

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 26.818 – RS

(Registro n. 1999.0062942-6)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Autora: Justiça Pública
Réu: Waldir João Kléber
Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul
Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara de Montenegro

EMENTA: Conflito de competência – Juízos Federal e Estadual – Inquérito policial – Crime de concussão (art. 316, CP) – Médico do SUS – Afetação somente a particular – Competência da Justiça Estadual.

A possível prática do crime de concussão (art. 316 do CP), praticado por médico do SUS, teria afetado somente o respectivo paciente, uma vez cobrados dele, indevidamente, os honorários relativos à cirurgia coberta pelo SUS.

Hipótese que não se enquadra na descrição de competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, IV, da CF, porquanto ausente qualquer prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias e empresas públicas.

Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Estadual, suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Jorge Scartezzini, por maioria, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo de Direito da 2ª Vara de Montenegro, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini e Fontes de Alencar. Vencido o Sr. Ministro Gilson Dipp, que conheceu do conflito e declarou competente o Suscitante. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília-DF, 8 de novembro de 2000 (data de julgamento).

Ministro Vicente Leal, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 12.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de conflito de competência estabelecido entre o Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Porto Alegre-RS, suscitante, e o Juízo de Direito da 2ª Vara de Montenegro-RS.

Instaurado inquérito contra Waldir João Kléber pela prática do crime de concussão, art. 316 do CP, o douto Juízo de Montenegro declinou de sua competência para a Justiça Federal de Novo Hamburgo (fl. 45), entendendo que o crime atenta contra patrimônio da União, especificamente do SUS – Sistema Único de Saúde.

A douta 3ª Vara Federal de Novo Hamburgo, afirmando não ser o Município de Montenegro abrangido por sua circunscrição, determinou a remessa dos autos à circunscrição judiciária da capital (fl. 48).

Colacionando jurisprudência do egrégio STF e adotando parecer ministerial, o douto Juízo da 1ª Vara Criminal Federal da capital suscitou o presente conflito (fl. 54).

Em sua manifestação (fl. 58), o Ministério Público Federal opinou pela competência do Juízo Estadual suscitado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Conforme dispõe o art. 109, IV, da Carta da República, compete aos juízes federais processar e julgar “os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas”.

A hipótese dos autos não se enquadra em tal dispositivo, pois, como visto, trata-se de inquérito policial instaurado para apurar o delito capitulado no art. 316 da Lei Penal substantiva, consistente na cobrança indevida

de importâncias referentes a serviços médico-hospitalares (cirurgia) em paciente que teria descoberto que tal procedimento teria sido pago pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

Com efeito, não se cuida de crime afeto à Justiça Federal, porquanto o delito objeto de investigação envolve obtenção de vantagem indevida por parte do agente em prejuízo do respectivo paciente, sem nenhuma violação aos interesses do SUS que teria efetivado o pagamento devido.

Note-se que a autarquia nada pagou a mais do que estava obrigada, a cobrança indevida pela cirurgia foi integralmente suportada pelo respectivo paciente, não se vislumbrando qualquer prejuízo à União Federal.

Finalmente, cito os seguintes precedentes desta Corte:

“Recurso em **habeas corpus**. Beneficiário do SUS. Cobrança indevida de honorários. Denúncia. Competência da Justiça Comum para julgar o feito.

Crime, em tese, de concussão, praticado por médico responsável por hospital conveniado do SUS. Cobrança indevida que acarreta prejuízos ao particular, e não à União Federal.

Recurso parcialmente provido, para determinar seja o feito anulado a partir do recebimento da denúncia, com a remessa dos autos ao Juízo Comum, competente para o julgamento.” (RHC n. 8.174-RS, DJ de 22.3.1999, rel. Min. Edson Vidigal).

“Conflito de competência. Inquérito policial para apuração de eventual delito de concussão praticado por médico dos SUS. Competência da Justiça Estadual.

A possível prática do crime de concussão (art. 316 do CP), praticado por médico do SUS, contra pacientes internados pelo SUS (cobrança indevida de taxas extras pela prestação de serviços médico-hospitalares), não se enquadra nas hipóteses de competência da Justiça Federal, previstas no art. 109, IV, da CF, porquanto ausente qualquer prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias e empresas públicas, não se deslocando para a Justiça Federal a competência para apreciar o inquérito ...” (CC n. 21.831-SP, DJ de 5.10.1998, minha relatoria).

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo Comum Estadual, o suscitado.

VOTO-DIVERGENTE

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, já firmei posicionamento, adotado pela Quinta Turma em dois casos recentes, julgados em 1999, 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 na previsão do 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 para apurar o suposto crime.

Cabe a ressalva de que, efetivamente, há posição, pelo menos em um acórdão desta Terceira Seção, de setembro de 1997, no sentido de que a competência para tal tipo de delito seria da Justiça Estadual.

Tal entendimento pode ser sintetizado no fato de que em tais casos – a que também o Sr. Ministro-Relator se referiu agora –, ao SUS, refiro-me aqui à União, não caberia qualquer prejuízo, pois este estaria restrito à esfera particular, ou seja, ao beneficiário, quando efetuou o pagamento do que não devia.

No entanto, a primeira crítica, modestamente, a ser feita, é no sentido de que se perde de vista o foco do tipo penal.

O crime de concussão é de natureza formal, razão pela qual se consuma com a mera exigibilidade da vantagem por parte do agente. O recebimento da vantagem exigida, consistente na diminuição patrimonial da vítima, é que se constitui em mero exaurimento do delito.

Atendendo-se à descrição do art. 316 do Código Penal, depreende-se que a exigência será efetuada por funcionário contra terceiro, levando-se em consideração a função que ocupa.

Portanto, difícil seria vislumbrar-se a ocorrência de prejuízo material ao ente federal. Assim, a melhor técnica não poderia exigir concorrência de prejuízo ou dano à União.

No entanto, no meu modo de ver, evidencia-se lesão ao interesse da União – ressalte-se que está escrito *interesse* na Constituição – no que respeita à fiel prestação de seus serviços, ainda que por agente delegado.

No caso do serviço de saúde, serviços médico-hospitalares, é preceito constitucional que tal serviço será gratuitamente prestado pelo Estado aos cidadãos, quando possível.

Uma vez que o agente tenha cobrado para a realização do serviço que se requereu gratuito, sendo tal gratuidade negada ao beneficiário, nada há que se argumentar com o fito de se afastar o interesse da União.

Dessarte, outro enfoque da questão consubstancia-se, também, na qualidade de funcionário público que deve ser atribuída ao agente. O Estado devedor do serviço gratuito e universal de saúde pública a seus cidadãos, estes identificados como beneficiários do SUS, por nem sempre dispor de instrumental próprio para a realização de seu mister, vale-se da delegação de uma função, precipuamente sua, a organizações ou agentes que, em seu lugar, passam a realizá-la, arcando, entretanto, com as despesas daí decorrentes. Inafastável, portanto, a idéia de que estes agentes exercem uma função pública delegada, em face do enquadramento permitido pelo art. 327 do Código Penal.

É importante, nesta oportunidade, trazer o conceito de funcionário público. Não aquele constante do estatuto pertinente. Mas aquele conceito de funcionário público existente no diploma repressivo penal:

Artigo 327 do Código Penal:

“Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.”

O parágrafo único deste dispositivo complementa:

“Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.”

Saliente-se que, conquanto este conceito esteja inserido no capítulo que cuida dos ilícitos cometidos por funcionários públicos contra a Administração em geral, tem aplicabilidade e valor para as demais infrações contidas no Código Penal, bem como nas suas leis extravagantes.

Assim, pela simples leitura do conceito de funcionário público adotado entre nós, observa-se, com clareza meridiana, que não só aqueles que ingressaram nos quadros da Administração Pública por meio de regular concurso, tendo sido investidos em seus cargos e remunerados pelos cofres públicos, estão sujeitos a praticar os delitos que ora examinamos.

Antes, pelo contrário, todas aquelas que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública – aí

estão tarefeiros, diaristas, mensalistas, nomeados a título precário –, também estão sujeitos. E até mais, todos aqueles que, como diz o Código, de qualquer forma, exerçam uma função pública, incluem-se nesse rol.

Mercê desse instrumento legal, amplia-se o conceito de funcionário público para fins penais. Trata-se, como se vê, de importante mecanismo para o controle dos crimes contra a Administração Pública.

Trago dois precedentes, ambos da minha relatoria e unânimes, da Quinta Turma, que têm o seguinte teor:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Trancamento de ação. Concussão. Médico cadastrado no SUS. Justa causa para o prosseguimento do feito. Inépcia da denúncia. Competência da Justiça Federal. Ampliação do conceito de funcionário público. Função delegada. Lesão ao interesse da União. Recurso desprovido.

I – (...).

II – (...).

III – Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de médicos cadastrados ao SUS que, no atendimento a segurados da Autarquia, exercem função pública delegada, **ex vi** do amplo enquadramento permitido pelo art. 327 do CP.

IV – Inserem-se no conceito de funcionário público todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública, ou seja, todos aqueles que, de qualquer forma, exerçam-na, tendo em vista a ampliação do conceito de funcionário público para fins penais.

V – Inobstante a descrição típica do art. 316 do CP não exigir o recebimento de vantagem indevida para a caracterização do delito de concussão – que é de natureza formal –, vislumbra-se a lesão ao interesse da União, no que respeita à fiel prestação de seus serviços, face ao preceito constitucional da gratuidade dos serviços de saúde pública, ressaltando-se, por outro lado, que o nosocômio particular efetivamente recebe verbas federais pelo convênio firmado.

VI – Recurso desprovido.” (RHC n. 7.966-RS, DJ de 21.6.1999).

O outro, RHC n. 8.271-RS, também foi proferido no mesmo sentido.

Entendo, com a devida vênia dos que pensam em contrário, que a competência é da Justiça Federal para o conhecimento da matéria.

Portanto, conheço do conflito para declarar competente, para apreciar e julgar a causa, o Juízo da Vara Federal Criminal.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, ouvi atentamente a divergência tanto quanto o voto do ilustre Ministro-Relator. Tenho enorme dificuldade técnica em identificar a delegação que, com grande brilho, foi sustentada pelo Sr. Ministro Gilson Dipp.

Parece-me, à luz da Constituição da República, que, embora haja um Sistema Único de Saúde, não se constitui em competência exclusiva da União. Por outro lado, a partir dessa consideração, a delegação de competência encontra embargo no fato de que ela só pode existir, em faltando essa mesma competência ao seu destinatário. E ele a tem.

Por essas razões, pedindo vênua ao ilustre Ministro Gilson Dipp, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Sr. Presidente, pedi vista dos presentes autos para melhor apropriar-me da matéria.

Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido entre o Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Porto Alegre-RS e o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Montenegro-RS, em autos de inquérito policial instaurado para apurar possível prática de delito de concussão imputado a médico credenciado do SUS (Sistema Único de Saúde) que, ao realizar tratamento médico, exigiu do paciente, indevidamente, a quantia de R\$ 570,00 (quinhentos e setenta reais).

Compulsando os autos, observo que o médico Waldir João Kléber, ao realizar tratamento médico pelo SUS, exigiu de paciente, indevidamente, a quantia de R\$ 570,00 (quinhentos e setenta reais).

A conduta do acusado, apurada no inquérito policial, revelou seu interesse particular em obter vantagem indevida sobre paciente conveniado pelo Sistema Único de Saúde. A hipótese dos autos não alcança dimensão suficiente para justificar a competência da Justiça Federal, uma vez que o interesse que justifica a competência **ratione materiae** da Justiça Federal para o processamento e julgamento de crime de concussão se verifica quando o bem lesado é o patrimônio, a Administração ou interesses diretos da

União Federal, de suas autarquias ou empresas públicas. **In casu**, o prejuízo atingiu o particular.

O eminente Ministro Ilmar Galvão, por ocasião do julgamento do HC n. 77.717-RS, delineou, em caso análogo, com precisão, a questão, **verbis**:

“O art. 109, IV, da Carta Federal fixa a competência dos juízes federais para o processo e julgamento dos crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas autarquias ou empresas públicas. A competência, portanto, é determinada diante das circunstâncias concretas da infração penal.

A questão alusiva à definição da Justiça competente para processar e julgar os ilícitos penais praticados por profissionais ou dirigentes de estabelecimentos credenciados contra os beneficiários da Previdência Social envolve aspectos específicos, decorrentes da própria peculiaridade da assistência médica no âmbito da Previdência Social.

Os serviços de assistência médica têm sido atendidos pela iniciativa privada mediante convênios. Dessa forma, se um estabelecimento hospitalar credenciado venha a exigir do segurado uma diferença hospitalar, e ainda que essa diferença venha a ser considerada como ilícito penal, isso não afetaria bens e serviços de autarquia, porquanto produziu resultado danoso apenas para segurado, não atingindo o patrimônio público.”

Considero, portanto, irretocáveis os argumentos expendidos pelo ilustre Relator, quando ponderou:

“Conforme dispõe o art. 109, IV, da Carta da República, compete aos juízes federais processar e julgar ‘os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas’.

A hipótese dos autos não se enquadra em tal dispositivo pois, como visto, trata-se de inquérito policial instaurado para apurar o delito capitulado no art. 316 da Lei Penal substantiva, consistente na cobrança indevida de importâncias referentes a serviços médico-hospitalares (cirurgias) em paciente que teria descoberto que tal procedimento teria sido pago pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

Com efeito, não se cuida de crime afeto à Justiça Federal, porquanto o delito objeto de investigação envolve obtenção de vantagem

indevida por parte do agente em prejuízo do respectivo paciente, sem nenhuma violação aos interesses do SUS que teria efetivado o pagamento devido.

Note-se que a Autarquia nada pagou a mais do que estava obrigada, a cobrança indevida pela cirurgia foi integralmente suportada pelo respectivo paciente, não se vislumbrando qualquer prejuízo à União Federal.”

Outrossim, este tem sido o entendimento pacífico desta egrégia Terceira Seção. A propósito, cito como exemplo o seguinte aresto:

“CC. Constitucional. Conflito de competência. Competência. Serviço médico. SUS. Compete ao Juízo Estadual processar e julgar crime por exigência de pagamento por serviço médico, ou hospital que mantenha convênio com o SUS, ou recusa atendimento de urgência médica.” (CC n. 18.740-MG, rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 28.4.1997).

Por tais fundamentos, *acompanho o Relator para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Montenegro.*

É como voto.

“ANEXO

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 18.740 – MG (Registro n. 96.0075860-3)

Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro
Suscitante: Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais
Suscitado: Juízo de Direito de Abaeté-MG
Autora: Justiça Pública
Réu: Jurandir Guido de Souza Cruz

Ementa: CC. Constitucional. Conflito de competência. Serviço médico. SUS. Compete ao Juízo Estadual processar e julgar crime por exigência de pagamento por serviço médico, ou hospital que mantenha convênio com o SUS, ou recusa atendimento de urgência médica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo de Direito de Abaeté-MG, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Vicente Leal, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, José Dantas, William Patterson e Cid Flaquer Scartezini.

Brasília-DF, 12 de março de 1997 (data do julgamento).

Ministro Edson Vidigal, Presidente.

Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Relator.”

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, estou de acordo com o voto do Sr. Ministro-Relator.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM
RECURSO ESPECIAL N. 244.537 – SP**

(Registro n. 2001.0122240-9)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Advogados: Vanessa Mirna B. Guedes do Rêgo e outros

Embargado: Antônio Ribeiro de Pontes

Advogados: Ivo Arnaldo Cunha de Oliveira Neto e outros

EMENTA: Constitucional e Previdenciário – Arts. 201, § 3º, e 202, **caput**, da CF/1988 – Eficácia – Lei n. 8.213/1991, art. 144, parágrafo único – Embargos de divergência – Acolhimento.

I – Dependendo de lei o dispositivo constitucional para ter eficácia, a ofensa por seu descumprimento deve ser alegada de respeito à lei. Precedente do STF.

II – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não serem auto-aplicáveis os arts. 201, § 3º, e 202, da CF/1988, condicionada sua eficácia à Lei n. 8.213/1991.

III – Os benefícios concedidos entre a CF/1988 (5.10.1988) e 5.4.1991 (art. 144 da Lei n. 8.213/1991) foram recalculados e reajustados, e, pagas as diferenças, indevidas parcelas anteriores a junho de 1992, consoante seu parágrafo único.

IV – Embargos acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e os acolheu, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezini, Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Felix Fischer. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 18 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 4.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de embargos de divergência no tema da auto-aplicabilidade dos arts. 201, § 3º, e 202, **caput**, da Constituição Federal, pondo em confronto os seguintes acórdãos:

– *Acórdãos embargados* (Sexta Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido):

“Constitucional e Previdenciário. Revisão de benefício posterior à Constituição Federal de 1988. Parágrafo único do artigo 144 da Lei n. 8.213/1991. Inconstitucionalidade.

1. A apreciação de questão que se insula na declaração incidental

de constitucionalidade de lei federal, é estranha no âmbito do recurso especial.

2. Recurso não conhecido.” (fl. 112).

“Embargos de declaração. Constitucional e Previdenciário. Revisão de benefício posterior à Constituição Federal de 1988. Parágrafo único do artigo 144 da Lei n. 8.213/1991. Inconstitucionalidade.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando ‘houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;’ ou ‘for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou o tribunal.’ (artigo 535 do Código de Processo Civil).

2. Não é obscura, contraditória ou omissa a decisão embargada que está fundamentada no sentido de que se a violação do Direito Federal se identifica com a declaração incidental da sua inconstitucionalidade, a questão se faz estranha no âmbito de cabimento do recurso especial, impondo-se a prolação do juízo negativo de admissibilidade (Constituição da República, artigos 102, inciso III, alínea b, e 105, inciso III).

3. A rediscussão ou reexame de matéria e a alegação de divergência jurisprudencial não ensejam a oposição de embargos declaratórios.

4. Embargos rejeitados.” (fl. 125).

– *Acórdão paradigma*

“Previdenciário. Benefício concedido entre 5.10.1988 e 5.4.1991. Renda mensal inicial. Art. 144 da Lei n. 8.213/1991. Efeitos a partir de junho/1992.

Uma vez conferida aplicabilidade ao preceito contido no art. 202, CF, com a edição da Lei n. 8.213/1991, os cálculos das rendas mensais iniciais dos benefícios previdenciários concedidos no interstício mencionado no art. 144 deverão observar os critérios previstos na Lei n. 8.213/1991, ou seja, a correção dos 36 (trinta e seis) salários-de-contribuição pela variação do INPC e índices posteriores, condicionada a incidência dos efeitos da supracitada lei a partir de junho/1992.

Recurso provido.” (REsp n. 310.393, DJ de 4.6.2001, rel. Min. Felix Fischer) – fl. 140.

Alega-se que:

“Pois bem, verificando o r. voto do acórdão referido, o INSS notou que o douto Relator não atentou que não houve declaração incidental de inconstitucionalidade no Tribunal **a quo**, este apenas ofendeu a disposição do art. 144 da Lei n. 8.213/1991 por entender auto-aplicável o art. 202 da CF/1988.

Diante desse enfoque restrito, a Autarquia opôs embargos declaratórios, chamando a atenção de que em diversos casos análogos o colendo STJ *conheceu e julgou* a referida questão, afirmando a não-auto-aplicabilidade do art. 202 da CF e a necessidade de observar o disposto no art. 144 da Lei n. 8.213/1991 aos benefícios concedidos entre 5.10.1988 e 5.4.1991, mas a egrégia Sexta Turma rejeitou os embargos.

Do que se viu, resta claro que o v. acórdão ora embargado entendeu que o acórdão do Tribunal **a quo** teria fundamento exclusivamente constitucional ao determinar a retroação dos efeitos financeiros do art. 144 da Lei n. 8.213/1991 ao benefício concedido entre 5.10.1988 e 5.4.1991 em face da auto-aplicabilidade do art. 202 da CF.

Decidindo dessa forma, patente que se afastou de posicionamento adotado por outro aresto, este da egrégia Quinta Turma (REsp n. 310.393-SP, rel. Ministro Felix Fischer, publicado no DJ de 4.6.2001, ora adotado como paradigma), no qual, em caso idêntico, *conheceu do recurso especial da autarquia e o proveu*, entendendo que o art. 202 da CF só teve aplicabilidade com a edição da Lei n. 8.213 e os cálculos das rendas mensais iniciais dos benefícios concedidos entre 5.10.1988 e 5.4.1991 deverão observar os critérios da Lei n. 8.213/1991, condicionada a incidência dos efeitos financeiros da referida lei a partir de junho/1992.” (fls. 129/130).

Admitidos os embargos, não houve impugnação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Do exame dos casos em confronto, exsurge a divergência de tratamento da questão com respeito à auto-aplicabilidade dos arts. 201, § 3º, e 202, **caput**, da Constituição Federal, com reflexo na incidência do art. 144 da Lei n. 8.213/1991.

É que o Tribunal **a quo** não firmou a inconstitucionalidade do art. 144

da Lei n. 8.213/1991, mas apenas concluiu que, sendo auto-aplicáveis os arts. 201, § 3º, e 202, **caput**, da CF/1988, o referido artigo de lei não podia ser aplicado.

O entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que se o dispositivo constitucional dependia de lei para ter eficácia, a ofensa por seu descumprimento deve ser alegada de respeito à lei e não à Constituição. Nesse sentido:

“Embargos de declaração. Inexiste a alegada omissão, porquanto o acórdão embargado decidiu no sentido de que a alegada ofensa ao artigo 58 do ADCT é indireta ou reflexa, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário, ficando, pois, para o plano infraconstitucional a solução de saber qual o alcance da regulamentação da legislação infraconstitucional para efeito de sua vigência. Estes embargos de declaração têm, na verdade, nítido caráter infringente que não é compatível com a natureza deles. Embargos rejeitados.” (RE n. 216.135, DJ de 28.11.1997, rel. Min. Moreira Alves).

Ora, é reiterada a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que não são auto-aplicáveis os arts. 201, § 3º, e 202 da CF/1988, orientação esta de pronto seguida por esta egrégia Corte, do que nos dão conta os seguintes julgados:

“Recurso extraordinário. 2. Benefício. Constituição, arts. 201, § 3º, e 202, **caput**. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE n. 193.456, a 26.2.1997, por maioria de votos, assentou orientação segundo a qual os arts. 201, § 3º, e 202, **caput**, da Constituição de 1988, não são auto-aplicáveis. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n. 236.608, DJ de 19.3.1999, rel. Min. Néri da Silveira).

“Benefício previdenciário: recálculo da renda mensal inicial. CF, art. 202, **caput**: eficácia.

Ao decidir pela constitucionalidade do parágrafo único do art. 144 da Lei n. 8.213/1991 (RE n. 193.456, Pleno, 26.2.1997), o STF partiu de que a norma do art. 202, **caput**, da Constituição, dependia de regulamentação.” (RE n. 239.076, DJ de 19.3.1999, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

“Previdenciário. Benefício. Renda mensal inicial. Auto-aplicabilidade do art. 202 da CF/1988.

– Salários-de-contribuição. Jurisprudência revista pelo STF, agora uniformizada no sentido de que não é auto-aplicável o art. 202 da CF/1988 (RE n. 193.456, TP, 6.11.1996).” (REsp n. 90.570, DJ de 15.12.1997, rel. Min. José Dantas).

Daí que, em se tratando de benefício concedido em 4.4.1989, o seu recálculo e reajustamento foram feitos nos termos do art. 144 da Lei n. 8.213/1991, indevidas quaisquer diferenças anteriores a junho de 1992, consoante o seu parágrafo único. No mesmo sentido:

“Constitucional e Previdenciário. Benefício. Reajuste. Arts. 201, § 3º, e 202 da CF/1988. Art. 144 da Lei n. 8.213/1991. Art. 58 do ADCT/1988.

1. Os benefícios concedidos entre a CF/1988 e a retroação da Lei n. 8.213/1991, portanto, entre 5.10.1988 e 5.4.1991, foram recalculados, reajustados e pagas as diferenças de acordo com o art. 144 da Lei n. 8.213/1991.

2. Os arts. 201, § 3º, e 202, **caput**, da CF/1988 não são auto-aplicáveis (RE n. 193.456).

3. O art. 58 do ADCT/1988 é de aplicação restrita aos benefícios em manutenção no advento da CF/1988 (RE n. 229.553).

4. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 224.518, DJ de 26.3.2001, de minha relatoria).

Ante o exposto, acolho os embargos, para julgar improcedente a ação, sem ônus por se tratar de Justiça gratuita.

É como voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 320.124 – RS

(Registro n. 2001.0140247-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Embargantes: Pedro Ferreira Stroher e outros

Advogado: Bernardo Profes

Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradores: Mariângela Dias Bandeira e outros

EMENTA: Processual e Previdenciário – Benefício em manutenção – Conversão em URV – Lei n. 8.880/1994.

I – Ao valor do benefício em manutenção descabe a inclusão do resíduo de 10% do IRSM de janeiro de 1994 e do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%), antes de sua conversão em URV, preconizada pelo art. 20, I e II, da Lei n. 8.880/1994.

II – Diferentemente, as parcelas pagas com atraso pelo INSS ou por força de decisão judicial, devem ser corrigidas monetariamente, antes da conversão em URV com a inclusão dos IRSMs de janeiro e fevereiro de 1994, conforme o § 5º do art. 20 da Lei n. 8.880/1994.

III – Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezini, Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Felix Fischer. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Edson Vidigal. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 18 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 4.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de embargos de divergência, no tema da atualização dos valores dos benefícios em manutenção, antes de sua

conversão em URV preconizada pela Lei n. 8.880/1994, pondo em confronto os seguintes acórdãos:

a) *Acórdão embargado* (da Sexta Turma):

“Previdenciário. Benefício. Reajuste. Conversão. URV. Lei n. 8.880/1994.

1. Segundo precedentes desta Corte, tratando-se de reajuste de benefício (art. 20, I e II, da Lei n. 8.880/1994), apresenta-se correta a conversão em URV, sem incorporar o resíduo de 10% do IRSM de janeiro de 1994 e o IRSM integral de fevereiro de 1994 (39,67%).

2. Recurso especial conhecido e provido.” (fl. 157).

b) *Acórdão paradigma*:

“Previdenciário. Benefícios. Valor real. URV. Lei n. 8.880/1994. IRSM.

– No cálculo para a conversão do valor do benefício em URV, por força do art. 20 da Lei n. 8.880/1994, deve-se incluir no cálculo o resíduo de 10% relativo ao IRSM de janeiro de 1994, sob pena de ofensa ao princípio de manutenção do valor real do benefício.

– Precedentes.

– Recurso desprovido.” (REsp. n. 207.223, DJ de 16.8.1999, rel. Min. Felix Fischer) (fl. 162).

Aponta a parte-embargante dissídio entre os acórdãos em testilhas, ao argumento de que, enquanto o acórdão embargado nega o direito à incorporação ao benefício do resíduo de 10% do IRSM referente a 1.1994 e do IRSM de 39,67%, referente a 2.1994, antes da conversão em URV do art. 20, I e II, da Lei n. 8.880/1994, o acórdão paradigma reconhece tal direito.

Admitidos os embargos, houve impugnação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): A irrisignação não merece acolhimento. O caso é de ação que visa à incorporação ao valor do benefício

dos IRSMs de janeiro e fevereiro de 1994, nos valores respectivos, de 40,25% e 39,67%, antes da conversão em URV. Aplicável ao caso a conversão preconizada pelo art. 20, incisos I e II, da Lei n. 8.880/1994, que rezam:

“Art. 20. Os benefícios mantidos pela Previdência Social são convertidos em URV em 1ª de março de 1994, observado o seguinte:

I – dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta lei, e

II – extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.”

A inclusão dos IRSMs integrais de janeiro de 1994 (40,25% ao invés de 30,25%) e de fevereiro de 1994 (39,67%) não é devida aos *benefícios em manutenção*, então convertidos em URV. É que, no que toca ao resíduo de 10%, resultante da antecipação do mês de janeiro de 1994, previsto no art. 9ª da Lei n. 8.542/1992, com as alterações da Lei n. 8.700/1993, não se tratava de aumento, mas de antecipação que não gera direito adquirido se a condição temporal (o quadrimestre em maio de 1994) não foi alcançado, antes do advento da Lei n. 8.880/1994. Assim, quando da conversão dos valores dos benefícios em URV, havia apenas uma expectativa de direito a ter o resíduo incorporado na data-base.

O mesmo se diga do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%) que seria antecipado em março de 1994 em 29,67%, ficando o resíduo de 10% para o reajuste na data-base, no final do quadrimestre em maio de 1994. Ocorreu que em 1ª de março foi feita a conversão, segundo o preconizado no art. 20, incisos I e II, da Lei n. 8.880/1994, logo não se havia aprimorado o direito adquirido ao reajustamento pleiteado, por lhe faltar um dos requisitos.

Neste sentido é a jurisprudência desta egrégia Corte:

“Processual e Previdenciário. Benefício. Reajustes. IRSM 40,25% e 39,67%. Conversão em URV. Lei n. 8.880/1994.

Mostra-se correto o cálculo da média para conversão em URV, sem reajustar os valores mensais do benefício, com inclusão do resíduo de 10% do IRSM de janeiro/1994 e do IRSM de fevereiro/1994 (39,67%).

Recurso parcialmente conhecido, mas desprovido.” (REsp n. 176.291, DJ de 3.5.1999, de minha relatoria).

“Previdenciário. Benefício. Conversão. URV. Valor real. Direito adquirido. Lei n. 8.880/1994.

I – O reajuste realizado em janeiro/1994 incorporou os resíduos relativos aos meses de novembro/1993 e dezembro/1993.

II – Impossibilidade de incorporação dos resíduos de 10% do IRSM de janeiro/1994 e o do IRSM de fevereiro/1994, ao passo que aos mesmos falta a condição temporal.

III – Não ocorreu redução do valor real do benefício, pois a conversão do benefício em URV restou apenas em mudança de unidade de medida, não se configurando em reajuste.

IV – Embargos de divergência rejeitados.” (EREsp n. 212.706, Terceira Seção, sessão de 13.12.1999, rel. Min. Felix Fischer).

Diferentemente seria a solução se a controvérsia se referisse a parcelas de benefícios *pagas com atraso*, seja na via administrativa, seja por força de decisão judicial, vez que o § 5^a do art. 20 da referida lei impõe sejam corrigidas monetariamente até fevereiro de 1994, com a incidência dos índices integrais do IRSM de janeiro e fevereiro de 1994, nos valores, respectivos, de 40,25% e 39,67%. Veja o teor do dispositivo:

“Art. 20. ...

§ 1^a. ...

§ 2^a. ...

§ 3^a. ...

§ 4^a. ...

§ 5^a. Os valores das parcelas referentes a benefícios pagos com atraso pela Previdência Social, por sua responsabilidade, serão corrigidos monetariamente pelos índices previstos no artigo 41, § 7^a, da Lei n. 8.213/1991, com as alterações da Lei n. 8.542, de 23 de dezembro de 1992, até o mês de fevereiro de 1994, e convertidos em URV, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV no dia 28 de fevereiro de 1994.”

De notar que a redação do art. 20 não guarda boa forma, porquanto

o § 5^a, por expressar situação não abrangente do **caput** do artigo, deveria ensejar número próprio. Contudo, a interpretação não pode ser outra.

Ante o exposto, rejeito os embargos.

É como voto.

RECLAMAÇÃO N. 995 – RJ

(Registro n. 2001.0109181-4)

Relator: Ministro Felix Fischer
Reclamante: Ministério Público Federal
Reclamado: Desembargador Federal Relator do **Habeas Corpus** n. 200102010222200 do Tribunal Regional Federal da 2^a Região
Interessados: Jan Guilherme de Aguiar, Júlio César de Figueiredo, Lionel Chulan, Roberto Medina e Hélio de Araújo Garcia Filho
Advogados: Nélio Roberto Seidl Machado e outro

EMENTA: Reclamação – **Habeas corpus** – Afronta à autoridade da decisão do STJ – Novo **habeas corpus** impetrado na origem – Mesmo pedido.

Proferida decisão nesta Corte determinando o prosseguimento da ação penal, era defeso ao órgão judiciário reclamado apreciar outro **habeas corpus** em favor dos réus, tendo o mesmo pedido e idêntica razão de pedir, apenas com argumentação diversamente elaborada, sob pena de desrespeito à autoridade deste Tribunal Superior.

Reclamação procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente a reclamação para, nos termos do art. 191 do RISTJ, cassar a decisão exorbitante do julgado desta Corte e determinar o prosseguimento da ação penal, nos termos do voto do

Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 18 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 11.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de reclamação proposta pelo Ministério Público Federal, onde se apontou como autoridade reclamada o Ex.^{mo} Desembargador Federal Relator do **Habeas Corpus** n. 200102010222200 do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *de início*, por ato consistente no deferimento de liminar em **habeas** que, segundo se afirmou, repetia as alegações já deduzidas em outro *writ* denegado neste Tribunal.

Em liminar, foi determinada a suspensão do ato, possibilitando-se, assim, o prosseguimento da ação penal. Foram prestadas informações e ofertou o *Parquet* manifestação pela procedência da reclamação.

Contudo, o egrégio Tribunal **a quo** apreciou a questão, desta feita não mais cautelarmente, mas decidindo o mérito do **habeas corpus**.

Assim, com a nova situação, o ilustre representante do Ministério Público Federal aditou a inicial para apontar como ato reclamado a concessão da ordem pelo egrégio Colegiado. Sustentou que esta Corte, quando do julgamento do HC n. 4.933-RJ, entendeu pela denegação da ordem, determinando o prosseguimento da ação penal em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Quadrilha, corrupção ativa, crimes contra a ordem tributária e falsidade.

I – Se a **imputatio facti**, alinhada na denúncia, permite a adequação típica, não há que se falar de inépcia.

II – A falta de justa causa só pode ser reconhecida, em sede de

writ, se perceptível de plano. Qualquer divergência relevante afasta a possibilidade de trancamento da ação penal. O impetrante é que deve, a rigor, demonstrar, claramente, a ausência de suporte fático para a ação penal.

III – O advento do art. 83 da Lei n. 9.430/1996 é, no caso, irrelevante, visto que – a par de outras infrações imputadas – não se criou, com o novo texto, qualquer condição de procedibilidade ou questão prejudicial.

IV – A tipificação, mormente envolvendo questão de conflito aparente de normas, pode ser oportunamente corrigida (arts. 383 e 617 do CPP), não sendo recomendável a antecipada valoração.

Writ indeferido.”

Afirmou, ainda, que os mesmos pacientes tiveram a seu favor impetrado perante o egrégio TRF da 2ª Região **habeas** que repetia os termos daquele *writ* manejado neste Tribunal. Não obstante, a ordem foi concedida na origem, desafiando-se, assim, a autoridade desta Corte. O voto-condutor do v. acórdão assim resumiu os fundamentos do **decisum**:

“a) Em não havendo outra forma de investigação e uma vez não decidida, definitivamente, na órbita da Receita Federal, a questão relativa ao débito tributário, especialmente quanto à redução ou supressão dos tributos, falta suporte probatório à denúncia para justificar a imputação pelo delito de sonegação fiscal previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 e seus incisos I, II e III.

b) Falta igualmente justa causa à denúncia quanto ao delito do art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990, porque, no caso, se trata de denúncia alternativa, incompatível com os preceitos do Estado de Direito, e os princípios do contraditório e da ampla defesa, consoante entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal.

c) Do mesmo modo, a imputação do delito do art. 2º, II, além de carecer também de suporte fático-probatório, não está descrita na denúncia; trata-se, pois, de acusação inexistente, o que caracteriza a ausência de justa causa.

d) É inepta a denúncia quanto à descrição dos delitos de corrupção ativa e quadrilha.

e) A falta de suporte probatório para a ação penal pela sonegação

fiscal, todavia, não exclui possa o Ministério Público promover a ação penal pelos delitos remanescentes, ou seja, os delitos de falso, desde que suficientemente demonstrada a sua materialidade.” (fls. 186/187).

Nova liminar foi concedida e informações foram prestadas no seguinte teor:

“Preliminarmente, como V. Ex.^a mesmo já ressaltou na v. decisão em que concede a liminar, o ato impugnado não é mais do relator do **habeas corpus**, mas, sim, da própria Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2^a Região. Entende, **data venia**, este modesto magistrado, não caber o aditamento à reclamação, por se tratar, agora, de autoridade coatora diversa.

Independentemente, porém, desta preliminar, passo a falar sobre o mérito.

A Terceira Turma deste Tribunal Regional concedeu, por unanimidade, ordem de **habeas corpus** em favor de Jan Guilherme de Aguiar, Júlio César de Figueiredo, Lionel Chulan e Roberto Medina, por haver reconhecido a inexistência de suporte probatório mínimo para a propositura da ação penal e, conseqüentemente, por faltar justa causa. Igualmente, entendeu que a denúncia era inepta no que toca à imputação conjunta pelos delitos capitulados nos arts. 1^o e 2^o da Lei n. 8.137/1990, por se tratar de delitos entre si incompatíveis, quanto a seus elementos constitutivos, o que implicava o oferecimento de uma denúncia alternativa. Da mesma forma, entendeu que quanto aos delitos de corrupção ativa, quadrilha ou bando, a denúncia seria inepta por não descrever os seus elementos típicos, nem, também, quanto ao delito capitulado no art. 2^o, II, da Lei n. 8.137/1990.

Na decisão impugnada na reclamação não se cogita da matéria referente à condição de procedibilidade da ação penal, no que diz respeito à exigência de se esgotar, previamente, a via administrativa no âmbito da Receita Federal. Neste aspecto, subordinou-se a Turma ao entendimento deste egrégio Superior Tribunal de Justiça. O que a Turma, entretanto, entendeu, e isto não fora cogitado na decisão deste egrégio Tribunal, é que a falta de demonstração da existência da obrigação tributária, sem outros elementos colhidos no inquérito policial, implica a inexistência de um suporte probatório mínimo para a propositura da ação penal. Houvesse um mínimo de prova que corroborasse a informação provisória da Receita Federal, evidentemente,

poderia ser proposta a ação penal. Mas, na espécie, entendeu a Turma que inexistia este mínimo de prova.

Por outro lado, a questão da inépcia da denúncia se refere, em primeiro lugar, à conduta do art. 2^a, II, da Lei n. 8.137/1990, que sequer foi descrita na peça acusatória. Em segundo lugar, ao delito de corrupção ativa, em cuja descrição igualmente não foram indicadas as pessoas que teriam sido corrompidas. Trata-se, como V. Ex.^a poderá aquilatar, de acusação genérica, incompatível com o Estado de direito e com o princípio do contraditório. Em terceiro lugar, a imputação por quadrilha ou bando deveria ter sido, também, descrita como tal e não na forma de co-autoria. Entendeu a Turma que não é suficiente para essa imputação afirmar-se, simplesmente, que os réus se organizam em quadrilha ou bando. É preciso descrever essa organização, pois do contrário resulta muito fácil para a acusação, bastando-lhe a mera afirmação, sem a descrição dos elementos que compõem a figura típica, que além da reunião de mais de três pessoas pressupõe uma certa estabilidade na própria organização. Isto não está descrito na denúncia.

Vê-se, assim, que a decisão da Turma em nada desrespeitou a autoridade da decisão desse egrégio Superior Tribunal de Justiça, que enfocava de modo diverso a questão posta em juízo.” (fls. 204/205).

Às fls. 200/201 os interessados, por intermédio de seu advogado, informaram ter tomado conhecimento da concessão da liminar.

Em nova vista, a douta Subprocuradoria Geral da República reiterou seu entendimento pela procedência da reclamação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Cumpre, de início, asseverar pela possibilidade do aditamento operado pelo *Parquet*. Conquanto tenha o pedido inicial se dirigido, *corretamente*, contra ato de relator – liminar em **habeas** –, houve posteriormente concessão do *writ* pelo Colegiado, o que provocou o referido complemento da reclamação. Não se poderia exigir, portanto, sob pena de se justificar exacerbado formalismo, a propositura de nova ação.

A **questio** não guarda relação com a de **habeas corpus**. A excepcionalíssima concessão de liminar contra denegação de liminar não poderia

mesmo vincular o Tribunal **a quo**. Todavia, uma concessão obstativa não poderia – como, lamentavelmente, o foi – ser ignorada pela Corte de 2º grau.

Superada essa questão, importante salientar que no julgamento do **habeas corpus** a Quinta Turma entendeu que, “Quanto ao *questionamento dos débitos tributários na esfera administrativa*, tal não tem o condão de impedir a fundada apuração, em juízo, de eventual ilícito penal, *mormente quando há conexão com crimes de natureza distinta* (cf. STJ, Quinta Turma, RHC n. 3.872-1-SP, relator Ministro Edson Vidigal, DJU de 24.10.1994, p. 28.767; STJ, Sexta Turma, RHC n. 3.064-PR, relator Ministro L. Vicente Cernicchiaro, DJU de 6.6.1994, p. 14.292).

Aliás, neste tópico, o advento do estranho e mal redigido art. 83 da Lei n. 9.430/1996 (merecedor, por si, de fortes críticas, **ex vi** artigo 83 da Lei n. 9.430/1996 e artigo 34 da Lei n. 9.249/1995: Elementos para uma Crítica ao Direito Penal Tributário Vigente, de **Cristina Maria Suter C. da Silva, Eliezer Gomes da Silva e Marcelo Alves de Souza**, publicado na Araucária, ano I, n. 1, 1988, Revista Jurídica do MP paranaense) como pretensão óbice ou fator de nulificação da **persecutio criminis** em nada beneficia os Pacientes. Por exemplo, considerar-se o referido dispositivo legal como uma norma mista, na forma de *condição de procedibilidade* ou, então, de *questão prejudicial*, refoge o significado do texto e esbarra na estrutura do sistema penal e processual penal vigente. É elementar que *questão prejudicial*, entre nós, decorre de verificação em processo judicial e não em processo administrativo (cf. arts. 92 a 94 do CPP c.c. art. 116, inciso I, do CP). Até singela experiência recomendaria que a instância administrativa não pode obstar – *correndo, ainda, o prazo prescricional ex vi art. 116, inciso I, do CP* – a instância judicial. Por outra, *como condição de procedibilidade*, a ausência de realismo jurídico, de legitimidade para tanto, é inequívoca. Não tem o menor sentido dizer-se que possa haver discricionariedade, em *escalão administrativo inferior*, calcada, **v.g.**, no **strepitus fori**, na conveniência, em considerações subjetivas, etc., para obstar a apuração de eventual delito tributário. E, nem mesmo a conclusão técnica, na via administrativa, poderia – **ex hypothesis** e, aí, absurdamente irrecorrível – limitar o *Parquet* (v. art. 129, inciso I, da *Carta Magna*). Neste particular, por ora, a questão está pacificada no colendo Supremo Tribunal Federal e nesta Corte. Portanto, a retroatividade do citado art. 83, como **lex mitior**, não encontra respaldo jurídico”.

Contudo, o egrégio Tribunal **a quo** concedeu a ordem por entender que

seria, no caso em questão, *indispensável* o exame administrativo da situação para dar suporte fático à denúncia.

Há, sem dúvida, nesse tópico, colisão entre o aqui decidido e o entendimento adotado naquela Corte, pois a afirmação de que ausentes os elementos probatórios, *por falta de investigação da Receita Federal*, e a asseveração de que “Quanto ao *questionamento dos débitos tributários na esfera administrativa*, tal não tem o condão de impedir a fundada apuração, em juízo, de eventual ilícito penal” são entendimentos diversos sobre a mesma situação concreta. Ou seja, o egrégio Tribunal **a quo** tomou posicionamento divergente do que já havia sido exprimido por esta Corte no caso em questão.

Houve, sim, aqui, desrespeito ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Fica isso mais evidente pelo fato de que, quanto às condutas apuradas, entendeu-se pela existência de relevância penal apta à instauração de uma ação. Já o egrégio Tribunal Regional, *em momento posterior*, asseverou pela inexistência de justa causa.

Decidiu-se nesta Corte, também, que a inicial, *em relação a todas as imputações*, era *formalmente* apta à instauração da **persecutio**. Leia-se:

“A **causa petendi** está suficientemente delimitada na proemial increpada. Ela enseja, até *à vol d’oiseau*, a adequação típica, permitindo, outrossim, a todos os envolvidos, a ampla defesa. E, nunca é demais lembrar que nos crimes *societários*, mormente quando caracterizadores, também, de *delitos plurissubjetivos de condutas paralelas* (v.g., quadrilha ou bando), a descrição de minúcias acerca do comportamento de cada denunciado, por uma questão até de *senso comum*, é algo, em regra, despiciendo. São crimes praticados – os acertos, os *detalhes do modus operandi* – às ocultas, em escritórios ou gabinetes, cujas minúcias dificilmente poderiam ser captadas numa apuração. A exigência, **in genere**, acerca de pormenores, só teria como objetivo uma incompreensível inviabilização de toda e qualquer **persecutio** na esfera dos chamados delitos de ‘colarinho branco’.”

Não obstante, entendeu a egrégia Corte **a quo** pela inépcia da denúncia em relação aos delitos de corrupção ativa e quadrilha ou bando.

Fica evidente, aqui também, a afronta à autoridade do **decisum** proferido nesta Corte, afinal, se o Tribunal Superior afirmou, *expressamente*, que a proemial acusatória era formalmente apta *como um todo*, não poderia a

Corte Regional, *posteriormente*, asseverar em sentido contrário, ainda que com base em *argumentos* outros que não haviam sido analisados. Serve esse fundamento, ainda, para afastar a afirmação de que a peça vestibular teria apresentado denúncia alternativa.

Por derradeiro, não se pode ignorar o fato de que o reconhecimento da inépcia da denúncia ou a falta de justa causa, por qualquer motivo que fosse, poderia, ainda que com base em fundamento diverso do alegado, ser operado nesta sede. Mas não. A inicial acusatória foi examinada e decidiu-se pela viabilidade da ação penal.

Desse modo, era defeso ao Órgão Judiciário reclamado apreciar outro **habeas corpus** em favor dos Réus, tendo o mesmo pedido e idêntica razão de pedir, apenas com argumentação diversamente elaborada, sob pena de desrespeito à autoridade deste Tribunal Superior.

Apenas, e por derradeiro, seria curioso indagar das conseqüências de situação idêntica na relação, *v.g.*, do Tribunal **a quo** e magistrado de 1º grau. O ato ora guerreado é juridicamente inaceitável.

Trago, ainda, nesse sentido, precedente desta Seção:

“Reclamação. Autoridade de decisão do STJ desrespeitada.

Cassada, pelo STJ, a ordem de **habeas corpus** concedida pela Corte local, ordenando-se prosseguir a ação penal, descabia, em novo *writ* convolado em mera reiteração do anterior, com trânsito em julgado, afastar a decisão do Tribunal Superior e trancar a ação penal.

Reclamação procedente para preservar a autoridade da decisão do colegiado superior, prosseguindo-se regularmente a ação penal.” (Rcl n. 691-DF, Terceira Seção, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 27.3.2000).

Pelo exposto, julgo procedente a reclamação, para, nos termos do art. 191 do RISTJ, cassar a decisão exorbitante do julgado desta Corte e determinar o prosseguimento da ação penal.

É o voto.

