausência de exame de corpo de delito. Inépcia da denúncia. Pronúncia. Excesso de linguagem. Inocorrência. Desaforamento. Exame aprofundado de provas.

I - Eventuais nulidades havidas durante a fase inquisitorial, meramente informativa, não têm o condão de contaminar a ação penal posteriormente instaurada.

II - *O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos, notadamente os de natureza testemunhal-ou documental.*

III - A inépcia da denúncia deve ser alegada antes da decisão de pronúncia. No caso, todavia, a par de ser a afirmação serôdia, a improcedência do reclamo é manifesta já que a imputação, objetiva, permite claramente a adequação típica, sem prejuízo para a defesa.

IV - Decisão de pronúncia que não padece do alegado excesso de linguagem, tendo o Juiz prolator apenas explicitado os motivos de seu convencimento, nos termos do art. 408 do CPP e do art. 93, IX, da Constituição Federal.

V - O **habeas corpus** não é o instrumento processual adequado para examinar pedido de desaforamento sob alegação de constrangimento sofrido pelos réus e pelas testemunhas, se necessária incursão aprofundada no acervo probatório dos autos principais.

Ordem denegada”

(STJ — HC n. 23.898/MG, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 24.02.2003).

“Criminal. **HC**. Homicídio. Estupro. Atentado violento ao pudor. Ocultação de cadáver. Trancamento de ação. Ausência de prova da materialidade. Laudo não conclusivo sobre a **causa mortis**. Inépcia da denúncia. Deficiência ou prejuízo à defesa não demonstrados. Falta de justa causa não evidencia-

da. Prisão preventiva. Fundamentação válida do decreto. Garantia da ordem pública. Ordem denegada.

I - É impróprio o argumento de inexistência de prova da materialidade, apenas porque o laudo cadavérico não teria sido conclusivo sobre o motivo da morte da vítima, cabendo a ressalva de que a prova técnica não é a única capaz de atestar a materialidade das condutas, sendo que até mesmo a falta do exame de corpo de delito não impede a propositura da ação penal — não só porque o mesmo pode ser produzido na fase instrutória, mas, também, porque pode ser suprido pelo exame de corpo de delito indireto, na forma do art. 167 do CPP

II - Não se acolhe alegação de inépcia da denúncia se a mesma encontra-se formalmente perfeita, descrevendo satisfatoriamente as condutas tidas como criminosas e amparada em indícios de autoria e de materialidade.

III - A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório evidencia-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção de punibilidade.

IV - Justifica-se a prisão cautelar quando o respectivo decreto encontra-se devidamente fundamentado nos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, reportando-se aos fundamentos do decreto da prisão dos co-réus, que aludiram à prova da materialidade e aos indícios de autoria.

V - A gravidade e a violência do crime podem ser suficientes para motivar a segregação cautelar como garantia da ordem pública. Precedentes do STF e desta Turma.

VI - Ordem denegada”

(STJ — HC n. 12.487/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 21.08.2000).

“Penal. Processual. Estupro e atentado violento ao pudor. Nulidades. Defesa deficiente. Ausência de exame de corpo de delito. Continuidade delitiva. **Habeas corpus.**

1. A ausência ou deficiência de defesa (Súmula n. 523/STF) somente acarretam a nulidade do processo se efetivamente demonstrado o prejuízo delas decorrente.

2. *A falta do exame de corpo de delito por si só, não serve para anular o processo, quando a condenação tem amparo em outros elementos de prova, especialmente a testemunhal.*

3. Embora do mesmo gênero, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor não são da mesma espécie, o que afasta a continuidade e corporifica o concurso material.

4. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido”

(*STJ* — HC n. 10.162/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 27.09.1999).

E a *Sexta Turma*:

“**Habeas corpus**. Exame de corpo de delito indireto. Possibilidade. **Emendatio libelli**. Manifestação do recorrido acerca da nova capitulação jurídica. Desnecessidade.

“*O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos, notadamente os de natureza testemunhal ou documental.*” (HC n. 23.898/MG, Relator Ministro Felix Fischer)

Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defende daqueles fatos e não de sua capitulação inicial.

Ordem denegada”

(*STJ* — HC n. 25.097/RS, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 16.06.2003).

“**Habeas corpus**. Roubo com a majorante de emprego de arma. Não apreensão desta. Irrelevância. Regime fechado. Fundamentação. Presunção da personalidade delituosa. Inocorrência. Gravidade concreta do crime.

1. Em sendo forte e inequívoca a prova oral, é desinfluyente para o reconhecimento da causa de aumento inserta no inciso I do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal a não-apreensão da arma de fogo empregada no roubo.

2. *Ainda que se cuidasse de infração penal intransiente, admite a lei processual penal o exame de corpo de delito indireto em havendo desaparecido os vestígios, e o suprimento da prova pericial pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigos 158 e 167).*

3. Presume-se **juris tantum** a aptidão ofensiva da arma, sendo da parte que a nega o ônus da prova (Código de Processo Penal, artigo 156).

4. Sem que haja dissídio qualquer, é segura, no direito penal vigente, excluída a hipótese da alínea **a** do parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal, a inexistência de relação necessária entre a quantidade da pena prisional e o

regime inicial do seu cumprimento, restando, ao contrário, bem estabelecido que a pena-base prisional e o seu regime inicial, presididos, embora pela mesma norma, inserta no artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais), devem ser estabelecidos distinta e fundamentadamente.

5. Não há falar em regime semi-aberto se o fechado encontra fundamento, na forma do artigo 59, no fato-crime perpetrado e na personalidade do homem-autor.

6. Regime outro não há de ser imposto, que não o fechado, quando, da descrição do fato criminoso se deduz a periculosidade concreta do rouba-dor, que, como na hipótese dos autos, além de utilizar ostensivamente arma de fogo, ameaçou as vítimas de morte caso esboçassem qualquer reação.

7. Ordem denegada”

(STJ — HC n. 18.818/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Car-valhido, DJ de 15.04.2002).

No mesmo sentido cito julgados do Pretório excelso:

“**Habeas corpus**. Sedução. Alegada nulidade do processo por ausência de exame de corpo de delito. Possibilidade de suprimento por outros meios de prova. O Supremo Tribunal Federal rejeita, ante a existência de outros elementos probatórios, a argüição de nulidade processual, em face da omissão do exame de corpo de delito direto. No caso, considerou o acórdão haver lastro probatório — notadamente de natureza testemunhal e documental — suficiente para fundamentar a acusação e legitimar o prosseguimento da ação penal. **Habeas corpus** indeferido”

(STF — HC n. 73.334/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Gal-vão, DJ de 30.04.1996).

“**Habeas corpus**. Nulidade da citação. Reiteração: Não-conhecimento. Falta de prova da materialidade do delito. Indeferimento. I - Alegação de que tanto a citação inicial, quanto a intimação da sentença condenatória foram feitas irregularmente. Argumentação já apreciada — e afastada — em julgamento anterior (HC n. 60.584-2). Mera reiteração, de que não se conhece. II - Falta de prova da materialidade do delito. Nulidade sanável por outros elementos de caráter probatório. No caso, prova testemunhal (artigo 167 do CPP). **Habeas corpus** indeferido”

(STF — HC n. 70.144/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ de 09.11.1993).

Diante disso, não restou demonstrada qualquer violação ao art. 158 do CPP, **in casu**.

Em segundo lugar, as provas que acarretaram a condenação dos recorrentes, ao contrário do que esses alegam, não se restringem a um único depoimento conforme já demonstrado neste voto. Por outro lado, apesar de acusarem uma das testemunhas (Sr. Lucena), de ser notório desafeto dos “*policiais civis*”, não trouxeram qualquer elemento hábil a demonstrar sua tese. Desta forma, qualquer juízo de valor sobre tal ponto ensejaria reexame de provas (Súmula n. 07 desta Corte).

Quanto ao subitem 1.2, os recorrentes alegam ainda dissídio jurisprudencial.

Com efeito, o dissídio deve ser realizado **ex vi** dos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC, c.c. o art. 3º do CPP, devendo o recorrente demonstrar a identidade entre o v. acórdão increpado e o acórdão tido por paradigma.

In casu, apesar de ter havido o cotejo analítico, o acórdão tido por paradigma, não ratifica a indispensabilidade do exame de corpo de delito, sob pena de nulidade, nos termos da alegação sustentada pelos recorrentes no subitem 1.2.

Desta forma, quanto à tese do item 1, não há que se falar em nulidade da r. sentença penal condenatória e do v. acórdão increpado, com fundamento no art. 565, III, **b**, do CPP

No item 2, os recorrentes alegam violação ao art. 334 do Código Penal.

Quanto à tese de inexistência do **animus**, por parte dos recorrentes, de “iludir o recolhimento do imposto,” (fl. 858) — (subitem 2.1), observa-se que, na hipótese dos autos, principalmente levando-se em consideração os trechos do r. **decisum** condenatório já transcritos, esta não pode ser conhecida, por ensejar necessariamente de reexame de provas, o que, como já afirmado, é vedado em sede de recurso especial (Súmula n. 07 desta Corte). Ainda mais quando o delito foi praticado, outrossim, por dois Delegados da Polícia Civil, em tese, conhecedores da parte especial do Estatuto Repressivo e que, segundo consta do próprio recurso especial interposto, chegaram a afirmar ao recorrente *Airton Nascimento Vicente* — “Vicente se quer prender, prenda! *Mas se der para liberar, libere...*” (fl. 858 — grifei).

Quanto à alegação de que “nenhum dos recorrentes era comerciante, a denúncia não lhe imputou qualquer das condutas descritas no art. 334 do CPB, pois os mesmos jamais venderam bebidas estrangeiras, bem como jamais iludiram o Fisco... não se revelando a intenção comercial no destino das bebidas, não se pode falar do crime em questão.” (Fls. 858/859) — (subitem 2.2), melhor sorte não os socorre.

Vejamos o que consta do art. 334 do CP:

“Art. 334. *Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:*

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1ª Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei n. 4.729, de 14.07.1965)

a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;
b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

c) *vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;*

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2ª Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Redação dada pela Lei n. 4.729, de 14.07.1965)

§ 3ª A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo. (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 4.729, de 14.07.1965)” (sem grifos no original).

Com efeito, a qualidade de comerciante é exigida para o delito tipificado no art. 334, § 1ª, **c**, do CP, e não para o crime do **caput** do mesmo artigo, pelo qual foram os recorrentes denunciados. Ressalte-se ainda que o art. 334, **caput**, não exige, outrossim, o especial fim de agir “intenção comercial no destino das bebidas” (fl. 859).

Consta do subitem 2.3 que em razão da inexistência de laudo para verificar a materialidade do delito, não haveria que se falar em potencialidade das condutas imputadas aos recorrentes devendo ser aplicado o princípio da insignificância. Quanto a esse ponto, sustenta-se ainda dissídio jurisprudencial.

Inicialmente a potencialidade lesiva, no presente caso, pode ser constatada por outros meios, conforme se observa do seguinte trecho do v. acórdão reprochado:

“No caso dos autos, sequer foi apurado o montante das bebidas que entraram indevidamente no Brasil. O que é certo é que havia *oito caixas de*

uísques estrangeiros na viatura, quantidade suficiente para servir a um grande número de pessoas. Segundo o réu Olavo, participaram do jantar de encerramento — no qual os uísques foram servidos — 700 pessoas (fl. 43). Ora, um número tal de pessoas atendidas pela vantagem proporcionada pelo delito havido impede que se considere como singela a finalidade do descaminho. Por outro lado, decerto o total de uísques era suficiente para ocupar a maior parte do camburão, que já estava “baixo” de tanto peso (fl. 11). Além disso, foi doado por lojistas paraguaios” (fl. 645).

Quanto à tese de aplicação do princípio da insignificância à espécie, esta não merece prosperar.

De fato, a jurisprudência desta Corte tem entendido que, em se tratando do delito de descaminho (art. 334 do CP), é possível a aplicação do princípio da insignificância, quando o valor devido não for passível de ser inscrito em dívida ativa, o que retira da Administração Pública o interesse em promover ação fiscal para a sua cobrança. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

“**Habeas corpus**. Descaminho. Apreensão de mercadoria de pequeno valor. Inexistência de interesse fiscal. Aplicação do princípio da insignificância. Causa supralegal de excludente de ilicitude. Precedentes do STJ.

1. Não se vislumbra na hipótese a existência de ilícito fiscal, o que se torna inviável a imputação do delito de descaminho ao paciente, uma vez que a conduta que se lhe imputa a peça acusatória não chegou a lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal.

2. Aplicação do princípio da insignificância como causa supralegal de exclusão da tipicidade. Precedentes do STJ.

3. Habeas corpus concedido”

(HC n. 21.071/SP, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, DJ de 17.03.2003).

“Processo penal. Recurso especial. Descaminho. Princípio da insignificância.

1. Aplica-se o princípio da insignificância ao não pagamento de impostos em valores que o próprio Estado expressou o seu desinteresse pela cobrança.

2. Recurso especial conhecido, mas improvido”

(REsp n. 246.590/PR, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 09.09.2002).

“Criminal. Recurso especial. Descaminho. Princípio da insignificância. **Habeas corpus** de ofício para trancar a ação penal. Legalidade. Recurso conhecido e desprovido.

Não é ilegal a decisão que concede **habeas corpus** de ofício para trancar a ação penal em crime de descaminho de bens cujos impostos incidentes e devidos sejam iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 (mil reais) — valor de crédito dispensado pela Fazenda Pública.

Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando, conseqüentemente, a aplicação do princípio da insignificância.

Recurso conhecido e desprovido”

(REsp n. 246.602/PR, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 29.10.2001).

A Lei n. 9.469/1997, em vigor à época que os delitos foram praticados, e utilizada como parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, dispensava a propositura de ações pela Fazenda Pública para cobrança de créditos no valor de até R\$ 1.000,00. Assim, o descaminho de bens cujos impostos incidentes e devidos fossem iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 ensejava a incidência do referido princípio, chamado por alguns de bagatelar.

Na hipótese dos autos, entretanto, evidente que a tributação da mercadoria é superior a tal limite. *Trata-se de tributação sobre whisky importado em quantidade hábil a suprir as necessidades de setecentas pessoas.*

Ademais, conforme bem ressaltou a r. sentença penal condenatória “a impossibilidade de realização do exame decorreu do comportamento dos próprios réus Olavo, Noronha e Vicente, após aqueles pedirem e obterem deste a liberação das mercadorias. Sendo assim, claro que nenhum dos denunciados pode se beneficiar destas ações para obter a declaração judicial de ausência da prova — ou mesmo de nulidade, como previsto no art. 564, III, **b**, do CPP (até porque, fosse o caso de nulidade, deveria ser observado o art. 565 do CPP” (fl. 638).

Julio Fabbrini Mirabete, in “Código de Processo Penal Interpretado” (7ª ed., Atlas, 2000, p. 1.176), ressalta que “ninguém pode invocar a nulidade que produziu para a qual concorreu, participou. Vige o princípio da lealdade, mas segundo a doutrina, não é necessário que a parte tenha dado causa à nulidade por dolo ou culpa, bastando a causalidade do resultado. Assim, por exemplo, não pode alegar falta de notificação pessoal o réu que transferiu sua residência durante o processo sem comunicação da nova morada ao juiz da causa. Aliás, o silêncio da parte pode constituir uma concausa para a nulidade, impedindo-o de argüi-la. É evidente o fundamento da regra; ninguém pode alegar a própria torpeza em seu benefício (**nome propriam turpitudinem allegare poteste** ou **improbitate sua, nome consequitur acionem**).”

Nesse sentido, o seguinte precedente do *Pretório excelso*:

“**Habeas corpus**. Extorsão. Inquirição de testemunha por carta precatória. Intimação das partes. Renovação do julgamento. 1. O artigo 222 do CPP determina que as partes sejam intimadas da expedição de precatória para oitiva de testemunhas em outra Comarca. O Tribunal, interpretando os artigos 572, I, e 571, II, do mesmo Código, editou a Súmula n. 155, entendendo que a falta da referida intimação implica em nulidade relativa, a qual deve ser argüida até as alegações finais (artigo 500), concomitantemente com a demonstração do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de convalidação do ato. Precedentes. 2. Não há nulidade a ser declarada quando não ocorre intimação para a audiência de oitiva de testemunha na Comarca deprecada, por inexistência de previsão legal. À parte cabe acompanhar o cumprimento da precatória, inclusive os seus incidentes. Precedente. 3. *Nenhuma das partes pode argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido (CPP, artigo 565)*. 4. Quando a defesa do paciente está a cargo de advogado constituído, que pratica todos os atos processuais previstos em lei na defesa do seu constituinte, não se vislumbra o prejuízo exigido pela Súmula n. 523 para a decretação de nulidade por deficiência de defesa. Precedente. 5. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido”

(STF, HC n. 79.446/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 1º.06.2001).

E desta Corte:

“Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal. Nulidade. Cerceamento de defesa. Defensor dativo nomeado antes que fosse juntado aos autos carta precatória constando a intimação do paciente para constituir novo causídico, em razão da renúncia de patrono anterior. Não-comparecimento do paciente aos atos de instrução. Deficiência de defesa.

I - “*Nenhuma das partes poderá argüir nulidade que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*” (Art. 565 do CPP)

II - “Não demonstrado prejuízo à defesa do paciente: a lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, na linha do adágio *pas de nullité sans grief* (CPP, arts. 563 e 566).” (STF, HC n. 75.104/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Veloso, DJ de 16.05.1997.)

III - “Não se declara nulidade do processo criminal se, não obstante a ausência do paciente nas audiências de instrução do feito, restou evidenciada a assistência integral de defensor em todas as fases processuais. Nos termos do

art. 563 do CPP e da Súmula n. 523/STF, não há que se falar em nulidade do ato, se dele não resulta prejuízo *objetivamente comprovado* para a defesa.” (STJ, HC n. 15.179/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 27.08.2001.)

IV - “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.” (Enunciado n. 523 da Súmula do Pretório excelso.)

Recurso desprovido”

(STJ — RHC n. 15.488/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 28.06.2004).

É oportuno ainda destacar que se tratavam de oito caixas de *whisky*, as quais abarrotaram o camburão policial em que as bebidas estavam sendo transportadas, segundo consta dos autos.

Sustenta-se ainda, quanto ao subitem 2.3, dissídio jurisprudencial.

O dissídio quanto a esse ponto não pode ser conhecido, uma vez que a hipótese delineada no acórdão paradigma é diferente da ora em análise, em que o valor claramente supera o limite exigido para que se possa mover ação de execução fiscal.

Isto posto, tendo os próprios recorrentes contribuído de forma efetiva para a ausência do laudo de avaliação das referidas caixas de *whisky* (oito no total), não podem agora alegar nulidade dos provimentos jurisdicionais prolatados por ausência de aplicação do princípio da insignificância, ainda mais se não há dúvidas que o valor que deveria ser tributado supera o limite para a aplicação do princípio.

Aduzem ainda os recorrentes nulidade do feito **ab initio**, em razão de ter o *Parquet* Federal usurpado suas atribuições presidindo as investigações preliminares ao oferecimento da denúncia (item 3).

Em verdade, a discussão acerca da *legitimidade do Parquet* para proceder investigações preliminares à denúncia, envolve necessariamente a discussão de matéria constitucional (*arts. 129 e 144 da Carta Magna*), razão pela qual não pode ser apreciada em sede de recurso especial.

Acerca do tema, destaco os seguintes precedentes:

“Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Reajuste salarial. Reexame de provas. Apreciação de lei local. Exame de matéria constitucional. Art. 3º do Decreto n. 20.910/1932. Ausência de prequestionamento. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

I - A análise da matéria apresentada, ensejaria o reexame do material fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula n. 07/STJ).

II - Se o v. acórdão recorrido entendeu ser devido aos servidores o reajuste previsto na Lei Estadual n. 10.395/1995, a apreciação do recurso especial ensejaria a interpretação de legislação local incidindo, aí, o óbice contido na Súmula n. 280/STF.

III - *A análise da matéria em questão requer, por via reflexa, apreciação de texto constitucional, não podendo ser objeto de recurso especial, porquanto matéria própria de apelo extraordinário para o excelso Pretório.*

IV - Não se conhece de recurso especial, por ausência de prequestionamento, se a matéria objeto do apelo não foi debatida no v. acórdão hostilizado.

V - Há necessidade de se opor embargos declaratórios para prequestionar a matéria, mesmo nas hipóteses em que a suposta violação surja no v. acórdão recorrido. (Súmulas ns. 282 e 356 do STF). Precedentes.

VI - O dissídio pretoriano (arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC) exige a realização do cotejo analítico, sem desprezo das peculiaridades juridicamente relevantes. Precedentes.

Agravo regimental desprovido”

(STJ — AgRg no Ag n. 557.088/RS, de minha relatoria, DJ de 31.05.2004).

“Processo Civil — Agravo regimental — Ação civil pública — Violação reflexa à legislação infraconstitucional.

1. *Descabe recurso especial quando a interpretação da Lei Federal depende de análise de dispositivo constitucional, havendo nesta hipótese violação reflexa.*

2. Fica prejudicado o exame do recurso especial interposto pela alínea c do permissivo constitucional, quando evidenciada a violação reflexa a artigo de lei federal.

3. Agravo regimental improvido”

(STJ — AgRg no REsp n. 435.088/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 23.06.2003).

“Processo Civil. Agravo regimental em recurso especial. Servidores estaduais. Despesa com pessoal. Lei Estadual n. 10.395/1995. Requisitos de admissibilidade recursal.

1. Suposta ofensa à Lei Federal que implica, via reflexa, em apreciação de norma local e do texto constitucional. Impossibilidade de exame em recurso especial.

2. A demonstração do montante comprometido da arrecadação do Estado com despesa de pessoal é matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 07/STJ.

3. Não se conhece de recurso especial pela alínea **b** se o recorrente não logra demonstrar tenha a decisão atacada, efetivamente, prestigiado qualquer ato do governo local contestado em face de lei federal.

4. Agravo regimental não provido”

(STJ — AgRg no REsp n. 329.330/RS, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 27.11.2001).

Por fim, alegam os recorrentes que o v. acórdão increpado negou vigência aos artigos 252 e 258 do CPP, uma vez que o Membro do Ministério Público que acompanha as investigações, exercendo atividades típicas de autoridade policial, está impossibilitado de oferecer a peça acusatória.

Não merece prosperar tal fundamento, inicialmente em razão do disposto no Enunciado n. 234 da Súmula desta Corte, senão vejamos:

“A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.”

E depois pelo fato de não ser possível na via eleita, conforme já destacado, a análise da legitimidade do *Parquet* para proceder investigações preliminares à denúncia, por envolver necessariamente a discussão de matéria constitucional (arts. 129 e 144 da Carta Magna).

O recorrente Airton Nascimento Vicente, em seu apelo, alega: 1) violação ao art. 319 do CP, uma vez que ocorreu na espécie o delito de prevaricação e não o delito do art. 318 do CP. Para tanto, assevera que o crime de descaminho é instantâneo, desta forma, se consumou quando o carro dirigido pelo recorrente *Joed Domingos da Silva* cruzou a fronteira, sendo que a conduta de *Airton Nascimento Vicente* se adequa de forma imediata ao preceito primário do art. 319 do Estatuto Repressivo; 2) nulidade do processo **ab initio**, em razão de ter o *Parquet* Federal usurpado suas atribuições presidindo as investigações preliminares ao oferecimento da denúncia. Quanto a ambos os itens, alega-se dissídio jurisprudencial.

O primeiro fundamento não merece prosperar.

Isto pois, nos autos do HC n. 27.689/PR, impetrado em benefício do paciente, pelos mesmos fatos constantes do presente apelo, a Quinta Turma desta Corte, acolhendo à unanimidade voto de minha lavra entendeu:

“Penal. **Habeas corpus**. Crime de descaminho. Momento consumativo. Crime de facilitação a descaminho ou prevaricação.

Os elementos indicativos dos autos levam a crer que o delito de descaminho teria se consumado com a liberação das mercadorias dada pelo paciente. Conseqüentemente, incorreria, o mesmo, no delito de facilitação a descaminho (art. 318 do Código Penal).

Writ denegado” (DJ de 19.12.2003).

Colaciono, outrossim, o inteiro teor do voto de minha lavra proferido no *writ* mencionado, **in verbis**:

“O âmago da questão resume-se à seguinte indagação:

Em que momento se consuma o crime de descaminho?

A equação dessa indagação é o ponto nevrálgico da **quaestio**.

Afinal, se se entender que o eventual crime de descaminho, praticado por Olavo Americano Romanus, João Ricardo Képes Noronha e Joed Domingos da Silva, já estava consumado, quando da liberação das mercadorias por Airton Nascimento (paciente), o eventual crime por ele cometido seria o de prevaricação (art. 319 do Código Penal).

No entanto, se se inclinar para a tese de que o delito de descaminho não estava consumado e apenas teria se consumado com a liberação das mercadorias (oito caixas de uísque) dada por Airton Nascimento (paciente), o possível crime por ele cometido seria o de facilitação a descaminho (art. 318 do Código Penal).

A doutrina, em geral, tem assim se posicionado (**Cezar Roberto Bitencourt** e **Luiz Régis Prado** — “Código Penal Anotado e Legislação Complementar”, Revista dos Tribunais, 2ª ed, 1999, p. 991, **Damásio de Jesus** — “Código Penal Anotado”, Saraiva, 13ª ed, 2002, pp. 1.017/1.018, **Celso Delmanto** — “Código Penal Comentado”, Renovar, 5ª ed, 2000, p. 599):

Se a entrada da mercadoria se deu pela alfândega, consuma-se o delito com sua liberação. Não obstante, caso a entrada da mercadoria tenha ocorrido em local outro que não a aduana, o crime se consuma com a entrada da mercadoria no País.

O impetrante sustenta que se se admitir que a conduta do paciente é penalmente censurável, teria, ele, eventualmente cometido o delito de prevaricação (art. 319 do Código Repressivo). Isso porque o possível crime de descaminho, praticado por *Olavo Americano Romanus, João Ricardo Képes Noronha e Joed Domingos da Silva*, já estaria consumado

antes do momento em que o paciente teria liberado as mercadorias (oito caixas de *uísque*). Logo, não haveria como facilitar um crime que já estava consumado.

Por sua vez, o Juízo de 1ª grau e o Tribunal **a quo**, posicionaram-se no sentido de que o delito de descaminho não estava consumado e que, portanto, o paciente teria cometido o crime de facilitação a descaminho. No mesmo sentido foi o parecer da douta Subprocuradoria Geral da República.

Para uma melhor apreciação da questão, transcrevo um trecho da denúncia:

“(…)

Assim, no dia 11 (onze) de outubro do mesmo ano, por volta das 17h, *no Posto de Fiscalização localizado na Ponte Internacional da Amizade, pista de entrada para o Brasil*, o agente da polícia Federal Adonai de Lucena Cavalcanti *abordou um veículo* da Polícia Civil, *versalles branco, tipo camburão, que vinha conduzido apenas pelo motorista, para vistoria de rotina, visto que o mesmo visivelmente demonstrava estar transportando excesso de peso (amortecedores baixos)*.

O veículo estava sendo conduzido pelo assistente de vigilância *Joed Domingos da Silva*, tendo o agente de polícia federal Adonai de Lucena observado que no banco traseiro do veículo a presença de algumas caixas com *whisky* dentro. Pelo que solicitou a abertura do porta-malas do veículo, onde se conduzem os presos. Todavia, *Joed Domingos da Silva* recusou-se a fazê-lo, passando então os policiais a discutirem. Nesse momento, *Joed Domingos da Silva* comunicou-se por rádio com outros integrantes da Polícia Civil, chamando-os para o local.

Incontinenti algumas viaturas da Polícia Civil chegaram no local, e o delegado *Olavo Americano Romanus* dirigiu-se até o policial federal Adonai, indagando-lhe qual era o motivo do problema. Cientificado da vistoria, *Olavo Americano Romanus* pegou as chaves do carro e abriu o porta-malas do veículo, *onde constatou-se que no seu interior havia grande quantidade de caixas de whisky*. Por esta razão, o policial Adonai deu voz de prisão a *Joed Domingos da Silva*. O Policial Adonai chamou, então, a presença do TTN Luiz Eduardo Silva Pereira de Carvalho, verificando a grande quantidade de bebidas, ratificou a voz de prisão em flagrante.

Assim, o TTN Luiz Eduardo comunicou o ocorrido ao AFTN Jackson Corbari, que se encontrava no *escritório da Receita Federal existente na Ponte Internacional da Amizade*, onde logo em seguida entraram o APF Adonai de Lucena Cavalcanti, os Delegados de Polícia Civil *Olavo Americano Romanus* e *João Ricardo Képes Noronha*. Tendo em vista que naquele instante encontrava-se, também, naquelas imediações, uma equipe de reportagem da Rede Globo de Televisão, resolveram os referidos Delegados que seria melhor discutir o assunto na Divisão da Polícia Federal, para onde o veículo e as mercadorias foram encaminhados.

Na Divisão de Polícia Federal estavam presentes os denunciados *Olavo Americano Romanus*, *João Ricardo Képes Noronha*, *Joed Domingos da Silva*, e o policial federal Adonai de Lucena Cavalcanti, tendo esse último relatado o fato delituoso ao Delegado *Airton Nascimento Vicente*, Diretor da Divisão de Polícia Federal em Foz de Iguaçu — PR, e apresentado o veículo que se encontrava na porta da Divisão, juntamente com a mercadoria. Após o relato do fato, os delegados *Olavo Americano Romanus* e *João Ricardo Képes Noronha* disseram ao denunciado *Airton Nascimento Vicente* que: “*Vicente, quer prender, prenda! Mas se der para liberar, libere que esse é o whisky do jantar do congresso.*”

Por esse motivo o Delegado *Airton Nascimento Vicente* deixou de apreender as mercadorias, liberando-as, e de prender em flagrante *Joed Domingos da Silva*, *Olavo Americano Romanus* e *João Ricardo Képes Noronha*.

(...)” (grifo nosso) (fls. 53/54).

No caso em tela, as seguintes situações poderiam ter ocorrido:

a) o veículo transportador, ao chegar no Posto de Fiscalização, é parado e o fiscal, mesmo vendo as mercadorias, libera-as. Com a liberação e, conseqüentemente, transposta a zona aduaneira (i.e., ultrapassados os limites da fiscalização), o crime de descaminho teria se consumado;

b) o veículo, ao chegar no Posto de Fiscalização, é parado e o fiscal, vendo as mercadorias, apreende-as. Estaria configurada a tentativa de descaminho;

c) o veículo, ao chegar no Posto de Fiscalização, é parado e o fiscal, em razão de uma situação excepcional, leva os envolvidos, ainda sob fiscalização, para a Divisão de Polícia Federal, local onde se dá a liberação das mercadorias. Claro, a meu ver, levando-se em consideração os

elementos fornecidos, que a consumação se daria nesse momento, e não com a abordagem do policial no Posto de Fiscalização. É a hipótese dos autos.

Dessarte, parece-me que não há dúvida de que na espécie restou bem claro que a entrada das mercadorias (oito caixas de uísque) se deu pela aduana, afinal, a abordagem ao carro que transportava as caixas de uísque se deu no Posto de Fiscalização, localizado na Ponte Internacional da Amizade.

Até então, a meu ver, os elementos indicativos levam a crer que o crime de descaminho não estava consumado, pois não houve nenhuma liberação de mercadorias.

A peculiaridade da questão cinge-se ao fato de que, por um motivo para lá de excepcional, qual seja, a presença nas imediações de uma equipe de reportagem da Rede Globo de Televisão, todos os envolvidos resolveram que seria melhor discutir o assunto na Divisão da Polícia Federal.

Ainda, a meu ver, os elementos constantes dos autos indicam que, até o momento, não houve liberação das mercadorias.

Ocorre, no entanto, que ao chegarem na Divisão de Polícia Federal o Delegado Airton Nascimento Vicente (paciente), atendendo ao pedido dos autores do descaminho, simplesmente teria liberado as mercadorias ingressas sem as devidas formalidades legais, deixando, conseqüentemente, de apreendê-las.

Ora, percebe-se que os elementos indicativos convergem no sentido de que o crime de descaminho teria se consumado neste momento, vale dizer, com a liberação das mercadorias por parte do paciente.

O caso é **sui generis**, pois a liberação, por uma razão excepcionalíssima, não se deu no Posto de Fiscalização da fronteira, mas na Divisão de Polícia Federal, o que, entendo, não descaracteriza o momento consumativo. Dito de outro modo: os autores do crime de descaminho, a todo momento estavam sob fiscalização, mesmo quando todos os envolvidos se deslocaram à Divisão de Polícia Federal, saindo, portanto, fisicamente do Posto de Fiscalização da Ponte Internacional da Amizade. Insisto: no momento da liberação das mercadorias os envolvidos não estavam fisicamente no Posto de Fiscalização, sem embargo, a todo momento estavam no âmbito abstrato da fiscalização, já que até a pala-

vra final do paciente (liberando as mercadorias), ninguém havia liberado as oito caixas de uísque.

Assim sendo, os dados dos autos levam a crer que o delito de descaminho somente teria se consumado na Divisão de Polícia Federal, com a liberação das mercadorias por parte do paciente.

Vale fazer menção a alguns julgados desta Corte:

Um é no sentido de que a conduta de transportar mercadorias além da quota permitida, uma vez transposta a zona aduaneira, projeta o resultado, a consumação (CC n. 13.767-5/PR, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, j. 03.08.1995).

Outro diz que a consumação ocorre quando ultrapassados os limites da fiscalização específica (REsp n. 84.622/MG, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, j. 26.04.1996).

O Pretório excelso, no mesmo sentido, já decidiu que desde que o agente consiga passar pela fiscalização, deixando de manifestar os objetos que dissimuladamente traz consigo, o crime está consumado (RHC n. 36.819/DF, Relator Ministro Nelson Hungria, j. 22.06.1959).

Ora, como sustentei alhures, embora os envolvidos tenham transpostos fisicamente a zona aduaneira (Posto de Fiscalização), eles, até a liberação das mercadorias dada pelo paciente, em nenhum momento teriam ultrapassado os limites do âmbito da fiscalização. Em outras palavras: por uma razão excepcional, pois conquanto não mais fisicamente no Posto de Fiscalização, os limites da fiscalização teriam se estendido até a Divisão de Polícia Federal, onde houve a liberação das mercadorias e, conseqüentemente, onde o crime teria se consumado. Perceba-se que em nenhum momento, considerando os dados constantes dos autos, os agentes do possível delito de descaminho passaram pela fiscalização, já que durante todo o processo estavam a ela submetidos.

Como os elementos indicativos dos autos se inclinaram no sentido de que o eventual crime cometido pelo paciente teria sido o de facilitação a descaminho (art. 318 do Código Penal), os demais pedidos do impetrante restaram prejudicados.

Diante de tudo quanto foi exposto, denego o *writ*.

É como voto.”

Destarte, a tese de ilegitimidade do *Parquet* para proceder investigações preliminares à denúncia, não pode ser apreciada pela via eleita uma vez que, conforme já mencionado nesse voto, ensejaria apreciação de matéria constitucional.

Não conheço do recurso especial interposto por *João Ricardo Kepes Noronha*, *Olavo Americano Romanus* e *Joed Domingos da Silva*.

Nego provimento ao recurso especial interposto por *Airton Nascimento Vicente*.
