



Jurisprudência da **Quinta Turma**

HABEAS CORPUS N. 77.228-RS (2007/0034711-6)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Impetrantes: Amir José Finocchiaro Sarti e outros
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Paciente: Ricardo Russowski

EMENTA

Habeas corpus. Gestão temerária. Ação penal intentada exclusivamente com base em representação do Banco Central do Brasil. Posterior descaracterização da ilicitude dos fatos pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Atipicidade da conduta. Trancamento da ação penal. Precedentes do STF e STJ. Ordem concedida.

1. A lesão que se pretende evitar com o presente *mandamus* diz respeito ao conceito de probidade indispensável ao exercício da atividade profissional ligada ao Sistema Financeiro Nacional. Não se deve restringir o meio de defesa daquele que se vê injustamente processado por crime considerado grave, com implicações severas na vida profissional, postergando a análise de questão que pode conduzir ao completo esvaziamento da persecução criminal, sobre o singelo argumento de que a matéria será apreciada no recurso de Apelação ou de que não houve pena privativa de liberdade.

2. Desnecessário o exame aprofundado de provas, no caso concreto, bastando cotejar os fatos que deram suporte à denúncia (fundada exclusivamente em representação do Banco Central) com aqueles mencionados no acórdão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que inocentou o paciente da acusação de gestão temerária, determinando o arquivamento da representação, restando evidente a correspondência entre eles.

3. Tendo o órgão estatal responsável pela fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, após regular e amplo procedimento administrativo, concluído que as práticas que motivaram a representação administrativa e, posteriormente, a investigação criminal, não caracterizaram gestão temerária, evidente a atipicidade

da conduta, a conduzir ao trancamento da Ação Penal por falta de justa causa. Precedentes do STF e do STF (RHC n. 12.192-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 10.03.2003 e HC n. 83.674-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 16.04.2004).

4. No Estado Democrático de Direito, o devido (justo) processo legal impõe a temperança do princípio da independência das esferas administrativa e penal, vedando-se ao julgador a faculdade discricionária de, abstraindo as conclusões dos órgãos fiscalizadores estatais sobre a inexistência de fato definido como ilícito, por ausência de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, alcançar penalmente o cidadão com a aplicação de sanção limitadora de sua liberdade de ir e vir.

5. É certo que esta independência também funciona como uma garantia de que as infrações às normas serão apuradas e julgadas pelo poder competente, com a indispensável liberdade; entretanto, tal autonomia não deve erigir-se em dogma, sob pena de engessar o intérprete e aplicador da lei, afastando-o da verdade real almejada, porquanto não são poucas as situações em que os fatos permeiam todos os ramos do direito.

6. Ordem concedida, para trancar a Ação Penal a que responde o paciente por infração ao art. 4º, parágrafo único da Lei n. 7.492/1986, anulando-se a sentença condenatória, nesse ponto, em consonância com o parecer ministerial.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Amir José Finocchiaro Sarti (p/ pacte).

Brasília (DF), 13 de novembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJ 07.02.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Ricardo Russowski*, contra o acórdão da Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, em sede de Agravo Regimental, confirmou a decisão do Relator que indeferira *in limine* o *writ* anteriormente ali impetrado.

2. Aduz o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal em virtude de ter sido condenado por gestão temerária (art. 4º, parágrafo único da Lei n. 7.492/1986), quando, pelos mesmos fatos descritos na denúncia, lastreada unicamente em representação do Banco Central do Brasil, foi *descaracterizada a irregularidade e arquivado o processo* pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (fl. 03). Argumenta, por fim, que *constitui afronta à liberdade ser réu em qualquer ação penal sem a necessária justa causa*, requerendo o trancamento da Ação Penal e a anulação da sentença.

3. Indeferido o pedido de liminar pelo então relator, Ministro *Paulo Medina* (fls. 248-249), foram prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 252-274).

4. Atendendo ao pedido do MPF, determinou-se a conversão do julgamento em diligência, para que o Tribunal de origem informasse sobre eventual julgamento do recurso de Apelação do paciente (fls. 286-287). Por meio do ofício de fls. 291-292, o TRF da 4ª Região comunicou que o processo encontrava-se com vistas à Procuradoria Regional da República para parecer sobre o referido Apelo.

5. Os autos retornaram ao MPF, que, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Samir Haddad, manifestou-se pela concessão do *writ*, pelos fundamentos assim sumariados:

Ementa: Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Pleito de trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Alegação de que o próprio Banco Central, autor da representação que deu início à ação penal, inocentou o paciente o delito a ele imputado, nos autos do processo administrativo instaurado anteriormente. *Habeas corpus* impetrado perante o egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região não admitido, sob o fundamento de que a tese alvitrada deveria ser melhor examinada quando do julgamento da apelação. Possibilidade, no entanto, de tal exame, porquanto não demanda análise aprofundada do material cognitivo. Conhecimento neste grau de jurisdição. Viabilidade. Matéria devidamente submetida ao crivo da Corte a

quo. Precedente do e. STF. Mérito: Carece de justa causa a ação penal fundada em representação de Autarquia Federal, quando ela própria vem a considerar como lícita a conduta do agente (Precedente do STF) (...). (STJ – 6ª Turma, RHC n. 12.192-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 10.03.2006, p. 311).

Parecer pela concessão do writ (fl. 294).

6. Era o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Depreende-se dos autos que o ora paciente, juntamente a outros diretores e administradores do *Banco do Estado do Rio Grande do Sul-Banrisul*, foi denunciado por gestão temerária e, especificamente no seu caso e de outros três diretores, também, por omissão de dados em demonstrativos contábeis de instituição financeira (arts. 4º, parágrafo único e 10 da Lei n. 7.492/1986). A denúncia teve por base representação do *Banco Central do Brasil*, que detectara irregularidades perpetradas pelos denunciados, no período de abril/1995 a dezembro/1997, consistentes *na celebração de diversas operações de crédito para pessoas físicas e jurídicas sem observância dos princípios gerais de garantia, seletividade, diversificação de risco e liquidez* (fl. 16). As operações de crédito mencionadas na referida representação e que deram suporte à denúncia pelo crime de gestão temerária relacionavam-se às empresas *AEB Estruturas Metálicas Ltda, Agropecuária Primavera Ltda, Brochier Calçados Ltda, Cia. Industrial de Indústrias, D.B. Multi Construção Incorporações Ltda, Imap S.A., MK Joalheiros*, e às pessoas físicas de *Ricardo Pappa e Vítor José Dumoncel* (fls. 17-27).

2. O ora paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão pelo crime de gestão temerária e de 1 ano e 9 meses de reclusão pelo delito do art. 10 da Lei n. 7.492/1986 (fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação em demonstrativos contábeis de instituição financeira), todas substituídas por restritivas de direito (fls. 103-104).

3. Posteriormente ao ato sentencial, regularmente impugnado por recurso de Apelação, foi impetrado *Habeas Corpus* perante a Corte *a quo*, objetivando o trancamento da Ação Penal ou a anulação da sentença, unicamente quanto ao delito do art. 4º, parágrafo único da Lei n. 7.492/1986 (gestão temerária), ao fundamento de que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, relativamente aos mesmos fatos objeto da denúncia, *descaracterizou a irregularidade*, determinando o arquivamento do feito.

4. Alegou-se, na oportunidade, ser inviável a condenação pelo mencionado crime, se o próprio Banco Central, órgão fiscalizador das instituições financeiras, inocentou o paciente das acusações. Citou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em abono de sua tese. O *mandamus* foi indeferido liminarmente, o que ensejou a interposição de Agravo Regimental, improvido pela 8ª Câmara do TRF da 4ª Região, nos termos da ementa abaixo transcrita:

Agravo regimental. *Habeas corpus*. Exame de provas. Inviável. *Periculum in mora*. Ausência. Recurso de apelo pendente.

1. Mostra-se inviável a análise aprofundada de acervo probatório por meio da cognição sumária do *habeas corpus*.

2. Não obstante o arquivamento de processo instaurado pelo Banco Central, revela-se necessário exame mais percuciente dos autos da ação penal, principalmente verificar se a decisão proferida na esfera administrativa abarcou todos os fatos imputados na peça acusatória.

3. Pendente apelo contra a sentença condenatória impugnada na via mandamental, e recorrendo os pacientes em liberdade, não se verifica o *periculum in mora* necessário à análise do *writ* (fl. 273).

5. Eis, no que interessa, os principais argumentos do Tribunal *a quo*:

Aduzem os agravantes consubstanciar-se o *fumus boni juris* no arquivamento do processo instaurado pelo Banco Central para apurar as irregularidades ensejadoras da denúncia. Porém, não obstante tais argumentos, mostra-se necessário exame mais acurado dos autos, principalmente verificar se a decisão proferida na esfera administrativa abarcou todos os fatos imputados na peça acusatória, a qual descreve irregularidades praticadas, em tese, em diversas operações de crédito (efetivadas com as empresas AEB Estruturas Metálicas Ltda., Agropecuária Primavera Ltda., Brochier Calçados Ltda., e outras) sendo que tal cotejo, como é cediço, deve ser efetuado na via de maior abrangência, que é exatamente o recurso de apelação.

Ademais, ao menos no que pertine a *Ricardo*, os próprios impetrantes noticiam que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional aplicou-lhe sanção de advertência, 'pela falta de provisão de duas operações referentes ao ilícito e pelos balanços de dezembro de 1995 e junho de 1996' (fl. 03). Tal circunstância exige melhor análise, visando ser apurados os fatos que resultaram nessa reprimenda. Aliás, esse paciente foi condenado também pela prática do delito tipificado no artigo 10 da Lei n. 7.492/1986. Assim, mesmo que afastado o artigo 4º da referida norma legal, o processamento do apelo será igualmente efetivado no que pertine ao outro delito.

Não bastasse, registre-se que os precedentes do STF mencionados na inicial dizem respeito aos crimes tipificados nos artigos 16 e 6º da Lei n. 7.492/1986,

sendo que, *in casu*, a imputação versa sobre o delito previsto no artigo 4º do referido diploma legal, o que, por certo, merece maiores reflexões.

Por fim, ainda que fosse o caso de realizar exame mais percutiente das teses defensivas na via estreita do *habeas corpus* - o que, como já dito, não se mostra prudente - não há *periculum in mora* na presente hipótese. Não se pode olvidar, conforme aduz a peça recursal, que a liberdade não tem preço nem sucedâneo. Contudo, *in casu*, a sentença não aplicou qualquer privativa de liberdade, sendo certo, consoante entendimento jurisprudencial, que as penas restritivas de direitos não podem ser executadas provisoriamente. Frise-se: caso houvesse ameaça iminente de coação em desfavor dos acusados, poder-se-ia cogitar do exame da matéria no presente *mandamus*, não sendo, todavia, a hipótese em tela (fls. 270-271).

6. Inicialmente, como bem salientado pelo ilustre representante do *Parquet* Federal, não obstante o Tribunal *a quo* não tenha apreciado a tese de mérito do *HC*, revela-se possível o enfrentamento da questão por esta Corte, sempre que flagrante a ilegalidade, dada, inclusive, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício.

7. Na hipótese, a lesão que se pretende evitar com o presente *mandamus* diz respeito *ao conceito de proibidade* indispensável ao exercício da atividade profissional ligada ao Sistema Financeiro Nacional. Assim, não se deve restringir o meio de defesa daquele que se vê injustamente processado por crime considerado grave, com implicações severas na vida profissional, postergando a análise de questão que pode conduzir ao completo esvaziamento da persecução criminal, sobre o singelo argumento de que a matéria será apreciada no recurso de Apelação ou de que não houve pena privativa de liberdade. É de conhecimento geral que um executivo do ramo financeiro sofre incontáveis restrições ao exercício da profissão tão-só pelo fato de ser citado em um processo dessa natureza.

8. No concernente à necessidade de dilação probatória, merece acolhimento a argumentação do Ministério Público Federal, *verbis*:

Quanto a este primeiro fundamento, *respecta maxima venia*, entende o Ministério Público Federal que na via do *writ* não podem ser examinadas alegações que demandem dilação probatória ou se apresentem, em sua essência, naturalmente controvertidas; não, porém, aquelas que exijam, apenas e tão-somente, exame mais acurado das peças de informação constantes do caderno processual. Desta forma, exigindo as alegações postas no *writ* originário e reagitadas neste grau de jurisdição apenas exame mais acurado dos elementos de prova já constantes dos autos, sem necessidade de confronto ou valoração

destes com outros, produzidos pela Acusação, não está - *data venia* - obstada a via do remédio heróico, como entendeu a douda Corte *a quo*. Exame acurado pode inviabilizar a concessão de uma liminar, por exemplo; não, porém, o processamento do *writ* com exame do *meritum causae*. Sua Excelência, o Eminente Ministro Flaquer Scartezini, quando de seu voto exarado nos autos do Habeas Corpus n. 667-MG (Quinta Turma, DJ 24.06.1991, JSTJ e TRF - Volume 29 – p. 250), averbou, *verbis*:

Não ponho dúvidas que a regra consagrada pela doutrina e pelos Tribunais é no sentido de não se admitir exame aprofundado de provas no âmbito restrito do *habeas corpus*, como visto. No entanto, o absolutismo desta regra deve ser visto numa ótica mais ampla, permitindo, desde que as provas sejam incontestes, que se possa delas tomar conhecimento, sopesá-las e decidir pela ocorrência ou não da alegação de falta de justa causa.

Nestes mesmos autos, o Eminente Relator trouxe à baila o escólio do ilustre Ministro Pedro Chaves, que, a respeito, assim se pronunciou, quando honrava com sua presença a e. Suprema Corte:

Acho indispensável o exame das provas quando se trata de *habeas corpus* fundado na alegação de falta de justa causa. Não conheço outro processo lógico de apreendimento da verdade perante uma alegação, sem o exame de provas.

(...).

O que a lei não permite, e o que a doutrina desaconselha, é a reabertura de um contraditório de provas, no processo sumaríssimo de *habeas corpus*. Mas aqueles que vêm através de certidões, aquelas que são incontestáveis perante o direito, têm de ser examinadas pelo Juiz, porque, senão este não chegará a saber se há ou não justa causa (RHC n. 43.413-SP, RTJ, 40/270).

Sintetizando o entendimento: necessidade de análise acurada não obsta o conhecimento do *writ*; matéria controvertida de prova, sim. Porém, o v. Aresto vergastado não afirma que se está diante desta, mas daquela, de forma que, rogando vênias de estilo, poderia a Corte *a quo* ter conhecido da matéria submetida à sua apreciação e expungir, se o caso, de imediato, eventual constrangimento ilegal que, *in casu*, parece se verificar.

Noutro dizer, se o exame dos autos permitir a constatação de que em relação ao artigo 4º. da Lei n. 7.492/1986 não há justa causa para a persecução penal, seu reconhecimento deverá se dar de plano. Entendimento diverso implicaria em manter-se constrangimento ilegal imposto a determinado paciente, pautado, apenas, pela conveniência de um julgamento conjunto dos recursos do paciente e de seus co-réus, o que, *data venia*, não parece correto. (fls. 299-300).

9. Corroborando esse entendimento, pode ser citado o seguinte julgado desta Corte:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Descrição de atividades legítimas da advocacia na denúncia. Atipicidade. Exame da prova dos autos. Possibilidade. Ordem concedida.

1. É possível o exame mais aprofundado das provas em sede de *habeas corpus* se necessário para constatar se existia ou não justa causa para o recebimento da denúncia.

2. A descrição de atividades legítimas da advocacia, e portanto, atípicas, leva ao reconhecimento da inépcia material da denúncia.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal com relação à paciente. (HC n. 59.071-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU 18.06.2007).

10. No caso presente, não há necessidade de ampla investigação probatória, bastando verificar se os fatos que ensejaram a condenação por gestão temerária são os mesmos abarcados pela decisão proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

11. O real sentido da expressão *justa causa*, nesse caso, torna-se deveras estratégico, porquanto, em certa e determinada situação processual, sua falta pode conduzir à paralisação da persecução penal.

12. Sobre a questão da *justa causa no processo penal*, já tive a oportunidade de assim me manifestar:

A ambigüidade e a aparente imprecisão que parecem cercar o significado dessa expressão devem, em cada caso, ser superadas pelo exame judicial do contexto objeto do processo, em busca da identificação do seu exato conteúdo.

Essa dificuldade tem permitido afirmar que a justa causa para a ação penal seria uma espécie de evidência processual ou mesmo uma quase-obviedade, relativamente à existência de uma conduta penalmente reprovável, ao seu resultado e à definição fortemente indiciária da sua autoria.

A *contrario sensu*, ter-se-ia a ausência de justa causa para a ação penal, quando não houvesse, logo à primeira vista, a indubitosa conclusão da existência de crime a punir, quer pela evidente atipicidade do fato, quer pela impossibilidade da ação delitiva, quer pela manifesta ilegitimidade da parte, quer pela extinção da punibilidade, quer por qualquer outro motivo (art. 43 do CPP).

(...).

A orientação adotada nesses venerandos julgados permite concluir que a justa causa para a denúncia permeia todos os incisos do art. 41 do CPP, sob a sanção

do art. 43 do mesmo Código (rejeição), e que a falta de qualquer deles inviabiliza o trâmite da peça denunciatória, dando ensejo ao seu trancamento, por meio da ação de *habeas corpus* (art. 648, I do CPP).

(...).

O significado da justa causa, no Direito Penal, assume relevância altíssima, porque se trata de um elemento normativo do tipo penal (avaliável pelo Juiz caso a caso, mediante a formulação de juízo de valor) que serve essencialmente à denominada tipificação da conduta.

(...).

De logo deve ser anotado que o vigente Código de Processo Penal não lista a exigência da justa causa como elemento integrante do exercício da ação penal, tanto que o art. 43 do CPP a ela não alude expressamente; entretanto, o art. 648, I do CPP faz menção explícita à ausência de justa causa como indicador da coação ilegal para o fim da concessão de ordem de *habeas corpus*, para remediar qualquer situação em que esteja ausente o *fumus boni juris*, seja prisão, seja IPL, seja ação penal, como observa o acatado Professor *Júlio Fabrini Mirabete* (CPP Interpretado, Atlas, 1994, p. 758).

Aliás, registre-se que a expressão falta de justa causa, no contexto do art. 648 do CPP, é tão ampla que chega a abranger todas as hipóteses ali elencadas (e não apenas a do seu inciso I), como advertem o Professor *Fernando da Costa Tourinho Filho* (CPP Interpretado, vol. 2, Saraiva, 1999, p. 444) e o sempre lembrado mestre *José Frederico Marques* (Elementos de Direito Processual Penal, vol. IV, Bookseller, 1997, p. 366); poder-se-á mesmo dizer que essa locução é tão vasta quanto a misericórdia de Deus, ou seja, os seus limites se confundem com o infinito.

No magistério de *Pontes de Miranda*, a justa causa, nos domínios do Direito Penal, é o mesmo que causa de direito ou causa jurídica para a persecução, ou seja: é a causa que, pelo direito, bastaria, se ocorresse, para a coação (História e Prática do *Habeas Corpus*, tomo II, Bookseller, 1999, p. 170), não se confundindo com causa legal; o último conceito (causa legal) exclui a legitimidade da coação, se contentando apenas com o seu aspecto formal.

A exigência da legitimidade da acusação importa em dizer que não bastará que se descreva, na denúncia, o fato típico em abstrato, ou o fato típico real e concretamente ocorrido, exigindo-se que se evidencie, no nível das coisas prováveis ou plausíveis (e não somente das coisas possíveis), a conexão entre o fato descrito (materialidade) e o indivíduo denunciado como sendo o seu autor.

Se faltar, na denúncia, a demonstração, pelo menos indiciária, mas consistente, entre a materialidade do delito e a sua provável (ou plausível) autoria, ocorrerá o fenômeno processual da ilegitimidade subjetiva passiva, como ensina a Professora *Ada Pellegrini Grinover*, por não ser o réu o titular da relação jurídica litigiosa de direito material (As Nulidades no Processo Penal, RT, 1997, p. 64).

A lição da mais encomiada processualista do País é de ser seguida sem hesitação, mas também se há de anotar que a não demonstração de conexão entre os fatos e a sua autoria (falta de justa causa) importa, igualmente, em ausência de interesse de agir na ação penal cominatória, como a mesma registra, realçando que se trata de orientação seguida majoritariamente pela doutrina processual penal brasileira (Dois Estudos de Processos: A Garantia do Sigilo Bancário em face da instrução processual penal e da Justa Causa para a Ação Pena nos crimes contra a ordem tributária, UFC, Casa de José de Alencar, Fortaleza, 2002, p. 69-92).

13. A concepção de justa causa nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, não escapa à definição de outra importante questão no âmbito do Direito Pátrio, que já suscitou inúmeras polêmicas e os mais variados posicionamentos: a possibilidade, ou não, de comunicação das decisões tomadas nas esferas administrativas e penais.

14. Muito se propagou sobre a independência absoluta entre esses dois ramos do Direito Público, o Administrativo e o Penal; entretanto, com a *constitucionalização do Estado Democrático de Direito e do seu consectário lógico, o devido (justo) processo legal*, que abarca o contraditório e a ampla defesa, *ao julgador não se pode conferir a faculdade discricionária de – abstraindo as conclusões dos órgãos administrativos fiscalizadores (estatais) sobre a inexistência do fato definido como ilícito administrativo e penal, por ausência de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade – alcançar a esfera penal do indivíduo com a aplicação de sanção limitadora da liberdade de ir e vir.*

15. Essa orientação é a que tem sido abraçada pela jurisprudência desta Corte e do colendo STF, com o trancamento de Ações Penais por crimes contra o Sistema Financeiro Nacional sempre que o órgão responsável pela fiscalização da respectiva atividade termina por descaracterizar o caráter ilícito das condutas praticadas por seus dirigentes ou administradores.

16. Nesse sentido, confira-se, desta Corte:

Recurso em *habeas corpus*. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Gestão de instituição financeira sem a devida autorização legal. Gestão fraudulenta. Atipicidade. Trancamento da ação penal.

1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, medida de exceção que é, somente cabe quando a atipicidade e a inexistência dos indícios de autoria se mostram na luz da evidência, *primus ictus oculi*.

2. Em resultando manifesta a atipicidade da conduta atribuída ao agente, como nas hipóteses em que, descomprometido com o auferimento de lucro, quanto

mais ilícito, tomou medidas urgentes e necessárias ao bom funcionamento do órgão que geria, o trancamento da ação penal é medida que se impõe.

3. Carece de justa causa a ação penal fundada em representação de Autarquia Federal, quando ela própria vem a considerar como lícita a conduta do agente (Precedente do STF).

4. Recurso provido. (RHC n. 12.192-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJU 10.03.2003).

17. E do colendo STF:

Ementa: Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime contra o sistema financeiro nacional. Representação. Denúncia. Processo administrativo. Arquivamento. Ação penal. Trancamento. Falta de justa causa.

I. No caso, tendo a denúncia se fundado exclusivamente em representação do Banco Central, não há como dar curso à persecução criminal que acusa o paciente de realizar atividade privativa de instituição financeira, se a decisão proferida na esfera administrativa afirma que ele não pratica tal atividade. Inocorrência, portanto, de justa causa para o prosseguimento da ação penal contra o paciente.

II. HC deferido. (HC n. 83.674-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 16.04.2004).

18. Com efeito, o pronunciamento do Poder Público a favor do cidadão se incorpora imediatamente ao seu patrimônio jurídico. Assim se deve entender, como forma de blindar a pessoa contra o abuso da Administração, vedando-se, conseqüentemente, a possibilidade de o Estado, por meio de outro órgão de poder, no caso presente, o Ministério Público, demandar na Justiça Criminal contra seu próprio ato - o que ocorreria caso fosse desprezada a conclusão do órgão legalmente competente para a fiscalização de determinada atividade de interesse nacional.

19. Somente se pode admitir o contrário, ou seja, que o cidadão eventualmente prejudicado por uma decisão administrativa ilegal recorra ao Judiciário para afastar o ato praticado em seu desfavor.

20. Não se defende o fim da independência entre as esferas administrativa, penal e civil, pois esta também funciona como uma garantia de que as infrações serão apuradas e julgadas pelo poder competente, com a devida e necessária liberdade; mas, tal autonomia, não deve erigir-se em dogma, sob pena de engessar o intérprete e aplicador das leis, afastando-o da verdade real, pois não são poucas as situações em que os fatos se interligam entre uma e outra instância. É preciso, portanto, dar temperamento a essa regra (da independência entre a atividade punitiva da Administração e do Direito Penal).

21. Não é toda conclusão em processo administrativo que vincula a atividade persecutória estatal; entretanto, se o conteúdo dessa manifestação efetivamente afirmar a inexistência de *conduta típica no âmbito penal, excluir a ilicitude do agir ou o dolo do agente* (conforme doutrina majoritária sobre a concepção analítica do crime); isto é, se retirar algum dos pilares para a configuração do delito - *tipicidade, ilicitude ou culpabilidade*, deve ser trancada a ação penal eventualmente instaurada, por falta de justa causa. Ao contrário, o simples encerramento do processo por falta de provas para a punição no âmbito administrativo, por exemplo, não arreda, por si só, eventual responsabilização do agente na esfera penal.

22. Não se pode olvidar que o Banco Central do Brasil é a entidade pública competente para exercer o controle das atividades ligadas ao Sistema Financeiro Nacional. Para isso, pode realizar desde intervenções em instituições financeiras, até inquéritos e processos administrativos com o objetivo de apurar eventuais ilícitos administrativos, com a aplicação da sanção correspondente; tudo, em nome da confiabilidade e da credibilidade do sistema financeiro, indispensável nesses dias de globalizada interação entre os mercados.

23. No caso concreto, as operações mencionadas no relatório do Banco Central que deram suporte à denúncia, como dito acima, relacionavam-se às renegociações de dívidas das empresas *AEB Estruturas Metálicas Ltda, Agropecuária Primavera Ltda, Brochier Calçados Ltda, CLA. Industrial de Indústrias, D.B. Multi Construção Incorporações Ltda, IMAP S.A., MK Joalheiros*, e às pessoas físicas de *Ricardo Pappa e Vítor José Dumoncel*. Consta do referido relatório:

Assim, foram identificadas várias irregularidades perpetradas pelos denunciados *Fernando Guerreiro de Lemos, José Fernando Martello, Júlio Osório Brum de Oliveira, José Evangelista de Souza e Ricardo Russowaky*, na condição de diretores os quatro primeiros, os demais respectivamente Vice-Presidente e presidente do *Banrisul*, consubstanciadas, em síntese, (a) na celebração de diversas operações de crédito para pessoas físicas e jurídicas sem observância dos princípios gerais de garantia, seletividade, diversificação de risco e liquidez; e, por *José Fernando Martello, Júlio Osório Brum de Oliveira, José Evangelista de Souza e Ricardo Russowaky*, consistindo (b) na inserção de elementos falsos e na omissão de elementos exigidos pela legislação em demonstrações contábeis, condutas estas que caracterizam violação do disposto nos arts. 4º, parágrafo único (gestão temerária de instituição financeira) e 10 da Lei n. 7.492/1986 (inserção de elementos falsos em demonstrativos contábeis de instituição financeira). (fl. 16).

24. Quanto às renegociações de dívidas de *Vítor José Dumoncel e MK Joalheiros* a própria sentença inocentou o paciente da acusação de gestão temerária. No mais, asseverou o Julgador singular:

Do acima exposto, conclui-se que configuram atos temerários: uma operação relativa à empresa AEB Estruturas Metálicas Ltda aprovada pela Diretoria do Banrisul em 23.12.1997; quatro operações da Agropecurária Primavera Ltda., aprovadas pela Diretoria do Banrisul em 04.06.1996 e em 08.01.1997; duas operações em favor da empresa Brochier Calçados Ltda., aprovadas pela Diretoria em 23.07.1997 e em 05.11.1997; uma operação beneficiando a Companhia Geral de Indústrias, aprovada pela Diretoria do Banrisul em 20.11.1997; três operações envolvendo a empresa D B Multi Construções Incorporadora Ltda., aprovadas pela Diretoria em 08.03.1996, 13.06.1996 e em 22.04.1997; uma operação em favor da IMAP S/A - Indústria e Comércio, aprovada pela Diretoria do Banrisul em 02.04.1997; e duas operações em benefício de Ricardo Pappa, aprovadas pela Diretoria do Banrisul em 19.03.1996 e em 27.02.1997.

Em tais operações, como acima narrado, não houve benefício à instituição financeira, apenas a rolagem de dívidas vencidas, retardando o ajuizamento das execuções (fls. 63-64).

25. A sentença, a todo momento, transcreve trechos e faz referências à representação do Bacen que originou o Processo Administrativo n. 1.028.902, que, por sua vez, embasou a denúncia do Ministério Público (CFR. fls. 66 e 90). Não há dúvida de que o acórdão proferido pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional diz respeito ao mesmo processo administrativo, se não por outro motivo, pelo simples fato de o número constar expressamente do cabeçalho, assim:

247ª Sessão

Recurso n. 4.878

Processo BCB 0001028902. (fl. 107)

26. A ementa do referido julgado restou assim redigida:

Ementa: Recursos voluntários. Realização de operações de crédito sem observância dos princípios gerais de garantia, seletividade, liquidez e diversificação de riscos. Falta de provisão para perdas em operações de crédito de retorno duvidoso objeto de renovação ou renegociação. Publicação de demonstrações financeiras elaboradas em desacordo com as normas consubstanciadas no Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - Cosif. Prestação de informação inexata ao Banco Central do Brasil. Razões de defesa acolhidas em parte. Irregularidades de natureza grave não configuradas.

Penalidades: Advertência e Multa pecuniária.

Base Legal: Lei n. 4.595/1964, art. 44, §§ 1º e 2º (fl. 107)

27. Não se justifica, portanto, a assertiva do acórdão impugnado de necessidade de *exame mais acurado dos fatos*. Basta a comparação daqueles que deram ensejo à condenação com os termos da decisão proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, mostrando-se evidente a correspondência entre eles.

28. Sobre o ponto, escoreita a manifestação do digno Subprocurador-Geral da República *Samir Haddad, verbis*:

Pelo exposto, é de fácil conclusão que as operações tidas como indicadoras da prática do crime de gestão temerária e que supedanearam, a respeito, a condenação em primeiro grau, estavam devidamente registradas entre as 248 ocorrências constantes da intimação e do processo administrativo iniciado através da ação fiscalizatória do *Banco Central do Brasil*, como assentou, aliás, expressamente, a denúncia. Não são provenientes de outras fontes, mas, sim, do mesmo caderno administrativo de que tratam, tanto a denúncia como o Recurso processado e julgado pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Aliás, a sentença, em momento algum, faz referência a operações outras, obtidas de outras fontes, fazendo, sempre, remissão ao processo administrativo iniciado pelo Bacen. Portanto, ao concluir pela inexistência de infração contida no item (i) do processo administrativo, não há dúvida de que, em seu bojo, a decisão proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional abarcou as operações indicadas na sentença que supedanearam o decreto de condenação, do paciente, nas iras do art. 4º. da Lei n. 7.492/1986. Ei-la, a propósito:

8) Ricardo Russowski: descaracterizada a irregularidade (i), dou provimento parcial ao recurso (...) (fl. 141) (fl. 303).

29. Assim sendo, na esteira dos precedentes supra citados, se o órgão estatal responsável pela fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, após regular e amplo procedimento administrativo, concluiu que as práticas que motivaram a investigação não caracterizaram gestão temerária, evidente a atipicidade da conduta a justificar o trancamento da Ação Penal por falta de justa causa. Admitir a condenação criminal, *pelos mesmos fatos*, seria atentar contra o equilíbrio das atividades estatais.

30. Ante o exposto, concede-se a ordem, para trancar a Ação Penal a que responde o paciente o paciente por infração ao art. 4º, parágrafo único da Lei n. 7.492/1986, anulando-se a sentença condenatória, tão somente nesse ponto, consoante o parecer ministerial.

HABEAS CORPUS N. 96.500-SP (2007/0295326-0)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Eloísa Maximiano Goto - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Antônio Adriano Martins de Almeida (Preso)

EMENTA

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. Furto qualificado. Escalada. Incidência de qualificadora necessidade de laudo pericial. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias judiciais favoráveis. Réu reincidente. Regime semi-aberto. Súmula n. 269-STJ.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência (*Precedentes*).

II - O réu reincidente, condenado a pena inferior a quatro anos e com circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto, *ex vi* dos artigos 33 e 59 do Código Penal (*Precedentes e Súmula n. 269-STJ*).

Writ concedido.

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de maio de 2008 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Antônio Adriano Martins de Almeida*, apontando como autoridade coatora a c. 14ª Câmara do 7º Grupo da Seção Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n. 1.091.621.3/8-00.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Irresignado, apelou o *Parquet*. O e. Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso ministerial, para aplicar a qualificadora relativa à escalada, redimensionando a reprimenda imposta ao paciente pela r. sentença de primeiro grau e mantendo íntegro o regime inicial fechado para cumprimento da pena.

Nas razões do presente *writ*, sustenta a impetrante: a) a ilegalidade do reconhecimento da qualificadora de escalada, *in casu*, ante a não realização do exame pericial; b) a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o semi-aberto, segundo as disposições constantes no art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal e Súmula n. 269-STJ. Requer, assim, a concessão da ordem, para afastar a qualificadora relativa à escalada e fixar o regime semi-aberto para início de cumprimento da pena.

Liminar concedida, apenas para que fosse observado, em relação ao paciente, o regime semi-aberto (fl. 23).

Informações prestadas às fls. 28-29.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 86-89, manifestou-se pela concessão parcial da ordem, em parecer assim ementado:

Penal. *Habeas corpus*. Furto qualificado pela escalada (art. 155, § 4º, IV do CP). Desnecessidade de perícia para comprovação da qualificadora. Conjunto fático-probatório que permite concluir ter o agente, com o escopo de praticar o crime contra o patrimônio alheio, escalado muro de altura superior à sua própria, empreendendo, assim, esforço incomum. Pena-base fixada em 2 (dois) anos de reclusão. Réu reincidente. Direito ao regime inicial semi-aberto. Circunstâncias judiciais favoráveis. Súmula n. 269-STJ. Parecer pela concessão parcial. (fl. 86)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Inicialmente, a *quaestio* diz respeito à incidência da qualificadora da escalada no crime de furto.

Por necessário, permito-me fazer uma *breve introdução* acerca da prova pericial no direito processual penal pátrio.

O Código de Processo Penal ao tratar das provas em espécie, após as disposições gerais sobre a matéria, reserva o Capítulo II do Título *Da Prova* ao exame do corpo de delito e das perícias em geral o que demonstra que o legislador deu um tratamento diferenciado a este meio de prova (Marcellus Polastri Lima *in A Prova Penal*, Coleção Direito Processual Penal, Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2003, p. 81). Com efeito, conforme observa *Fernando da Costa Tourinho Filho*, no processo penal os exames periciais tem natureza diversificada (*v.g.*: insanidade mental, dos instrumentos do crime, cadavérico, etc.), mas de todas as perícias, a mais destacada é a do *exame do corpo de delito*, a que o legislador deu especial realce (*in Processo Penal*, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, p. 246).

Na clássica afirmativa de *João Mendes Júnior* “*corpo de delito* é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso. Corpo é toda a substância formada por elementos sensíveis, ou melhor de partes elementares dispostas e conjuntas. *Elementos sensíveis* são aqueles princípios produtores que podem afetar os sentidos, isto é, que podem ser percebidos pela vista ou pelo ouvido ou pelo ato ou pelo gosto ou pelo olfato. São também chamados elementos físicos ou materiais não só por sua natureza, como porque constituem a força física ou resultam do movimento da força física. Ora, não há delito sem que um movimento da força física que o causa e sem um resultado desse movimento. Quer esse movimento, quer esse resultado, se resolvem em elementos que podem ser percebidos pelos sentidos, elementos que, dispostos e conjuntos, constituem o fato criminoso e o dano causado. A observação e a recomposição desses elementos sensíveis do fato criminoso, *eis o que se chama formar o corpo de delito.*” (*in Processo Criminal Brasileiro*, Volume 2, p. 7).

Segundo *Tubenclak* (*in “Teoria do Crime”, Forense*, 1978, p. 90), vale dizer, o *corpo de delito* é integrado por todos os elementos do *corpus criminis* (inclusive o objeto da ação, *como no homicídio, no atentado ao pudor*, etc, o *sujeito passivo*) e do *corpus instrumentorum* (*v.g.*: a gazua, a porta arrombada). O exame incide sobre o *corpus delicti*. Pode incidir sobre outros dados (indireto) e, *não sendo possível*, a prova testemunhal supre.

Sobre o *exame do corpo de delito* assim dispõe o art. 158 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Assim, há infrações que deixam vestígios (*delicta facti permanentis*) e outras que não os deixam (*delicta facti transeuntis*). Desta maneira, pelo dispositivo em destaque, quando a infração deixar vestígios é necessário o exame de corpo de delito, tanto que alguns autores se referem ao exame do corpo de delito como a perícia obrigatória (Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha in “Da Prova no Processo Penal”, Ed. Saraiva, 3ª edição, 1994, p. 148) e outros destacam a forma imperativa usado pelo legislador - “será indispensável o exame do corpo de delito” - (Fernando da Costa Tourinho Filho in “Processo Penal, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, p. 247).

De qualquer forma, tal previsão legal não restou imune a críticas.

Com efeito, parte da doutrina ressalta que tal previsão constitui um resquício do sistema já superado da prova legal ou da prova tarifada (Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho in “As Nulidades do Processo Penal”, Ed. RT, 7ª edição, 2001, p. 149). No mesmo sentido: Sérgio Demoro Hamilton in “Exame de Corpo de Delito. Realidade e mito” Temas de Processo Penal”, Ed. Lumen Juris, p. 163 e Marcellus Polastri Lima in “A Prova Penal”, Coleção Direito Processual Penal, Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2003, p. 85. Para José Frederico Marques, “fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo.” (in Elementos de Direito Processual Penal - Volume II, Ed. Millennium, 2ª edição, 2000, p. 438). No mesmo sentido Fernando Capez in “Curso de Processo Penal”, Ed. Saraiva, 11ª edição, 2004, p. 294-295, senão vejamos: “A regra do art. 158 do CPP, tornando obrigatória a realização do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, excepciona o princípio da livre apreciação da prova pelo juiz (CPP, art. 157), bem como o da verdade real. Trata-se de adoção excepcional do sistema da prova legal, não podendo o julgador buscar a verdade por nenhum outro meio de prova, seja pela confissão do acusado, robusta documentação ou depoimentos testemunhais idôneos, pois a lei se apega ao formalismo de exigir a prova pericial como único meio de comprovar a materialidade delitiva. Assim, quando possível a realização

da perícia, a sua falta implica a nulidade de qualquer prova produzida em sua substituição (CPP, art. 564, III, b) e, por conseguinte, a absolvição do imputado com fundamento no art. 386, VI, do CPP.”

*Na realidade, no entanto, é de se gizar, a concepção havida, inclusive, por muitos, como ultrapassada, daquilo que vem a ser verdade real, não é aceita pela dogmática moderna. Jorge Figueiredo Dias (in “Processo Penal”, ed. 1974, reimpressão de 2004, Coimbra Editora) alerta que “...a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano; tanto mais que aqui intervém, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro...” (p. 204). Ensina que a assim denominada *verdade material* há de ser tomada em duplo sentido: “no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma *verdade judicial*, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida” (p. 193-194).*

Sobre a mitificação da *verdade real* em sua concepção ortodoxa – hoje tida como própria da metafísica – Francisco das Neves Baptista diz: “... o mundo da prova é o mundo das *presunções* e construções ideais, estranhas ao que se entende, ordinariamente, por *realidade*. E o sistema jurídico processual assim o quer: a *Constituição* subordina rigidamente a prova processual à *licitude* de sua obtenção e restringe o acesso oficial à *intimidade* das pessoas; o Código de Processo Penal impõe formas específicas para a *prova técnico-pericial* e, contrariando a corrente afirmação da “inexistência de hierarquia dos meios probatórios”, põe a confissão em nível de manifesta inferioridade, relativamente às demais fontes de evidência. Adicionalmente, condiciona a admissibilidade de qualquer elemento informativo como convincente à observância do contraditório: evocando a proibição de fazer uso da ciência privada, poder-se-ia dizer também, que à luz do contraditório, se configura como de ciência privada tudo o que for utilizado sem prévia participação das partes” (citando *Marinoni*) – tudo isto em: “O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal”, Renovar, p. 209-210).

E, mais adiante:

A presunção de inocência, *nemo tenetur se detegere* e o *in dubio pro reo* tem, intuitivamente, o propósito de exigir do Estado a reunião de elementos que justifiquem, cabalmente, o exercício do poder de punir – *sem o que, tal exercício configurará abuso* (op.cit., p. 210).

O princípio da verdade real, para além da terminologia, não poderia ter - na concepção ortodoxa - limitações. No entanto, Tourinho Filho, em verdadeira contestação à concepção clássica, apresenta inúmeras restrições probatórias: a) a questão do estado das pessoas (art. 155 do CPP); b) as provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI da CF); c) provas que afetam a autodeterminação, a liberdade e possam caracterizar um constrangimento ilegal (*ferindo a dignidade da pessoa humana*, v.g. art. 5º, incisos III, X, XLXIX da Carta Magna), tais como o detector de mentiras e a narcoanálise, obrigando o acusado a depor contra si mesmo; d) art. 207 do CPP, proibição de depor em razão de função, ofício ou profissão (sobre os desobrigados); e) art. 233 do CPP, cartas particulares interceptadas por meios criminosos; f) art. 243 § 2º, do CPP, proibição de apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando o elemento do corpo de delito; g) limitação temporal, v.g. , mormente para arrolar testemunhas e leitura de documentos em plenário do júri, etc.; h) prova da reincidência; i) *prova pericial (exame de corpo de delito)*; j) exame de insanidade mental do acusado (prova da culpabilidade, ou não, do réu por via da inimputabilidade). E, Vicente Greco Filho, ainda lembra, o que é basilar, *quod non est in actis non est in hoc mundus* (como parâmetro, de regra, intransponível para análise do julgador). Qualquer inobservância das limitações implica, em princípio, em atentar contra o devido processo legal exigido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição e contra o indispensável contraditório (inc. LV da Carta Magna).

Ainda no *punctum saliens*, diz Aury Lopes Jr. (in “Introdução Crítica ao Processo Penal”, Lumen Juris Editora, 4ª ed., p. 273): “Dessarte, há que se descobrir a origem e a finalidade do *mito da verdade real*: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que “os fins justificam os meios”.

Por outra, a conjugação do *princípio do livre convencimento fundamentado* (ou da persuasão racional *ex vi* art. 157 do CPP) com a denominada busca da *verdade real* em sede processual, com as limitações estabelecidas pelo sistema, mereceu observação de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (in “Da Prova no Processo Penal”, 7ª ed., Saraiva, p. 82) de que “o juiz tem a liberdade de avaliar as provas pela sua convicção, porém condicionado às colhidas no processo, às admitidas, às sujeitas a um juízo de credibilidade e de acordo com o valor legal, ser for o caso”. A denominada *livre convicção*, a toda evidência, não é absoluta, ela é condicionada (em maior ou menor grau, dependendo do caso em si). Daí porque se diz que se trata de *persuasão racional* ou *livre convencimento fundamentado* (*Leia-se: fundamentado ex vi legis*). Caso contrário, posta a situação na forma

vetusta, teríamos o seguinte quadro problemático citado por *Francisco das Neves Baptista*, *in verbis*: “*Se a decisão criminal está presa à verdade real, o jogador não tem liberdade alguma: incumbe-lhe decidir segundo essa verdade, se o julgador se pode convencer livremente, não está sujeito à verdade real, mas àquela de que se convencer*” (*op. cit.*, p. 212).

Não há, pois, incompatibilidade entre o disposto no *art. 157* e o contido no *art. 158* do CPP.

Fernando da Costa Tourinho, afirma, aí, a prudência do legislador em termos do *art. 158 do CPP* (*in* “*Processo Penal*, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, p. 248). Assim, também, *Ronaldo Batista Pinto* *in* “*Prova Penal Segundo a Jurisprudência*”, Ed. Saraiva, 2000, p. 63, para quem “pretendeu o legislador cercar-se de certas garantias contra acusações injustas”.

De fato, *v.g.*, o CPP, *em outros dispositivos*, ressalta mais ainda a importância dispensada ao *exame de corpo do delito*. Como exemplo podemos citar o *art. 525* que, ao tratar do processo e julgamento *dos crimes contra a propriedade imaterial*, dispõe que no caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia *não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituem o corpo de delito* (*Ronaldo Tanus Madeira* *in* “*Da Prova e do Processo Penal*”, Ed. Lumen Juris, 2003, p. 55).

Acerca do tema cito o seguinte julgado:

Penal e Processual Penal. Crime contra a propriedade industrial. Prazo decadencial. Art. 529, CPP. Queixa-crime. Condição de procedibilidade.

A persecução penal dos denominados crimes contra a propriedade imaterial, que deixam vestígios, *exige*, como condição para o recebimento da queixa-crime, a demonstração prévia da existência da materialidade do delito atestada por meio de perícia técnica.

A norma do art. 529, do Código Processual Penal, de caráter especial, prevalece sobre a geral do art. 38, desse mesmo diploma legal. Em conseqüência, o direito de queixa é de 30 (trinta) dias, contados da sentença *homologatória do laudo pericial*.

Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 336.553-SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 24.03.2003) (g.n.).

Outro exemplo é o *art. 184* que autoriza o juiz ou a autoridade policial, *ressalvado o caso de exame de corpo de delito*, a negar a realização de perícia

requerida pelas partes quando não for necessária ao esclarecimento da verdade. Sobre o referido dispositivo tem-se as palavras de Ronaldo Tanus Madeira (*op. cit.*, p. 55):

A importância do *exame de corpo de delito* é tão evidente em nosso Processo Penal que o juiz ou a autoridade policial poderá negar a perícia requerida pela parte, *salvo o caso de exame de corpo de delito*, art. 184 do Código de Processo Penal.

Destarte, mesmo que a materialidade esteja evidenciada diretamente por elemento constante dos autos (v.g.: o próprio documento falsificado) não é possível prescindir-se do exame de corpo de delito (Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho in “As Nulidades do Processo Penal”, Ed. RT, 7ª edição, 2001, p. 150).

O *exame de corpo de delito direto*, portanto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido (Espínola Filho in “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, Volume II, Ed. Bookseller, p. 502). Além do mais, é de se atentar, de vez, para o contido nos arts. 6, incisos I e II, 158, 167, 184 e 243 § 2º do CPP (até *ad argumentandum*).

Nesse sentido, os seguintes precedentes do c. Pretório Excelso:

Habeas corpus. Crime sexual cometido contra vítima menor (criança de 7 anos). Exame de corpo de delito indireto. Validade. Presunção legal de violência. Alegação de fragilidade das provas testemunhais. Indagação probatória em torno dos elementos instrutórios. Inviabilidade na via sumaríssima do *habeas corpus*. Pedido indeferido. - Nos crimes contra a liberdade sexual cometidos mediante grave ameaça ou com violência presumida, não se impõe, necessariamente, o exame de corpo de delito direto, porque tais infrações penais, quando praticadas nessas circunstâncias (com violência moral ou com violência ficta), nem sempre deixam vestígios materiais. - O exame de corpo de delito indireto, fundado em prova testemunhal idônea e/ou em outros meios de prova consistentes (CPP, art. 167), revela-se legítimo (RTJ 63/836 - RTJ 81/110 - RT 528/311), desde que, por não mais subsistirem vestígios sensíveis do fato delituoso, não se viabilize a realização do exame direto. Precedentes. - Não cabem, na via sumaríssima do processo de *habeas corpus*, o exame aprofundado e a revisão crítica dos elementos probatórios produzidos no processo penal de conhecimento. Precedentes. - A questão da prova e do depoimento infantil nos delitos contra a liberdade sexual: o exame desse tema pela jurisprudência dos Tribunais.

(HC n. 69.591-SE, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 29.09.2006).

Latrocínio. Exame de corpo de delito. Possível e a imposição de pena embora não efetuado, de forma direta, o exame de corpo de delito. O preceito do artigo 158 do Código de Processo Penal há de ser interpretado de forma sistemática, ou seja, levando-se em conta que, “*não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta*” (artigo 167 do referido Diploma). *Prova testemunhal. Valia. O Habeas corpus não é o meio adequado a reapreciação da prova testemunhal, com o objetivo de revelá-la inconsistente e, portanto, imprópria aos fins previstos no artigo 167 do Código de Processo Penal.*

(HC n. 72.283-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09.06.1995).

*Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária: fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal. Nulidades alegadas: inversão processual mediante abertura de nova vista à acusação após as alegações finais da defesa; não realização do obrigatório exame de corpo de delito; falta de exame integral, na sentença e no acórdão, das teses da defesa, ficando à margem de fundamentação na sentença condenatória duas das três condutas imputadas, que estariam autorizadas pela legislação tributária. 1. A inversão processual, falando antes a defesa e depois a acusação nas alegações finais (CPP, art. 500, I e III), implica em nulidade tanto quanto no caso da sustentação oral (RECrIm n. 91.661-MG, in RTJ 92/448), por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, quando a defesa argúi questão preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e a manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do Código de Processo Civil, como previsto no art. 3º do Código de Processo Penal, pois em tal caso é de rigor que a outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo exercício não é monopólio da defesa. 2. *A quem acusa cabe o ônus da prova (CPP, art. 156), devendo o Ministério Público requerer o exame de corpo de delito quando se tratar de infração que deixa vestígios, o qual não pode ser suprido, sequer, pela confissão (CPP, art. 158), sob pena de nulidade (CPP, art. 564, III, b).* Esta norma tem por escopo trazer aos autos prova incontroversa da existência material do delito, providência que, entretanto, é supérflua quando, como no caso, o próprio *corpus delicti* veio aos autos. Precedentes. 3. Alegação de omissão na decisão condenatória por não ter examinado integralmente as teses da defesa, com fundamento em que duas das três condutas imputadas ao paciente poderiam ter amparo na legislação tributária. *Prima facie* à alegação naufraga em paralogismo, pois se há três condutas autônomas que tipificam um mesmo delito, da exclusão de duas delas remanesce uma, que é suficiente para embasar a condenação à pena mínima aplicada ao paciente. As teses defendidas pelos impetrantes para justificar as condutas típicas deveriam ter sido submetidas ao contencioso administrativo ou judicial, e não exercidas mediante alguma coisa parecida com o exercício arbitrário das próprias razões porque,*

quando em detrimento do fisco, configuram crime contra a ordem tributária, por expressa manifestação de vontade do legislador. De resto, quando a decisão acolhe fundamentadamente uma tese, afasta implicitamente as que com ela são incompatíveis, não sendo necessário o exame exaustivo de cada uma das que não foram acolhidas. 4. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido.

(HC n. 76.420-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 14.08.1998).

Processual Penal. Perícia documental. *Prova testemunhal e confissão não suprem a perícia oficial dos documentos, no caso de crime de falsidade documental, se restam documentos a periciar.* - Aplicação do art. 158 do CPP. não o juiz, mas a própria perícia, dirá da prestabilidade ou não para o exame, os documentos, que ele disse imprestáveis para periciar-se. Aplicação do art. 167 do CPP. Há ilegalidade na sentença que, sem periciar documento apreendido, de "motu" próprio, entende-os imprestáveis para exame e condena com base em testemunhas e confissão. recurso de *habeas corpus* a que se dá provimento.

(RHC n. 58.966-GO, 1ª Turma, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJU de 27.11.1981).

E, também desta Corte:

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Laudo pericial. Nulidades. Inocorrência.

1. "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta." (artigo 167 do Código de Processo Penal).

2. É incompatível com o âmbito angusto do *habeas corpus* a pretensão de reexame de prova.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado.

(HC n. 37.900-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 1º.08.2005).

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, Rel. Min. 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.

(HC n. 25.097-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 16.06.2003).

Habeas corpus. Lesões corporais. Corpo de delito indireto. *Desaparecidos* os vestígios, e perfeitamente possível o exame do corpo de delito, de forma indireta, através da prova testemunhal, como previsto nos arts. 158 e 167, do Código de Processo Penal.

Ordem denegada.

(HC n. 1.257-PE, 6ª Turma, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, DJU de 14.09.1992).

Hélio Tornaghi in Curso de Processo Penal, 1980, Saraiva, V. I, p. 316 e 323, após distinguir o testemunho da perícia - *esta* como observação, *avaliação* e declaração, dando *opinião técnica*; *aquele*, como observação e declaração, *sem opinar* (art. 213 do CPP) - destaca que a falha na observação por prova pessoal (e até na hipótese de confissão) tem acarretado, *em crimes que deixam vestígio*, famosos erros ou quase erros judiciários. Por exemplo, em crime impossível (a ação pretensamente homicida, e confessada, realizada contra cadáver; infanticídio almejado, tendo, porém, a criança nascido morta; casos, pois, específicos de *delito putativo por erro de tipo*), o que deixa clara a insuficiência da prova pessoal em casos tais. O mesmo se diga em *arrombamentos*, quando a *aparência* pode induzir em erros ou distorções da realidade (v.g., momento do arrombamento, se era, ou não, preexistente, etc.). *Vicente Greco Filho in* Manual de Processo Penal, Saraiva, 1991, lembra, por seu turno, que o *art. 167 do CPP*, como uma exceção ou mitigação à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, “deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de *desaparecimento natural* ou por *ação do próprio acusado*, e não por *inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu*.” *Tornaghi* enfatiza que a impossibilidade, na forma supra, do exame, pode ser suprido pelo exame indireto e, *por último*, pela prova testemunhal. (*op. cit.*, p. 323). Portanto, *a imprescindibilidade do exame de corpo de delito, quando a infração penal deixar vestígios é uma decorrência de texto expresso de lei* (art. 158 do Código de Processo Penal). A inobservância dessa exigência - considerada indispensável pela própria lei processual penal - constitui circunstância bastante para determinar a nulidade do processo (art. 564, inciso III, letra **b**, do CPP). *A realização do exame de corpo de delito direto não fica, portanto, ao mero talante da autoridade, mas ao contrário, o exame de corpo de delito indireto, supletivo, por imposição legal, somente poderá substituir o direto, quando e somente quando, tiverem desaparecido os vestígios da infração penal*. Com efeito, se havia a possibilidade de se realizar o exame de corpo de delito direto, a omissão da autoridade em determiná-lo não pode ser suprida por nenhuma outra prova, sob pena de

afronta à determinação expressa de lei - art. 158 do CPP. Nessa linha, também, é a lição de *Heleno Cláudio Fragoso in* "Jurisprudência Criminal" (1º Volume, Ed. Forense, 4ª edição, 1982, p. 275-277), a saber:

221. Exame de corpo de delito indireto

O exame de corpo de delito indireto não pode ser admitido quando era possível a realização do exame direto. Assim decidiu, com absoluto acerto, a 2ª C. Crim. do TA. do antigo Estado da Guanabara, na AC 4.426, relator o eminente Juiz João Claudino: "Só na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". Pretendia-se ter provadas lesões corporais *com o simples boletim de socorro*, o qual, como se sabe, é firmado por um só médico. A decisão foi unânime (DO 12.07.1971, p. 514).

O exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio *é essencial* (art. 158 CPP), sob pena de nulidade (art. 564, III, letra **b**).

É certo que o corpo de delito direto pode ser suprido pelo indireto (art. 167), que se realiza através da prova testemunhal.

Dois são porém, as condições imprescindíveis: (a) - é indispensável que os vestígios tenham desaparecido; (b) - a prova testemunhal deve ser uniforme e categórica, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida quanto à existência dos vestígios. Não se admite o corpo de delito indireto quando nenhum impedimento havia para a realização do exame:

Nulo é o processo em que tendo a infração deixado vestígios e não havendo qualquer obstáculo à realização do exame de corpo de delito, este não é realizado. O art. 158 CPP encerra uma regra de observância compulsória, cuja preterição é fulminada com a pena de nulidade, não a suprimindo a confissão do réu, nem a prova testemunhal (TJ de São Paulo. HC n. 38.267, relator Des. Thomaz Carvalho, RT 208/71).

É imprescindível o corpo de delito direto. Se não se prova a impossibilidade de obtê-lo, nenhuma valia tem o indireto. A vítima que se recusa ao exame deve ser compeli da sob pena de desobediência (TJ Distrito Federal, relator Des. José Duarte, RF 90/816). Cf. também RT 268/533.

A 2ª C. Crim. do TA do antigo Estado da Guanabara decidiu também na AC n. 4.091, relator igualmente o saudoso Juiz João Claudino, que "só na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta" (DO 02.08.1971, 556).

222. Exame de corpo de delito indispensável nos crimes que deixam vestígio.

No HC n. 39.195, o STF decidiu conceder a ordem para anular o processo, considerando indispensável o exame de corpo de delito. Tratava-se de falsidade

documental, sendo o réu acusado de ter falsificado uma carteira de identidade. Todavia, embora se achasse nos autos uma fotocópia do documento falso, o original não foi apresentado, nem submetido a exame de corpo de delito. O Min. Cunha Melo denegava a ordem, por entender que a fotocópia apresentada, com a declaração da autoridade policial quanto à falsidade, representava o corpo de delito. A maioria assim não entendeu, afirmando que a regra do art. 158 CPP é de observância obrigatória. O corpo de delito nos crimes que deixam vestígio não pode ser suprido nem pela confissão do acusado. O processo foi anulado a partir da denúncia. Relator o eminente Min. Vilas Boas (DJ 04.07.1963, p. 488).

A ausência do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio implica em nulidade. Essa regra de nosso processo, que se destina a tornar certa a existência material do fato punível, foi reafirmada pelo STF no HC n. 41.866, relator o eminente Min. Cândido Motta Filho, por unanimidade (RTJ 32/106).

Por igual *Heráclito Antônio Mossin in* Curso de Processo Penal, Volume 2, Ed. Atlas, 1998, p. 330-332, *in verbis*:

A regra que prepondera, em termos de prova, é a da imprescindibilidade do exame de corpo de delito direto nos crimes de resultado, naqueles que deixam vestígios, sob pena de nulidade e do reconhecimento da não-comprovação da materialidade delitiva. O exame é denominado de direto porque incide sobre o próprio corpo do delito, sobre a pessoa ou coisa a ser examinada (v.g., cadáver, o revólver usado para cometer o homicídio, a porta arrombada, etc.)

Entende-se por *exame de corpo de delito* indireto aquele que é feito por “raciocínio dedutivo sobre um fato retratado por testemunhas, por não se ter a possibilidade do uso da forma direta”. Há aqui apenas uma reprodução, uma vez que não examina diretamente a pessoa ou a coisa objeto da perícia. É o que ocorre, *verbi gratia*, quando o experto elabora o laudo pertinente com fundamento em relatório, fichas hospitalares ou mesmo ouvindo as pessoas que promoveram o atendimento à pessoa que foi vítima da ação delitiva.

O exame de corpo de delito indireto somente é admissível quando for absolutamente impossível a realização da inspeção direta, como nos exemplos apontados por Hélio Tornaghi: *perecimento dos vestígios do crime; desaparecimento do corpo de delito* (às vezes, até, sonogado ou escondido pelo próprio criminoso; restauração do estado anterior ao crime, por *obra da natureza* ou pela *mão do homem*; inacessibilidade do local em que se encontra etc. Quando isso ocorre, os peritos podem, por meio de depoimentos, filmes, fotografias, objetos encontrados etc. fazer o exame pericial denominado indireto.

O regramento processual ancorado no art. 158 do Código de Processo Penal é tão absoluto que o legislador não permite a substituição do corpus delicti direto e indireto pela confissão do acusado: antequam resu propria confessione possit condemnari, oportet ut constet de corpore delicti.

O preceito é bastante prudente e coeso com a verdade real. A confissão do acusado não tem o condão de suprir a necessidade de constatação material da infração típica, que deve ser comprovada e demonstrada de modo inequívoco por ato processual próprio confeccionado por experto. *Ademais, nada impede que a confissão seja obtida por meio ilícito ou, sendo voluntária, não corresponda à realidade, como acontece com o exemplo dado por Hélio Tornagui*, quando a agente confessa um crime impossível: ter morto alguém que já era cadáver quando a ação, supostamente criminosa, foi praticada. A prova quanto à materialidade deve conduzir à certeza, quer para a exata administração da Justiça, quer para evitar eventual erro judiciário. Daí por que a confissão não pode, *ex abundantia*, suprir a prova pericial.

De outro lado, embora o art. 167 do Código de Processo Penal tenha por objetivo amenizar o rigor do art. 158 do mesmo estatuto, deve esse preceito ser visto e interpretado com certas reservas para que o exame de corpo de delito não seja indevidamente preenchido pela prova testemunhal, que por sinal não se confunde com exame de corpus delicti indireto.

O legislador é bastante claro ao dizer expressamente naquela norma que a substituição da prova pericial pela testemunhal somente será viável em não sendo "possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios". Verifica-se pelo texto legal que a prova testemunhal apresenta-se como expediente meramente supletivo para a comprovação do corpo de delito, somente sendo admissível quando for impossível a perícia por impedimento legal ou por fato absolutamente invencível. Logo, se a inspeção, por exemplo, não pode ser realizada porque por incúria da pessoa interessada ou da própria autoridade a quem incumbia produzir a prova os vestígios desapareceram, não pode essa inspeção ser substituída pela prova testemunhal, uma vez que não se verifica na espécie fato absolutamente invencível.

Irajá Pereira Messias (in "Da Prova Penal", Ed. Bookseller, 2ª edição, 2001, p. 312), por igual, assevera:

Caberia, no entanto, uma indagação: e se o exame direto for possível, e, mesmo assim, não for realizado, por inércia ou desídia da autoridade (ou, pelos mesmos motivos, for realizado de forma nula, vindo essa nulidade a ser proclamada), caberia o exame pela forma indireta? Entendemos que ocorrerá a nulidade do art. 564, inc. III, letra b, estando expressa ali a ressalva do art. 167, que - por sua vez - permite o exame indireto nas hipótese de "...haverem desaparecido os vestígios", e não por incúria da autoridade na sua realização. Também a realização de forma direta ou indireta não é opção ou escolha da autoridade, mas o indireto somente é possível quando desaparecidos os vestígios.

Especificamente, em relação à indispensabilidade do exame de corpo de delito no crime de furto qualificado pela escalada, tem-se as considerações

de *Guilherme de Souza Nucci* in “Código de Processo Penal Comentado”, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2006, p. 388, *in verbis*:

59. *Furto qualificado*: refere-se a lei especificamente ao furto qualificado, nada impedindo que outra figura típica qualquer, prevendo a mesma situação, possa valer-se do disposto neste artigo do Código de Processo Penal. É imperioso que, existindo rompimento ou destruição de obstáculo, possam os peritos atestar tal fato, pois facilmente perceptíveis. O mesmo se diga do furto cometido mediante escalada, ainda que, nesta hipótese, os rastros do crime possam ter desaparecido ou nem ter existido. Tal ocorrência não afasta, em nosso entender, a realização da perícia, pois o lugar continua sendo propício para a verificação. Ex.: caso o agente ingresse em uma casa pelo telhado, retirando cuidadosamente as telhas, recolocando-as depois do crime; pode ser que a perícia não encontre os vestígios da remoção, mas certamente conseguirá demonstrar que o local por onde ingressou o ladrão é alto e comporta a qualificadora da escalada. Sabe-se, por certo, que tal não se dá quando o agente salta um muro baixo, sem qualquer significância para impedir-lhe a entrada, algo que a perícia tem condições de observar e atestar. Por isso, as testemunhas somente podem ser aceitas para suprir a prova pericial, no caso da escalada, quando for para indicar o percurso utilizado pelo agente para ingressar na residência, mas não para concluir que o lugar é, de fato, sujeito à escalada, salvo se a casa tiver sido, por alguma razão, demolida. *Em síntese, pois, o exame pericial é indispensável nesses dois casos (destruição ou rompimento de obstáculo e escalada), podendo ser suprido pela prova testemunhal somente quando os vestígios tiverem desaparecido por completo e o lugar se tenha tomado impróprio para a constatação dos peritos.*

Em relação aos crimes cometidos por meio de escalada, o Código de Processo Penal reserva dispositivo específico a respeito do tema, senão vejamos:

Art. 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, *ou por meio de escalada*, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, *por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.*

Aqui, a lei chega inclusive a *especificar tópicos* a serem observados pelos peritos na *realização do laudo pericial*. Nesse sentido, tem-se as palavras de *Marcellus Polastri Lima* (in “Curso de Processo Penal”, Volume 2, Ed. Lumen Juris, 2004, p. 122), a saber:

Perícia de Arrombamento, Escalada. Destruição de Obstáculo

Nos casos de furtos qualificados por arrombamento, destruição obstáculo ou escalada (art. 155, § 4º, do CP), é necessária a realização de exame pericial para

constatar a hipótese qualificadora, sob pena de haver desclassificação para a hipótese de furto simples.

Nestes termos, assim dispõe o *artigo 171 do CPP*:

Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, ou *por meio de escalada*, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, *por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado*.

Importante o cumprimento da parte final do dispositivo, pois se aferirá se realmente o arrombamento ou a escalada foram feitos por aquele agente na data do fato.

A injustificável falta do exame de corpo de delito, a par de constituir uma nulidade por força da lei, pode eventualmente ensejar, como conseqüência, a falta de prova essencial de materialidade do delito ou de circunstância qualificadora ou majorante. Tudo depende processualmente do caso em si. O que não pode acontecer é reconhecer-se, *como homenagem à suposta verdade real*, algo como provado, quando em verdade, em termos legais, tal demonstração não ocorreu.

Assim, no caso concreto, inexistente laudo pericial apto a comprovar que o paciente, de forma inequívoca, procedeu a escalada do muro que circundava a residência da vítima, deve ser afastada a qualificadora do inciso II, § 4º, do art. 155, do Estatuto Repressivo.

A propósito:

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Furto tentado. Escalada. Incidência de qualificadora. Necessidade de laudo pericial. Aplicação analógica da majorante do roubo com concurso de agentes. Impossibilidade. Consumação. Trânsito em julgado para a acusação. *Reformatio in pejus*.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência.

II - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP (*Precedentes*).

III - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (*art. 4º da LICC*).

IV - Se a r. sentença condenou o recorrido por furto tentado, não tendo sido interposto recurso pela acusação, não se pode mais discutir o momento consumativo do delito, sob pena de *reformatio in pejus* (Precedentes).

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.

(REsp n. 932.780-RS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 29.10.2007).

Quanto ao restante, busca a impetrante a fixação do regime inicialmente semi-aberto para cumprimento da reprimenda pelo paciente.

No caso em tela, a r. sentença procedeu a fixação da pena e do regime inicial, nos seguintes termos:

O réu é portador de péssimos antecedentes Criminais, sendo *reincidente* (fls. 105-106), de forma que, atento para tal circunstância e, demais elementos preconizados pelo artigo 59 do CP, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, um ano de reclusão e dez dias multa, com o dia unitário no piso mínimo, que aumento em um sexto devido a reincidência, resultando em definitivo a pena de *hum ano e dois meses de reclusão e onze dias multa*, com o dia unitário no piso mínimo.

(...)

Faça a comprovada reincidência do réu, fixo o regime prisional inicial *fechado*, expedindo-se mandado de prisão. (fls. 52-53)

O e. Tribunal *a quo*, por sua vez, ao exasperar a pena do paciente e fixar o regime inicialmente fechado, assim consignou, *in verbis*:

Na primeira fase da dosimetria da pena, fixo a base em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa e, mantendo a exasperação de primeiro grau (reincidência - 1/6), as penas ficam estabilizadas no patamar de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, já que inexistentes outras causas modificadoras.

A mencionada *recidiva do recorrido*, impõe e justifica a fixação do regime fechado para o desconto inicial da pena aqui aplicada e torna impossível a substituição da corporal por reprimendas alternativas, ante o impedimento disposto no inciso II, do artigo 44, do Código Penal e também por entender que a medida não é socialmente recomendável (§ 3º, do mesmo artigo), o mesmo ocorrendo com o *sursis*, uma vez não preenchido o requisito disposto no inciso I, do artigo 77, do Código Penal. (fl. 61 - grifei)

Da leitura dos trechos acima transcritos, verifica-se que, embora a pena-base, fixada no mínimo legal, tenha sido exacerbada em razão da reincidência

e da qualificadora de escalada, não houve reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto pela r. sentença condenatória, quanto pelo e. Tribunal *a quo*, os quais somente fixaram o regime inicial fechado *em virtude da reincidência*.

A esse respeito, oportuno trazer à colação o parecer ministerial, *verbis*:

A il. Defensora Pública impetrante alega, ainda, que o réu reincidente tem direito a iniciar o cumprimento da pena, igual ou inferior a 4 (quatro) anos, em regime semi-aberto, *ex vi* da Súmula n. 269-STJ.

Referido entendimento sumular apenas afasta a possibilidade do início de cumprimento em regime semi-aberto quando, na sentença condenatória, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal houverem sido desfavoráveis ao acusado.

In casu, o Juízo de 1º grau, de fato, estabeleceu a pena-base para o roubo simples (art. 155, *caput*) em seu patamar mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão (fls. 12-13), enquanto a Corte *a quo*, reconhecendo a qualificadora da escalada, fixou a reprimenda, na 1ª fase da dosimetria penal, em 2 (dois) anos de reclusão, piso previsto em lei (fl. 19).

As circunstâncias judiciais, portanto, seja na sentença de 1º grau, seja no acórdão proferido em sede de apelação, foram tidas como favoráveis ao paciente, ficando a pena-base, após provimento do recurso de apelo da acusação, no valor mínimo legal. Incide, assim, o teor da Súmula n. 269-STJ, tendo o paciente, mesmo reincidente, direito a iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto. (fl. 89)

Com efeito, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena pressupõe, conforme o artigo 33, § 3º, do Código Penal, a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Assim, o réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos e que tenha todas as circunstâncias judiciais favoráveis, com pena aplicada no mínimo legal, poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto, conforme interpretação dos artigos 33 e 59 do Código Penal (nesta linha no plano doutrinário: *Rogério Greco* in “Curso de Direito Penal - Parte Geral”, 3. ed. Ed. Impetus, 2003, p. 462; *Cezar Roberto Bitencourt* in “Manual de Direito Penal - Parte Geral”, 6ª ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 421; *Julio Fabbrini Mirabete* in “Manual de Direito Penal - Parte Geral”, 17. ed. Ed. Atlas, 2001, p. 256).

Nesse entendimento:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 155, § 4º, inciso I, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias

judiciais favoráveis. Réu reincidente. Regime semi-aberto. Súmula n. 269-STJ. Execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Recurso especial. Efeito devolutivo.

I - O réu reincidente, condenado a pena inferior a quatro anos e com circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento em regime semi-aberto, *ex vi* dos artigos 33 e 59 do Código Penal (*Precedentes e Súmula n. 269-STJ*).

II - Contra a decisão condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei n. 8.038/1990), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação (*Precedentes do Pretório Excelso e do STJ Súmula n. 267-STJ*).

Writ parcialmente concedido.

(HC n. 84.135-SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 1º.10.2007).

Habeas corpus. Porte de arma. Reincidência. Circunstâncias judiciais favoráveis. Regime prisional. Súmula n. 269-STJ.

É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto.

(HC n. 43.097-SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 1º.08.2005).

Criminal. Porte ilegal de arma. Reincidência excluída. Improriedade. Regime prisional. Réu reincidente. Condenação inferior a 4 (quatro) anos. Regime aberto. Não cabimento. Substituição da pena. Reincidência genérica. Adequação da benesse. Reexame de elementos de índole subjetiva. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Recurso parcialmente conhecido e provido em parte.

I. O agravamento da pena pela reincidência reflete a necessidade de maior reprovabilidade do réu voltado à prática criminosa. Improriedade de sua exclusão sob fundamento da perda de sua função teleológica.

II. Proíbe-se ao réu reincidente a fixação do regime aberto, em qualquer caso.

III. O art. 44, II, do Código Penal deve ser interpretado de forma conjunta com o § 3º do mesmo dispositivo, ou seja, a substituição da pena deve ser socialmente recomendável e o réu não pode ser reincidente específico.

IV. Tratando de réu reincidente genérico e tendo a benesse sido considerada adequada à espécie nas instâncias ordinárias, com base em elementos de índole subjetiva, não pode ser revisto em sede de recurso especial, diante do disposto na Súmula n. 7-STJ.

V. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido, para determinar a incidência da agravante da reincidência, bem como para fixar o regime semi-aberto de seu cumprimento.

VI. Remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau para a readequação da pena. (REsp n. 72.8673-RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 19.09.2005).

A propósito, a *quaestio* já está sumulada:

É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. (Súmula n. 269-STJ)

Diante de todo o exposto, concedo a ordem para afastar a qualificadora da escalada e restabelecer a reprimenda fixada na r. sentença condenatória, qual seja, 01 (um) ano e 02 (dois) meses, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa. Concedo a ordem, ainda, para fixar o regime inicial semi-aberto, para cumprimento da pena pelo paciente.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 114.385-MS (2008/0189730-3)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: José Augusto Marcondes de Moura Júnior

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Valeska Rodrigues Arevalo

EMENTA

Habeas corpus. Competência. Justiça Federal. Crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Alteração das regras de organização judiciária. Provimento. Especialização de vara já existente. Possibilidade. Exegese do art. 96, I, **a** e **d**, da CF/1988. Princípios do juiz natural e da legalidade. Ausência de ofensa. Constrangimento ilegal não verificado.

1. Perfeitamente possível que o Poder Judiciário local, através de norma administrativa, especialize certo juízo, já existente, tornando-o competente para o processamento e julgamento exclusivo de determinados delitos. Exegese do art. 96, I, **a e d**, da CF/1988.

2. A regra da *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica nas hipóteses em que há alteração da competência territorial em razão da matéria (*ratione materiae*), como ocorreu na espécie, pois, nesses casos, as novas normas têm incidência imediata e se aplicam independentemente da fase em que se encontre o processo, dada a sua natureza nitidamente instrumental.

3. Correta a determinação contida no Provimento n. 275/2005 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, ao ordenar a redistribuição dos feitos já em andamento no foro federal anterior para o novo Juízo Especializado competente.

2. Verificando-se que o Judiciário Federal local, com a edição do provimento em questão não criou nova vara, apenas especializou uma já existente, ou, seja, nada mais fez do que exercer sua competência privativa de alterar regras de organização judiciária local, não há o que se falar em ofensa aos princípios da juiz natural e da legalidade, constitucionalmente albergados.

3. Ordem denegada.

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. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 16 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Valeska Rodrigues Arevalo*, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, julgando *writ* lá ajuizado, denegou a ordem, mantendo a competência da 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS, para o processamento e julgamento da ação penal na qual a paciente é denunciada pela suposta prática do delito de lavagem de capitais (HC n. 2008.03.00.008220-7).

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, pois o Tribunal impetrado não poderia ter denegado a ordem mandamental, uma vez que a ação penal já estava em curso contra a paciente perante o Juízo Federal de Ponta Porã-MS, tendo inclusive havido o recebimento da denúncia por esta autoridade judiciária, razão pela qual o fato de ter ocorrido a edição de resolução do TRF da 3ª Região, criando uma vara federal especializada para julgar o delito em que a paciente foi denunciada, no caso a 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS, não deveria justificar o deslocamento da competência para esta nova unidade jurisdicional, por ser flagrantemente inconstitucional, visto que fere o previsto no art. 96, II, da CF/1988, o princípio do Juiz Natural, e ainda o art. 75, parágrafo único, do CPP.

Requeru, assim, a concessão sumária da ordem mandamental, para que fosse suspensa a tramitação da ação penal em questão, postulando, no mérito, a declaração de incompetência da 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS para processar e julgar o processo criminal em tela, com a remessa dos autos ao Juízo Federal de Ponta Porã-MS.

A liminar foi indeferida e, solicitadas informações à Corte de origem, as prestou o Juízo singular, aduzindo que o processo criminal encontrava-se aguardando a prolação de sentença, e o Tribunal, que trouxe aos autos cópia do acórdão vergastado.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Sobreveio informação do Juízo da 3ª Vara Federal Criminal de Campo Grande-MS, dando conta da condenação da paciente ao cumprimento de 3 anos de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades pública, por dois anos e seis meses, e ao pagamento de 50 dias-multa, por violação ao art. 1º,

§ 1º, II, da Lei n. 9.613/1998, nos autos da ação penal em questão, por sentença que acosta aos autos (fls. 59-68).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Cinge-se a questão à alegada ofensa aos princípios do juiz natural e da legalidade, constitucionalmente garantidos, por ato do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região que, editando o Provimento n. 275/2005, deslocou para a 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS a competência para o processamento e julgamento da ação penal que estava em andamento na Justiça Federal de Ponta Porã-MS, na qual a paciente foi denunciada por incurso nas penas do art. 1º, § 1º, II, da Lei n. 9.613/1998, por ter ocultado e dissimulado a propriedade de bens adquiridos com a renda obtida do tráfico internacional de drogas, já que teria registrado em seu nome imóvel de propriedade de Valdir da Silva Batista, avaliado em R\$ 150.000,00.

Não obstante a possibilidade de, em sede de *habeas corpus*, examinar a questão referente à competência do Juízo processante, pois, como já asseverou a Suprema Corte, “a liberdade de ir e vir do paciente pode, ao menos em tese, encontrar-se sob ameaça, em virtude do alegado risco de ver-se ele processado, e eventualmente condenado, por juízo incompetente” (HC n. 93.652-RJ, Relator Min. *Ricardo Lewandowski*, Primeira Turma, j. em 22.04.2008), inviável reconhecer, no caso, a ocorrência do aventado constrangimento ilegal, decorrente da edição do Provimento n. 275, de 11.10.2005, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que alterou normas de competência local relativamente aos processos referentes aos delitos contra o sistema financeiro nacional e os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.

Da leitura do aresto vergastado, infere-se que a Corte Federal originária negou a ordem sob os seguintes fundamentos:

Consta dos autos também que após ter recebido a denúncia e designado data para interrogatório, o magistrado determinou a remessa dos autos à 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS, em obediência ao artigo 7º, inciso I, do Provimento n. 275/2005 do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região.

Compulsando os autos, verifico que não restou configurado o constrangimento ilegal.

Com efeito, o MM. Juiz de primeiro grau agiu com acerto ao aplicar o Provimento n. 275, de 11.10.2005, do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região [...].

[...].

“Assim, considerando a hierarquia das normas, verifica-se que amparado na Constituição Federal, o art. 22, inciso I, o Código de Processo Penal deixa a cargo da Lei de Organização Judiciária regular a competência em razão da matéria. Já a referida lei” (Lei n. 5.010/1966) “autoriza o Conselho da Justiça Federal a dispor sobre a especialização de varas e o Conselho, por sua vez, incumbe aos Tribunais Regionais Federais esta tarefa.

Resta claro, então, que o Provimento n. 275/2005 não fere o princípio da legalidade, tampouco o do juiz natural, uma vez que ‘a modificação de competência está prevista em lei e obedece os parâmetros constitucionais’ (Julio Fabbrini Mirabete *in* Processo Penal, ed. Atlas, 15ª ed., 2003).

Por fim, o fato de já ter sido recebida a denúncia, não impede a redistribuição da ação penal, nos termos do que estabelece o artigo 7 do Provimento n. 275/2005 (fls. 45 e 46).

E assim decidindo, foi ao encontro do entendimento desta Corte Superior, que já deliberou no sentido de que não seriam ofensivas ao art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, dos princípios do Juiz Natural e da Legalidade, as normas administrativas de Tribunais que especializam certas varas para o julgamento de determinados delitos, de modo a facilitar o combate aos mesmos e objetivando a uma melhor prestação jurisdicional.

A questão referente à legalidade e constitucionalidade do Provimento n. 275/2005, aliás, já foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal recentemente, que assim assentou:

Direito Processual Penal. *Habeas corpus*. Súmula n. 691-STF. Especialização de competência (*ratione materiae*). Provimento n. 275 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região. Inexistência de violação de postulados constitucionais.

1. A Súmula n. 691, desta Corte, se fundamenta na impossibilidade de o STF, no julgamento de ação de sua competência originária, suprimir a instância imediatamente anterior.

2. O Provimento n. 275, de 11 de outubro de 2005, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, especializou a 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS, atribuindo-lhe competência exclusiva para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores.

3. Não há que se falar em violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural e da *perpetuatio jurisdictionis*, visto que a leitura interpretativa do art. 96, I, a, da Constituição Federal, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação dos tribunais.

4. No caso ora examinado houve simples alteração promovida administrativamente, constitucionalmente admitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada da 3ª Vara Federal de Campo Grande, por intermédio da edição do Provimento n. 275 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região. Precedente.

5. *Habeas corpus* não conhecido (HC n. 94.146, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 21.10.2008).

Dos fundamentos do decidido pela Suprema Corte, retira-se:

Conforme previsto no art. 96, I, a, da Constituição Federal de 1988, aos tribunais compete privativamente, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispor sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (CF, art. 96, a).

Não há, portanto, o que se falar em violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural e da *perpetuatio jurisdictionis*, visto que a leitura interpretativa do art. 96, I, a, da Constituição Federal admite que haja alteração da competência dos órgão do Poder Judiciário por deliberação dos tribunais.

No caso examinado, houve simples alteração promovida administrativamente, constitucionalmente admitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada da 3ª Vara Federal de Campo Grande, por intermédio da edição do Provimento n. 275 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região (HC n. 94.146-MS).

No corpo do acórdão, a eminente Relatora destaca:

Nesse sentido, também registro que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento ocorrido em 15.05.2008, no HC n. 88.660-CE, rel. Min. Cármen Lúcia, afirmou que o Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas, porque é matéria que se insere no âmbito da organização judiciária dos Tribunais. O tema referente à organização judiciária não se encontra restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, eis que depende da integração dos critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos Tribunais.

Na ocasião, ficou assentado que a mera especialização de vara federal para julgamento de crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro, por

meio de resolução, não ofende o princípio do juiz natural e não transgredir o postulado da reserva de lei (Informativo n. 506, Brasília, 21 de maio de 2008, p. 1 e 2).

No mesmo sentido, também do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Penal. Processual Penal. Provimento n. 275 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região. Ilegalidade. Ofensa ao princípio do juiz natural. Inocorrência. Premissa equivocada quanto à imputação feita aos pacientes. Ofensa ao dever de fundamentação não concretizada. Ordem denegada.

I - O provimento apontado como inconstitucional especializou vara federal já criada, nos exatos limites da atribuição que a Carta Magna confere aos Tribunais.

II - A remessa para vara especializada fundada em conexão não viola o princípio do juiz natural.

III - Decisão que, indeferindo liminar, não se mostra abusiva, ilegal ou teratológica, incidindo, na espécie, a Súmula n. 691-STF.

IV - *Writ* não conhecido (HC n. 91.253, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 16.10.2007).

A propósito, de nosso Tribunal pode-se citar os seguintes precedentes, em casos semelhantes:

Habeas corpus liberatório. Lavagem e ocultação de bens e valores e crimes contra o sistema financeiro nacional. Prisão preventiva decretada pelo juízo da Vara Criminal Federal de Florianópolis-SC especializada em crimes de lavagem de dinheiro. Competência reconhecida. Precedentes do STJ e STF. Manutenção da prisão do paciente. Ordem denegada.

1. A questão sobre a criação de Varas Federais especializadas em crimes de lavagem e ocultação de bens e valores não é nova nesta Corte de Justiça, cujo entendimento cristalizou-se no sentido da regularidade de tais alterações na organização judiciária federal, fixando-se, outrossim, a competência absoluta desses juízos, pois determinada em razão da matéria.

2. O tema foi recentemente submetido à apreciação do col. Supremo Tribunal Federal, que, apreciando o HC n. 86.660-CE, da relatoria da em. Min(a). *Cármen Lúcia Rocha*, acabou por consolidar posição favorável à constitucionalidade das alterações promovidas, afastando, outrossim, quaisquer dúvidas quanto à competência das Varas Federais Especializadas.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada (HC n. 104.374-SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 21.08.2008).

Habeas corpus. Processual Penal. Crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro. Especialização da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará. Resolução n. 10-A/2003 do TRF da 5ª Região. Resolução n. 314 do Conselho da Justiça Federal. Denúncia não oferecida. Redistribuição. Possibilidade. Ofensa aos princípios da reserva de lei, da separação dos poderes e do juiz natural.

Inocorrência. Ordem denegada.

1. *A especialização de Vara Federal para processamento e julgamento dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, por meio da Resolução n. 10-A/2003 do TRF da 5ª Região e da Resolução n. 314 do Conselho da Justiça Federal, não ofende os princípios da reserva de lei, da separação dos poderes e do juiz natural.*

[...].

3. Ordem denegada (HC n. 41.643-CE, rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 20.09.2005 - grifamos).

Habeas corpus. Direito Penal e Direito Processual Penal. Princípio do promotor natural. Violação. Supressão de instância. Ocorrência. Princípio do juiz natural. Violação. Inocorrência. Denúncia. Crimes societários e coletivos. Imputação genérica. Possibilidade. Oitiva de testemunhas determinada *ex officio* pelo magistrado. Impedimento. Inexistência.

1. Não se conhece de *habeas corpus* que tem por motivação questão estranha ao acórdão impugnado, pena de usurpação de competência.

2. *Não há falar em violação do princípio do juiz natural com a simples especialização de competência, eis que não se confundem juízo de exceção e juízo especializado.*

3. A denúncia, à luz do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, deve conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias e, por consequência, no caso de concurso de agentes, a definição da conduta de cada autor ou partícipe.

4. É firme o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, em faltando à Acusação Pública, no ensejo do oferecimento da denúncia, elementos bastantes ao rigoroso atendimento do seu estatuto formal (Código de Processo Penal, artigo 41), principalmente nos casos de crime coletivo ou societário, é válida a imputação genérica do fato-crime, sem a particularização das condutas dos agentes, co-autores e partícipes, admitindo, como admite, a lei processual penal que as omissões da acusatória inicial possam ser supridas a todo tempo antes da sentença final (Código de Processo Penal, artigo 569).

5. Não há falar, à luz das normas insertas nos artigos 156 e 502, parágrafo único, do Código de Processo Penal, em impedimento de magistrado que, na busca da verdade real, determina, *ex officio*, a oitiva de testemunhas.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada (HC n. 31.294-PR, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 19.08.2004 - o grifo é nosso).

Em todos os precedentes afasta-se a violação aos princípios constitucionais aludidos, e isso porque o art. 96, I, alíneas **a** e **d**, da Constituição Federal, confere privativamente aos Tribunais competência para a “eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” e também para “a alteração da organização e divisão judiciárias”, dando autonomia ao Poder Judiciário para dispor, administrativamente, sobre o funcionamento e competência dos órgãos jurisdicionais locais.

Nesse contexto, e verificando-se que não se trata de criação de nova vara, esta sim, dependente de edição de lei ordinária federal, nos termos do art. 96, II, da CF/1988, mas de especialização de certo juízo - 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS - já existente, para o processamento e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, no âmbito da 1ª Subseção da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul, perfeitamente possível que tal se dê através de ato administrativo próprio do Tribunal a que este juízo está subordinado, como feito na espécie, pois constitucionalmente permitido, não havendo, portanto, o que se falar em ofensa aos postulados do Juiz Natural e da Legalidade.

Vale destacar, por fim, do voto do Excelentíssimo Ministro *Hélio Quaglia Barbosa*, no julgamento do HC n. 41.643-CE, acima citado, que não se pode confundir os conceitos de foro competente com o de juízo competente, pois, “como afirma Tourinho Filho, ‘a competência *ratione materiae* não constitui critério de fixação de foro, mas sim de juízo’ (*in* Processo Penal. Volume 2. 20ª edição. São Paulo:Saraiva, 1998, p. 119)”.

E continuando, ressalta o Relator:

Indo adiante, se preciso for, calha à argumentação a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, que se contrapõe claramente ao deduzido pelo impetrante:

a perpetuatio jurisdictionis não se aplica, quando houver alteração da matéria.

(...)

Caso a lei posterior de organização judiciária crie, na Comarca X, uma Vara privativa, cuidando somente da matéria objeto do feito, deve-se proceder à imediata remessa do processo para a Vara criada. Tal se dá porque a competência territorial e prorrogável e relativa, o que não ocorre com a competência em razão da matéria (*in* Código de Processo Penal Comentado. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 198).

Conseqüentemente, não há falar em infração às normas constitucionais traçadas no artigo 5º, incisos XXXVII ('não haverá juízo ou tribunal de exceção') e LIII ('ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente'), conforme alegado. Não se trata, como já evidenciado, da criação dos famigerados tribunais ou juízos *ad hoc*, própria dos regimes totalitários e liberticidas, mas, sim, de simples alteração promovida administrativamente, legalmente permitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada, como cristalinamente imprescindível.

Com efeito, segundo o previsto no art. 87 do Código de Processo Civil, que prevê a regra geral da *perpetuatio jurisdictionis*, aplicável subsidiariamente à espécie: "Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, *salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia*".

Vale dizer, a regra da *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica nas hipóteses em que há alteração da competência *territorial* em razão da matéria (*ratione materiae*), como ocorreu na espécie, visto que, nesses casos, as novas normas têm incidência imediata e se aplicam independentemente da fase em que se encontra o processo, dada a sua natureza nitidamente instrumental, pelo que correta a determinação contida no provimento ora em exame, ao ordenar a redistribuição dos processos já em andamento nos foros federais do Mato Grosso do Sul ao novo Juízo competente, localizado também naquela Subseção Judiciária.

Trata-se, portanto, de alteração de competência *territorial* em razão da matéria, já que atinente à especialização de varas, e não de alteração de competência *material* (aquela prevista na Constituição Federal), não se podendo, nesse contexto, cogitar de ofensa ao princípio do Juiz Natural, constitucionalmente albergado (art. 5º, LIII, da CF/1988).

Nesse sentido, da doutrina, pode-se colacionar:

Uma última questão.

A competência por matéria, ou seja, aquela decorrente de varas especializadas integrariam o conceito de juiz natural?

Pensamos que não, ainda que às Constituições dos Estados se reserve a definição de competência (art. 125, CF), por meio da lei de organização judiciária.

Uma coisa é reconhecer a autorização constitucional a entes da Federação para a expedição de normas acerca de determinada matéria; outra, é colocar, no mesmo plano, ambas as regulações, sobretudo quando houver disposições expressas e minudentes na Constituição da República. Simples assim: poderiam as leis de organização judiciária modificar determinações constitucionais? Óbvio que não: a delegação ou autorização legislativa não chegaria a esse ponto.

As regras do juiz natural dizem respeito às determinações constitucionais acerca da jurisdição brasileira, no âmbito da competência em razão da matéria e em razão da prerrogativa de função, bem como da proibição de juiz ou tribunal de exceção, consequência óbvia do princípio da impessoalidade que subordina as relações Estado/administrado, e, assim, também Estado/jurisdicionado.

Feitas tais considerações, não incluímos a competência decorrente de distribuição ou especialização por matéria, e resultante de leis e organização judiciária, no conceito de juiz natural (Eugenio Pacelli de Oliveira, (Curso de Processo Penal, 11ª ed. Lumen Juris: RJ, 2009, p. 31).

Comentando acerca da modificação de competência e a regra da *Perpetuatio Jurisdictionis* e sobre a diferença entre *competência territorial por matéria* e *competência material*, leciona o doutrinador:

A perpetuatio jurisdictionis atende aos interesses da reta aplicação da lei penal, impedindo, o quanto possível, as alterações de competência, com o objetivo do máximo aproveitamento dos atos processuais praticados, em benefício de uma persecução penal mais ágil e livre de obstáculos protelatórios.

Em uma imagem talvez ousada, diríamos que a *perpetuatio jurisdictionis* seria como uma companheira inseparável do princípio da identidade física do juiz, uma vez que ambos destinam-se a preservar o conhecimento judicial da causa já realizado pelo juiz a quem ela foi distribuída e que já realizou a instrução do processo.

[...].

Outra hipótese, agora mais complexa, em que se poderá falar na exigência ou não da *perpetuatio*, diz respeito à criação de novas varas e/ou juízos criminais por meio de normas locais de organização judiciária, no sentido de se saber se essas novas varas ou juízos poderiam receber os processos já em curso naquelas outras, a elas anteriores, e originariamente competentes para o processo e julgamento das referidas causas.

[...].

Em primeiro lugar, deve-se considerar que a matéria objeto dessas considerações diz respeito, obviamente, à competência territorial, já que as

demais, em razão da matéria e em razão da prerrogativa de função, tem foro na Constituição da República, a salvo, portanto, de quaisquer *determinações de regramentos resultantes de organizações judiciárias estaduais*.

Cumpre, então, distinguir: uma coisa é a alteração, por criação de juízo, de competência territorial por matéria, e outra é a alteração da competência material, isto é, constitucional. A primeira, territorial por matéria, está ao alcance das leis de organização judiciária, a quem ou de quem se espera exatamente uma melhor distribuição operacional da jurisdição. Um exemplo de tal modalidade de alteração de competência territorial por matéria: em determinada comarca, pode ser criada uma Vara de Família, especializada, portanto, no julgamento de questões relativas ao Direito de Família. Embora se cuide de alteração por matéria, é bem de ver que não se trata da competência material constitucional, que trata das competências de jurisdição.

Já a competência material constitucional diz respeito à fixação de competência por jurisdição, em razão da matéria reservada à cada uma delas: à Justiça Federal, a matéria de direito no âmbito federal (envolvendo interesses da União, autarquias e empresas públicas federais); à Justiça Eleitoral, a matéria de Direito Eleitoral; à Justiça Militar, a matéria de Direito Militar, e assim por diante. [...].

[...].

Então, de volta à questão posta, parece-nos que não há qualquer inconveniente *a priori* - ou, mais ainda, qualquer ilegalidade - na alteração excepcional da regra da *perpetuatio jurisdictionis*, sobretudo quando se tratar de criação de varas especializadas em determinadas matérias, no âmbito do mesmo juiz natural, [...] (*ob. cit.*, p. 245-247).

Ausente, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado na espécie, visto que o Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, através do Provimento n. 275, de 11.10.2005, nada mais fez do que exercer sua competência privativa de alterar regras de organização judiciária local, ao transferir, no âmbito da 1ª Subseção da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul, a competência para o julgamento dos crimes contra o sistema financeiro nacional e os delitos de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores ao Juízo da 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS, para as quais foram os feitos que tramitavam nos demais Juízos Federais daquele Estado, corretamente, redistribuídos, resta impossível conceder a ordem, visto que inexistente qualquer ofensa aos postulados da Legalidade e do Juiz Natural.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 117.611-SP (2008/0220226-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Leila Rocha Sponton - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: A. M. da S.

EMENTA

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de rixa. Prescrição da pretensão sócio-educativa. Cálculo a partir do limite máximo de 03 (três) anos previsto no art. 121, § 3º, do ECA. Conseqüência mais gravosa ao inimputável, do que ao imputável que pratica a mesma conduta. Impossibilidade. Prescrição que se verifica a partir da pena máxima abstratamente cominada ao crime equivalente ao ato infracional praticado, com a redução do prazo prescricional à metade com base no art. 115 do Código Penal. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Ordem concedida.

1. “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”, enunciado da Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça.

2. É cediço que em inúmeros precedentes, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que à míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente deve ser verificada a partir do limite máximo de 03 (três) anos previsto no art. 121, § 3º, da Lei n. 8.069/1990.

3. Entretanto, o caso concreto sugere a necessidade de este Tribunal reexaminar a matéria, em face da sua relevância, inclusive social, considerando a precípua destinação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Além da injustiça de se aplicar à espécie, onde o Paciente foi representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de rixa, o mesmo prazo prescricional previsto para um menor infrator representado pela prática de ato equivalente à crimes muito mais

graves, nunca o menor infrator poderá ficar sujeito à consequência mais rigorosa do que a que sofreria um imputável que praticasse a mesma conduta.

5. À minguada da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente pode ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida sócio-educativa imposta somente competirá ao juízo menorista.

6. O juízo de reprovabilidade da conduta, definido pelo legislador penal, deve ser levado em consideração no cálculo dos prazos prescricionais, sob pena de se dar tratamento igualitário a situações diversas.

7. Diante da pena máxima cominada em abstrato ao crime de rixa, 02 (dois) meses de detenção, o prazo prescricional, nos termos do que estabelece o art. 109, inciso VI, do Estatuto Repressivo, é de 02 (dois) anos que, reduzido pela metade, a teor do art. 115, do Código Penal, passa a ser de 01 (um) ano. No caso, o lapso temporal transcorreu sem que sequer a representação tenha sido recebida.

8. Ordem concedida para reconhecer a prescrição da pretensão sócio-educativa em relação ao Paciente.

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, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de A M da S, menor infrator, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, dando provimento ao apelo ministerial, cassou a decisão do Juízo menorista que reconheceu a prescrição da pretensão sócio-educativa estatal.

Afirma o Impetrante que o adolescente nunca sofreu medida sócio-educativa e foi representado por ato infracional equiparado ao crime de rixa cometido no dia 15 de abril de 2006, logo, não poderia receber uma medida sócio-educativa superior a seis meses, em meio aberto, e, como foi representado apenas em 14 de maio de 2007, evidente que já prescrita a pretensão reeducativa.

Requer, assim, liminarmente, a suspensão do procedimento menorista, e no mérito, sua extinção.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 108.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 106-108, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O Juízo menorista reconheceu a prescrição da pretensão sócio-educativa estatal, nos seguintes termos:

A hipótese dos autos, considerados os termos da Súmula de n. 338 do c. STJ, e a forma de cálculo adotada por aquela Corte, comporta a declaração da prescrição nos termos do art. 109, inciso VI, e art. 115, do Código Penal, tendo em vista que o tipo penal não prevê pena máxima superior a um ano.

Assim, e sem prejuízo do meu entendimento sobre o cálculo em questão submeter-se à lógica sancionatória dos incisos I e II do art. 122 do ECA, aqui irrelevante, declaro a prescrição da pretensão sócio-educativa. (fl. 69)

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, no enunciado da Súmula n. n. 338, sufragou o entendimento de que: “A prescrição penal é aplicável nas medidas

sócio-educativas”, porque, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo.

Contudo, a prescrição em perspectiva, tendo em conta a pena a ser aplicada no futuro, é questão já exaustivamente examinada e repelida com veemência pela jurisprudência desta Corte, porquanto não albergada pelo ordenamento jurídico pátrio.

O mesmo entendimento deve ser aplicado às medidas sócio-educativa, uma vez que segundo interpretação jurisprudencial do art. 226, da Lei n. 8.069/1990, aplicam-se as regras pertinentes à punibilidade da Parte Geral do Código Penal, tanto para definição do que seja ato infracional (art. 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente), quanto em relação aos crimes praticados contra criança e adolescente.

O acórdão impugnado, por sua vez, cassou a decisão de primeiro grau porque adotou “o critério de análise da ocorrência ou não da prescrição, manifestado pela quinta turma do STJ, considerando-se o prazo de três anos, fixado no art. 121, § 3º, do ECA, limite imposto para a permanência em medida de internação, de acordo com uma interpretação sistemática da Lei n. 8.069/1990” (fl. 86).

Como bem reconheceu o parecer ministerial, “não prevalece o argumento da impetrante de que deve ser considerado, como parâmetro para o cálculo da prescrição, o prazo de 6 meses, eis que não há qualquer previsão legal que permita tal interpretação. Em contrapartida, como não houve aplicação da medida sócio-educativa ao menor, também não se pode considerar o entendimento do Tribunal *a quo* de que o parâmetro para aplicação da prescrição seria o prazo máximo de 3 anos” (fl. 107).

É cediço que em inúmeros precedentes, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que à minguada da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente deve ser verificada a partir do limite máximo de 03 (três) anos previsto no art. 121, § 3º, da Lei n. 8.069/1990.

Entretanto, o caso concreto sugere a necessidade de este Tribunal reexaminar a matéria, em face da sua relevância, inclusive social, considerando a precípua destinação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A injustiça da atual jurisprudência dessa Corte Superior é evidente.

O Paciente foi representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de rixa, para o qual o art. 137 do Código Penal prevê uma pena máxima de 02 (dois) meses de detenção, e não pode ficar sujeito à punição mais rigorosa do que a recebida por um adulto.

Do mesmo modo, considero impensável aplicar à espécie o mesmo prazo prescricional ao menor infrator representado pela prática de ato análogo ao crime de latrocínio, que tem pena cominada em até 30 (trinta) anos de reclusão.

A prescrição somente pode ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida sócio-educativa imposta somente competirá ao juízo menorista.

Em precedentes anteriores já sinalizei nesse sentido:

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de lesão corporal. Prescrição. Inocorrência.

1. Aplica-se o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas sócio-educativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo.

2. *À míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente pode ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida sócio-educativa imposta somente competirá ao juízo menorista.*

3. Para aferir a prescrição das medidas sócio-educativas, utilizam-se os mesmos critérios necessários à declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal, equivalendo o recebimento da representação ao recebimento da denúncia ou queixa.

4. Na hipótese, o prazo prescricional não se aperfeiçoou. O Magistrado reconheceu a prescrição em perspectiva, questão reiteradamente repelida pela jurisprudência desta Corte, porquanto não albergada pelo ordenamento jurídico pátrio.

5. Ordem denegada. (HC n. 69.912-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 23.04.2007.)

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Atos infracionais análogos aos crimes de porte ilegal de arma e formação de quadrilha. Prescrição. Possibilidade. Precedentes.

1. Aplica-se o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas sócio-educativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo.

2. À minguada da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente pode ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida sócio-educativa imposta somente competirá ao juízo menorista.

3. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a prescrição apenas em relação ao ato infracional análogo ao crime de porte ilegal de arma. (HC n. 61.485-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 30.10.2006.)

Tal entendimento, inclusive, foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, ao manter decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da minha relatoria, nos autos do HC n. 47.991-SP, em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Descumprimento de medida sócio-educativa. Internação-sanção. Legitimidade. Instituto da prescrição. Aplicabilidade. Parâmetro. Pena máxima cominada ao tipo legal. Redução do prazo prescricional à metade com base no art. 115 do Código Penal. Hipótese de crime de roubo. Prescrição não consumada, na espécie. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. Não incide a irregularidade apontada pela impetrante, no sentido de que a medida de internação-sanção teria sido decretada antes do envio de precatória para a comarca onde o paciente estaria residindo. Constatam informações nos autos de que a execução da medida de liberdade assistida foi deprecada e, diante da devolução da carta precatória, a medida extrema veio a ser decretada.

2. O instituto da prescrição não é incompatível com a natureza não-penal das medidas sócio-educativas. Jurisprudência pacífica no sentido da prescritibilidade das medidas de segurança, que também não têm natureza de pena, na estrita acepção do termo.

3. Os casos de imprescritibilidade devem ser, apenas, aqueles expressamente previstos em lei. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece a imprescritibilidade das medidas sócio-educativas, devem elas se submeter à regra geral, como determina o art. 12 do Código Penal.

4. O transcurso do tempo, para um adolescente que está formando sua personalidade, produz efeitos muito mais profundos do que para pessoa já biologicamente madura, o que milita em favor da aplicabilidade do instituto da prescrição.

5. O parâmetro adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para o cálculo da prescrição foi o da pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal correspondente ao ato infracional praticado pelo adolescente, combinado com a regra do art. 115 do Código Penal, que reduz à metade o prazo prescricional quando o agente é menor de vinte e um anos à época dos fatos.

6. Referida solução é a que se mostra mais adequada, por respeitar os princípios da separação de poderes e da reserva legal.

7. A adoção de outros critérios, como a idade limite de dezoito ou vinte e um anos e/ou os prazos não cabais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente para duração inicial das medidas, além de criar um *tertium genus*, conduz a diferenças de tratamento entre pessoas em situações idênticas (no caso da idade máxima) e a distorções incompatíveis com nosso ordenamento jurídico (no caso dos prazos iniciais das medidas), deixando de considerar a gravidade em si do fato praticado, tal como considerada pelo legislador.

8. No caso concreto, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não merece qualquer reparo, não tendo se aperfeiçoado a prescrição até o presente momento.

9. Ordem denegada. (HC n. 88.788-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 27.06.2008 - grifei.)

Para melhor entendimento da matéria, transcrevo o seguinte excerto do voto condutor do *habeas corpus* mencionado acima, *litteris*:

Como se sabe, o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece o quantum mínimo e máximo das medidas sócio-educativas que prevê. Somente em relação à internação, há previsão de que não poderá exceder o período máximo de três anos, após os quais o jovem terá de cumprir outra medida mais branda. O único caso em que o adolescente não cumprirá qualquer outra medida depois da internação é quando ele completa vinte e um anos, com prevê o art. 121, § 5º, do ECA.

Aí reside a dificuldade: qual deve ser o parâmetro adotado para a aplicação dos prazos prescricionais? A pena máxima em abstrato prevista no Código Penal para o crime correspondente ao ato infracional praticado? O tempo que falta para o adolescente completar vinte e um anos?

Como eu destaquei na decisão em que indeferi a liminar solicitada, considerar a idade para calcular a prescrição apresenta um grave inconveniente: quanto mais o adolescente se aproxima da idade máxima (vinte e um anos), mais rapidamente a pretensão executória prescreveria, o que vai contra a ordem natural das coisas e não se justifica em nosso ordenamento, dada a desigualdade de tratamento que tal solução produziria.

De outro lado, utilizar os prazos previstos no próprio estatuto, com pregam doutrinadores da área do Direito do Adolescente, também não se revela adequado, principalmente em relação às medidas de internação, semiliberdade e liberdade assistida, como é o caso do presente *habeas corpus*. Isto porque os prazos ali previstos não são cabais.

Com efeito, depois do cumprimento de três anos de internação ou de semiliberdade, o adolescente poderá vir a ser inserido na medida sócio-educativa

da liberdade assistida. E, no caso desta última, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um 'prazo mínimo de seis meses', no art. 118, § 2º, que poderá ser renovado sucessivamente, até o adolescente completar dezoito anos.

Assim, a maneira mais adequada de resolver a questão, sem criar um *textium genus* e sem violar o princípio da reserva legal, que incide na espécie, e justamente aquela solução que o Superior Tribunal de Justiça adotou: considerar a pena máxima cominada ao crime pela norma incriminadora pertinente, combinada com a redução à metade do prazo prescricional prevista no art. 115 (quando o agente, à época do fato, era menor de vinte e um anos).

Embora, em um primeiro momento, cause estranheza a utilização deste parâmetro, já que o adolescente não será submetido a referida pena, esta é a solução que melhor se harmoniza com nosso ordenamento, pois leva em consideração a gravidade do ato praticado, tal qual definida pelo legislador através da pena cominada ao tipo legal.

Os demais critérios aqui citados findariam por abstrair justamente o fato em si, dispensando tratamento idêntico a atos substancialmente diferentes - por exemplo, um ato infracional equiparado a latrocínio prescreveria no mesmo prazo que um desacato, se adotados os prazos *iniciais* previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente ou se considerada a idade máxima de dezoito (liberdade assistida) ou vinte e um anos (internação e semi-liberdade).

Portanto, senhor Presidente, considero que o critério deve ser, realmente, aquele adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim concluiu nos seguintes termos:

Com efeito, consoante se depreende dos autos, o adolescente foi acusado de ter cometido ato infracional equiparado ao delito de roubo, tipificado no art. 157 do Código Penal. A representação foi recebida e julgada procedente, em 24 de setembro de 2003, pelo juízo menorista, aplicando ao menor a medida sócio-educativa de liberdade assistida (fls. 24-25).

Posteriormente, em razão do descumprimento das condições judiciais pelo menor, o juízo das execuções, em 24 de fevereiro de 2005, decretou a internação-sanção do paciente (art. 122, II, da Lei n. 8.069/1990), nos seguintes termos:

1. O jovem descumpriu a medida sócio-educativa na qual foi inserido.

2. Portanto, com fundamento no inciso III, do art. 122, do ECA, decreto a internação-sanção em caráter provisório, para viabilizar a busca e apreensão, bem como a oitiva em audiência, oportunidade em que será apreciada a necessidade da manutenção da providência e a possibilidade de recondução à medida em curso. (fl. 29)

A pena prevista no art. 157, do Código Penal, é de 04 (quatro) a 10 (dez) anos. Assim, nos termos do que estabelece o art. 109, inciso III, do Estatuto Repressivo, o prazo prescricional é de 16 (dezesseis) anos.

Nesse contexto, verifica-se que o prazo prescricional, ainda que reduzido pela metade, a teor do art. 115, do Código Penal, não se aperfeiçoou.

Do exposto, senhor Presidente, não está configurada a prescrição, na espécie.

Com efeito, o juízo de reprovabilidade da conduta, definido pelo legislador penal, deve ser levado em consideração no cálculo dos prazos prescricionais, sob pena de se dar tratamento igualitário a situações diversas.

Em sendo assim, para aferir a prescrição das medidas sócio-educativas, deve se utilizar os mesmos cálculos necessários à declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal, equivalendo o recebimento da representação ao recebimento da denúncia ou queixa. É pacífica nesta Corte, também, a aplicabilidade do art. 115 do Código Penal, para reduzir o prazo prescricional pela metade, em face da menoridade.

Logo, sendo a pena máxima prevista para o crime do art. 137 do Código Penal, de 02 (dois) meses de detenção, o prazo prescricional, nos termos do que estabelece o art. 109, inciso VI, do Estatuto Repressivo, é de 02 (dois) anos que, reduzido pela metade, a teor do art. 115, do Código Penal, passa a ser de 01 (um) ano.

O ato infracional ocorreu no dia 15 de abril de 2006 e o Magistrado menorista, em 08 de maio do mesmo ano, rejeitou a representação, considerando que a conduta não trouxe qualquer consequência danosa que justificasse a movimentação o Poder Judiciário.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contudo, deu provimento ao apelo do Ministério Público paulista, no dia 14 de maio de 2007, para determinar que fosse recebida a representação.

Desta feita, em decisão de 13 de dezembro de 2007, o Juiz de primeiro grau declarou a prescrição da pretensão sócio-educativa.

Seguiu-se a interposição de novo apelo pelo *Parquet* paulista que, provido pela Corte *a quo*, para afastar o reconhecimento da prescrição, motivou o presente *writ*.

Pois bem, embora não conste dos autos a data exata do recebimento da representação, o acórdão impugnado foi julgado na sessão do dia 07 de julho de

2008, mais de 02 (dois) anos após a ocorrência do ato infracional equiparado ao crime de rixa.

Nesse contexto, verifica-se que o prazo prescricional, quando o julgamento do segundo apelo interposto pelo Ministério Público, já havia se aperfeiçoado.

Ante o exposto, *concedo* a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão sócio-educativa em relação ao Paciente.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 25.652-PB
(2007/0268880-8)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Recorrentes: Marcela Xavier Sintônio Lucena e outros
Advogados: Carlos Pessoa de Aquino e outro(s)
Recorrido: Tribunal de Contas do Estado da Paraíba
Advogados: Eugênio Gonçalves da Nóbrega e outro(s)
Recorrido: Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba
Procuradores: Irapuan Sobral Filho e outro(s)

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidores públicos que assumiram cargos efetivos sem prévio concurso público, após a CF de 1988. Atos nulos. Transcurso de quase 20 anos. Prazo decadencial de cinco anos cumprido, mesmo contado após a Lei n. 9.784/1999, art. 55. Preponderância do princípio da segurança jurídica. Recurso ordinário provido.

1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público.

2. O art. 55 da Lei n. 9.784/1999 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos e permitindo, *a contrario sensu*, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno quinquenal, mediante a convalidação *ex ope temporis*, que tem *aplicação excepcional* a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício.

3. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular.

4. O poder da Administração, destarte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração.

5. Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica.

6. Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembléia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II da Constituição Federal, é indubitavelmente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas Paraibana.

7. A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade *vs* segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.

8. Recurso Ordinário provido, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem as suas aposentadorias.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 13.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto em adversidade ao acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, que denegou a ordem ali impetrada anteriormente em face de ato da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, que determinou ao Presidente do Poder Legislativo que suspendesse qualquer despesa dos servidores, tendo em vista a constatação de irregularidades nos atos de nomeação, em julgado consubstanciado na seguinte ementa:

Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança Preventivo. Servidores da Assembléia Legislativa. Nomeação para cargos efetivos sem concurso público.

Violação ao art. 37, § 2º da CF/1988. Nulidade absoluta. Processo perante o Tribunal de Contas para a apuração de irregularidades. Prescrição administrativa. Inaplicabilidade. Ausência de boa-fé. Predomínio, no caso em tela, do princípio da legalidade sobre o da segurança jurídica. Direito líquido e certo não configurado. Denegação da ordem.

Aplicação do princípio da segurança jurídica, que se sustenta na proteção à confiança, não se aplica em decorrência de atos de nomeação para cargos efetivos sem concurso público, nulos de pleno direito. Ademais, os impetrantes não agiram com boa fé, uma vez que, conhecendo da ilegalidade dos atos de nomeação, silenciaram, beneficiando-se de seus conteúdos, não se empregando ao caso a prescrição administrativa (fl. 153).

2. Os recorrentes sustentam que o fato de terem sido nomeados pela Assembléia Legislativa da Paraíba há mais de 15 anos, torna incólumes os atos de admissão, por força do princípio da segurança jurídica, que impede que os administrados fiquem sujeitos indefinidamente ao poder de autotutela da Administração.

3. Alegam, ainda, que prescreveu o direito da Administração rever seus atos, uma vez transcorrido o período de 5 anos previsto pela Lei n. 9.784/1999.

4. O recorrido apresentou contra-razões, pugnando, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, tendo em vista que os recorrentes não impugnaram especificadamente os fundamentos utilizados pela Corte Estadual para denegar a segurança. No mérito, assevera a ilegalidade do ingresso dos recorrentes no serviço público sem a necessária submissão ao concurso público, violando a regra constitucional.

5. O Ministério Público Federal pronunciou-se, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República *Flávio Giron*, pelo desprovimento do recurso (fls. 251-257).

6. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. O presente Recurso em Mandado de Segurança foi interposto para adversar acórdão do egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, que denegou a ordem impetrada, mantendo, assim, o ato da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e do Tribunal de Contas daquele Estado, que determinou ao Presidente do Poder

Legislativo que suspendesse qualquer despesa com os servidores, em razão de irregularidades dos atos de suas nomeações, constatadas em auditoria.

2. O acórdão atacado asseverou que, por força do art. 37, II c.c. § 2º da CF, o ato de nomeação para cargo efetivo sem a realização de concurso público é nulo de pleno direito, não sendo alcançado, portanto, pelo instituto da prescrição, consoante enunciado das Súmulas n. 346 e 473 do STF.

3. Os recorrentes, por sua vez, buscam ver assentada a tese de que, malgrado a eiva de vício que recai sobre as admissões em questão, seu desfazimento implica violação ao princípio da segurança jurídica, porquanto a prescrição quinquenal administrativa recai tanto sobre o ato nulo, quanto sobre o anulável, sem qualquer distinção.

4. Ao que se constata, os fundamentos que dão suporte à impetração revestem-se de inquestionável plausibilidade jurídica, porquanto põe em relevo controvérsia de índole superior, consubstanciada na ponderação de valores relacionados ao princípio da legalidade dos atos administrativos, em face do postulado da segurança jurídica, igualmente prezável pela ordem jurídica.

5. É certo que a Administração atua sob a direção do princípio da legalidade (art. 37 da CF), que impõe a anulação de ato que, embora emanado da manifestação de vontade de um de seus agentes, contenha vício insuperável, para o fim de restaurar a legalidade malferida.

6. Não é menos certo, porém, que o poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, também de hierarquia constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder de autotutela do Estado.

7. Neste contexto, o art. 55 da Lei n. 9.784/1999 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos, permitindo a manutenção da sua eficácia mediante o instituto da convalidação; esse instituto, voltado primariamente para à atribuição de validade a atos *meramente anuláveis*, pode ter aplicação excepcional a situações extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício, tal como ocorre na seara dos *atos administrativos nulos*.

8. A própria lei ressalva, no entanto, hipóteses nas quais esteja comprovada a má-fé do destinatário do ato administrativo, ocasião na qual não incidirá o

prazo decadencial quinquenal, não sendo o ato passível de convalidação, nem mesmo pelo decurso do tempo.

9. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre a anulação do ato será a melhor solução; realmente, em face da dinâmica das relações jurídicas e sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular, ainda que tal irregularidade se eleve ao nível de nulidade.

10. O poder da Administração, destarte, não é absoluto nessa seara, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal ou nulo claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração.

11. No caso dos autos, vê-se que o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba determinou a exoneração de 12 servidores do quadro efetivo da Assembléia Legislativa do Estado, alegando vício no provimento ocorrido em 1989, há cerca de 20 anos, portanto.

12. O ato que efetivou os recorrentes no serviço público sem o preenchimento da condição de aprovação em concurso público é indubitavelmente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando seus efeitos *ex ope temporis*; máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos, então, aprovados pela Corte de Contas Paraibana.

13. Penso que é importante frisar mais uma vez, que a Administração Pública ficou inerte, por duas décadas, quanto à alegada ilegalidade nas investiduras dos recorrentes, *pelo que se formou em relação a eles (os recorrentes) o direito subjetivo de não serem acionados em razão daquelas investiduras e, em relação à Administração, ocorreu a perda do direito de desfazer aqueles mesmos atos.*

14. Apresso-me em dizer que o vício que contamina as investiduras dos recorrentes é o da inconstitucionalidade e, à primeira vista, se poderia afirmar, que esse vício seria absolutamente inconstitucional; ora, o vício de ser inconstitucional é apenas uma forma qualificada de ser hostil à ordem jurídica e a convalidação não vai decorrer da repetição do ato (o que seria juridicamente impossível), mas sim do reconhecimento dos efeitos consolidadores que o tempo acumulou em favor dos recorrentes.

15. Portanto, ao meu sentir, com o devido respeito aos que pensam diversamente, cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou o desacerto de uma solução jurídica; neste caso, não há notícia nos autos de que os nomeados (ora recorrentes) tenham se valido de ardis ou logros para obterem os seus cargos e, embora essa circunstância não justifique o comportamento administrativo ilegal, não pode ser ignorada no equacionamento da solução da causa.

16. Por tais fundamentos, dou provimento ao Recurso Ordinário, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem suas aposentadorias.

17. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 730.947-AC (2005/0029220-7)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Estado do Acre

Procuradores: Tito Costa de Oliveira e outro(s)

Recorrido: Maria Freire da Costa

Advogado: Sander Samuel Nascimento Araripe

EMENTA

Processual Civil. Ação anulatória de ato administrativo emanado de Tribunal. Meios processuais impugnativos. Ação ordinária e mandado de segurança. Cabimento de ambas ações. Vedação limitada à concessão de medidas urgentes na via ordinária. Lei n. 8.437/1992. Ato administrativo de Tribunal. Irrecorribilidade por meio de recurso especial e extraordinários. Súmula n. 733-STF, aplicada por analogia. Ato judicial. Inexistência. Inaplicabilidade do art. 486 do CPC.

1. De acordo com o regramento constitucional e legal, os atos administrativos emanados dos Tribunais podem ser impugnados judicialmente pela via da ação constitucional do mandado de segurança ou da ação ordinária; ressalvando-se, na segunda hipótese, a vedação contida na Lei n. 8.437/1992, de deferimento, no juízo de primeiro grau, de medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

2. Segundo o entendimento sufragado na Súmula n. 733-STF, as decisões prolatadas em sede de precatório, por possuírem natureza exclusivamente administrativa, não são passíveis de impugnação por meio de recursos especiais e extraordinários.

3. Sendo evidente que o ato atacado não possui natureza judicial, mas sim administrativa, aplica-se, por analogia, a Súmula n. 733-STF, de modo que a impugnação do ato deverá ser realizada por meio da ação judicial cabível (no caso, ação ordinária de anulação), e não por meio de recurso previsto no Código de Processo Civil.

4. 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 Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 16 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora



RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Acre*, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da referida unidade federativa em sede de apelação em ação anulatória de decisão administrativa emanada do Pleno do referido Tribunal de Justiça.

O acórdão recorrido extinguiu a ação anulatória, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, entendendo que o Autor era carecedor de ação, por veicular pedido juridicamente impossível.

O referido acórdão restou ementado da seguinte forma, *in verbis*:

O Pleno deste Tribunal já pacificou o entendimento que:

1. A decisão do Pleno do Tribunal, mesmo em matéria administrativa, onde há exame da legalidade substancial do ato administrativo, não pode, sob qualquer hipótese, ser desconstituída por Juízo da Instância Inferior sob pena de total inversão da ordem hierárquica observada no judiciário brasileiro.
2. O recurso é meio idôneo para provocar reexame de uma decisão judicial.
3. Copiando Moacir Amaral Santos: 'Num sistema jurídico que consagra o duplo grau de jurisdição, a impugnação far-se-á por meios de recursos, que consiste no pedido de reexame da causa pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior ou que proferiu a decisão. (fl. 194)

A essa decisão foram opostos embargos de declaração que restaram rejeitados.

Nas razões do especial, alega o Estado que o acórdão recorrido ofendeu os arts. 486, 267, inciso VI, e 108, todos do Código de Processo Civil.

Argumenta, para tanto, que “é do próprio acórdão que se extrai os elementos que firmam o convencimento de que o eixo da ação anulatória em discussão é outro - anulação de decisão (ato) de ordem administrativa - e não natureza civil, como requer o dispositivo referenciado.” (fl. 234)

Alega, ainda, que o acórdão recorrido violou o art. 108 do Diploma Processual, “ao dispor que a demanda em tela se trata de uma “ação acessória” de outra “principal” (processo administrativo que ensejou a decisão administrativa atacada através de ação anulatória)...” (fl. 236). E, por fim, afirma que não é possível que uma ação judicial seja acessória de um processo administrativo, na dicção do referido dispositivo legal.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Cuida-se de ação anulatória ajuizada pelo Estado do Acre contra decisão administrativa do Pleno do Tribunal de Justiça Estadual que, ao julgar o Recurso Administrativo n. 97.000871-6, reconheceu o direito da servidora de continuar a receber a gratificação de nível universitário, nos termos da Lei Estadual n. 3/1981.

A ação foi julgada procedente. O Tribunal de origem, em sede de apelação, decidiu que a decisão exarada no mencionado recurso administrativo não era impugnável por meio de ação, mas sim de recurso, por entender que o ato administrativo emanado do Tribunal tinha natureza judicial.

Merece reforma o acórdão recorrido.

Ora, de acordo com o regramento constitucional e legal, os atos administrativos emanados dos Tribunais podem ser impugnados judicialmente pela vias da ação constitucional do mandado de segurança ou da ação ordinária.

Aliás, vale ressaltar que, em recente julgado proferido no CC n. 99.545-DF, na Sessão de Julgamento do dia 13.05.2009, a Terceira Seção se manifestou no sentido da possibilidade da utilização das duas modalidades de ações judiciais para impugnar atos administrativos emanados dos Tribunais.

Ressaltou-se que na tutela de interesses contra atos administrativos oriundos de Tribunais, a vedação contida no ordenamento jurídico não se referia ao não cabimento da ação ordinária, mas sim, a teor da Lei n. 8.437/1992, à impossibilidade de deferimento, no juízo de primeiro grau, de medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado segurança, à competência originária de tribunal.

Sobre o tema, vale lembrar, ainda, o entendimento consolidado da Suprema Corte, inclusive sumulado no enunciado n. 733-STF, que as decisões prolatadas em sede de precatório, por possuírem natureza exclusivamente administrativa, não são passíveis de impugnação por meio de recursos especiais e extraordinários. Eis o teor da referida Súmula, *litteris*:

Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.

Destaque-se, ainda, o elucidativo precedente da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, *in verbis*:

Administrativo e Processual Civil. Execução de sentença precatório. Revisão dos valores. Mandado de segurança. Ato administrativo. Cabimento. Competência. Art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997. Alcance. Respeito à coisa julgada.

1. Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional" (Súmula n. 311-STJ). Da mesma forma, não tem caráter jurisdicional e sim administrativo "a decisão da Corte em agravo regimental contra despacho do presidente nessa atividade" (STF, RE n. 311.487-SP, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 31.10.2001). Sendo assim, tal decisão (a) não é impugnável por recursos especiais e extraordinários (Súmula n. 733-STF) e (b) pode ser controlada por mandado de segurança.

2. Compete ao Tribunal de Justiça julgar, originariamente, mandados de segurança contra seus próprios atos (LC n. 35/1979, art. 21, VI). Ademais, "não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, n, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros" (Súmula n. 623-STF).

3. A revisão das contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor, prevista no art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997, tem caráter meramente administrativo, razão pela qual não pode alterar os parâmetros definidos no âmbito jurisdicional pelo juiz natural da causa, que é o juiz da execução.

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 697.225-RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 13.02.2006.)

Nessa esteira, mostra-se evidente que o ato impugnado na presente ação anulatória não possui natureza judicial, mas sim administrativa, pelo que entendo ser aplicável, por analogia, a Súmula n. 733-STF, que impede a interposição dos recursos especiais e extraordinários contra decisões de cunho administrativo emanados dos Tribunais.

Assim, o fundamento do acórdão recorrido de carência de ação não merece prevalecer, pois não se está diante da ação anulatória de ato judicial, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, a despeito da identidade do *nomen juris* utilizado, mas sim anulação de ato administrativo.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que examine a apelação interposta contra a sentença de primeiro grau que julgou procedente a ação ordinária de anulação de ato administrativo.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 911.183-SC (2006/0276851-5)

Relator: Ministro Felix Fischer

Relator para acórdão: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: João Rodrigues

Advogado: Walter Jose Faiad de Moura

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Penal. Denúncia. Delitos dos arts. 19, 20 e 21 da Lei de Imprensa. Aditamento. Imputação da prática de racismo. *Mutatio libelli*. Abertura de prazo para a defesa. Fluência sem qualquer manifestação. Negativa de vigência ao art. 384, parágrafo único, do CPP, incorrente. Nova definição jurídica do delito. Não enquadramento naqueles previstos na Lei de Imprensa. Desnecessidade de cumprimento do disposto no art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967. Ofensa não patenteada. Defesa devidamente produzida em sede de alegações finais. Nulidade afastada.

1. O aditamento realizado pelo Ministério Público não trouxe nenhum fato novo, limitando-se a dar capitulação jurídica diversa aos acontecimentos em tese criminosos noticiados na denúncia e imputados ao acusado.

2. O Juízo processante, diligentemente, reconsiderou o despacho anteriormente proferido, em que entendeu tratar-se de mera *emendatio libelli* e, considerando a possibilidade de apenação mais grave - *mutatio libelli* - nos termos do parágrafo único do art. 384 do CPP, abriu vista à defesa para, querendo, manifestar-se sobre a nova imputação, tendo esta, contudo, deixado fluir em branco o prazo que lhe foi ofertado.

3. O novo crime capitulado na exordial acusatória não era daqueles previstos na Lei de Imprensa, pelo que não poderia ter sido aplicado o contido no parágrafo único do art. 45 da Lei n. 5.250/1967.

4. Por ocasião das alegações finais, o causídico constituído rebateu a imputação de cometimento de crime de racismo, requerendo a absolvição do ora recorrente.

5. Não há o que se falar em cerceamento de defesa que ensejasse a nulidade do processo, por ofensa aos arts. 384, parágrafo único, do CPP, e 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967, quando foram obedecidas as normas processuais aplicáveis à hipótese.

Processual Penal. Diligências. Ausência de intimação da defesa. Nulidade relativa. Convalidação pela não arguição no momento processual oportuno. Preclusão. Precedentes deste STJ e do STF. Contrariedade aos arts. 499 do CPP ou 10 da Lei n. 8.038/1990 não verificadas. Dissídio jurisprudencial. Não comprovação.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal, na esteira de decisões da Suprema Corte, firmou o entendimento de que a ausência de intimação para os fins do art. 499 do CPP constitui nulidade relativa, e não absoluta, devendo ser levantada em sede de alegações finais, sob pena de preclusão, oportunidade em que deverá ser demonstrado o efetivo prejuízo sofrido pela parte com a sua supressão.

2. Como admite o recorrente, no momento processual oportuno - por ocasião do oferecimento das derradeiras alegações - nada foi levantado acerca da ausência de intimação da defesa para os fins do art. 499 do CPP ou do art. 10 da Lei n. 8.038/1990, que se aplica nas ações penais originárias, nem se indicou qualquer prejuízo ocorrido em razão da aludida supressão que justificasse o acolhimento da aventada mácula procedimental.

3. Não obstante tenha o recorrente obedecido ao que prescreve o art. 255, e seus parágrafos, do Regimento Interno do STJ, não conseguiu demonstrar a divergência interpretativa em relação à aplicabilidade da regra do art. 499 do CPP, na medida em que os arestos indicados na petição recursal constituem precedentes isolados no âmbito desta Corte Superior, não sendo capazes de configurar o dissenso alegado.

Crime de racismo. Pretendida absolvição pela não tipificação da conduta criminosa. Indicação indireta de contrariedade ou negativa de vigência ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989. Razões recursais que permitem a exata compreensão da controvérsia. Súmula n. 284-STJ. Inaplicabilidade. Mérito do inconformismo conhecido.

1. Busca o recorrente, com o especial, a absolvição, argumentando, para tanto, que o crime de racismo pelo qual foi condenado não se configurou, por falta de uma das elementares do tipo, qual seja, o dolo.

2. A petição recursal permite a exata compreensão da controvérsia trazida à exame, não sendo caso de incidência do enunciado na Súmula n. 284 deste STJ, pois aponta a não tipificação do delito em que o recorrente foi condenado, podendo-se concluir que, embora indiretamente, levantou a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, expressamente mencionado.

3. Deve o reclamo especial ser conhecido, até porque não pode esta Corte Superior, cunhada com a especial designação de “Tribunal da Cidadania”, restringir, ante a considerada atecnicidade do reclamo, a admissibilidade de inconformismo em que se invoca matéria da mais alta relevância - absolvição de delito imprescritível - especialmente quando se infere a plausibilidade jurídica do pleiteado.

Crime do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989. Condenação. Alegada atipicidade da conduta. Matéria fático-probatória. Desnecessidade de incursão. Súmula n. 7-STJ. Não incidência. Tipo penal que exige a presença de dolo específico. Vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar a prática de preconceito ou discriminação racial. Ausência do elemento subjetivo. Absolvição devida. Exegese do art. 386, III, do CPP. Recurso especial provido.

1. Para a verificação da configuração ou não do crime em questão não há necessidade de incursão na matéria fático-probatória colacionada aos autos, exigindo-se tão-somente examinar se a conduta denunciada enquadra-se no tipo penal em comento ou não. Súmula n. 7-STJ que não se aplica na espécie.

2. Na esteira da intenção protecionista da Constituição de 1988, o que a lei penal busca reprimir é a defesa e difusão de idéias preconceituosas e segregacionistas que afrontem a dignidade daqueles pertencentes a toda uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

3. Para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante

que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto que a questão da discriminação racial hoje envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade.

4. Mostra-se de suma importância que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despidido de qualquer pré-concepção ou de estigmas há muito arraigados em nossa sociedade, marcada por sua diversidade étnica e pluralidade social, de forma a não banalizar a violação de fundamento tão caro à humanidade e elencado por nossos constituintes como um dos pilares da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988).

5. Para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989, tem-se como imprescindível a presença do dolo específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação racial.

6. O dolo, consistente na intenção de menosprezar ou discriminar a raça indígena como um todo, não se mostra configurado na hipótese, sequer eventualmente, na medida em que o conteúdo das manifestações do recorrente em programa televisivo revelam em verdade simples exteriorização da sua opinião acerca de conflitos que estavam ocorrendo em razão de disputa de terras entre indígenas pertencentes a comunidades específicas e colonos, e não ao povo indígena em sua integralidade, opinião que está amparada pela liberdade de manifestação, assegurada no art. 5º, IV, da Constituição Federal.

7. Ausente o elemento subjetivo do injusto, de ser reconhecida a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei do Racismo, e absolvido o acusado, nos termos do art. 386, III, do CPP.

8. Recurso especial conhecido e provido parcialmente para, acolhendo a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, com fundamento no art. 386, III, do CPP, absolver o recorrente.

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:

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, que lavrou o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho.

Votou vencido o Sr. Ministro Felix Fischer, que negava provimento ao recurso.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator para acórdão

DJe 08.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto por João Rodrigues, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da *Lex Fundamental*, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 19, 20, 21 e 22, todos da Lei n. 5.250/1967 c.c. art. 71 do CP. Posteriormente, foi aditada a exordial acusatória, incluída, na acusação, a prática do crime tipificado no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989.

Recebido o aditamento, em primeiro grau, considerando que a nova imputação poderia implicar a aplicação de pena mais grave, abriu vista à defesa, nos termos do art. 384, parágrafo único, do CPP.

No curso da instrução criminal, *após o referido aditamento*, a c. Segunda Turma do e. Tribunal Regional Federal da 4ª, em sede de *habeas corpus*, declarou extinta a punibilidade do recorrente em relação aos delitos previstos nos artigos 20 a 22 da Lei n. 5.250/1967.

Neste interregno o recorrente veio a ser diplomado prefeito municipal de Pinhalzinho-SC, e, por conseguinte, foram os autos remetidos ao e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Realizado o julgamento, o recorrente restou absolvido da acusação referente ao crime previsto na Lei de Imprensa (art. 19 da Lei n. 5.250/1967) e condenado como incurso nas sanções do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, sendo substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Opostos embargos declaratórios pela defesa, estes foram parcialmente acolhidos para, reconhecida a nulidade nele apontada - incompetência do e. Tribunal para julgamento da causa ante a cessação do foro privilegiado àquela altura -, tornar sem efeito a decisão referida. Não obstante, neste mesmo momento foi renovado o julgamento, mantida a decisão anterior.

Impetrado *habeas corpus* perante esta Corte, mais uma vez foi a sessão de julgamento anulada, desta feita pela ausência de intimação da defesa da pauta de julgamento dos embargos, malgrado já possuir o recorrente novamente o foro privilegiado.

Realizado o novo julgamento, o e. Tribunal *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido constante na denúncia para, novamente, mantido o resultado dos julgamentos anteriores, absolver o recorrente do delito capitulado no art. 19 da Lei n. 5.250/1967 e o condenar pela prática da infração penal prevista no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, sendo substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Eis a ementa do objurgado acórdão:

Penal. Ação penal originária. Direito de opinar. Garantia à não-discriminação e ao não-preconceito. Conflito. Manifestação de pensamento que desvela, em verdade, propósito de menoscar determinada etnia. Lei n. 7.716/1989, art. 20, § 2º. Discriminação étnica. Imprescritibilidade.

1. Distingue-se a injúria qualificada (CP, art. 140, § 3º, do CP) do crime de racismo em razão do contexto fático em que perpetrada a conduta. Restringindo-se a ofender, de forma estrita, uma única vítima, resta perfectibilizado o delito previsto na regra geral. Se as expressões discriminatórias, contudo, desvelarem preconceito em relação a determinada raça ou etnia, ainda que dirigidas a uma única pessoa, caracterizado estará o crime da lei especial.

2. Consistindo o bem jurídico tutelado pela infração penal definida no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989 na "pretensão ao respeito inerente à personalidade

humana, a própria dignidade da pessoa, considerada não só individualmente, como coletivamente” (TEJO, Célia Maria Ramos. Dos crimes de preconceito de raça ou de cor: comentários à Lei n. 7.716 de 05 de janeiro de 1989. 1. ed. Campina Grande: EDUEP, 1998. p. 23), sujeita-se às suas penas o agente que externa pensamentos pessoais desairosos e notoriamente etnocêntricos, imbuídos de aversão e menosprezo indistinto a determinado grupo social que apresenta homogeneidade cultural e lingüística.

3. A regra da imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da Carta Magna aplica-se ao crime de preconceito étnico perpetrado contra os índios. Exegese extraída de precedente do STF (HC n. 82.424-RS) (fl. 439).

Opostos embargos declaratórios, vieram a ser parcialmente acolhidos apenas para “prestar esclarecimentos quanto ao alegado cerceamento de defesa”, em v. acórdão que restou assim sumariado:

Processo Penal. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Diligências. Falta de intimação. Não-arguição na ocasião própria. Convalescimento.

1. Não incorre em lacuna, de forma a autorizar o manejo de embargos de declaração, o aresto que deixa de apreciar alegação não aventada pelas partes durante o trâmite do feito, mormente quando a questão tida por omissa não consiste em matéria de ordem pública a ser conhecida *ex officio* pela Corte.

2. Consoante firme e reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a supressão da fase das diligências é causa de nulidade relativa, dependendo, por conseguinte, da demonstração de prejuízo e de arguição no momento oportuno (alegações finais), sob pena de convalidação (fl. 462).

Daí o presente apelo nobre, no qual se alega que o v. acórdão atacado violou os arts. 384, parágrafo único, e 499 do CPP e o art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967. Para tanto sustenta que “no concernente ao aditamento da peça acusatória, que consistiu em verdadeiro *mutatio libelli*, porquanto imputou ao recorrente a prática de crime imprescritível, que não cessa com a retratação e de pena muito mais severa do que o que foi originalmente denunciado, o MM. Juiz *a quo* deixou de aplicar o mandamento do citado art. 45, parágrafo único, importando em inegável prejuízo ao acusado, eis que não pôde arrolar testemunha e nem produzir prova para afastar a acusação de racismo.” (fl. 479). Assevera a defesa que, no caso, o art. 384, parágrafo único, do CPP deve ser interpretado conjuntamente com o art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967. Assim, seria necessária uma atuação positiva do advogado do réu, e acaso esta não fosse realizada, seria indispensável a decretação de revelia e nomeação de defensor dativo. Não observado este procedimento

entende que restou configurado cerceamento de defesa. De outro lado, sustenta que foi suprimida a fase do art. 499 do CPP, restando ao acusado vedada sua possibilidade de requerer a realização de diligências e de produzir provas. Alega que a nulidade aqui referida seria absoluta não podendo, portanto, ser acobertada pela preclusão. Conclui afirmando que “resta evidente(...) a ocorrência de efetivo prejuízo a defesa à medida que não pôde o acusado produzir nenhuma prova para eximir-se da acusação de racismo, tanto na fase do art. 384, pela inércia da defesa, como na fase do art. 499, pela falta de oportunidade dada pelo juiz.” (fl. 486). Busca ainda o recorrente, na irresignação, demonstrar divergência jurisprudencial quanto à nulidade decorrente da inobservância da fase constante no art. 499 do CPP. Por fim, aponta que a crítica feita, “ainda que exacerbada, recaiu sobre os índios porque estes eram os autores da invasão, os protagonistas do desassossego social instaurado na região, aos olhos complacentes das autoridades responsáveis” (fl. 495). E isso, a seu ver, não configuraria o crime em foco. Busca, ao final, seja dado provimento ao recurso e, por conseguinte, decretada a nulidade do processo. Subsidiariamente, pugna seja absolvido da acusação.

Contra-razões às fls. 555-590.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo não conhecimento do recurso especial em parecer que restou assim ementado:

Recurso especial. Discriminação racial. Artigo 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989. Aditamento da denúncia. *Emendatio libelli*. Réu defende-se dos fatos narrados na denúncia. Ausência de intimação pessoal. Inexistência de cerceamento de defesa. Alegação de nulidade por supressão do requerimento de diligências. Artigo 499 do CPP. Nulidade relativa. Ausência de demonstração de prejuízo efetivo. Preclusão. Dolo configurado. Inexistência de violação aos dispositivos legais invocados. Dissídio jurisprudencial não configurado.

Parecer pelo não conhecimento do recurso especial (fl. 600).

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O *primeiro ponto* a ser enfrentado no presente recurso refere-se ao tópico V da petição recursal (fls. 494-498). Nele o recorrente, em suma, tece considerações no sentido de que sua conduta não poderia ser considerada típica. Contudo, *não aponta qualquer dispositivo*

infraconstitucional que possa ter sido violado, limitando-se a asseverar a ausência de dolo nas suas declarações. De outro lado, não buscou evidenciar, quanto à ocorrência ou não do crime, a existência de dissídio jurisprudencial em relação a outros julgados. Assim, quanto a este ponto *o apelo não merece ser conhecido*, pois, incide à espécie, a *Súmula n. 284 do Pretório Excelso*: “É inadmissível recurso quando a deficiência de sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Nesse sentido, *v.g.*, o seguinte precedente desta Corte:

Tributário. Recurso especial. Conselho profissional de contabilidade. Anuidades. Deficiência de fundamentação. Súmula n. 284-STF. Art. 891 do CPC. Lei n. 6.994/1982. Legislação revogada. Prequestionamento. Ausência. Súmulas n. 282 e 356-STF e 211-STJ.

1. Inexistiu indicação do dispositivo *infraconstitucional violado*, o que atrai a incidência do disposto na Súmula n. 284 do Pretório Excelso, eis que assertivas genéricas são inaptas a infirmar a decisão do Tribunal regional. O recorrente limitou-se a defender sua tese como se fosse mero recurso ordinário, ou seja, ignorando os requisitos de admissibilidade do recurso extremo. (g.a.)

2. (...).

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 413.499-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 12.09.2005).

Por outro lado, alega-se no presente recurso que o v. acórdão atacado violou os arts. 384, parágrafo único, e 499 do CPP e o art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967.

Sustenta o recorrente que a denúncia inicialmente formulada tratava de crimes previstos na Lei de Imprensa, devendo, por tal motivo, ser seguido o rito nela inserto, inclusive o disposto no art. 45, parágrafo único, da referida lei. Aditada a denúncia, para nela incluir referência ao crime de racismo, foi concedida vista dos autos à defesa, porquanto o magistrado que a época dirigia o feito entendeu ser aplicável o disposto no parágrafo único do art. 384 do CPP. Não obstante, a defesa quedou-se inerte. Contudo, sustenta o recorrente que neste caso deveria ter sido aplicado o disposto no art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967:

Recebida a denúncia, o juiz designará data para a apresentação do réu em juízo e marcará, desde logo, dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, observados os seguintes preceitos.

Parágrafo único. Se o réu não tiver apresentado defesa prévia, apesar de citado, o juiz o considerará revel e lhe dará defensor dativo, a quem se abrirá o prazo de 5 (cinco) dias para contestar a denúncia ou a queixa.

Sem razão o recorrente.

A orientação firmada pelo e. Tribunal *a quo* no exame da matéria não necessita reparos. Rememorando, foi o recorrente inicialmente denunciado por crimes previstos na Lei de Imprensa. Tão logo foi citado apresentou, além de termo de retratação, a devida defesa prévia (cf consta à fl. 409). Posteriormente houve o aditamento que, *sem aduzir fato novo*, conferiu uma qualificação jurídica diversa aos fatos, distinta das imputações anteriormente formuladas. O Juiz processante, verificando que a nova definição jurídica poderia ensejar a aplicação de pena mais grave ao recorrente, determinou fossem tomadas as providências a que alude o art. 384 do CPP e a defesa uma vez intimada, deixou fluir *in albis* o prazo para manifestação. A inércia do causídico, neste ponto, entretanto, não significa a ocorrência de nulidade. Aqui, vale trazer à colação os fundamentos utilizados pelo e. Tribunal *a quo* para rechaçar a aventada nulidade, *verbis*:

Aduz o réu a ocorrência de cerceamento de defesa em razão da ausência de sua intimação pessoal acerca da *mutatio libelli*. Todavia, “conforme é sabido e consabido, o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia e não da sua classificação legal” (STJ, 5ª Turma, REsp n. 601.786-PR, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz; DJU 07.06.2004). A capitulação equivocada da infração supostamente perpetrada pelo acusado, assim, é irrelevante, visto que o mesmo defende-se dos acontecimentos delituosos relatados no libelo. Na hipótese, observa-se que o aditamento oferecido pelo *parquet* à exordial acusatória limitou-se, única e exclusivamente, a explicitar o enquadramento dos fatos constantes da denúncia também no ilícito do artigo 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, sendo completamente descabida, portanto, a alegação do réu de cerceamento de defesa em razão da ausência de sua intimação pessoal acerca da *mutatio libelli*, pois que inexistente a mesma.

Com efeito, a acusação, no caso, não foi modificada, mas tão-somente corrigida a definição jurídica aos fatos, o que poderia ser feito, inclusive, de ofício pelo magistrado no momento da prolação da sentença, consoante autorização contida no artigo 383 do Código de Processo Penal, que trata da *emendatio libelli*. Faz-se mister concluir, assim, que “não há, pois, nulidade decorrente da inobservância do mecanismo da *mutatio libelli* (art. 384 do CPP), se a exordial acusatória apresenta narrativa abrangente que admite outra adequação típica (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ)” (STJ, 5ª Turma, REsp n. 702.757, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 20.06.2005).

Ademais, despiciendo apresenta-se, pelos mesmos fundamentos, o requerimento do agente ministerial de decretação da revelia do denunciado, com

a conseqüente designação de defensor dativo para assistir-lhe, sobretudo em razão de o crime de racismo atribuído ao réu ter sido expressamente contestado por sua defesa técnica nas alegações finais apresentadas (fl. 427).

Vê-se que a hipótese tratada nos autos é de aditamento à denúncia. E o Juiz, de forma diligente, verificando tratar-se de crime mais grave, após o seu recebimento, abriu vista à parte para querendo, produzir outras provas. Dessa forma, foi devidamente assegurado ao acusado, ora recorrente, o exercício da ampla defesa.

Observa-se, pois, como já ressaltado, que o aditamento realizado pelo *Parquet* não trouxe nenhum fato novo, restringindo-se, apenas, a dar capitulação diversa aos acontecimentos delituosos narrados na proemial acusatória. Assim, não há que se falar em nulidade quanto a este ponto porquanto: *a)* foi concedida vista dos autos à defesa tão logo recebido o aditamento; *b)* o réu teve a oportunidade de contestar a denúncia a teor do disposto no art. 45 da Lei de Imprensa, no momento apropriado (início do feito); *d)* o disposto no parágrafo único art. 45 da Lei de Imprensa não se aplica à hipótese, porquanto referido dispositivo não trata de situação referente ao aditamento à inicial para incluir na imputação crime que sequer está previsto na referida lei e, *e)* no caso, a alteração da capitulação jurídica, se ocorrida na fase da sentença e não por meio de aditamento, atrairia a aplicação do disposto no art. 383 do CPP (*emendatio libelli*) de modo que sequer seria necessária a intimação da defesa sobre a citada alteração.

No que tange a outra nulidade suscitada - segundo o recorrente nulidade absoluta do feito em razão da supressão da fase do art. 499 do CPP -, mais uma vez não lhe assiste razão.

Segundo entendimento dominante nesta Corte, a supressão da fase do art. 499 *constitui nulidade relativa*, devendo ser argüida em momento oportuno (via de regra nas alegações finais), sob pena de convalidação. Além disso, deve ser comprovada a existência de efetivo prejuízo. *Tudo, portanto, a evidenciar, tratar-se de nulidade relativa*, ao contrário do sustentado pelo recorrente no presente apelo nobre, no qual alega que esta seria absoluta (fl. 485).

Neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

Habeas corpus. Processual Penal. Crimes de quadrilha ou bando, contrabando e falsificação de papéis públicos. Alegação de inobservância do art. 59 do Código Penal. Matéria já apreciada e afastada quando do julgamento do HC n. 40.031-SP.

Mera reiteração. Supressão do prazo do art. 499 do CPP. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

1. (...)

2. Não se vislumbra a ocorrência de cerceamento de defesa na espécie, diante da alegação de supressão do prazo constante no art. 499 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o narrado na própria sentença condenatória e confirmado pelo acórdão ora hostilizado, a Defesa do ora Paciente, assim como dos demais acusados, restaram devidamente intimadas para tal fim. Afastar tais afirmações, portanto, ensejaria, necessariamente, no exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se afigura inviável na via estreita do *writ*.

3. Ademais, mesmo que restasse caracterizada a ocorrência de nulidade, esta seria de natureza relativa, o que reclamaria arguição oportuna, na fase das alegações finais (art. 500 do CPP), além da comprovação do efetivo prejuízo dela decorrente, o que não ocorreu no presente caso.

4. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem.

(HC n. 40.033-SP, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 08.05.2006).

Habeas corpus. Crime contra a Previdência Social. Direito Processual Penal. Fase do artigo 499. Intimação pessoal. Inexistência. Nulidade relativa. Recurso de apelação. Defensor dativo. Ausência de intimação pessoal para apresentação de contra-razões. Nulidade. Ordem parcialmente concedida.

1. Em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito, quando, além de alegada *opportune tempore*, reste comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente.

2. A ausência de intimação pessoal para o requerimento de diligências, previsto no artigo 499 do Código de Processo Penal, constitui-se em nulidade relativa, que reclama para sua declaração a comprovação do efetivo prejuízo resultante à defesa.

3.(...)

4. (...)

5. Ordem parcialmente concedida.

(HC n. 33.298-RS, 6ª Turma, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 06.02.2006).

E, do *Pretório Excelso*:

Habeas corpus. Alegada nulidade por supressão da fase de diligências (art. 499 do Código de Processo Penal). Não alegação da matéria em alegações finais. Preclusão.

Sendo relativa a nulidade decorrente da supressão da fase de diligências (art. 499, CPP), a não arguição da matéria em sede de alegações finais tornou-a preclusa. Precedentes. Habeas corpus conhecido em parte, e, nessa parte, indeferido.

(HC n. 83.098-PB, 2ª Turma, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ de 27.08.2004).

Habeas corpus. - A jurisprudência desta Corte e no sentido de que a falta de intimação da defesa para requerer diligências na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal e causa de nulidade relativa, que só deve ser decretada se for comprovada a existência de prejuízo e desde que alegada oportunamente. - Não é o habeas corpus o meio processual hábil para o reexame do conjunto probatório a fim de verificar se era ele suficiente, ou não, para a condenação imposta. Habeas corpus indeferido.

(STF, HC n. 72.907-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 22.03.1995).

Do voto-condutor, proferido pelo Exm. Sr. Ministro *Moreira Alves*, no precedente acima citado, extrai-se o seguinte excerto:

Como demonstra o parecer da Procuradoria-Geral da República, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a falta de intimação da defesa para requerer diligências na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal é causa de nulidade relativa, que só deve se decretada se for comprovada a existência de prejuízo e desde que alegada oportunamente.

Na hipótese dos autos, observa-se que aberta vista às partes para o oferecimento das alegações finais, a defesa não fez qualquer menção a supressão da fase do art. 499 do CPP ou a possível prejuízo causado ao recorrente. Situação, vale frisar, que é reconhecida pelo próprio recorrente.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nesta parte, nego-lhe provimento.

É o voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso especial ajuizado por *João Rodrigues*, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, julgando procedente em parte ação penal originária contra ele intentada, absolveu-o do delito do art. 19 da Lei n. 5.250/1967 e condenou-o ao cumprimento de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos,

consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, esta última no valor de 1 salário mínimo por mês de condenação, pela prática do crime do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, em julgado assim ementado:

Penal. Ação penal originária. Direito de opinar. Garantia à não-discriminação e ao não-preconceito. Manifestação de pensamento que desvela, em verdade, propósito de menoscabar determinada etnia. Lei n. 7.716/1989. Art. 20, § 2º. Discriminação étnica. Imprescritibilidade.

1. Distingue-se a injúria qualificada (CP. art; 140, § 3º, do CP) do crime de racismo em razão do contexto fático em que perpetrada a conduta. Restringindo-se a ofender, de forma estrita, uma única vítima, resta perfectibilizado o delito previsto na regra geral. Se as expressões discriminatórias, contudo, desvelarem preconceito em relação a determinada raça ou etnia, ainda que dirigidas a uma única pessoa, caracterizado estará o crime da lei especial.

2. Consistindo o bem jurídico tutelado pela infração penal definida no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, na "pretensão ao respeito inerente à personalidade humana, a própria dignidade da pessoa, considerada não só individualmente como coletivamente" (TEJO, Célia Maria Ramos, Dos crimes de preconceito de raça ou de cor: comentários à Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989. 1ª. ed. Campina Grande: EDUEP, 1998, p. 23), sujeita-se às suas penas o agente que externa pensamentos pessoais desairosos e notoriamente etnocêntricos, imbuídos de aversão e menosprezo indistinto a determinado grupo social que apresenta homogeneidade cultural e linguística.

3. A regra da imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da Carta Magna aplica-se ao crime de preconceito étnico perpetrado contra os índios. Exegese extraída de precedente do STF (HC n. 82.424-RS).

Argumenta negativa de vigência ao previsto nos arts. 384 do CPP e 45 da Lei n. 5.250/1967, na medida em que tendo havido aditamento da peça acusatória, que lhe imputou a prática do crime em que restou ao final condenado - delito imprescritível e que não cessa com a retratação e de pena muito mais severa do que aqueles em que foi originariamente denunciado (arts. 19, 20 e 21 da Lei n. 5.250/1967) -, não obstante tenha o Juízo *a quo* aberto vista para a defesa se manifestar, esta deixou fluir o prazo sem nada argüir, pelo que, entende, deveria ter sido aplicado o previsto no art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967, que deve ser interpretado em consonância com o ditado no art. 384 do CPP, decretando-se a revelia do réu e nomeando-lhe dativo para manifestar-se sobre a nova imputação.

Assim não agindo a autoridade jurisdicional frente à qual tramitava o feito, alega que houve prejuízo à ampla defesa, ensejador de nulidade absoluta

do processo, vez que o acusado não pôde produzir provas de qualquer tipo para desconstituir a imputação de racismo, salientando que o fato de a defesa ter se manifestado sobre o delito por ocasião das derradeiras alegações não elide a nulidade apontada, “afinal, quando das alegações finais, o processo já sofria de nulidade absoluta” (fl. 481).

Sustenta também ofensa aos arts. 499 do CPP, reproduzido no art. 10 da Lei n. 8.038/1990, visto que a decisão colegiada, ao entender que a ausência de intimação da defesa para requerer diligências constituía nulidade relativa, convalidada pela não argüição no momento oportuno, qual seja, em sede de alegações finais, condicionou o seu reconhecimento à exigência não prevista em lei, salientando, ademais, que o prejuízo sofrido pelo réu em virtude de tal supressão se mostrava incontroverso, ante a impossibilidade de, mais uma vez, produzir provas para afastar a acusação de racismo, dada a ineficiência da defesa que atuava em seu favor naquela oportunidade, que deixou fluir *in albis* o prazo para se manifestar acerca da *mutatio libelli*.

Aventa também a ocorrência de divergência jurisprudencial, citando, para tanto, um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em que se decidiu que a ausência da fase de diligências constitui nulidade insanável, e um aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No mérito, sustenta a não configuração do crime de racismo, descrito no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, asseverando que as expressões lançadas pelo acusado e transcritas na denúncia “foram pinçadas de programas de televisão, em que o recorrente na qualidade de comunicador, tece comentários sobre a avalanche de invasões de terras desencadeadas pelos índios nas regiões de Chapecó - SC e Iraí e Nonoai-RS” (fl. 494), tratando-se de “relato e comentários sobre fatos concretos, comprovados pelas imagens mostradas nos programas, conforme se verifica das fitas anexadas, que refletem o posicionamento do comunicador, em favor dos colonos e na defesa do patrimônio público ameaçado pelas invasões”, ressaltando que “a crítica, ainda que exacerbada, recaiu sobre os índios porque estes eram os autores da invasão, os protagonistas do desassossego social instaurado na região, aos olhos complacentes das autoridades responsáveis” e que “diante da gravidade do problema e da inércia das autoridades, o recorrente adotou posição firme ao lado dos colonos, tecendo comentários com empolgação e, até, com certa agressividade contra os invasores. Mas jamais manifestou preconcebida intolerância em relação à etnia indígena” (fl. 495).

Busca demonstrar que “os conceitos emitidos pelo recorrente no curso dos comentários sobre as invasões de terras, perpetradas pelos índios, à margem

da lei, não são arbitrários ou destituídos de razão que os fundamentem, nem encerram intolerância preconcebida em relação à raça indígena. Ao contrário, são frutos de fatos concretos, dos quais não se pode discordar, porque são eles que fundamentam os conceitos apresentados”, daí “não configurar a conduta descrita, o crime capitulado no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989” (fl. 496).

Requer, assim, o acolhimento do especial para que seja declarado nulo o processo, pelos vícios apontados, ou, em alternativa, seja reformada a decisão impugnada, absolvendo-se o recorrente.

Contra-arrazoado, o especial findou admitido, tendo os autos ascendido a este Tribunal Superior, onde o Ministério Público Federal manifestou-se pela inexistência de violação aos dispositivos legais invocados e pela não configuração do dissídio jurisprudencial aventado.

Em pauta para julgamento, o Relator originário, Excelentíssimo Senhor Ministro Felix Fischer, votou pelo conhecimento parcial do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, sendo acompanhado pela Excelentíssima Senhora Ministra Laurita Vaz.

Em razão de pedido de vista antecipada, os autos vieram-me conclusos.

Sobreveio petição do recorrente postulando a juntada de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da ação de indenização por danos morais que teve por objeto os fatos apurados neste processo-crime, cuja conclusão entendem reforçar a tese absolutória levantada no presente recurso especial (fls. 657-665, 667-675 e 677-685).

É o relatório.

Inicialmente, no tocante à negativa de vigência aos arts. 384, parágrafo único, do CPP e ao art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967, acompanha-se o voto do eminente Relator, pois, como apropriadamente colocado: a) o aditamento realizado pelo Ministério Público não trouxe nenhum fato novo, limitando-se a dar capitulação jurídica diversa aos acontecimentos em tese criminosos noticiados na denúncia e imputados ao acusado; b) o Juízo processante, diligentemente, reconsiderou o despacho anteriormente proferido, em que entendeu tratar-se de mera *emendatio libelli* (fl. 63) e, considerando a possibilidade de pena mais grave - *mutatio libelli* -, nos termos do parágrafo único do art. 384 do CPP, abriu vista à defesa para, querendo, manifestar-se sobre a nova imputação (fl. 87), tendo esta, contudo, deixado fluir em branco o prazo que lhe foi ofertado, como se vê da Certidão de fl. 88; c) o novo crime

capitulado na exordial acusatória não era daqueles previstos na Lei de Imprensa, pelo que não poderia mesmo ter sido aplicado o contido no parágrafo único do art. 45 da Lei n. 5.250/1967.

De se considerar, por fim, que por ocasião das alegações finais o causídico constituído rebateu a imputação de cometimento de crime de racismo, requerendo a absolvição do ora recorrente (fls. 94-96).

Assim, não há o que se falar em cerceamento de defesa que ensejasse a nulidade do processo, por ofensa aos citados dispositivos legais, vez que foram obedecidas as normas aplicáveis à hipótese, tendo o defensor do acusado, constituído (Procuração a fl. 17), sido devidamente intimado para tanto, tendo, entretanto, deixado correr, sem nada argüir, o prazo que lhe foi conferido para os fins do parágrafo único do art. 384 do CPP.

Acompanha-se igualmente o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator no que pertine à sustentada negativa de vigência ao contido no art. 499 do CPP ou do art. 10 da Lei n. 8.038/1990, que se aplica nas ações penais originárias, já que a jurisprudência deste Superior Tribunal, na esteira das decisões da Suprema Corte, firmou o entendimento de que a ausência de intimação para os fins do art. 499 do CPP constitui nulidade relativa, e não absoluta, devendo ser levantada em sede de alegações finais, sob pena de preclusão, oportunidade em que deverá ser demonstrado o efetivo prejuízo sofrido pela parte com a sua supressão.

A propósito, de nosso Tribunal pode-se citar o seguinte precedente:

[...]

2. A ausência de intimação pessoal para o requerimento de diligências, previsto no artigo 499 do Código de Processo Penal, constitui-se em nulidade relativa, que reclama para sua declaração a comprovação do efetivo prejuízo resultante à defesa.

[...] (HC n. 3329-RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 19.04.2005).

Do Supremo Tribunal Federal, colaciona-se, no mesmo sentido:

Habeas corpus. Alegada nulidade por supressão da fase de diligências (art. 499 do Código de Processo Penal). Não alegação da matéria em alegações finais. Preclusão.

Sendo relativa a nulidade decorrente da supressão da fase de diligências (art. 499, CPP), a não argüição da matéria em sede de alegações finais tornou-a

preclusa. Precedentes. *Habeas corpus* conhecido em parte, e, nessa parte, indeferido (HC n. 83098-PB, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18.11.2003).

E, no caso, como inclusive admite o próprio recorrente, no momento processual oportuno - por ocasião do oferecimento das derradeiras alegações -, nada foi levantado acerca da ausência de intimação da defesa para os fins do art. 499 do CPP ou do art. 10 da Lei n. 8.038/1990, que se aplica nas ações penais originárias, nem se indicou qualquer prejuízo ocorrido em razão da aludida supressão que justificasse o acolhimento da aventada mácula procedimental.

Desta forma, não merece provimento o apelo especial também nesse ponto.

No que pertine ao sustentado dissídio jurisprudencial, verifica-se que, não obstante tenha o recorrente obedecido ao que prescreve o art. 255, e seus parágrafos, do Regimento Interno do STJ, não conseguiu demonstrar a divergência interpretativa em relação à aplicabilidade da regra do art. 499 do CPP, na medida em que os arestos indicados na petição recursal constituem precedentes isolados no âmbito desta Corte Superior, não sendo capazes de configurar o dissenso alegado.

Com efeito, e como já consignado, o aresto impugnado encontra amparo na jurisprudência desta Corte, que é pacífica no sentido de que a falta de intimação da defesa para requerer diligências é causa de nulidade relativa do processo, que só deve ser declarada quando comprovada a existência de efetivo prejuízo e desde que alegada oportunamente, sob pena de preclusão.

Quanto ao mérito, ousa-se discordar do eminente Relator, quando aponta a impossibilidade de conhecimento do especial por força do enunciado na Súmula n. 284-STF, que dita o seguinte: “É inadmissível recurso quando a deficiência de sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Ora, apesar de o recorrente realmente não ter dito expressamente que houve ofensa ou negativa de vigência em relação à exegese do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, ou mesmo dissídio jurisprudencial quanto ao artigo de lei em tela, busca, com o especial, a absolvição, argumentando, para tanto, que o crime em questão não se configurou, por falta de uma das elementares do tipo, qual seja, o dolo.

Desta forma, entende-se que a petição recursal, tal qual foi redigida, permite sim a exata compreensão da controvérsia trazida à exame, na medida em que aponta a não tipificação do delito em que o recorrente foi condenado, podendo-se concluir que, embora indiretamente, levantou a ofensa ao art. 20,

§ 2º, da Lei n. 7.716/1989 - expressamente mencionado -, devendo o especial, portanto, ser conhecido pelo órgão colegiado, até porque não pode esta Corte Superior, cunhada com a especial designação de “Tribunal da Cidadania”, restringir, ante a considerada atecnicidade do reclamo, a admissibilidade de inconformismo em que se invoca matéria da mais alta relevância - absolvição de delito imprescritível - especialmente quando se infere a plausibilidade jurídica do pleiteado, como ocorre no caso em comento.

Vencida essa questão preliminar, passa-se ao exame da sustentada ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei de Racismo, ante a não tipificação do crime em questão, alegação que, diga-se, não demanda a incursão na matéria fático-probatória colacionada aos autos, afastando-se, portanto, a incidência do enunciado na Súmula n. 7-STJ, exigindo tão-somente examinar se a conduta denunciada enquadra-se no tipo penal em comento.

E, para tanto, necessário transcrever os fatos narrados pelo órgão ministerial no aditamento à denúncia ofertado contra o recorrente, dando-o como infrator do art. 20, § 2º, da Lei de Racismo, c.c. art. 71, do Código Penal:

Conforme depreende-se dos autos, o réu João Rodrigues proferiu, dolosamente mensagens racistas e discriminatórias, praticando, assim, não só os crimes de abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação, arts. 19, 20, 21, 22 da Lei n. 5.250/1967, como também crimes de discriminação e preconceito de raça e etnia.

Ressalta-se que o presente aditamento tem por objetivo apenas corrigir a capitulação dos delitos, uma vez que os fatos foram devidamente narrados na peça inicial, em que consta a transcrição das expressões utilizadas pelo réu num programa televisivo que constituem a prática e incitação à discriminação e preconceito, tais como:

[...] A indiada meio que dificulta o processo lá, né, trabalhar muito pouco, não são chegado ao serviço [...] e a indiada tomou conta [...] eu vou descer de avião dentro do aeroporto de Iraí, e a que se bote, eu vou levar o meu pau, um relho e nós vamos se atracar no laço [...]

[...] se num período de 20 dias os índios não desocuparem a área, evidentemente que será solicitada a força policial para que os mesmos saiam de lá na marra. Eu, particularmente, torço para que eles não saiam por enquanto, aí vem a polícia e baixe o cangui, mas desça-lhe o porrete [...], então, eu, por mim, tem que baixar o cangui logo, dá um prazo de 20 e nos 15 vai lá e tira todo mundo de lá, entendeu/ [...].

[...] (fls. 57 e 58).

A denúncia, por seu turno, está assim redigida:

No período de janeiro a maio de 1999, ambos inclusive, na sede da retransmissora da SBT desta cidade, o denunciado, apresentando o programa denominado SBT Verdade, veiculado por volta do meio dia naquela emissora de televisão, caluniou, difamou e injuriou os índios e as comunidades indígenas desta região (Seara, Nonoai e Iraí), mediante a veiculação das seguintes palavras:

(...) Dia 27 de janeiro de 1999.

(...) *os índios tomaram conta do aeroporto*, o aeroporto faz parte da área indígena, os aviões não podem pousar, porque *quando pousam a flecha come*, ninguém é louco (...) *A indiada* meio que *dificulta o processo* lá, né, *trabalhar muito pouco*, não são *chegado ao serviço* (...) e a *indiada* tomou conta (...) eu vou descer de avião dentro do aeroporto de Iraí, e a *indiada* que se bote, *eu vou levar o meu pau, um relho e nós vamos se atracar no laço* (...) (fl. 16 - grifou-se).

Dia 29 de abril de 1999.

(...) a *indiada* acham que são os donos (...) A proposta deles, olha a cara de trabalhador desse (...) é uma vontade desgraçada (...) eles fizeram a proposta, disseram para o dono da fazenda, pra ficar bom para os dois lados, nós vamos ficar com a metade do gado e o que tiver em cima é nosso, tá, e se contente, senão se contentar nós ficamos com tudo. Veja bem a situação (...). Veja bem a proposta dos *loucos*, né. Resumindo, esses caras estão *malucos*, eles *querem tomar conta*, já *invadiram a propriedade* (...) *querem no futuro já dá o bote em cima do silo da Ceval* que tem lá, depois eles *vão dá* o bote lá no CTG (...) *laçada e flecha* (...).

(...) a reserva do toldo pinhal, se não me falha a memória, em Seara, despejam 50 famílias de agricultores, com casa, com vaca, com boi, com tudo, são despejados, *os índios assumem*, *vira um capão desgraçado no ato*, não cultivam, e os agricultores, na sua grande maioria, morando embaixo de lona.

Agora, no Rio Grande do Sul, *invadiram o aeroporto em Iraí*, tem cabimento isso, moram em cima do asfalto, não plantam uma batata porque no asfalto não nasce, do lado não dá pra plantar porque é mato, e não pode ser derrubado, mas os índios estão lá, o aeroporto que poderia ser utilizado por aeronaves não pousa nem mosquito em cima, se pousar eles matam (...).

(...) daqui a pouco vão ser donos da cidade, se bobear *vão invadir a sua casa*, *vão te arrancar de dentro* (...), então a *indiada* vai continuar essa sangria desatada (...) (fls. 16-7 - grifou-se).

Dia 04 de maio de 1999.

(...) é a *indiada* (...) eles tomaram conta daquele pedaço (...) *os índios estavam impedindo que o proprietário da área colhesse a sua lavoura de soja* (...) *os índios* que estão aí, que invadiram essa área, acabaram impedindo o proprietário de fazer a colheita da sua lavoura (...) outro agrupamento dos invasores, dos índios que invadiram (...) temos índios que estavam colhendo (...) *pegando ainda parte do feijão que havia sido colhido* (...) *olha de vadio* (...) *ali é tudo índio que invadiram a fazenda* (...) eles invadiram uma fazenda plantada, no entanto olha aí a dos índios (...) o que vocês estão vendo plantado aí? Nada (...) o mato tomou conta, porque é uma *cambada de vadio* (...) é muito fácil você tomar uma propriedade de alguém que trabalhou, que conquistou através do suor de seu trabalho e dar para uma *cambada* que não plantou (...) *o índio tem terra, mas não planta, é mais fácil roubar, tomar de alguém que plantou e se dizer dono, depois que colhe abandona toda a fazenda e vão invadir outra* (...). (fls. 9-11 - grifou-se).

Dia 07 de maio de 1999.

Tô recebendo as últimas informações, *índios invadiram fazendas* em Nonoai, *começaram a matar o gado, tão matando gado lá, tão carneando cabeça de rei, tão matando, mataram uma vaca a paulada* ontem à tarde. Amanhã nós vamos trazer imagens onde os índios estavam *roubando, roubando soja* (...) Nós vamos trazer imagens *da indiada roubando* (...) senão aquela *tropa de safados iam roubar a soja do homem lá* (...) (fls. 17-8 - grifou-se).

No dia 6 de maio de 1999, na sede da transmissora do SBT desta cidade, o denunciado, também apresentando o programa denominado 'SBT Verdade', veiculado por volta do meio dia naquela retransmissora, 'incitou' a prática da infração penal de 'abuso de autoridade' (...), incentivando que fosse atentado, por parte da polícia, contra a incolumidade física dos índios desta região (Seara, Nonoai e Irai), mediante a veiculação das seguintes palavras:

(...) se num período de 20 dias os índios não desocuparem a área, evidentemente que será solicitado a força policial para que os mesmos saiam de lá na marra. Eu, particularmente, *torço para que eles não saiam por enquanto, aí vem a polícia e baixe o cangüi, mas desça-lhe o porrete* (...) *então, eu, por mim, tem que baixar o cangüi logo, dá um prazo de 20 e nos 15 vai lá e tira todo mundo de lá, entendeu* (...) (grifou-se).

(...) (fls. 3-5).

Segundo descreve a inicial acusatória, o recorrente teria, em cinco oportunidades, entre janeiro e maio de 1999, praticado e incitado a discriminação

ou preconceito de raça e etnia, através de meio de comunicação social - ao vivo em programa televisivo do qual era apresentador - circunstância que qualificaria o delito, nos termos do § 2º do art. 20 da Lei n. 7.716/1989.

O crime em questão possui três núcleos ou ações típicas: praticar, induzir ou incitar.

A prática, segundo a doutrina, “ocorre quando o agente perfaz a figura criminosa” (SILVA, José Geraldo e outros, *Leis Especiais Anotadas*, 9ª ed., Millenium: SP, 2007, p. 303).

“Como bem asseverado por Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer: ‘Praticar é o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo incriminador.’ (Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei n. 8.081/1990. RT 714/329)” (SANTOS, Christiano Jorge, *Racismo e injúria - Os limites que diferenciam as duas tipificações*, artigo retirado do site www.consultorjuridico.com.br, datado de 27.03.2004, notas de rodapé n. 5), ou seja, o sujeito age discriminando determinada raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, de forma preconceituosa.

Incitar ou induzir, por sua vez, como já deliberado por este Superior Tribunal, consiste em “instigar, provocar ou estimular e o elemento subjetivo consubstancia-se em ter o agente vontade consciente e dirigida a estimular a discriminação e o preconceito. Para a configuração do delito sob esse prisma, basta que o agente saiba que pode vir a causá-lo ou assumir o risco de produzi-lo. Há necessidade, portanto, do dolo (seja direto ou eventual)” (REsp n. 157.805, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quinta Turma, j. em 17.08.1999).

Certo que a Constituição Federal vigente, em seu art. 3º, IV, elegeu como um de seus objetivos fundamentais a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, bem como estabeleceu, em seu art. 4º, incisos II e VIII, dentre os princípios do Estado Federativo que regem as suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo, de forma a garantir a todos o direito à igualdade, estabelecido em seu art. 5º, daí decorrendo a legitimação para criminalização do racismo, que foi considerado pela Carta Magna “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

E, “como conseqüência, aos 05 de janeiro de 1989, ou seja, apenas três meses depois, foi promulgada a denominada ‘Lei Caó’ (Lei n. 7.716/1989), que formalmente erigiu à categoria de crime os ‘atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor’ (2).

“Em seu texto original, reproduziu boa parte do diploma legislativo anterior, a chamada ‘Lei Afonso Arinos’ (Lei n. 1.390/1951), prevendo várias condutas típicas assemelhadas, incidindo na mesma sistemática casuística já criticada com razão pelos movimentos de grupos discriminados e pela doutrina especializada (3).

“Alguns aperfeiçoamentos legislativos foram sendo verificados desde então, através das Leis ns. 8.081/1990, 8.882/1994 e 9.459/1997, esta última a mais relevante das três, principalmente por incluir a norma penal incriminadora até hoje prevista no artigo 20, *caput*, qual seja, ‘Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena – reclusão, de um a três anos e multa’ “ (SANTOS, Christiano Jorge, *Racismo e injúria - Os limites que diferenciam as duas tipificações*, já citado).

E, na esteira da intenção protecionista da Constituição de 1988, o que a lei penal busca reprimir é a defesa e difusão de idéias preconceituosas e segregacionistas que afrontem a dignidade daqueles pertencentes a toda uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Mas, para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto que a questão da discriminação racial hoje envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade. Mostra-se de suma importância que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despido de qualquer pré-concepção ou de estigmas há muito arraigados em nossa sociedade, marcada por sua diversidade étnica e pluralidade social, de forma a não banalizar a violação de fundamento tão caro à humanidade e elencado por nossos constituintes como um dos pilares da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988).

Feito esse registro, para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989, tem-se portanto como imprescindível verificar a presença do dolo específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação

racial, sem olvidar ainda a existência do chamado elemento subjetivo especial, que exige seja perscrutado o motivo da eventual conduta discriminatória ou preconceituosa.

Nesse sentido, da doutrina, tem-se:

Os crimes raciais são exclusivamente dolosos, não tendo sido prevista, em nenhuma hipótese, a modalidade culposa (princípio da excepcionalidade, como expresso no art. 18, parágrafo único, do CP). Assentou-se, pois, que o preconceito e a discriminação raciais não derivam de comportamento negligente, antes, da consciência e vontade deliberadas. Destarte, pratica dolosamente um crime racial aquele que, representando intelectualmente os elementos objetivos dos tipos legais de crime previsto na Lei n. 7.716/1989, age livre e conscientemente no sentido de realizá-los.

[...].

À guisa de verificação do dolo, antes deve haver, portanto, a certeza quanto aos elementos objetivos da conduta real ou potencialmente discriminatória. Somente então, há de se proceder ao juízo de tipicidade subjetiva, indagando, em primeiro lugar, se o agente sabia e queria praticar ou coadunar-se com a discriminação racial. Ou seja, se o agente teve a consciência e a vontade de discriminar (ou incitar ou induzir a discriminação) determinada pessoa (ou coletividade), por eleição dos critérios da raça, cor ou etnia. Como visto no tópico 2.4.1, retro, não se pede mais do que uma representação profana destes critérios, por meio da qual o agente sabe que o seu comportamento - baseado que está nas noções vulgares de raça, cor ou etnia - restringe, limita, exclui, dificulta, separa, cria preferências, priva alguém de direitos, ou concorre perigosamente para essa privação.

Finalmente, deve-se registrar que a necessidade de comprovação do motivo de preconceito racial como elemento subjetivo especial dos crimes em apreço não afasta tecnicamente a figura do dolo eventual. Admitem-na, em tese, os crimes raciais. [...].

Elemento subjetivo especial.

O dolo não esgota o juízo de tipicidade subjetiva dos crimes raciais, sem embargo. Há necessidade, ainda, de perscrutar o motivo da conduta discriminatória. Em outras palavras, se o agente foi movido por preconceito. Este, como estado intelectual, pode ser identificado, de maneira geral, como um conjunto de idéias que defendem a superioridade inata de determinado grupo sobre outro(s) - idéias às quais se filia o agente, discreta ou ostensivamente. Como estado de ânimo, porém, é que o preconceito racial começa a modelar o injusto penal, desencadeando a ação discriminatória *in concreto*.

O preconceito responde, assim, pela última condição anímica do agente antes da prática discriminatória. E é justamente essa predisposição para agir que confere pleno significado à conduta material, circunscrevendo o desvalor

jurídico-penal de ação. Deduz-se, pois, no exame do fato histórico, que a discriminação dificilmente teria ocorrido se inexistisse o preconceito, que lhe serviu de móvel, de inspiração, de estímulo, de impulso. Destarte, o preconceito é o estado de ânimo imediatamente anterior ao comportamento discriminatório, traduzindo-se na motivação que o agente trazia intimamente consigo (ou seja, o antecedente psicológico da ação), contribuindo, pois, para explicar, do ponto de vista causal, o acontecer futuro da discriminação (SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 148-151).

Na hipótese dos autos, não se vislumbra tenha o recorrente agido com dolo, direto ou eventual, de praticar ou incitar o preconceito étnico, pois, da simples leitura das condutas narradas na denúncia e aditamento, sem qualquer incursão na matéria probatória colacionada, vê-se que, na qualidade de apresentador (âncora) de programa de televisão, teceu, ao vivo, comentários pessoais, embora realmente inflamados - dos quais se retratou logo no início da ação penal, diga-se - sobre fatos que estavam ocorrendo nas cidades que citou - Seara-SC, Irai-SC e Nonoai-RS -, relacionados a conflitos entre indivíduos pertencentes a determinados grupos indígenas e proprietários de terras da região, e não ao povo indígena em sua coletividade, como entendeu o Tribunal Regional Federal recorrido.

No caso, o dolo, consistente na intenção de menosprezar ou discriminar a raça indígena como um todo, não se mostra configurado, na medida em que o conteúdo das manifestações do recorrente, transcritas na denúncia e aditamento, revelam em verdade simples exteriorização da sua opinião acerca da, no seu entender, séria situação que estava ocorrendo em razão de disputa de terras entre indígenas pertencentes a comunidades específicas, bem relatadas no acórdão impugnado - “notadamente as Reservas de Toldo Chimbanguê, Toldo Pinhal, Xapecó e Condá” (fl. 433) - e colonos daquelas regiões, tentando, ainda, como se percebe da narrativa ministerial, chamar a atenção das autoridades locais para o problema, ou seja apenas expôs seu ponto de vista sobre os conflitos agrários noticiados, opinião que está amparada pela liberdade de manifestação, assegurada no art. 5º, IV, da Constituição Federal.

Nesse contexto, resta evidenciado que o recorrente se limitou a descrever comportamentos, que considerava graves, de índios de determinadas comunidades, vinculados a invasões de terras nas localidades citadas, e não a discriminar, induzir ou mesmo incitar o preconceito ao povo indígena na sua integralidade, circunstância que afasta o cunho discriminatório necessário à configuração do crime previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989.

Aliás, quando do julgamento da apelação interposta da sentença que, pelos mesmos fatos aqui noticiados, em sede de ação civil pública, condenou o recorrente ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais contra a comunidade indígena de região do oeste de Santa Catarina, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua 4ª Turma, deliberando acerca do inconformismo do órgão ministerial, que pretendia a elevação do *quantum* indenizatório fixado, assim assentou:

Pondero, outrossim, verificado o caso concreto, que efetivamente ocorreram invasões e ocupações de espaços públicos e privados pela comunidade indígena após a realização de demarcações e medições para posterior delimitação da terra indígena. O clima era de tensão entre a comunidade indígena e agricultores, havendo pouca adesão da comunidade indígena às tentativas de negociação pelas autoridades constituídas, neste clima bastante delicado, e com os ânimos exaltados de ambos os lados, sobreveio o programa televisivo questionado nos autos. Noticiou os autos a intervenção federal na reserva indígena em face dos atos do Cacique Valdo, cuja administração não contribuía para a paz social. Houve a eleição de novo cacique. Estão são alguns fatos coletados dos vários volumes que compõem o processo, que me convencem de que a comunidade indígena de alguma forma contribuiu para o surgimento de manifestações hostis a sua permanência na região. Estas considerações são feitas não para exculpar os responsáveis, mas para melhor dimensionar o ocorrido (fl. 664 - o grifo é nosso).

Desse modo, e considerando que a comunidade indígena em questão, ao menos “durante a liderança do Cacique Valdo, não se conduzia com razoável urbanidade”, a Corte de origem houve por bem não agravar a condenação do recorrente, negando, portanto, provimento ao recurso ministerial, pois “se assim o fizesse, o Judiciário estaria sinalizando que atos belicosos, invasões e desrespeito às autoridades constituídas seriam toleráveis. Não são e devem ser reprimidos e combatidos diante da legalidade” (Apelação Cível n. 2001.72.02.003660-6-SC - fl. 664), argumentos com os quais concordamos totalmente.

Diante de todo o exposto, sou pelo conhecimento e improvimento do recurso especial quanto aos itens II e IV - negativa de vigência aos arts. 384 e 45, parágrafo único, do CPP e aos arts. 499 e 10 da Lei n. 8.038/1990, e ocorrência de dissídio jurisprudencial - e pelo seu conhecimento também no tocante ao tópico V da petição recursal, dando-lhe nesse ponto provimento, para, acolhendo a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, com fundamento no art. 384, III, do CPP, absolver o recorrente.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Acompanho a divergência, denegando a ordem de *habeas corpus*.

RECONSIDERAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, compreendo as razões do Sr. Ministro Felix Fisher, mas como se trata de um caso bem peculiar em que a matéria está bem exposta no recurso, modifico o meu voto para também conhecer do recurso especial.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, diante dos esclarecimentos, também peço vênia ao Sr. Ministro Felix Fisher e retifico meu voto proferido na assentada do dia 19.02.2008, que conhecia parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negava-lhe provimento, para acompanhar o voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, agora referendado pelo voto do Sr. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto por *João Rodrigues*, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido, nos autos de ação penal originária, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Ação Penal n. 2001.04.01.071752-7-SC).

Consta dos autos que o recorrente, *João Rodrigues*, prefeito municipal de Pinhalzinho-SC, foi condenado à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, sendo substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989.

Sustenta o recorrente, em essência: a) violação ao parágrafo único do art. 45 da Lei n. 5.250/1967 c.c. art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal; b) negativa de vigência do art. 499 do Diploma Processual Penal, com a redação introduzida pelo art. 10 da Lei n. 8.038/1990; c) ocorrência de divergência

jurisprudencial com julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e de São Paulo; e d) no mérito, a não-configuração do crime de discriminação racial, previsto no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, sendo atípica a conduta por ele praticada.

Requer, desse modo, o provimento do recurso para que seja declarada a nulidade do processo, em face dos vícios apontados, ou, alternativamente, seja absolvido da prática de discriminação racial.

Em voto proferido pelo eminente Ministro *Felix Fischer*, relator, foi o recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido, sendo acompanhado pela Min. *Laurita Vaz*. Em seguida, o Min. *Jorge Mussi* pediu vista antecipada. Ao proferir o seu voto-vista, o Min. *Jorge Mussi* acompanhou o ministro relator no tocante à ausência de nulidades e de dissídio jurisprudencial, divergindo, entretanto, quanto ao mérito. Em seu voto-vista, entendeu sua excelência que a conduta praticada pelo recorrente não se amolda ao tipo penal descrito no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, absolvendo-o, nos termos do art. 384, III, do CPP. Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria.

É o relatório.

Inicialmente, no tocante às alegadas nulidades, estou inteiramente de acordo com os votos já proferidos.

O Relator, eminente Min. *Felix Fischer*, não examinou a questão sob o enfoque do art. 20 da Lei n. 7.716/1989, porque no tópico “V” da petição (fls. 494-498), não fora apontado o dispositivo infraconstitucional que teria sido violado, incidindo a Súmula n. 284-STJ. Diverso, no entanto, foi o entendimento do eminente Min. *Jorge Mussi*.

Peço vênia ao eminente Relator para reconhecer que o recorrente suscitou violação ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, resultante do acórdão que o condenou, conforme resulta da argumentação desenvolvida às fl. 494 e seguintes, especificamente à fl. 496.

Conheço, no ponto, do recurso especial.

Superado tal óbice, a minha convicção se formou, com a máxima vênia, quanto à questão nodal, no mesmo sentido do voto do eminente Min. *Jorge Mussi*, vale dizer, pela atipicidade da conduta.

Ante o exposto, conheço do recurso especial para dar-lhe provimento.

É o voto.