

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO
DE INSTRUMENTO N. 251.855 – PR**

(Registro n. 1999.0063752-6)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Agravantes: Adalberto Pereira da Silva e outros
Advogados: Rogério Marinho Leite Chaves e outros
Agravados: Luiz Antônio Pereira Marques e outros
Advogado: Osvaldo Gimenes
Agravado: Walter Costa Barroso
Advogado: Mário Geraldo Costa Barrozo

EMENTA: Processual Civil – Agravo de instrumento – Negativa de provimento – Agravo regimental – Ação popular – Protocolo integrado – Instâncias extraordinárias – Inaplicabilidade – Art. 26 da Lei n. 8.038/1990 – Tempestividade – Impossibilidade de aferição.

1. É inaplicável aos recursos dirigidos às instâncias extraordinárias (RE e REsp), por serem estes regidos por normas próprias, disciplinadas na lei processual civil, o sistema de “protocolo integrado”, conquanto vinculante no âmbito das instâncias ordinárias. Inteligência do art. 26 da Lei n. 8.038/1990 (cf. AgRg no Ag n. 223.644-SP e 215.324-SP).

2. Agravo regimental conhecido, porém, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 19 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de agravo regimental em agravo de instrumento interposto por Adalberto Pereira da Silva e outros, sendo partes Luiz Antônio Pereira Marques e outros, contra a decisão proferida às fls. 470/472, negando provimento ao presente recurso.

Alegam os Agravantes, nas suas razões, em síntese, que, mesmo não se considerando válida a data do protocolo integrado existente em Londrina e, sim, a data em que deu entrada no Protocolo do Tribunal de Justiça do Paraná, não procede a conclusão do **decisum** atacado que negou provimento ao agravo de instrumento por entender que o recurso especial era intempestivo. Esclarecem que foi juntado o comprovante do Protocolo Geral do egrégio TJPR, onde se vê que o recurso especial foi protocolizado sob o n. 1998.00033949, e logo abaixo vê-se que trata de “RecEsCiv”, ou seja, um recurso especial cível.

Estando o recurso tempestivo (fl. 474), mantenho a decisão, nesta data, e nos termos dos arts. 258 e seguintes do Regimento Interno desta Corte, apresento o feito em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, por se encontrar tempestivo, porém, desprovido.

A decisão atacada está expressa, exaustivamente, nos seguintes termos, **verbis**:

“Vistos, etc.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Adalberto Pereira da Silva e outros, sendo agravados Luiz Antônio Pereira Marques e outros, contra r. decisão denegatória de admissibilidade de recurso especial, proferida pelo Sr. Desembargador-Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que fundamentou-a aduzindo a extemporaneidade desse, porquanto fora protocolado na Comarca de Londrina, utilizando-se do sistema de protocolo integrado, e não diretamente na Secretaria daquela Corte, como determinado na lei processual.

Os Agravantes argumentam, em síntese, que não houve a intempestividade do recurso, primeiramente, porque o prazo para interposição do mesmo era dobrado, por força do art. 191 do Código de Processo Civil (litisconsortes com procuradores diferentes), ao depois, porquanto apesar de terem se utilizado do protocolo integrado de Londrina, referida peça recursal foi encaminhada ao protocolo daquele Tribunal antes do decurso do prazo aventado.

Inicialmente, solicitei à fl. 445 esclarecimentos à egrégia Presidência daquele Colegiado Estadual de Justiça, levando em consideração o conteúdo da certidão de fl. 415 e os documentos de fls. 416/418, acerca da competência do Centro de Protocolo Judiciário Estadual e Arquivo Geral, bem como da Divisão de Registro de Informações do Departamento Judiciário.

Determinei, ainda, o pensamento destes autos aos do Agravo de Instrumento n. 252.685-PR, porquanto trata-se de duplicata.

São os fatos, em breve relatório. Passo a decidir.

Da análise dos autos e das informações prestadas pelo Tribunal **a quo**, entendo irretocável a r. decisão agravada.

A tempestividade do recurso especial deve ser apreciada levando-se em conta a data de apresentação da petição no Tribunal de origem, ou seja, no caso concreto, na Secretaria de Protocolo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, não podendo ser utilizado protocolo integrado, como ocorrido no presente caso. A petição foi protocolizada no Serviço Descentralizado e Integrado da Comarca de Londrina, em 24.4.1998, conforme atesta a certidão de fl. 415 dos autos, *sem qualquer outro protocolo conferido pela competente Secretaria do Tribunal, posterior àquele*. Não cabe, nesta oportunidade, analisar se o prazo era em dobro ou não, por força do art. 191 do CPC, uma vez que não há qualquer chancela que ateste, pela Corte **a quo**, a data de sua entrada. Se inexistente nos autos, inexistente no mundo jurídico.

Aliás, o próprio Tribunal de Justiça daquele Estado tem informado aos srs. advogados, através de ofício, que esta Corte Superior e o colendo Supremo Tribunal Federal 'não consideram, para efeito de aferição de tempestividade de recursos dirigidos às instâncias extraordinárias, a data aposta nos serviços descentralizados do Centro de Protocolo Judiciário Estadual (nas Comarcas de Londrina, Cascavel, Foz do Iguaçu, Ponta Grossa e Maringá), o que acaba acarretando perda de prazo ...' (fl. 458).

Neste diapasão, os seguintes precedentes:

‘Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Sistema de Protocolo Judiciário Descentralizado. Tempestividade recursal.

I – O Sistema de ‘Protocolo Integrado’ (Estado de São Paulo) ou de ‘Protocolo Judiciário Descentralizado’ (Estado do Paraná), conquanto vinculantes no âmbito das instâncias ordinárias, são inaplicáveis aos recursos dirigidos às instâncias extraordinárias, por serem estes regidos por normas próprias, disciplinadas no CPC.

II – Regimental desprovido.” (STJ, AgRg no Ag n. 208.971-PR, rel. Ministro Waldemar Zveiter, DJU de 13.3.2000).

‘Processo Civil. Embargos de declaração contra decisão monocrática de relator proferida em agravo de instrumento. Descabimento. Jurisprudência recente do STF. Conhecidos como agravo regimental. Tempestividade. Protocolo integrado.

1 – Recebem-se embargos de declaração como agravo regimental, quando opostos contra a decisão de que trata o art. 545 do CPC.

2 – Conforme inúmeros precedentes, o Sistema de Protocolo Integrado, próprio da estrutura judiciária estadual, não se aplica aos recursos dirigidos às instâncias extraordinárias.

3 – Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no Ag n. 249.238-SP, rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 8.11.1999).

“Agravo de instrumento. Intempestividade. Devolução de prazo não comprovada. Protocolo integrado. Provimento da Justiça Estadual. Não pode ser considerado, em se tratando de prazo de recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, diante da lei federal. Código de Processo Civil, art. 544. A petição deve ser protocolizada na Secretaria da Corte **a quo**, dentro do prazo legal. Agravo regimental desprovido” (STF, AgRg no Ag n. 108.716-SP, rel. Ministro Néri da Silveira, DJU de 25.3.1988).

Por tais fundamentos, *nego provimento ao agravo, nos termos do art. 34, incisos VII e XVIII, do RISTJ. Em consequência, em virtude da*

litispendência do Ag n. 252.685-PR, não conheço desse, determinando que a Coordenadoria da Quinta Turma traslade cópia desta decisão e junte naqueles autos, decidido nesta oportunidade em conjunto com o presente agravo de instrumento.

Intime-se. Comunique-se, inclusive para o signatário do ofício de fl. 46, encaminhando-lhe cópia desta decisão.

Decorrido o prazo legal, em não havendo recurso, baixem os autos à origem.”

Ora, compulsando os autos, verifico que a indicação dos Agravantes da existência de “chancela” que atesta a entrada do recurso especial na Corte Paranaense à fl. 422, nada mais é do que uma cópia do protocolo do Serviço Descentralizado e Integrado da Comarca de Londrina, o que em nada altera os fundamentos da decisão guerreada, porquanto continua a evidência de que foi utilizado o sistema de protocolo integrado, como demonstrado.

O chamado sistema de “protocolo integrado” do Estado do Paraná, conquanto vinculante no âmbito das instâncias ordinárias, é inaplicável aos recursos dirigidos às instâncias extraordinárias, por serem estes regidos por normas próprias, disciplinadas na lei processual civil.

A Lei n. 8.038, de 28.5.1990, conhecida como Lei dos Recursos, que regula o procedimento dos recursos extraordinário e especial, em seu artigo 26, diz:

“Art. 26. Os recursos extraordinário e especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos no *prazo comum de quinze dias, perante o Presidente do Tribunal-recorrido*, em petições distintas, que conterão:

- I – exposição do fato e do direito;
- II – a demonstração do cabimento do recurso interposto;
- III – as razões do pedido da decisão recorrida.”

Claro e explícito é o texto legal ao determinar o prazo e o endereçamento dos recursos destinados à apreciação da última instância processual cabível na legislação pátria.

No caso em questão, não observaram os Agravantes as determinações processuais, tornando-se irrelevante o fato de ter havido apresentação do

recurso na Comarca de Londrina, ou se este deu entrada supostamente a tempo no Tribunal, pois a jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de não aplicar-se o sistema de protocolo integrado aos recursos dirigidos a este Colegiado Superior, conforme precedentes que a propósito transcrevo:

“Processual Civil. Agravo regimental. Pressupostos recursais. Tempestividade. Recurso especial protocolizado em comarca do interior do Estado de São Paulo. Não-reconhecimento do sistema integrado em relação aos recursos dirigidos às instâncias extraordinárias. Agravo regimental improvido.

1. Conforme posto na decisão que negou provimento ao agravo de instrumento, de acordo com a jurisprudência firmada por este Tribunal, é reconhecido o sistema integrado de protocolo do Estado de São Paulo, o qual permite a apresentação de petições em outras comarcas e considera a data dessa protocolização para efeitos de se aferir a tempestividade do recurso interposto. Porém, tal entendimento não se aplica aos recursos que são dirigidos às instâncias extraordinárias.

2. Precedentes (AgRg no Ag n. 151.879-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 27.4.1998; AgRg no Ag n. 168.192, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 6.4.1998).

3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 223.644-SP, rel. Ministro José Delgado, DJU de 27.9.1999).

“AgRg no Ag. Agravo regimental. Intempestividade do recurso especial. Protocolo integrado. Art. 525, § 2º, do CPC. Instâncias Extraordinárias. Inaplicabilidade. Matéria constitucional. Inviabilidade. Precedentes do STJ.

1. É uníssona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de se afirmar que o sistema de protocolo integrado deverá ser observado tão-somente nas instâncias ordinárias, nos termos do art. 525, § 2º, do CPC, não se aplicando o referido sistema às instâncias extraordinárias, as quais são regidas por normas próprias. Precedentes: AgRg no REsp n. 211.121-PB, DJ de 5.6.2000; AgRg no Ag n. 255.735-SP, DJ de 7.2.2000; AgRg no Ag n. 168.192-SP, DJ de 6.4.1998; AgRg no Ag n. 269.069-RN, DJ de 28.2.2000.

2. É vedada a esta Corte, em sede de recurso especial, apreciação de pretensa violação a dispositivos constitucionais, por se tratar de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 215.324-SP, rel. Ministro Gilson Dipp, DJU de 9.10.2000).

Por tais fundamentos, *conheço e nego provimento ao agravo regimental interposto.*

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
ESPECIAL N. 258.949 – DF**
(Registro n. 2000.0046658-1)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Agravante: União
Agravada: Maria da Conceição Marques de Modrijan
Advogados: Sônia Busto Soares e outro

EMENTA: Administrativo – Recurso especial – Agravo regimental – Servidora pública – MRE – Oficial de Chancelaria – Consulado em Viena – Lei n. 8.829/1993 – Prazo – Ato de remoção *ex officio*, sem motivação – Nulidade decretada.

1. Consoante se depreende da Portaria de 22 de março de 1994 (fl. 27), não houve qualquer motivação no ato de remoção *ex officio* da servidora, ora agravada, que justificasse o não-cumprimento dos prazos estabelecidos na Lei n. 8.829/1993, que é de no mínimo 4 (quatro) anos e no máximo 10 (dez) anos. Logo, em homenagem aos princípios da impessoalidade, licitude, moralidade e publicidade, considero tal ato administrativo nulo, porquanto afetado por vício insanável de ausência substancial em seus elementos constitutivos. Aplicação da Súmula n. 149 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Infringência aos arts. 22 e 23 da Lei n. 8.829/1993 reconhecida.

2. Agravo regimental conhecido, porém, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos

e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 19 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 11.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de agravo regimental em recurso especial interposto pela União Federal, contra a decisão proferida às fls. 255/261, que deu provimento ao recurso da Autora-recorrente para, reformando o v. acórdão de origem, julgar procedente a rescisória, anulando, em consequência, a sua portaria de remoção.

Aduz a Agravante, nas suas razões, em síntese, que a decisão atacada extrapolou em seus limites, já que avançou na análise do material fático-probatório, o que esbarra no Enunciado Sumular n. 7 desta Corte Superior, bem como na matéria constitucional, “esposando o entendimento de que a família, bem maior da sociedade, merece integral proteção do Estado, cujo amparo encontra-se consagrado no artigo 226 da Lei Maior. Nesse contexto, o r. despacho atribuiu excessiva amplitude ao referido dispositivo, na medida em que subordinou a prática do ato administrativo à observância de postulado genérico, inespecífico em relação ao caso em análise. Não se está a afirmar que a família não mereça a proteção do Estado; a União apenas entende que o artigo 226 da Constituição Federal não está a impedir que os servidores sejam removidos, quando assim determina a lei e o interesse público”. Requer, ao final, o provimento do presente agravo regimental, com o consequente desprovimento da via especial (fls. 266/272).

Estando tempestivo o recurso (fl. 266), mantenho a decisão, nesta oportunidade, por seus próprios e jurídicos fundamentos e, nos termos dos arts. 258 e seguintes, do Regimento Interno desta Corte, apresento o feito em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, por encontrar-se tempestivo, porém, desprovido.

Adoto, como razões de decidir, as expendidas quando do provimento deste recurso especial onde, *exaustivamente e de forma reiterada*, tratei da hipótese destes autos. Naquela oportunidade, asseverei, **verbis**:

“Inicialmente, anoto que assim dispõe a legislação invocada pela Recorrente (Lei n. 8.829/1993):

‘Art. 21. O instituto da remoção, de que trata a Lei n. 7.501, de 27 de junho de 1986, quando aplicado aos Oficiais de Chancelaria e aos Assistentes de Chancelaria, obedecerá aos planos de movimentação preparados pelo órgão de pessoal do Ministério das Relações Exteriores.

Art. 22. Nas remoções de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria observar-se-ão, entre outras, as seguintes disposições:

I – estágio inicial mínimo de quatro anos de efetivo exercício na Secretaria de Estado;

II – cumprimento de prazos máximos de cinco anos de permanência em cada posto e de dez anos consecutivos no exterior;

III – cumprimento de prazo mínimo de quatro anos de efetivo exercício na Secretaria de Estado entre duas missões permanentes no exterior;

IV – habilitação no Curso de Treinamento para o Serviço no Exterior (CTSE) para o Assistente de Chancelaria.

Parágrafo único. O prazo máximo de dez anos consecutivos de permanência no exterior poderá, atendida a conveniência do serviço e o interesse do servidor, estender-se a doze anos, desde que nesse período um dos postos seja do Grupo C.

Art. 23. *Somente em casos excepcionais, justificados pelo interesse do serviço, serão, a critério da Administração, efetuadas remoções de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria para a Secretaria de Estado antes de cumpridos os prazos a que se refere o artigo anterior.*’

O Decreto Regulamentador n. 1.565/1995, assim dispõe:

‘Art. 53. As remoções do Oficial de Chancelaria e do Assistente de Chancelaria para os postos no exterior far-se-ão de acordo

com planos de movimentação preparados pela Divisão do Pessoal.

Parágrafo único. Na remoção serão observadas as seguintes disposições:

a) cumprimento de prazo máximo de cinco anos de permanência em cada posto;

b) cumprimento de prazo máximo de dez anos consecutivos no exterior, excepcionada a hipótese prevista no art. 62 deste decreto;

c) cumprimento de prazo mínimo de quatro anos de efetivo exercício na Secretaria de Estado entre duas missões permanentes no exterior.

Art. 62. O prazo máximo de dez anos consecutivos de permanência no exterior poderá, atendidos a conveniência do serviço e o interesse do servidor, estender-se a doze anos, desde que, neste prazo, tenha servido ou venha a servir em posto do Grupo C."

Desta forma, verifica-se que, nos termos da lei, somente em casos excepcionais, justificados pela Administração, é que se pode remover o servidor **ex officio**, antes de cumpridos os prazos estabelecidos. No cômputo desses lapsos temporais, deve-se observar o mínimo e o máximo. Assim, não pode um servidor pretender servir no exterior por menos de 4 (quatro) anos e por mais de 10 (dez) ou 12 (doze), consoante norma permissiva expressa. Todavia, contrário senso, aplica-se tal dispositivo, ou seja, no período de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, somente com a motivação supracitada é que pode ser removido o Oficial ou Assistente de Chancelaria por interesse de serviço. Esta justificação, todavia, consoante se depreende da Portaria de 22 de março de 1994, anexada à fl. 27, não ocorreu. Somente houve a remoção **ex officio**, sem qualquer explicação.

Ora, como todos sabem, para que o ato administrativo seja válido, deve este observar, entre outros, o princípio da impessoalidade, licitude e publicidade. Estes três pilares do Direito Administrativo fundem-se na chamada *motivação dos atos administrativos*, que é 'o conjunto das razões fáticas ou jurídicas determinantes da expedição do ato' (Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 9ª edição, p. 175). Tratando-se, na espécie, de *ato do tipo discricionário* e não vinculado –

posto que visa designar servidor para posto na Secretaria de Estado ou manutenção dele no exterior –, deve ser delimitada a sua existência e feita a devida valoração, através da fundamentação deste. **Hely Lopes Meirelles** (in *Direito Administrativo Brasileiro*, RT, SP, 12^a ed., p. 132), bem obtempera que:

‘Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei.’ – grifei.

Inexistindo motivação da portaria supracitada, esta é nula de pleno direito, sendo nulos os atos dela decorrentes.

Válida, neste diapasão, a Súmula n. 149 do extinto Tribunal Federal de Recursos:

*‘No ato de remoção **ex officio** do servidor público, é indispensável que o interesse da Administração seja objetivamente demonstrado.’*

Confira-se, também, no mesmo sentido, voto do ilustre Ministro Pedro Acioli, quando do julgamento do REsp n. 52.256-RJ, do teor seguinte:

‘... Analisando as razões traçadas no recurso especial, de início, pode-se chegar à ilação de sua procedência, tanto pelo vili-pêndio a dispositivos legais, quanto pela divergência jurisprudencial.

Sucedê, porém, que, **in casu**, a situação fática criada pelas circunstâncias leva a outra direção.

A Constituição, em seu artigo 226, é expressa em dizer que *‘A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado’*.

O Código Civil, por seu turno, em seus artigos 180 **usque** 228, traz dispositivos a proteger a família. Tudo isso mostra que o recurso especial não pode medrar.

No caso em tela, a Recorrida encontra-se fora do País desde 1962, ou seja, há 32 anos. Quando foi determinada a sua volta à pátria, em 1988, estava no exterior há 26 anos. Pergunto, então, por que, só agora, pensou-se na rotatividade dos servidores? A Administração poderia ter feito isso antes, mas deixou a situação fluir.

Por isso, como dito no Tribunal **a quo**, a situação é peculiar, na verdade posso dizer, consolidada no tempo, devido à inércia da entidade estatal.

Afora isso, como expressamente declarado no arrazoado do recurso especial, não restou demonstrado objetivamente o interesse da Administração na remoção, o que faz incidir na espécie o Verbete Sumular n. 149 do egresso Tribunal Federal de Recursos. ...” – grifos nossos.

Ademais, no tocante à assertiva da ora agravante que esta relatoria examinou o material probante, violando a Súmula n. 7 desta Casa, reputo-a inverídica. Consoante registrei em minha decisão, apenas **ad argumentandum** anotei acerca dos filhos e da situação matrimonial da ora agravada, não influenciando estes fatos em nada no meu entendimento, uma vez que “... *por todo o exposto, há razões suficientes para determinar a rescisão do julgado, já que violou literal disposição legal (arts. 22 e 23 da Lei n. 8.829/1993)...*”.

Na mesma esteira, não é correto afirmar que avancei a seara constitucional, porquanto falece competência a esta Corte Superior de Uniformização tal exame, consoante inúmeros precedentes, vários deles de minha lavra (cf. REsp n. 329.639-RJ, 296.126-RN, 415.844-AM, 408.809-PB, 300.207-MG, 305.512-GO, etc.). Apenas fiz constar, como no caso anterior, a existência de julgado, deste Tribunal, onde a tutela da família prevalece sobre o interesse público.

Por fim, insisto em consignar que consoante se depreende da Portaria de 22 de março de 1994, anexada à fl. 27, não houve qualquer motivação no ato de remoção **ex officio** da servidora, ora agravada, razão pela qual, em homenagem aos princípios da impessoalidade, licitude, moralidade e publicidade, considero esta nula, porquanto afetada por vício insanável de

ausência “substancial em seus elementos constitutivos”. Aplica-se, à espécie, a Súmula n. 149 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Mais não há que se perquirir.

Por tais fundamentos, *conheço e nego provimento ao agravo regimental interposto.*

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 16.000 – PI

(Registro n. 2001.0017946-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrantes: Antônio Ribeiro Soares Filho e outro
Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí
Paciente: Benedito Farias da Silva Torres (preso)

EMENTA: **Habeas corpus** – Vereador Municipal denunciado como incurso nos artigos 297 e 299 do CP, art. 90 da Lei n. 8.666/1993, e art. 12, inciso II, da Lei n. 8.429/1992 – Competência da Justiça Estadual – Prisão preventiva – Possibilidade de decretação, pelo Desembargador-Relator da ação penal originária, ou pelo Presidente do Tribunal, no período das férias forenses – Decreto de prisão extensa e devidamente fundamentado, presentes os requisitos legais.

Consistindo os ilícitos imputados ao paciente em fraude às citações e falsidade ideológica, bem como desvio de verbas pertencentes ao Tesouro Municipal, não há que se falar em competência da Justiça Federal para processá-lo e julgá-lo, até porque a denúncia sequer menciona o suposto desvio de recursos oriundos do Fundef, o que faria surgir o interesse da União.

O art. 6º da Lei n. 8.038/1990 confere ao colegiado, e não ao relator, a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia.

Já o parágrafo único do art. 2º da mesma lei, ao estabelecer que “o relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares”, autoriza o relator, ou seu substituto legal,

a decretar prisão preventiva em qualquer fase do inquérito ou da instrução.

A prévia notificação do acusado para apresentação de defesa preliminar, nos termos do art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967, e do art. 4º da Lei n. 8.038/1990, é providência necessária apenas para que o Tribunal delibere sobre o recebimento ou rejeição da denúncia.

Já a prisão preventiva, por tratar-se de medida acautelatória e por razões óbvias, poderá ser decretada antes mesmo de oferecida a denúncia, ou seja, na fase do inquérito policial, independentemente de notificação prévia.

Quanto ao pedido de reconhecimento de excesso de prazo na formação da culpa, tal questão não foi objeto de apreciação na decisão do Tribunal **a quo**, descabendo a essa Corte fazê-lo sob pena de supressão de instância.

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido para denegá-lo. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Edson Vidigal votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 4.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: O advogado Antônio Soares Filho e outro requerem ordem de **habeas corpus**, com pedido de liminar, em prol de Benedito Farias da Silva Torres, Vereador do Município de Curalinhos-PI, alegando sofrer o Paciente coação ilegal em sua liberdade

de locomoção por ato do eminente Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça-PI, que decretou a prisão preventiva do Paciente.

Irresignam-se com o fato de terem requerido a revogação da prisão cautelar perante o TJPI em 1.2.2001, e até a data de 12.2.2001 aquela Corte não ter-se pronunciado sobre o pedido.

Narram os autos que o Paciente foi denunciado juntamente com o Prefeito de Curralinhos-PI, Hermes Pereira de Araújo Santos, por crime de responsabilidade, imputando-se-lhe o cometimento dos crimes previstos nos artigos 297 e 299 do CP, bem como do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, e art. 12, inc. II, da Lei n. 8.429/1992.

À fl. 35, os ilustres causídicos, referindo-se à identidade das situações pessoais e de fatos entre o Paciente e o Prefeito Hermes Pereira – em relação ao qual foi impetrada a ordem de **habeas corpus**, perante essa colenda Corte de Justiça, sob o n. 15.899-PI (2001.0010777-0) –, transcreve na íntegra aquela petição, fazendo-a integrar-se à exordial. (fl. 297).

Liminar indeferida, à fl. 242.

Oficiada a autoridade coatora, vieram as informações de estilo (fls. 246/249), bem como cópias de fls. 250/294.

Ouvido, o *Parquet* Federal pugnou pelo não-conhecimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Com exceção do alegado excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal, trata-se de reiteração de pedido com idêntica fundamentação ao do **Habeas Corpus** n. 15.899-PI – *cuja petição inicial, como ficou claro no relatório, foi integralmente transcrita, fazendo parte do presente pleito* –, no qual indeferi a ordem em favor do co-réu Hermes Santos e ao qual me reporto para opinar pela denegação da ordem:

“A impetração ataca decisão do Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que, no transcurso das férias forenses, a requerimento do Ministério Público, decretou a prisão preventiva do Paciente e outro indiciado, nestes termos (fls. 55/60):

‘O Ministério Público do Estado do Piauí, representado pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça, oferece denúncia contra

Hermes Pereira de Araújo Santos e Benedito Farias da Silva Torres, ocupantes dos cargos de Prefeito e Vereador do Município de Curralinhos, respectivamente, com pedido de decretação de prisão preventiva e afastamento dos denunciados do exercício dos cargos em referência.

Na inicial de fls. 2/17, o órgão ministerial relata, com exaustão, uma série de atos criminosos imputados aos denunciados, os quais, utilizando-se do poder inerente aos cargos públicos por eles exercidos, são apontados como integrantes de uma quadrilha criminosamente organizada, desviando, em proveito próprio e de outrem, bens e rendas pertencentes ao Erário Público, causando, com isso, incalculáveis prejuízos ao Município de Curralinhos, bem como, e principalmente, à comunidade local.

Destaca, igualmente, a utilização de notas fiscais falsas apresentadas nas prestações de contas da Prefeitura, nos exercícios financeiros de 1998 e 1999, fraudes em licitações, simulação na aquisição de mercadorias e serviços, assim como na realização de obras públicas.

Ressalta a criação de uma empresa 'fantasma' pelo Vereador Benedito Farias, em conluio com o Prefeito Hermes Pereira, denominada Escon – Empresa de Serviços e de Construção Ltda, com o fito de produzir documentos fiscais inidôneos na prestação de contas do Município.

A empresa em questão tem como titular o Vereador ora denunciado e sua mulher, Walquíria dos Santos Arrais Torres, conforme faz prova o contrato social constante às fls. 339/341 do inquérito.

O Ministério Público diz que, em dezembro de 1998, o acusado Benedito Farias outorgou procuração a João Francisco de Andrade da Silva e Edgar José de Paiva Dias, com o objetivo de fraudar as contratações de serviços realizados com a Prefeitura.

Informa que, já no mês seguinte, exatamente no dia 15 de janeiro de 1999, a firma Escon firmava contrato com a Prefeitura de Curralinhos, no valor de R\$ 45.995,44 (quarenta e cinco mil, novecentos e noventa e cinco reais e quarenta e quatro centavos), para edificação de uma única sala de aula, depois de vencer, de forma fraudulenta, segundo alega, uma licitação, da qual

teriam participado, além da empresa contratante, as empresas NSH – Construtora Ltda e Fran Construções Ltda.

A inicial esclarece que o representante legal da empresa NSH – Construtora Ltda, no depoimento prestado à Polícia Federal (fl. 414 do IP), disse que não participou de nenhum processo licitatório no Município de Curralinhos e atribuiu a inclusão do nome de sua empresa ao denunciado Benedito Farias. O mesmo ocorreu com o titular da firma Fran Construções Ltda. (fl. 459 do IP).

Com as mesmas irregularidades, continua o Ministério Público, foi celebrado, também, o contrato cuja cópia repousa às fls. 288/292 do IP.

Assim, conclui o representante do órgão ministerial, somente no mês de janeiro de 1999, os acusados, utilizando-se da empresa Escon, desviaram dos cofres públicos municipais a quantia de R\$ 141.107,12 (cento e quarenta e um mil, cento e sete reais e doze centavos).

Alega, ainda que, pelas provas colhidas, nos meses de dezembro de 1998 a março de 1999, os acusados desviaram dos recursos do FPM, em proveito próprio, o montante de R\$ 13.829,39 (treze mil, oitocentos e vinte e nove reais e trinta e nove centavos). Segundo o Ministério Público, para justificar a saída dessa verba do Erário Municipal, os acusados apresentaram, na prestação de contas do Município, os documentos de fls. 178/182, referentes à nota de empenho da Prefeitura e recibos atestados pela construtora Elíptica, em pagamento a serviços de terraplanagem, de cuja realização, segundo testemunho da Vereadora Maria Gorete Batista Galvão (fl. 4 do IP), não se tem notícia no Município.

Cita, ainda, o Chefe do Ministério Público Estadual o desvio de R\$ 74.547,85 (setenta e quatro mil, quinhentos e quarenta e sete reais e oitenta e cinco centavos), com a utilização do nome da empresa Construtora João Costa Ltda, em processo simulado de concorrência pública. Igualmente, a Construtora Bom Jesus (Marques e Assunção Ltda), teria o seu nome utilizado para fraudes em licitações realizadas no Município, conforme notícia o Ministério Público, destacando as declarações prestadas pelos titulares da firma (fls. 407 e 245 do IP).

Em síntese, o valor até agora apurado nas investigações levadas a efeito pela Polícia Federal, como desviado em favor dos denunciados, no exercício financeiro de 1998 e 1999, conforme esclarece o Ministério Público, é superior a R\$ 589.936,17 (quinhentos e oitenta e nove mil, novecentos e trinta e seis reais e dezessete centavos). Tudo isso, como resultado de ações criminosas, baseadas em concorrências públicas simuladas (art. 90 da Lei n. 8.666/1993), fracionamento de despesas na fuga do processo licitatório, falsidade ideológica (art. 299 do CP), sendo que, nas prestações de contas apresentadas pelo Prefeito, foram utilizadas, como já mencionado, notas fiscais de empresas reconhecidamente inidôneas, visto que as referidas empresas integravam a 'máfia do crime organizado' neste Estado, chefiado pelo Delegado José Wilson Torres e Coronel José Viriato Correia Lima, conforme conclusões consignadas no Relatório do IP n. 100/2000-SR-PI (fls. 504/509).

Ao final, estando o denunciado Hermes Pereira de Araújo Santos incurso nas penas dos arts. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/1967, 90 da Lei n. 8.666/1993, e 12, II, da Lei n. 8.429/1992, e Benedito Farias da Silva Torres sujeito às penas dos arts. 297 e 299 do Código Penal, 90 da Lei n. 8.666/1993 e 12, II, da Lei n. 8.429/1992, o Chefe do *Parquet* Estadual pede a prisão preventiva dos denunciados, com fundamento nos arts. 311 e 312 do CPP, bem como o imediato afastamento dos mesmos dos cargos de Prefeito, em relação ao primeiro acusado, e Vereador, em relação ao segundo, do Município de Curralinhos.

Argumenta que tal medida se faz necessária, diante da gravidade dos crimes perpetrados e considerando-se, ainda, a notoriedade e publicidade que ganhou o desvio de recursos públicos por Prefeitos do Piauí, inclusive com repercussão nacional, provocando clamor público por justiça pronta e imediata, ressaltando que tal situação chegou ao ponto de estremecer até as relações institucionais.

Destaca, mais, o risco à instrução processual e à efetiva aplicação da lei penal, tendo em vista que um dos denunciados chegou a coibir a testemunha Antônio Carlos Ferreira da Silva, conforme expresso no seu depoimento à PF-PI (fl. 459 do IP).

Sendo esta a matéria constante dos autos, passo a decidir e o faço porque em curso as férias coletivas deste egrégio Tribunal,

recaindo, assim, na pessoa do Presidente a competência para apreciar matérias que reclamem urgência, como é o caso **sub examen** (art. 68 da Lei Complementar n. 35/1979).

A inicial sob exame vem acompanhada dos autos do Inquérito Policial n. 100/2000-SR-DPF-PI, constante de 2 (dois) volumes.

Os crimes denunciados acham-se materializados nos documentos constantes do IP junto, dentre os quais cópias de contratos celebrados com a Prefeitura, notas fiscais falsas, bem como os depoimentos de testemunhas e dos próprios denunciados, relatando a simulação de concorrência pública e criação de empresas 'fantasmas'.

Como exposto pelo Chefe do Ministério Público Estadual, os fatos tidos como delituosos noticiam desvio e apropriação de elevadíssima quantia, em prejuízo da Administração Municipal e, em especial, da comunidade local, que se vê privada de recursos destinados à saúde e educação, principalmente.

A prisão preventiva é medida de exceção, que será decretada em observância aos requisitos necessários, como sejam a materialidade e indícios suficientes de autoria, para acautelar o meio social, bem como para assegurar a credibilidade da Justiça.

Nos termos do art. 312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada 'como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indício suficiente da autoria'.

A garantia da ordem pública faz-se necessária em decorrência do clamor causado pelos crimes imputados aos denunciados, assim como, e principalmente, pelos graves prejuízos impostos ao Erário Público Municipal.

Conforme expresso em decisão anterior desta Presidência, relativa à decretação da prisão temporária dos denunciados, a utilização de notas fiscais inidôneas por Prefeitos Municipais do Piauí, para esconder desvios de recursos públicos, constitui crime da maior gravidade, posto que verbas destinadas a suprir as necessidades básicas das populações carentes são utilizadas de forma criminosa, para formar e aumentar patrimônios particulares.

E, como destacado naquela oportunidade e também na denúncia de que ora se trata, a prática dessa atividade delituosa é noticiada diariamente pelos meios de comunicação, exigindo imediata e enérgica atuação das autoridades constituídas, para que se imponha o respeito à lei e para assegurar o prestígio e credibilidade da Justiça, esperança última do cidadão ultrajado em seus direitos.

Na lição do Professor **Júlio Fabbrini Mirabete**, '... o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas, também, a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia na forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional'. (in Código de Processo Penal Interpretado, 3ª ed., Editora Atlas, 1995, p. 377).

A prisão preventiva como conveniência da instrução criminal igualmente se faz presente, haja vista que, como ressalta o Ministério Público Estadual, livres, os denunciados poderão continuar a inibir testemunhas, frustrar a ação da Justiça, provocar o retardamento da tramitação processual e, até mesmo, impossibilitar a instrução criminal, utilizando-se os denunciados não somente do poder inerente aos cargos por eles exercidos, assim como do dinheiro que se apropriaram.

Ademais e como expresso em diversas oportunidades pelos Tribunais Superiores, a primariedade e os bons antecedentes não são circunstâncias que obstem a custódia cautelar, quando presentes os motivos que legitimam a segregação dos denunciados.

Por fim, cabe salientar que, na hipótese, não tem ensejo a adoção das providências contidas no art. 2º e incisos I e II do Decreto-Lei n. 201/1967, conforme entendimento expresso pelo eminente Ministro Vicente Leal, em brilhante voto proferido nos autos do HC n. 8.853-RJ, nestes termos:

‘É que as ações de competência originária dos Tribunais são processadas de acordo com as normas procedimentais previstas na Lei n. 8.038/1990, e nos respectivos regimentos internos, por força do comando expresso no art. 1^a da Lei n. 8.658/1993.

Assim, em se tratando de processo e julgamento de crime comum ou de responsabilidade cometido por Prefeito Municipal, sendo a ação de competência originária do Tribunal de Justiça, o rito é o da Lei n. 8.038/1990, complementada pelas normas contidas no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no regimento interno de cada Tribunal.

E o parágrafo único do artigo 2^a do referido diploma legal confere ao relator de processo penal da competência originária de Tribunal as atribuições que a legislação processual assegura aos juízes singulares, como a de decretar a prisão preventiva em qualquer fase do inquérito ou da instrução.

Por isso não tem pertinência a invocação do artigo 2^a do Decreto-Lei n. 201/1967, que vincula a apreciação do requerimento de decretação de prisão preventiva ao oferecimento da defesa prévia, cujo deferimento pelo relator do processo-crime, tendo em vista a natureza cautelar de tal providência, não afeta, em absoluto, o curso da ação penal de competência originária do Tribunal de Justiça.’

Com estas considerações e com fundamento nos arts. 311 e 312 do CPP, e art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, defiro os pedidos formulados pelo Ministério Público Estadual na denúncia de fls. 2/17 e determino a prisão preventiva de Hermes Pereira de Araújo Santos e Benedito Farias da Silva Torres, assim como o afastamento dos mesmos dos cargos públicos por eles exercidos, como seja o de Prefeito, o primeiro denunciado, e Vereador, o segundo, do Município de Currálinhos.

Expeçam-se as comunicações necessárias às autoridades competentes, para adoção das providências necessárias ao efetivo cumprimento desta decisão.’

Quanto ao primeiro fundamento da impetração, qual seja, nulidade do decreto de prisão preventiva porque exarado por juízo incompetente – eis que se trata de crime de desvio de verbas públicas, do Fundef, cuja competência é da Justiça Federal –, não procede.

No particular, merecem transcrição as bem lançadas considerações do Ministério Público Federal, **verbis** (fls. 89/91):

‘Como se vê da denúncia constante do primeiro anexo, o Ministério Público do Estado do Piauí solicitou a prisão preventiva do Paciente, tendo em vista fato de ele, na qualidade de Prefeito Municipal, juntamente com um Vereador, ter desviado ‘recurso em proveito próprio, rendas públicas, fraudando licitações, simulando a aquisição e mercadorias e serviços, e, ainda, a realização de obras’. Em seguida, a referida denúncia passa a enumerar os inúmeros ilícitos cometidos pelo Prefeito, indicando valores desviados, apresentação de notas fiscais, prática de falsidade ideológica, em ações que evidenciaram verdadeiro **modus operandi** de uma organização criminosa. Menciona e se baseia, também, a denúncia, em minucioso relatório da Diretoria de Fiscalização da Administração Municipal do Tribunal de Contas do Estado. Indica que só no ano de 1998 foram desviados dos cofres municipais R\$ 448.829,05; no primeiro semestre de 1999, foram desviados R\$ 141.107,12. Tais fatos provocaram e provocam, até hoje, como menciona a denúncia, clamor público.

O primeiro e fundamental argumento da impetração é o de que a prisão preventiva merece ser revogada, porque a Justiça Estadual é incompetente para processar o paciente, Prefeito Municipal, uma vez que teria havido o desvio de recursos do Fundef, daí decorrendo, pois, interesse da União, o que deslocaria a competência, para o julgamento da causa, à Justiça Federal. No caso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

À primeira vista, esta afirmação impressiona. Entretanto, esta não é a questão dos autos, **data venia**.

Na realidade, o Paciente, juntamente com um Vereador Municipal, montou verdadeiro esquema para desviar recursos municipais, burlando e fraudando licitações das mais diversas, inclusive aquelas referentes ao transporte escolar, forjando notas fiscais, etc. Daí não se pode dizer, **a priori**, e por intermédio da via estreita do *writ*, que a questão se circunscreve a recursos federais,

mais propriamente do Fundef. Aliás, os recursos desviados foram da conta do Município, como nos dá notícia a denúncia.

O fato de a Polícia Federal ter feito o inquérito, para apurar o desvio de recursos federais, e, uma vez preso o Prefeito, ter remetido os autos à Procuradoria de Justiça do Estado, não desnatura as investigações próprias desenvolvidas pelo Ministério Público Estadual, que se baseou, principalmente, no relatório do Tribunal de Contas do Estado, para apresentar a denúncia. O ofício da Polícia Federal, que encaminhou o inquérito (fl. 521 do segundo anexo), no ponto, esclarece, **verbis**:

‘Levo ao conhecimento de V. Ex.^a que em vista da prisão dos Srs. Hermes Pereira de Araújo Santos – Prefeito de Curalinhos-PI, e Benedito Farias – vulgo Bené, decretada pelo Ex.^{mo} Sr. Presidente do Tribunal de Justiça-PI – Desembargador Luiz Gonzaga Brandão de Carvalho, os autos do Inquérito Policial n. 100/2000-SR/DPF-PI, estão sendo encaminhados, devidamente relatados, à Procuradoria Geral de Justiça, neste Estado.’

Referido ofício foi assinado em 8 de janeiro de 2001, quando já havia sido decretada a prisão provisória do Paciente, em 6 de janeiro de 2001 (fl. 520 do 2^a anexo). A prisão preventiva foi determinada em 10 de janeiro do mesmo ano.

Ou seja, havia, de há muito, desvio de recursos municipais (e não federais) pelo Paciente, fato que estava sendo investigado pela Polícia e o *Parquet* Estadual e pelo Tribunal de Contas do Estado. Daí o motivo de a Polícia Federal ter remetido o inquérito, que realizava, ao Procurador-Geral de Justiça do Estado, no intuito, é óbvio, de evidenciar ou provar que havia também desvio de recursos do Fundef. Isso, entretanto, não desautoriza a competência da Justiça Estadual para processar e julgar o Prefeito Municipal, em face de denúncia específica, que apura, como no caso, o desvio de recursos municipais.

Seria, portanto, profundamente temerário, salvo melhor juízo, mediante **habeas corpus**, que não comporta dilação probatória, cassar a prisão preventiva regularmente decretada, com vistas a, indiretamente, trancar a ação penal em andamento na Justiça Estadual; ação esta que envolve inúmeras provas e documentos.

Além disso, o HC não é o meio próprio para dirimir questões que envolvam situação tão complexa e que demanda o exame exaustivo de provas. Ainda mais, como no caso, em que a denúncia encontra-se regularmente perfeita, evidenciando ter havido o desvio de recursos municipais.’

Com efeito, os supostos ilícitos imputados ao Paciente consistem em fraude às licitações e falsidade ideológica, bem como desvio de verbas pertencentes ao Tesouro Municipal, não tendo o menor cabimento falar-se em competência da Justiça Federal para processar e julgar o Paciente, até porque a denúncia sequer menciona o suposto desvio de recursos oriundos do Fundef, o que faria surgir o interesse da União.

Por outro lado, é importante ressaltar que ainda que se tratasse de desvio de verba federal, mas já incorporada ao patrimônio municipal, a competência continuaria a ser da Justiça Estadual, consoante tem advertido a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

‘Conflito. Penal. Processual. Verba federal. Convênio com Município. Desvio. Ex-prefeito.

1. A verba que a União Federal entrega ao Município, mediante convênio, incorpora-se ao patrimônio municipal. Precedentes.

2. Incorporada a verba federal ao patrimônio municipal e ocorrendo desvio, a competência para processar e julgar o Prefeito acusado é do Tribunal de Justiça do Estado (CF, art. 29, X).

3. Não estando o Prefeito acusado no exercício do cargo, a competência para processar e julgar o feito é do Juiz de 1ª grau da Justiça Comum Estadual (Súmula n. 394-STF revogada).

4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de 1º grau da Justiça Comum Estadual.’ (CC n. 25.138-MS, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 20.11.2000).

‘Não compete à Justiça Federal o processamento e julgamento originário de ação penal contra Prefeito Municipal por má aplicação de verbas federais repassadas ao patrimônio da Municipalidade. Seu desvio ou emprego irregular é crime contra o Município, em cujo patrimônio elas se incorporaram. Afasta-se a incidência do art. 109, IV, da CF, que atribui competência aos

Juizes Federais para processar e julgar infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União. Precedentes citados: RE n. 77.893 (DJU de 24.5.1974) e RHC n. 71.419 (DJU de 16.6.1995). Com esse entendimento, a Turma não conheceu do recurso extraordinário. (RE n. 205.773, rel. Min. Octavio Gallotti, 29.4.1997).’ (noticiado no Informativo n. 69).

Sustenta o Impetrante ainda que as ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça são processadas em conformidade com as normas da Lei n. 8.038/1990, complementadas por regras do CPP e do Regimento Interno de cada Tribunal (STJ – HC n. 8.853-RJ), *não cabendo ao seu Presidente expedir ordem de prisão.*

Sem razão, contudo.

Com efeito, após o advento da Lei n. 8.658/1993, as ações penais originárias dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais passaram a ser reguladas pela Lei n. 8.038/1990. O art. 6^a deste diploma legal, por sua vez, confere ao colegiado, e não ao relator, a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia. No caso, o Presidente do Tribunal de Justiça, em substituição ao relator da ação penal, *não* recebeu a denúncia monocraticamente, logicamente por depender tal ato da deliberação do colegiado. Note-se, porém, que o dispositivo citado não retira do relator ou de quem o esteja substituindo a competência para decretar a prisão preventiva. Já o parágrafo único da mesma lei estabelece que ‘o relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos juizes singulares’. Assim, ao contrário do que sustenta o Impetrante, está o relator, ou seu substituto legal, autorizado a decretar, por decisão singular, prisão preventiva em qualquer fase do inquérito ou da instrução. É o que tem advertido esta Corte:

‘Processual Penal. Crime praticado por Prefeito Municipal. Co-réus. Denúncia. Competência para recebê-la. Prisão preventiva.

1. Compete ao Tribunal de Justiça ou ao órgão fracionário estabelecido pela Lei de Organização Judiciária ou pelo Regimento Interno processar e julgar Prefeito Municipal. Igualmente, após a Lei n. 8.658, de 26.5.1993, também compete-lhe deliberar sobre o recebimento ou a rejeição da denúncia e não ao relator, isoladamente.

2. O relator é o juiz da instrução com as mesmas atribuições conferidas pela legislação processual ao juiz singular, excetuado o que expressamente está disciplinado nas leis especiais. Assim, tem competência para decretar prisão preventiva em qualquer fase do inquérito ou da instrução.

3. Ordem concedida, parcialmente, para anular o ato solitário do recebimento da denúncia com as conseqüências decorrentes, mantida a prisão preventiva. (grifei) (HC n. 2.591-CE, relator Min. Jesus Costa Lima, DJ de 16.5.1994).

‘Constitucional. Penal. Prefeito Municipal. Crime de responsabilidade. Decreto-Lei n. 201/1967. Competência originária. Processamento. Lei n. 8.038/1990. Decretação da prisão preventiva. Ausência de fundamentação.

– *As ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça são processadas de acordo com as normas procedimentais previstas na Lei n. 8.038/1990, que confere, em seu artigo 2º, ao relator do processo-crime as atribuições que a legislação processual assegura aos juízes singulares, como a de decretar a prisão preventiva em qualquer fase do inquérito ou da instrução.*

– A decisão do relator que decreta a prisão preventiva de Prefeito Municipal e seu afastamento do cargo, tendo em vista a natureza cautelar das providências, não afeta, em absoluto, o curso da ação penal de competência originária do Tribunal de Justiça.

– **Omissis.**’ (grifei). (HC n. 8.853-RJ, relator Min. Vicente Leal, DJ de 27.9.1999).

No particular, colho do parecer ministerial este trecho, também com remissão à jurisprudência desta Corte (fls. 91/92):

‘Quanto à alegação de que o Presidente do Tribunal ou o relator não poderia, em ação contra Prefeito, receber a denúncia ou decretar a prisão preventiva, sem, antes, ouvir o Paciente, porque, de um lado, ‘a legislação assegura ao acusado o direito de defender-se previamente antes do recebimento da denúncia’, e, de outro, mais ainda se justifica essa defesa antes de haver a manifestação sobre a prisão, há equívocos, **data venia**.

É que nas ações penais de competência originária dos Tribunais não se cassa possíveis atos necessários do juiz-relator ou

de quem o esteja substituindo legalmente. A não ser assim, estar-se-ia criando privilégio injustificável para o réu, e, ao mesmo tempo, negando ao julgador de 2º grau, no exercício de competência originária em processo penal, os poderes inerentes a todo julgador, como, por exemplo, aqueles de determinar prisão provisória ou preventiva.

A propósito, já se manifestou esse egrégio Tribunal, **verbis**:

‘As ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça são processadas de acordo com as normas procedimentais previstas na Lei n. 8.038/1990, que confere, em seu artigo 2º, ao relator do processo-crime as atribuições que a legislação processual assegura aos juízes singulares, como a de decretar a prisão preventiva em qualquer fase do inquérito ou da instrução.’

Neste mesmo julgado, HC n. 8.853-RJ, o ilustre Ministro-Relator Vicente Leal salienta:

‘Assim, em se tratando de processo e julgamento de crime comum ou de responsabilidade cometido por Prefeito Municipal, sendo a ação de competência originária do Tribunal de Justiça, o rito é o da Lei n. 8.038/1990, complementada pelas normas contidas no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no regimento interno de cada Tribunal. E o parágrafo único do artigo 2º do referido diploma legal confere ao relator de processo penal da competência originária de Tribunal as atribuições que a legislação processual assegura aos juízes singulares, *como a de decretar a prisão preventiva em qualquer fase do inquérito ou da instrução.*’ (STJ, 27.9.1999, unânime) – grifou-se.’

No que concerne à alegação de que a prisão preventiva não poderia ser decretada antes de ter sido notificado o Paciente para apresentação de defesa preliminar, nos termos do art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967, e do art. 4º da Lei n. 8.038/1990, também não tem procedência.

É que a notificação para apresentação de defesa preliminar é providência necessária apenas para que o Tribunal delibere sobre o recebimento ou rejeição da denúncia.

Os diplomas legais referidos não exigem o cumprimento daquela formalidade para que se possa decretar a custódia preventiva. Esta, por tratar-se de medida acautelatória, por razões óbvias, poderá se decretada antes mesmo de oferecida a denúncia, ou seja, na fase do inquérito policial, como já dito, independentemente de notificação prévia.

(...)

Por fim, afigura-se devidamente fundamentado o decreto de prisão preventiva do Paciente, o que se pode perceber da leitura do seu teor, já transcrito, mostrando-se evidente a imperiosidade da custódia prévia por presentes os requisitos elencados no art. 312 do diploma processual penal.

Ante o exposto, denego a ordem.

É o meu voto.”

Por fim, observe-se que a única inovação foi quanto ao pedido de reconhecimento de excesso de prazo na formação da culpa.

Com efeito, tal questão não foi objeto de apreciação na decisão do Tribunal **a quo**, descabendo a essa Corte fazê-lo sob pena de supressão de instância, restando, assim, inviável o conhecimento do *writ* diante do posicionamento da egrégia Quinta Turma:

“Criminal. HC. Furto qualificado. Excesso de prazo. Constrangimento ilegal. Supressão de instância. Não-conhecimento. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Fiança. Direito subjetivo. Ausência da decisão que indeferiu o pedido. *Writ* parcialmente conhecido e denegado.

Não se conhece de alegação de constrangimento ilegal em razão de excesso de prazo na formação da culpa, se o tema ainda não foi apreciado em 2ª grau de jurisdição, sob pena de indevida supressão de instância.

Ausente, nos autos, cópia da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória em favor do Paciente, torna-se impossível a análise de sua legalidade, bem como da suficiência de sua fundamentação.

Ordem parcialmente conhecida e denegada.” (HC n. 18.226-PE, relator Min. Gilson Dipp, **in** DJ de 19.11.2001).

“Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Propriedade imaterial (art. 178, incisos III e VIII, do Decreto-Lei n. 7.903/1945). Decadência. Exame de prova. Tópicos não apreciados.

I – Nos crimes contra a propriedade imaterial o prazo do art. 529 do CPP prepondera, por ser específico, sobre o disposto nos arts. 38 do CPP, e 103 do CP.

II – A reiteração ou o prolongamento da atividade havida como delituosa, exigindo, no caso, cotejo do material cognitivo, desmerece valoração na estreita via do *writ*.

III – *Tópicos não julgados pelo egrégio Tribunal a quo, sob pena, inclusive, de supressão de instância, desmerecem apreciação.*

Recurso parcialmente conhecido e, aí, desprovido.” (RHC n. 8.033-RJ, Quinta Turma, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 29.3.1999).

“Recurso em **habeas corpus**. Roubo qualificado. Primariedade, bons antecedentes, domicílio e profissão certos. Matéria nova não versada na instância **a quo**. Inviabilidade de apreciação.

– A primariedade, os bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita constituem requisitos individuais que não bastam para a liberdade provisória à vista da potencialidade e periculosidade do fato criminoso e da necessidade de assegurar-lhe a aplicação penal.

– *A matéria que não houver sido apreciada na instância inferior, em regra, também não pode ser apreciada por este egrégio Tribunal Superior, sob pena de se acarretar supressão da mesma.*

Recurso conhecido parcialmente e, nesta parte, desprovido.” (RHC n. 8.321-SP, Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 29.3.1999).

Ante o exposto, conheço parcialmente do *writ* e, nesta parte, o denego. É o meu voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 11.885 – SC

(Registro n. 2001.0114753-4)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrentes: Philippe Dutra Rocha e outro

Advogados: Andréia Minussi Facin e outros

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Pacientes: Philippe Dutra Rocha e Alexandre de Oliveira

EMENTA: Recurso em **habeas corpus** – Crime contra a ordem tributária – Trancamento da ação penal – Não-individualização da conduta dos denunciados, nos crimes de autoria coletiva – Temperamento do artigo 41 do CPP.

Em se tratando dos denominados crimes de autoria coletiva, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em atenuação aos rigores do art. 41 do CPP, que haja uma descrição geral, calcada em fatos, da participação dos agentes no evento delituoso, remetendo-se para a instrução criminal a decantação de cada ação criminosa. Precedentes do STJ e do STF.

Quanto às alegações de que não sonegaram impostos, apenas atrasaram o pagamento, e de que não tinham a intenção de se apropriarem dos valores, a matéria depende de dilação probatória para sua verificação, vedada em sede de **habeas corpus**.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Edson Vidigal votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 25.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso ordinário, interposto em prol de Philippe Dutra Rocha e Alexandre de Oliveira,

contra o v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (fl. 36), que denegou o *writ* anteriormente impetrado com o escopo de trancar ação penal instaurada para apurar eventual delito contra a ordem tributária. Eis a ementa do v. aresto atacado (fl. 36):

“**Habeas corpus.** Sonegação fiscal. Inépcia da inicial incoerente. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Exame inviável. Ordem denegada.

Pacífico o entendimento de que **habeas corpus** não é campo adequado para a discussão e valoração da prova. Havendo, em tese, a possibilidade da ocorrência de crime contra a ordem tributária, incabível o trancamento da ação penal por ausência de justa causa.”

Sustentam os Recorrentes, em síntese, que “os Pacientes foram denunciados como incurso nas sanções do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, c.c. os arts. 29 e 71 do Código Penal, porque, nos meses de novembro e dezembro de 1998 e fevereiro e março de 1999, teriam deixado de recolher aos cofres públicos, no prazo legal, valores relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Aduzem que a denúncia é inepta, pois o fato imputado aos Pacientes é atípico, não passando de um mero inadimplemento civil que deveria ser buscado através da competente ação de execução. Menção, destarte, que a peça inicial não descreveu a conduta de cada um dos pacientes, o que afronta o princípio constitucional da ampla defesa (...)” fls. 31/32. Finalmente, alegam que, tendo sido declarado o ICMS devido, mas, apenas inadimplido, não havendo qualquer apropriação indevida do valor descontado do adquirente da mercadoria, não se caracteriza o tipo penal imputado, inexistindo justa causa para sustentar a ação penal instaurada, impondo-se o trancamento ante a tipicidade da conduta.

Com vistas, pugna o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Não merece acolhida a súplica, senão vejamos:

Da leitura da cópia da exordial acusatória encartada às fls. 10/12, constata-se que a mesma demonstrou de forma sucinta a conduta dos indiciados,

apresentando fatos com fortes indícios de participação dos Pacientes no suposto ilícito, atendendo aos requisitos resenhados no art. 41 do CPP.

Entrementes, essa Corte de Justiça já decidiu que, em se tratando dos denominados crimes de autoria coletiva – como no caso –, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em atenuação aos rigores do artigo 41 do CPP, que haja descrição geral, calcada em fatos, da participação do Paciente no evento criminoso, remetendo-se para a instrução criminal a decantação de cada ação criminosa. Nesse sentido:

“Recurso em **habeas corpus**. Trancamento da ação penal. Falta de individualização da conduta dos denunciados, nos crimes societários. Temperamento do art. 41 do CPP.

A denúncia que, nos termos do art. 41 do CPP, narra os fatos delituosos e demonstra, ainda que de forma sucinta, a participação dos agentes mesmo genericamente, sem discriminar a atuação específica de cada um deles, não se revela inepta, desde que possibilita o exercício do direito de defesa, qual é o caso. Precedentes do STJ e do STF.

Recurso conhecido, mas desprovido.” (RHC n. 6.696-BA, rel. Min. José Arnaldo, DJ de 16.3.1998).

“**Habeas corpus**. Crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias. Trancamento da ação penal por inépcia da denúncia. Não-individualização da conduta dos denunciados, nos crimes societários. Temperamento do art. 41 do CPP.

Não é inepta a denúncia que permite o enquadramento típico.

Em tema de crime de sonegação de tributos, a responsabilidade, em tese, é dos dirigentes da empresa, certo, ainda, por outro lado, que *nos crimes societários, em que não se mostre de logo possível a individualização dos comportamentos, tem a jurisprudência admitido, em atenuação aos rigores do art. 41 do CPP, que haja uma descrição geral, calcada em fatos, da participação dos Pacientes no evento delituoso. Precedentes do STJ e do STF.*

Ordem denegada.” (HC n. 10.873-SP, rel. Min. José Arnaldo, DJ 21.2.2000) (grifei).

“Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Omissão no pagamento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Individualização da conduta. Ilegitimidade passiva. Pagamento do principal.

1. Não é inepta a exordial acusatória que permite a adequação típica.

2. Nos crimes societários, praticados em gabinetes ou às ocultas, nem sempre é necessário, por inviável, a minuciosa individualização, na denúncia, das condutas dos réus.

3. A alegada ilegitimidade passiva, com fulcro em documentos, passíveis de contestação, não constantes dos autos principais, desmerece, em regra, ser admitida, visto que estar-se-ia inviabilizando o contraditório.

4. O art. 34 da Lei n. 9.249/1995, aplicável por analogia, exige o pagamento do principal e dos acessórios.

Recurso desprovido.” (RHC n. 7.378-SP, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 29.6.1998, p. 234) (grifei).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Ação penal. Trancamento. Omissão no recolhimento de tributos. Ausência de inquérito policial. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

O inquérito policial, procedimento de natureza puramente informativa, não é peça indispensável à promoção da ação penal, exigindo-se tão-somente que a denúncia seja embasada em elementos demonstrativos da existência do fato criminoso e de indícios de sua autoria.

Em tema de crime de sonegação de tributos, a responsabilidade, em tese, é dos dirigentes da empresa, não se exigindo na peça acusatória inicial a precisa individualização da conduta dos agentes, remetendo-se para a instrução criminal a apuração completa da culpa, o que não acarreta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Recurso desprovido.” (RHC n. 5.094-RS, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 20.5.1996, p. 16.742) (grifei).

Ainda nessa linha: RHC n. 2.308, Quinta Turma, STJ, rel. Min. Assis Toledo, DJ de 1.3.1993, p. 3.823; RHC n. 5.752-CE, Quinta Turma, STJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 26.11.1996.

Não é outra a orientação do colendo STF:

“Inépcia da denúncia. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que é admitida a narração genérica dos fatos, sem discriminação da conduta específica de cada denunciado (CPP, art. 41), quando se trata de crime multitudinário, eis

que só a instrução pode esclarecer quem concorreu, participou ou ficou alheio à ação ilícita ou ao resultado com ela obtido; no caso, a denúncia indica o fato imputado ao paciente e possibilita o exercício do direito de defesa. Precedente.” (STF, Segunda Turma, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 7.2.1997, p. 1.337) – **Alfredo de Oliveira Garcindo Filho**, Jurisprudência Criminal do STF e do STJ.

De outro eito, é sabido que o trancamento da ação penal ou de inquérito policial, mediante o *writ*, é hipótese excepcional que somente se justifica quando demonstrado inequivocamente que o fato apontado não constitui crime ou inexistiu, ou quando ausente qualquer elemento indiciário da participação do indiciado ou denunciado nos fatos apurados, ou, ainda, quando se acha extinta a punibilidade.

No particular, ponderou o *Parquet* Federal à fl. 62, **verbis**:

“Cumpre, primeiramente, consignar que a denúncia ofertada realmente não se apresenta minudente com relação aos elementos previstos no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, vez que não evidencia se os valores foram efetivamente cobrados do contribuinte de fato (consumidor). Todavia, tal falha, que pode ser corrigida até as alegações finais, não impossibilita a defesa por parte dos denunciados, como se percebe dos arrazoados produzidos.”

Quanto às alegações de que não sonegaram impostos, apenas atrasaram o pagamento, e de que não tinham a intenção de se apropriarem dos valores, a matéria depende de dilação probatória para sua verificação, vedada em sede de **habeas corpus**.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 12.095 – SP

(Registro n. 2001.0169030-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Antônio Nésio Sguebe e outro
Advogado: Iagui Antônio Bernardes Bastos

Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Pacientes: Antônio Nésio Sguebe e Adílson Diogo

EMENTA: Recurso em **habeas corpus** – Inquéritos policiais – Suposta prática de estelionato – Ilícito civil – Impossibilidade de exclusão, nesta via, do dolo da conduta – Salvo-conduto – Inexistência de ameaça concreta à liberdade dos pacientes.

Embora a jurisprudência se incline para caracterizar como mero ilícito civil o inadimplemento contratual, havendo indícios de dolo e premeditação do ato, não há que se falar em trancamento dos inquéritos policiais por atipicidade da conduta, eis que a mesma configura, em tese, o delito de estelionato. Ausência de prova inequívoca e pré-constituída de que o paciente não agiu com dolo e estava de boa-fé.

O receio ou temor de ser preso não pode ser vago, impreciso ou presumido, extraído, unicamente, da existência de vários inquéritos policiais, não existindo a ameaça concreta e fundada de iminente prisão legal necessária à expedição do salvo-conduto.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 11 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 4.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto em favor de Antônio Nésio Sguebe e Adílson

Diogo, atacando acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo e objetivando a concessão de *writ* preventivo com a expedição de salvo-conduto em prol dos ora pacientes.

Os Pacientes estão sendo investigados em vários inquéritos policiais por terem, na condição de sócios-gerentes da empresa Griffé Comercial Ltda, praticado suposto golpe de estelionato, tendo vendido mercadorias sem posterior entrega dos bens e com fechamento do estabelecimento comercial sem qualquer aviso, ‘fugindo de suas responsabilidades, através de mudança de todos os bens móveis e objetos’, ocasionando prejuízo aos credores superiores a cem mil reais (fls. 277 e 283).

Postula o Impetrante, nesta via, a concessão de **habeas corpus** preventivo por meio da expedição de salvo-conduto que impeça qualquer ato atentatório à liberdade dos Pacientes, aduzindo não estarem presentes os requisitos para a prisão temporária ou preventiva dos mesmos, argumentando, ainda, tratar-se meramente de assunto civil a ser dirimido no Juízo Cível.

O *Parquet* Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Em primeiro lugar, não há como trancar os inquéritos policiais instaurados em desfavor dos Pacientes, sob a alegação de tratar-se de questão a ser dirimida na esfera cível. Os autos dão conta de procedimento, em tese, delituoso, a merecer a competente investigação criminal. Extrai-se entre os vários inquéritos que os Pacientes venderam mercadorias sem nota fiscal e, sem aviso, fecharam as portas de seu estabelecimento, não honrando os compromissos avençados. Não há como elidir, de pronto, o dolo na conduta dos agentes que deveriam saber da situação difícil da empresa antes de assumir os inúmeros compromissos não respeitados, descabendo falar-se em trancamento dos inquéritos. Nesse sentido:

“HC. Estelionato. Art. 171, § 2º, IV, do CP. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Ilícito civil. Exclusão do dolo da conduta. Impossibilidade de exame aprofundado de provas na via estreita do *writ*. Art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Competência do Ministério Público. Paciente que já não fazia parte da sociedade à época dos fatos. Exclusão.

Embora a jurisprudência se incline para caracterizar como mero ilícito civil o inadimplemento contratual, havendo indícios de dolo e premeditação do ato, não há que se falar em trancamento da ação penal por atipicidade da conduta, eis que a mesma configura, em tese, o delito de estelionato. Ausência de prova inequívoca e pré-constituída de que a Paciente não agiu com dolo e estava de boa-fé.

Inviável, ademais, o trancamento da ação penal quando a demanda exige exame aprofundado das provas carreadas aos autos.

Ausentes, ainda, os requisitos subjetivos segundo a manifestação do *Parquet*, torna-se descabida qualquer alegação quanto a eventual direito ao referido benefício. Se o Juiz acolheu os termos do posicionamento ministerial, contrário à suspensão condicional do processo, para, sem qualquer dúvida, indeferi-la, não se cogita da remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça.

Paciente que, à época dos fatos, não mais se encontrava participando da sociedade comercial, conforme atesta certidão da Junta Comercial do Estado. Falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal.

Ordem parcialmente concedida.” (HC n. 15.988-PE, relator Min. José Arnaldo da Fonseca, in DJ de 29.10.2001).

O outro ponto do presente recurso refere-se à pretensão do Recorrente em ver obstado qualquer decreto de prisão cautelar a ser exarado em desfavor dos Pacientes com expedição de salvo-conduto.

Como anteriormente relatado, cuida-se de uma série de inquéritos policiais averiguando possíveis delitos praticados pelos Pacientes na gerência da empresa Griffé Comercial Ltda, todos, ainda, em fase incipiente de investigação. Não há hipótese fundada ou justo receio acerca da iminência de ilegal constrangimento à liberdade de locomoção dos Pacientes, somente receio vago e genérico extraído, unicamente, em razão da existência dos ditos inquéritos.

Asseverou o egrégio Tribunal a **quo, verbis** (fl. 846):

“A alegada iminência de violência ou de eventual constrangimento ilegal contra a liberdade de locomoção dos Pacientes está, ainda, no terreno das hipóteses e, para que constituam fundadas ameaças, devem elas constituírem em ameaça real e não mero receio, já que, pelo que

consta dos autos, há, tão-somente, palavras isoladas dos Pacientes, insuficientes, pois, para a concessão do *writ* postulado. **Habeas corpus** preventivo só é possível se a ameaça resultar de prova substancial e não simples receio.”

A propósito, confirmam-se:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Preliminar de intempestividade. Estelionato e formação de quadrilha. Prisão preventiva que não foi decretada. Trancamento de inquérito policial. Inexistência de constrangimento ilegal a ser coarctado.

O recurso ordinário intempestivo pode ser conhecido como *writ* substitutivo. (Precedentes desta Corte – RHC n. 8.129-TO, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 7.6.1999, p. 109).

STF. Precedentes no sentido de não configurar constrangimento ilegal o indiciamento em inquérito policial quando verificada a existência de crime em tese nos fatos investigatórios e patente o envolvimento do Paciente nos fatos investigados.

Insuscetível o trancamento de inquérito policial. Aspectos cujo exame reclama revolvimento do quadro fático.

A suposição ou remota possibilidade da prisão não gera direito ao salvo-conduto.

Recurso desprovido.” (RHC n. 11.500-SP, de minha relatoria, **in** DJ de 22.10.2001).

“Processual Penal. **Habeas corpus** preventivo. Execução fiscal (Lei n. 6.830/1980, arts. 1º e 11). Substituição de penhora. Faturamento da empresa-executada (30% – faturamento mensal). CPC, artigos 671 e 672. Depositário. Recurso de prisão.

1. O receio ou temor de ser preso não pode ser vago, incerto ou presumido. A suposição ou remota possibilidade da prisão não servem de alcatifa à expedição de salvo-conduto preventivo.

2. Recurso sem provimento.” (RHC n. 9.333-SP, relator Min. Milton Luiz Pereira, **in** DJ de 28.8.2000).

“**Habeas corpus**. Inexistência de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de ir, vir e ficar do paciente. Hipótese de não-cabimento do *writ*.

1. Não havendo qualquer lesão ou iminência de lesão à liberdade de ir, vir e ficar do paciente, não há falar em cabimento do **habeas corpus** (artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República).

2. A ausência de elementos concretos a assegurar que é substancial o receio do paciente de sofrer lesão no seu direito de locomoção inviabiliza a expedição de salvo-conduto preventivo.

3. **Habeas corpus** não conhecido.” (HC n. 12.832-CE, relator Min. Hamilton Carvalhido, in DJ de 5.11.2001).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 13.347 – SP

(Registro n. 2002.0118559-1)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Vagno Reis do Amparo
Advogada: Leonor Aires Branco
Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Vagno Reis do Amparo (preso)

EMENTA: Processo Penal – Roubo qualificado – Liberdade provisória – Gravidade do delito – Periculosidade do agente – Concurso de pessoas – Excesso de prazo – Instrução encerrada – Súmula n. 52 desta Corte.

– Inexiste constrangimento ilegal no indeferimento de pedido de liberdade provisória ao acusado pela prática de crime grave, em concurso com outro indivíduo, possuidor de maus antecedentes, e que ostenta extrema periculosidade.

– De outro lado, a alegação de excesso de prazo resta superada com o encerramento da instrução criminal (Súmula n. 52 desta Corte).

– Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 7 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 9.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de recurso em **habeas corpus** interposto contra o v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que denegou a ordem ali impetrada.

Consta dos autos que o Paciente, preso em flagrante no dia 15 de janeiro de 2002, foi denunciado pela prática do delito previsto no *art. 157, § 2º, II, do Código Penal*, juntamente com outro co-réu, porque agindo ambos em concurso, mediante grave ameaça exercida com emprego de uma faca, intimidaram um motorista de táxi, subtraindo-lhe dinheiro.

Pleiteou a concessão de liberdade provisória, pedido este indeferido. Inconformada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal **a quo**, alegando excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal, bem como requerendo a concessão da liberdade provisória. A ordem restou denegada.

Daí, o presente recurso ordinário constitucional, onde o Recorrente sustenta, em síntese, ausência de motivação para a manutenção do Paciente em cárcere, bem como a ocorrência do excesso de prazo.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 93/95, opina pelo desprovimento do recurso sob o fundamento de que a instrução já se encontra encerrada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, inicialmente, no que tange à ausência de motivação para a manutenção do Réu sob cárcere, entendo que o recurso improcede.

Com efeito, o Paciente foi preso em flagrante delito, juntamente com outro co-réu, sendo ressaltado pelo magistrado, à fl. 25, não só a gravidade do delito, como também a sua periculosidade. Sob outro prisma, merece ser ressaltado o fato do processo já se encontrar com a instrução encerrada e na iminência de ser julgado.

De outro lado, no que concerne à alegação de excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal, repita-se, esta já foi encerrada, conforme noticiam os autos à fl. 81. Assim sendo, consoante entendimento desta Corte, consubstanciado na *Súmula n. 52*, inexistente constrangimento ilegal a ser reparado. Nesse sentido:

“Criminal. HC. Entorpecentes. Roubo qualificado. Excesso de prazo. Encerramento da instrução. Feito na fase de alegações finais. Súmula n. 52-STJ. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

Não se acolhe alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, se os autos demonstram o encerramento da instrução criminal, encontrando-se o feito na fase de oferecimento de alegações finais. Súmula n. 52-STJ.

Ordem denegada.” (HC n. 21.377-SP, rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 21.10.2002).

Por tais fundamentos, *nego provimento ao recurso*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 79.670 – RJ

(Registro n. 1995.0059856-6)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Marcos da Silva Mattos
Advogado: Celso César Guimarães (Defensor Público)

EMENTA: Criminal – REsp – Execução – Decisão que defere ampliação da jornada de trabalho de preso para além de 8 (oito) horas diárias – Falta de prévia manifestação do Ministério Público –

Nulidade configurada – Excesso de execução – Possível ofensa a direito do preso – Recurso provido.

I – Reputa-se nula a decisão do Juízo das Execuções Penais que defere a ampliação de jornada de trabalho de sentenciado para além de 8 (oito) horas diárias, sem a prévia oitiva do Ministério Público.

II – O *Parquet* tem como incumbência a fiscalização de todo o processo de execução.

III – O ato impugnado pode caracterizar, além do excesso de execução, possível ofensa a direitos do próprio preso, que devem ser fiscalizados e resguardados, obrigatoriamente, pelo representante ministerial.

IV – Recurso provido para, cassando a decisão recorrida, determinar seja ouvido o *Parquet* a respeito da conveniência e legalidade na concessão do pedido formulado, pelo preso, em sede de execução penal.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 21 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 29.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pela Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso de agravo em

execução interposto pelo *Parquet* contra decisão do Juiz da Vara de Execuções Penais que, sem ouvir o órgão ministerial, concedeu a condenado a ampliação de seu horário de trabalho externo.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa (fl. 42):

“Incidente da execução. Necessidade da oitiva prévia do Ministério Público quando não é ele o requerente. Nulidade que se rejeita, à falta de prejuízo para o Ministério Público, uma vez que o ato impugnado por haver se consumado há muito tempo, perdeu o objeto, circunstância que também repercute no mérito do agravo, para debilitá-lo. Preliminar e mérito, respectivamente, rejeitada e improvido, por maioria.”

O Recorrente, em suas razões, sustenta que houve negativa de vigência aos arts. 67, 196, 33 e 185 da Lei de Execuções Penais.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 58/60.

Admitido o recurso, a Subprocuradoria Geral da República opina por seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso de agravo em execução interposto pelo *Parquet* contra decisão monocrática do Juiz da Vara de Execuções Penais que, sem ouvir o órgão ministerial, concedeu ao condenado a ampliação do seu horário de trabalho externo.

Consta dos autos que o Recorrido, condenado por 2 (dois) roubos qualificados, 1 (um) roubo simples e 1 (um) estelionato, e que se encontrava cumprindo pena em regime semi-aberto, exercia trabalho externo. Alegando necessidades da firma em que trabalhava, requereu, ao Juiz das Execuções Penais, que seu horário de trabalho – inicialmente fixado no período de 6:00 às 21:00 horas, de segunda a sexta, e de 6:00 às 14:00 horas, aos sábados –, fosse ampliado para 6:00 às 23:00 horas de segunda a sábado.

O Magistrado, entendendo cabível o pedido, deferiu o requerimento, em 31.8.1994 (fl. 15), sem ouvir o Ministério Público a respeito da conveniência da medida.

Dessa decisão, foi interposto, pelo *Parquet*, recurso de agravo, em 18.10.1994, através do qual se pretendia a cassação da decisão recorrida, para que se determinasse a prévia oitiva do órgão ministerial. Como preliminar, alegou-se a nulidade da decisão e, no mérito, o eventual excesso de execução.

O Tribunal **a quo**, contudo, rejeitando a preliminar de nulidade, negou provimento ao mérito do recurso, sob o argumento de que o mesmo teria perdido o objeto, pois, da interposição do recurso ao seu julgamento, teria transcorrido muito tempo, sem que houvesse registro de incidentes.

Inconformado, o Ministério Público interpôs o presente recurso especial, alegando, em sede de preliminar, a nulidade da decisão, apontando como violados os arts. 67 e 196 da Lei de Execuções Penais. Quanto ao mérito, pretende a redução do horário de trabalho do preso, em respeito ao limite fixado pelo art. 33 da LEP (máximo de 8 horas diárias).

Por se tratar de matéria prejudicial ao mérito, analiso, inicialmente, a preliminar de nulidade.

Tenho que assiste razão ao Recorrente.

O art. 67 da LEP dispõe que:

“O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes de execução.”

Tal dispositivo é complementado pelo art. 68 da mesma lei, que relaciona outras incumbências do Ministério Público. Assim, verificamos que o *Parquet*, na execução penal, tem funções múltiplas; atua como *parte* (nos processos executivos e incidentes executórios, com vistas a concretizar o princípio do contraditório), como fiscal da aplicação da lei e do princípio da legalidade (**custos legis**) e, inclusive, na fiscalização dos presídios e dos documentos dos presos (art. 68, parágrafo único).

Em conseqüência desta variedade de atuações, o Ministério Público deve participar de todo o processo de execução, zelando pelo seu regular desenvolvimento, requerendo todas as medidas necessárias para tanto, bem como recorrendo de decisões que possam tumultuar a execução da pena.

Para a concretização destes objetivos, estabelece o art. 196 da LEP, *expressamente*, que, após a juntada de qualquer petição aos autos – **in casu**, aquela que requereu a ampliação do horário de trabalho do preso, e que,

deferida, proporcionou ao detendo que ficasse 17 (dezessete) horas por dia fora da prisão –, *não figurando o Ministério Público como o requerente da medida, será aberto o prazo de 3 (três) dias para a sua oitiva.*

Desta forma, não há como negar ao *Parquet* o direito de manifestação a respeito de eventual ampliação no horário de trabalho do preso, ressaltando-se que, **in casu**, a jornada de trabalho do Réu elevou-se para muito além daquela fixada na lei, de 8 (oito) horas diárias.

Portanto, em tese, configura-se o ato impugnado como excesso de execução, que poderia, também, caracterizar ofensa a direitos do próprio preso, que devem ser obrigatoriamente fiscalizados e resguardados pelo ora recorrente.

Assim, como consequência da indispensabilidade da participação e fiscalização do Ministério Público, no processo executivo, é nula a decisão tomada sem a manifestação do órgão ministerial.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para, cassando a decisão recorrida, determinar seja ouvido o Recorrente a respeito da conveniência e legalidade na concessão do pedido formulado, pelo preso, em sede de execução penal.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 221.561 – PR

(Registro n. 1999.0058946-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná
Recorrido: José Ulisses Frederico
Advogados: Beno Fraga Brandão e outros

EMENTA: Criminal – REsp – Venda de mercadoria de origem animal, adquirida de abatedouros clandestinos – Crime contra a relação de consumo – Desnecessidade de laudo pericial para a constatação da impropriedade da mercadoria – Delito de perigo abstrato – Recurso provido.

I – O tipo do inciso IX do art. 7^a da Lei n. 8.137/1990 trata de crime formal, bastando, para sua concretização, que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria.

II – Cuidando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para consumo. Precedentes.

III – Recurso provido para restabelecer a sentença de 1^o grau, quanto à condenação pelo crime contra as relações de consumo.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 21 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 29.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Recorrente, absolvendo-o da prática dos crimes contra a ordem tributária e contra as relações de consumo, pelos quais havia sido condenado no 1^a grau de jurisdição.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa (fl. 239):

“Apelação-crime. Lei n. 8.137/1990. Agente que põe à venda mercadoria imprópria para consumo. Crimes contra a ordem tributária e relações de consumo em concurso formal. Ausência de documentação fiscal

comprobatória do ilícito tributário. Falta de exame pericial para constatar a impropriedade da mercadoria para o consumo. Provimento do apelo para decretar a absolvição do apelante.

1. À míngua de prova material, é de se absolver agente de imputada prática de crime contra a ordem tributária.

2. Para a configuração do delito previsto no art. 7^º, inc. IX, da Lei n. 8.137/1990, imperiosa é a necessidade de exame pericial ao fim de se constatar a impropriedade da mercadoria para o consumo.”

Opostos embargos declaratórios, pelo *Parquet*, os mesmos foram rejeitados pelo acórdão de fls. 264/270.

Em razões, o Recorrente alega negativa de vigência ao art. 7^º, inc. IX, da Lei n. 8.137/1990 e ao art. 18, § 6^º, inc. II, da Lei n. 8.078/1990.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 303/315).

Admitido o recurso, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu provimento (fls. 325/328).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Recorrente, absolvendo-o da prática dos crimes contra a ordem tributária e contra as relações de consumo, pelos quais havia sido condenado no 1^º grau de jurisdição.

Consta dos autos que o Recorrido foi denunciado como incurso nos arts. 1^º, inc. I, e 7^º, inc. IX, da Lei n. 8.137/1990 c.c. os arts. 29 e 70 do Código Penal, por estar, supostamente comercializando mercadoria imprópria ao consumo – queijos e lingüiças de porco oriundos de abatedouros clandestinos, além de, em tese, deixar de recolher os tributos relativos ao abate, transporte e venda destes produtos.

Após a instrução, o Réu foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime aberto, e 11 (onze) dias-multa, como incurso nos arts. 1^º, inc. I, e 7^º, inc. IX, da Lei n. 8.137/1990 c.c. o art. 70 do Código Penal.

Inconformado, o Réu apelou, pretendendo sua absolvição.

O recurso foi provido, tendo o Tribunal **a quo** entendido que não existiam provas da materialidade dos delitos, pois, por um lado, não houve a constatação do não-recolhimento de qualquer tributo e, por outro, não foi realizada perícia com o fim de constatar que a mercadoria apreendida se encontrava imprópria para consumo.

Desta decisão, o Ministério Público Estadual interpôs embargos de declaração, que foram rejeitados.

Ainda irresignado, o *Parquet* interpôs o presente recurso especial, através do qual, apontando como violado o art. 7º, inc. IX, da Lei n. 8.137/1990 e o art. 18, § 6º, inc. II, da Lei n. 8.078/1990, sustenta que o laudo pericial para a constatação da impropriedade da mercadoria para consumo não imprescindível, para fins de caracterização do tipo em que foi o Recorrido condenado. Ao final, requer seja restabelecida a sentença condenatória quanto ao crime contra a relação de consumo.

Assiste razão ao Recorrente.

In casu, verifica-se que o Recorrido vendia, em seu estabelecimento, mercadoria de origem animal, adquirida de abatedouros clandestinos, em que, conforme apurado, os animais eram abatidos sem a mínima estrutura sanitária e sem a necessária prevenção de contaminação da carne e leite.

Portanto, conclui-se que a venda de produtos assim elaborados subsume-se, perfeitamente, ao tipo do inciso IX do art. 7º da Lei n. 8.137/1990, que trata de crime formal, bastando, para sua concretização, tão-somente que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria.

Nesse sentido, bem ressaltou o parecer ministerial, **in verbis**:

“8. Ora, o comércio de carnes provenientes de abatedouros clandestinos, sem as mínimas condições de higiene, porque senão clandestinos não seriam, **de per si**, estabelece situação de perigo.”

Por conseqüência, cuidando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para consumo.

Este tem sido o entendimento desta Turma:

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Art. 7º, inciso LX, da Lei n. 8.137/1990 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo) e art. 18, § 6º, inciso I, do CPDC. Justa causa.

I – A própria conceituação de dolo mostra que não há necessariamente incompatibilidade entre o fato de um crime ser de perigo presumido e a exigência, no campo penal, da responsabilidade subjetiva e pessoal. Da mesma forma, incorre a pretensa ausência de compatibilidade com a norma penal em branco, mormente de complementação homóloga (de igual instância legislativa).

II – A conduta do comerciante que expõe à venda matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 c.c. o art. 18, § 6º, da Lei n. 8.078/1990, sendo despicienda, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido (precedentes).

Writ indeferido.” (HC n. 9.768-SP, rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 13.12.1999).

“Penal. Crime contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Condenação. Recurso especial.

1. O crime previsto na Lei n. 8.137/1990, art. 7º, IX, é formal e de perigo abstrato, aperfeiçoando-se com a mera transgressão da norma incriminadora. Desnecessária, assim, a efetiva comprovação da imprestabilidade material ou real do produto.

2. Recurso conhecido e provido. Pena aplicada em seu grau mínimo (CP, arts. 59 e 33, § 2º, c), com concessão de *sursis* (CP, art. 77).” (REsp n. 204.284-PR, rel. Ministro Edson Vidigal, DJ de 1.8.2000).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença de 1º grau de jurisdição, quanto à condenação pelo crime contra as relações de consumo.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 281.937 – RJ

(Registro n. 2000.0103654-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Arnaldo Porto Rocha

Advogado: Alexandre de Oliveira Cunha

EMENTA: Penal – Recurso especial – Art. 12 da Lei n. 6.368/1976 – Fornecimento gratuito.

I – O tipo previsto no *art. 12 da Lei n. 6.368/1976* é *congruente* (cf. **S. Mir Puig e R. Maurach**) ou congruente simétrico (cf. taxionomia de **E. R. Zaffaroni e Pierangelli**), esgotando-se o seu tipo subjetivo no dolo. Não há exigência de especial fim de agir.

II – O *fornecimento gratuito* está, como conduta tipificada, contemplado no *art. 12 da Lei n. 6.368/1976*.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 16 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 10.6.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial impetrado pelo *Parquet* com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da **Lex Fundamental**is contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em que se alega, a par da divergência petroriana, violação ao art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

O v. acórdão reprochado está assim ementado:

“Entorpecentes. Fornecimento gratuito. Atipicidade do art. 12. Lei n. 6.368/1976.

Agente que fornece, gratuitamente, maconha para moça amiga: tal

conduta não configura o tipo do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, pois trata-se de fornecimento ocasional, isolado do contexto do tráfico, descompromissado com a efetiva comercialização.

A interpretação em Direito Penal é restrita, e a própria tipicidade não pode ser ampliada desfundamentadamente, em oposição aos princípios gerais do Direito. *‘El juicio de tipicidad no es un mero juicio de tipicidad legal, sino que exige outro paso, que es la comprobación de la tipicidad conglobante.’* (Eugenio Raul Zaffaroni).

Recurso provido parcialmente.” (fl. 125).

No voto-condutor (o v. decisório foi por maioria) consta:

“Trata-se, como esclarece a própria denúncia, de fornecimento gratuito. O acusado é primário, trabalhador, e a sua conduta não era vinculada à efetiva comercialização, restringindo-se a um fornecimento esporádico, isolado do contexto do tráfico. A atividade de fornecer ou entregar, de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente, não constitui sempre e de forma ilimitada o tipo do art. 12.

Como ensina **Eugenio Raul Zaffaroni**:

‘Esto nos indica que el juicio de tipicidad no es un mero juicio de tipicidad legal, sino que exige outro paso, que es la comprobación de la tipicidad conglobante, consistente en la averiguación de la prohibición mediante la indagación del alcance prohibitivo de la norma, no considerada aisladamente, sino conglobada en el orden normativo.’ (Manual de Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., Ediar, p. 386).

Por isso, prossegue **Zaffaroni**, *‘la tipicidad conglobante es un correctivo de la tipicidad legal’* alcançando-se, a partir daí, a tipicidade penal. Não se trata de negar aplicação à norma penal, mas de estabelecer, com o necessário cuidado teórico, os limites precisos do tipo penal, de interpretação sempre restrita.

Já ensinava **Pontes de Miranda**:

‘A técnica da Justiça começa por enfrentar dois temas difíceis: o da independência dos juízes e o da subordinação dos juízes à lei. Teremos ensejo de ver que a subordinação é ao Direito, e não à lei, por ser possível a lei contra o Direito. Aliás, já temos tratado

largamente, desde 1922, da insubsistência das leis intrinsecamente incompatíveis com princípios imanentes à ordem jurídica.’ (Comentários à Constituição de 1967, Tomo III, 3ª ed., p. 552).

E a jurisprudência mais adequada aos princípios teóricos do Direito Penal assim tem-se orientado:

‘A expressão *fornecer* do art. 12 tem conotação mais forte, no sentido de abastecimento ou provisão com certa habitualidade, não podendo incluir-se nesse conceito a simples cessão, para uso em conjunto, em forma esporádica, de um cigarro de maconha.’ (TJRS, rel. **Roberto Nicolau Frantz**, Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. Rev. Trib., p. 691).

‘A esporádica e eventual cessão de ínfima porção de substância tóxica, de um usuário a outro, tanto ou mais do que ele próprio comprometido com o vício do entorpecente, não se equipara ao ‘fornecimento’, ainda que gratuito referido no art. 12, punido com extrema gravidade. A ação focalizada no dispositivo questionado é, sem dúvida alguma, aquela com sentido de tráfico da droga, tendente a induzimento ao vício e ao comprometimento com esta.’ (TJSP, rel. **Selva Leme**, ob. e p. cits.).

A Desembargadora Maria Helena Salcedo Magalhães, em seu voto, observa que ‘quando a lei é iníqua, cabe ao Poder Judiciário corrigi-la, apagar as arestas, amenizá-la’.

Verifica-se, pois, que a ação do Apelante configura, apenas, o tipo do art. 16 da Lei n. 6.368/1976.

Dá-se provimento parcial ao recurso, para desclassificar o fato para o art. 16, aplicadas as penas de 6 meses de detenção e 20 dias-multa, no valor mínimo, substituída a pena privativa de liberdade pela pecuniária de 20 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo.” (fls. 126/127).

O voto-vencido diz:

“Ressalte-se que o Apelante não nega a posse da substância entorpecente, e que esta chegou às mãos da adolescente, pouco importando, no particular, se a oferta da droga foi feita com o intuito de ‘testar’ Jocilene, como por ele afirmado perante autoridade policial (fl.

13v.), ou se limitou a comentar com ela que tinha encontrado a maconha, indicando onde a teria guardado e permitindo que Jocilene dela se apoderasse para revendê-la, conforme sua versão apresentada em juízo (fls. 30/31), pois, de qualquer forma, o fato é típico, dada a diversidade de condutas previstas no art. 12 da Lei de Tóxicos.

Aliás, quando do julgamento pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal do HC n. 69.806, em que foi relator o ministro Celso de Mello, ficou assentado que ‘... a legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e a conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica. Assim, a noção legal de tráfico de entorpecentes não supõe, necessariamente, a prática de atos onerosos de comercialização’ (RT 701/393).

E como o legislador não instituiu um tipo intermediário entre o tráfico e o uso, ainda que se tratasse de cessão gratuita, que não é a hipótese versada nos autos, o máximo que se poderia vislumbrar é que tal conduta não se equipararia a crime hediondo, e não desclassificá-la pura e simplesmente, como se se tratasse de uso de substância entorpecente.” (fl. 132).

Daí o recurso que veio a ser admitido no provisório juízo de prelibação na origem (fls. 150/151).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A **questio**, retratando procedimento bem relevante e grave, está bem delineada na r. sentença, a saber:

“Em sede policial, o Réu afirmou que a droga foi jogada ao chão por uma criança de quatro anos; que ofereceu o entorpecente para a menor Jocilene, ‘com o intuito de testá-la’ e que esta disse que não gostava daquilo (fl. 13v.). Já em juízo, mudou sua versão, afirmando, agora, que o tóxico foi retirado da mão de uma criança com cerca de quatro anos que estava em seu bar com Jocilene, e ao comentar o fato

– encontro da droga – esta pediu o tóxico com a finalidade de vendê-lo pelo preço de R\$ 15,00 (fl. 30).

O acusado sabia que o material que entregou para Jocilene era entorpecente (fl. 13v.).

A menor Jocilene declarou que estava passando na porta do bar do acusado quando este a abordou e disse que teria um negócio para lhe dar, oferecendo em seguida uma ‘trouxinha de maconha’. Que disse que não usava tóxicos, mas aceitou para se livrar do Réu e comprovar para sua mãe a oferta daquele (fl. 84).

As testemunhas Valdinéia e Fernando, este um policial militar, disseram que o Réu confessou a entrega do tóxico para Jocilene (fls. 83/86).

Neste diapasão, o contexto probatório demonstra que o acusado entregou, gratuitamente, substância entorpecente (7g de maconha) a menor com dezessete anos de idade à época da conduta ilícita, conforme a certidão de nascimento à fl. 25.” (fls. 94/95).

Portanto, **data venia**, não há que se falar de atipia relativa através de restrição oriunda da *atipicidade conglobante* ou da *relativa incorrência de antinormatividade*. Além do mais, sete gramas de maconha não é o mesmo que um denominado “baseado”. Os paradigmas a supedanear o voto-condutor, inclusive, não dizem com a penalmente destacada situação delineada na exordial acusatória e na r. decisão de 1º grau. Pelo que foi admitido e está suficientemente desenhado, o acusado forneceu gratuitamente droga com o intuito de induzimento ao uso pela adolescente. De qualquer modo, a lei é clara: “fornecer ainda que gratuitamente” (art. 12). Não há correspondente, **v.g.**, no art. 16 da Lei de Drogas que se restringe a “adquirir, guardar ou trazer consigo para uso próprio”.

O art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é tipo misto alternativo. A narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Isto é óbvio. Além do mais, a referida figura delitiva não exige especial fim de agir, digamos, da mercancia ou da traficância. É um tipo congruente (cf. **Mir Puig, Maurach/Zipf e G. Jakobs**) ou congruente simétrico (cf. taxionomia de **E. R. Zaffaroni**). O tipo subjetivo se realiza tão-só com o dolo (**dolus naturalis** ou avalorado). Nas figuras “adquirir, guardar” ou “trazer consigo”, basta que não haja a finalidade do *exclusivo uso próprio*. Já, o tipo desenhado no art. 16, **delictum sui generis** em relação ao do art. 12, é que se mostra incongruente ou congruente assimétrico, exigindo o dolo acrescido do propósito do “*exclusivo uso próprio*”.

A Lei de Drogas visa proteger a *saúde pública* contra a terrível, e até dissimulada, difusão de tóxicos.

Aliás, o *Pretório Excelso*, no HC n. 69.806-9-GO, da douta Primeira Turma (relator Ministro Celso de Mello), apresentando precedentes, deixou claro que o art. 12 da Lei n. 6.368/1976 não exige demonstração do especial fim de traficar. Diz a ementa do v. aresto:

“Ementa: **Habeas corpus**. Tráfico de entorpecente. Maconha. Quantidade pequena. Irrelevância. Cessão gratuita a terceiros da substância tóxica. Configuração do crime de tráfico (Lei n. 6.368/1976, art. 12). Laudo pericial e auto de constatação fundamentados. Reexame de prova. Inidoneidade do *writ* constitucional. Pedido indeferido.

– A juntada do laudo de exame toxicológico após a produção das alegações finais não constitui causa de nulidade se, já havendo no processo o auto de constatação pericial, este identificou a substância entorpecente e atestou-lhe a potencialidade ofensiva. A posterior anexação do laudo pericial apenas atua, em tal situação, como elemento confirmatório do próprio conteúdo do auto de constatação preliminar.

– A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e a conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica.

A cessão gratuita de substância canábica (‘maconha’) equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano de tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes, que constitui objeto de previsão legal constante do art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

O conceito jurídico de tráfico de entorpecentes, que emerge do texto da Lei n. 6.368/1976, revela-se amplo, na medida em que se identifica com cada uma das atividades materiais descritas na cláusula de *múltipla tipificação* das condutas delituosas a que se refere o art. 12 do diploma legal em questão. Disso decorre que a noção legal de tráfico de entorpecente *não supõe, necessariamente, a prática de atos onerosos ou de comercialização*.

A condenação pelo crime de tráfico – que se constitui também pelo fornecimento gratuito de substância entorpecente – não é vedada pelo fato de ser o agente um usuário da droga.

– Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do Réu.” (DJU de 4.6.1993).

Na mesma linha:

“Penal. Recurso especial. Art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Tipo subjetivo. Dissídio pretoriano.

I – O tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo (**dolus naturalis**). As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem o fim de traficar ou comercializar. A própria entrega gratuita de pequena quantidade caracteriza o delito enfocado. (Precedentes do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça).

II – Se, no recurso, a abrangência de situações similares não é alcançada pelos paradigmas colacionados, a pretensão recursal não pode ser avaliada, sob o permissivo da alínea c por inobservância ao contido nos arts. 255 do RISTJ, e 541 do CPC c.c. o art. 3^a do CPP.

Recurso não conhecido.” (STJ, REsp n. 172.969-MG, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 28.6.1999).

“Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Pena. Fixação. Dissídio.

I – A divergência jurisprudencial deve observar as exigências do art. 255 do RISTJ. A mera afirmação do dissídio, sem demonstração cotejada, desmerece ser considerada.

II – O órgão julgador só pode ser obrigado a valorar as circunstâncias judiciais detectadas no material cognitivo.

III – O prolongado envolvimento com drogas e a mercancia acentuam o desvalor da ação tipificada no art. 12 da Lei de Tóxicos.

IV – O tipo subjetivo do art. 12 se esgota no dolo, não se podendo, **in concreto**, igualar o desvalor de ação entre quem fornece gratuita e livremente a droga com aquele que faz com ela comércio. Ambos cometem o crime do art. 12, mas, **in concreto**, a resposta penal deve considerar as motivações. No segundo caso, o desvalor é acentuado.

V – A existência, ou não, de omissão em relação à apreciação de circunstâncias judiciais outras escapa aos limites do recurso especial,

exigindo o vedado reexame do material cognitivo (Súmula n. 7 do STJ).

Recurso não conhecido.” (STJ, REsp n. 259.562-RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 18.3.2002).

“Penal. Recurso especial. Entorpecentes. Expressiva quantidade de cocaína apreendida. Peculiaridades do caso.

1. A expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado, por si só, é suficiente para configurar o intuito de traficar, somente afastado quando o elemento ‘para uso próprio’ encontra respaldo na prova dos autos.

2. O tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se o tipo subjetivo no ‘dolo’.

3. Recurso provido.” (STJ, REsp n. 195.495-PR, Quinta Turma, DJU de 12.4.1999).

Voto pelo provimento do recurso para restabelecer a r. decisão de 1^o grau.

RECURSO ESPECIAL N. 315.923 – MG

(Registro n. 2001.0038536-2)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Antônio Carlos de Jesus
Advogada: Andréa Abritta Garzon Tonet (Defensora Pública)
Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA: Penal – Recurso especial – Tóxicos (art. 16 da Lei n. 6.368/1976) – Pequena quantidade – Princípio da insignificância – Perigo presumido.

I – Inexistindo similitude entre as hipóteses tratadas pelo v. acórdão increpado e os paradigmas colacionados, não há como se admitir a alegada divergência. Pequena porção – e não ínfima – de uma droga não pode ser comparada com a de outra, qualitativamente diversa.

II – O delito previsto no *art. 16* da Lei de Drogas é de *perigo presumido* ou *abstrato*, possuindo plena aplicabilidade em nosso sistema repressivo.

III – O *princípio da insignificância* não pode ser utilizado para neutralizar, **in genere**, uma norma incriminadora. Se esta visa às condutas de *adquirir, guardar* ou *trazer consigo* tóxico para *exclusivo uso próprio* é porque alcança, justamente, aqueles que portam (usando ou não) pequena quantidade de drogas, visto que dificilmente alguém adquire, guarda ou traz consigo, *para exclusivo uso próprio*, grande quantidade de tóxicos (v.g., arts. 12, 16 e 37 da Lei n. 6.368/1976). A própria resposta penal guarda proporcionalidade, no art. 16, porquanto, apenado com detenção, só excepcionalmente e, em regra, por via da regressão, poderá o réu ser submetido à segregação total (v.g. art. 33, **caput**, do Código Penal).

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 5 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 16.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, pela defesa, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da Carta Magna contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e que teve o seguimento determinado no provisório juízo de prelibação, **in verbis**:

“A Primeira Câmara Criminal deste Tribunal, por uma de suas Turmas, negou provimento ao apelo manifestado pela defesa, em acórdão assim ementado:

‘Tóxico e porte ilegal de arma de fogo. (Artigos 16 da Lei n. 6.368/1976, e 10 da Lei n. 9.347/1997). Materialidade comprovada. Autoria confessada. Ínfima quantidade de droga apreendida em poder do acusado. Configuração da tipicidade do crime.

– Apelo desprovido.’ (fl. 112).

Irresignado, deduz o vencido oportuno recurso especial, com fundamentos na alínea c do permissivo constitucional, afirmando discrepante de decisões proferidas por outros Tribunais, o entendimento manifestado pelo acórdão combatido.

Contra-razões à fl. 137.

A meu ver, o presente apelo merece prosperar, eis que comprovado o dissenso interpretativo.

Com efeito, enquanto o aresto combatido entendeu que ainda que ínfima, a pequena quantidade de droga não prejudica a caracterização do crime, as decisões trazidas como paradigmas afirmam o contrário, em inequívoco dissenso.

Assim, e apesar de encontrar, o aresto hostilizado, apoio em forte corrente jurisprudencial, o inconformismo tem ainda a seu favor pronunciamento do Tribunal ao qual se dirige o apelo (RHC n. 8.646-MG, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, in DJU de 6.9.1999), o que também lhe confere razoabilidade suficiente para que lhe seja aberta a instância excepcional, eis que a matéria em debate não se encontra totalmente pacificada na instância superior.

Admito o recurso.” (fls. 5/6).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): *Em primeiro lugar, 7,60 gramas de cocaína não é quantidade ínfima de molde, teoricamente, a estabelecer o pretendido dissídio. Isto é mero equívoco. Já não o seria se fosse cannabis sativa (já que diversos “cigarros” ou “baseados” poderiam ser elaborados), quanto mais, cocaína. Não há que se falar, sequer, de similitude*

entre o contido no v. acórdão reprochado e os vv. paradigmas colacionados para o necessário cotejo (art. 255 do RISTJ).

Em segundo lugar, cumpre asseverar que não podem ser olvidados aspectos do nosso sistema penal, **in genere** e, também, **in specie**, da repressão em sede de tóxicos.

Quanto às condutas de “*adquirir*”, “*guardar*” e “*trazer consigo*” substância entorpecente ou que determine dependência, a *Lei n. 6.368/1976* apresenta tipificações nos arts. 12 e 16. O delito previsto neste, funciona naqueles núcleos, como **delictum sui generis** em relação ao primeiro. No art. 12 – o tipo é *congruente* (cf. **S. Mir. Puig, R. Maurach e G. Jakobs**) ou *congruente simétrico* (cf. taxionomia de **E. R. Zaffaroni**), esgotando-se o tipo subjetivo no dolo. Não há exigência da configuração de qualquer elemento subjetivo adicional (v.g. especial fim de agir). Engloba, a incriminação do art. 12, tanto o *objetivo* da comercialização como, também, a *finalidade* de eventual distribuição ou da transferência gratuita. No segundo – art. 16 – o tipo é *incongruente* (cf. **S. Mir. Puig, R. Maurach e G. Jakobs**) ou congruente assimétrico (cf. **E. R. Zaffaroni**) com o tipo subjetivo exigindo, além do dolo, o elemento adicional do “*uso próprio*”, ou melhor, *exclusivo “uso próprio”*. Por inoportunidade, neste, difusão relevante, a resposta penal é branda, aliás, extremamente branda se confrontada com o art. 12. A segregação total só poderá, em regra, ocorrer via regressão (a pena é de detenção). O *sursis* e o regime aberto, v.g., são de aplicação corriqueira e normalmente até obrigatória. O argumento sentimental não encontra, pois, no **punctum saliens**, o menor respaldo, perdendo, com a devida vênia, qualquer sentido.

Apenas a título ilustrativo, quanto ao *princípio da insignificância*, a sua aplicação, em casos como este ora analisado, seria o mesmo que tornar, **ex ante**, letra morta o disposto no art. 16, ou ainda, seria uma revogação juridicamente desamparada. *Julgar não é legislar. Por uma*, a proibição insculpida no referido texto legal se dirige justamente para condutas como a descrita no v. acórdão recorrido. O tipo não se dirige aos que trazem consigo vinte, trinta ou cem gramas de cocaína, pois, aí, dificilmente a finalidade seria do *exclusivo uso próprio* (basta a comparação entre os arts. 12, 16 e 37 da *Lei n. 6.368/1976*). A aplicação do *princípio da insignificância*, **in casu**, seria o mesmo que liberar, **contra legem**, o uso de drogas, atingindo, é claro, o uso (ter consigo, etc.) da heroína, *crack*, maconha, etc., pois nestas, a regra é o de ter consigo pequena quantidade. E não é só! Até os traficantes, quando da distribuição, raramente trazem consigo grande quantidade de

tóxicos. Tecnicamente, o *princípio da insignificância* serve para caracterizar hipótese de *atipicidade conglobante*, afetando a *tipicidade penal*, mas não para ser usado como fator de *atipicidade legal* (cf. sistemática sugerida por **E. R. Zaffaroni**). A *atipicidade conglobante* funciona como corretivo e não, aprioristicamente, como neutralizador da *tipicidade legal*.

Por outro, apesar do modismo de parte de nossa doutrina, no sentido da não-aceitação, em hipótese alguma, dos *crimes de perigo abstrato* ou *presumido*, é de percepção imediata que a proteção de certos *bens jurídicos* exige o recurso a esta modalidade de incriminação. Para tanto, basta ver algumas tipificações como as existentes nos crimes contra a *saúde pública*, *contra a paz pública* (v.g. art. 288 do CP) e *contra a fé pública*, onde existe a necessidade da utilização do delito de perigo presumido. É natural que o uso, pelo legislador, desta forma de crime deve ser parcimoniosa, mas, em certas partes do ordenamento jurídico-penal ela se evidencia, *ainda*, como imprescindível. E, exemplo próprio é o do injusto previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/1976. *Aliás, se fosse crime de perigo concreto para a saúde pública a sua descrição seria, na prática, inócua ou, talvez, até jocosa*. Incumbe acrescentar, **ad argumentandum tantum**, que, inclusive, certas hipóteses da abjeta traficância poderiam tornar-se atípicas por inocorrência de perigo real para a saúde pública.

Voto, pois, por não conhecer do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 328.670 – MG

(Registro n. 2001.0057480-9)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Flávio Corteline Albuquerque
Advogados: Décio Fulgêncio Alves da Cunha e outros
Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA: Penal e Processual Penal – Recurso especial – Crime de responsabilidade de prefeito (Decreto-Lei n. 201/1967) – Recebimento de denúncia (*Súmula n. 164 do STJ*) – Inovação probatória – Reexame de prova acerca da imputação – Pena.

I – O dissídio pretoriano deve realizar-se nos termos do art. 255 do RISTJ c.c. o art. 541, parágrafo único, do CPC c.c. art. 3º do CPP.

II – A Lei n. 8.038/1990 só começou a ser aplicada em Tribunais de 2º grau com o advento da Lei n. 8.658/1993. Portanto, após o recebimento da exordial acusatória do presente caso.

III – A revogação da *Súmula n. 394-STF*, posterior ao julgamento do feito, não afetou a *Súmula n. 164-STJ*.

IV – A alegada inovação probatória esbarra na falta de base empírica pertinente e no disposto no *art. 563 do CPP*.

V – No recurso especial, descabe a verificação de eventual **error facti in iudicando** na avaliação da imputação deduzida na exordial acusatória (*Súmula n. 7-STJ*).

VI – A pena só pode ser fixada acima do mínimo com fundamentos concretos, axiologicamente pertinentes. Dados próprios do tipo e divagações não podem neutralizar e ultrapassar circunstância relevante, reconhecida como favorável, **ex vi** primariedade.

Recurso parcialmente conhecido e, aí, provido, decretada a extinção da punibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente, pelo recorrente, o Dr. Juliano Costa Couto.

Brasília-DF, 7 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 10.6.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Magna, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais pelo qual em feito de competência originária, o Recorrente foi condenado como incurso nas sanções do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967.

Diz a ementa do v. acórdão reprochado:

“Ementa: Prefeito. Crime de responsabilidade. Alegações escritas. Juntada de prova técnica. Inadmissibilidade. Economia processual. Desvio de bens públicos em proveito próprio ou de terceiros. Denúncia. Crime continuado. Desnecessidade de imputação na inicial acusatória.

– Assume nuança de prova técnica a peça assinada por profissional especializado, respondendo quesitação formulada por uma das partes, sendo inadmissível sua juntada às alegações escritas, sob pena de desconsideração de seu conteúdo, posto que afronta o entendimento de que no processo penal não existe a figura do perito-auxiliar, além de fazer-se extemporânea e descaracterizadora do ato processual mencionado no art. 11 da Lei n. 8.038/1990.

– A existência de peça inválida não afeta os demais procedimentos corretamente efetivados, em aplicação do princípio **utile per inutile non vitiatur**, não se autorizando falar em nulidade do feito, em aplicação dos postulados da economia processual.

– É bastante a ação física de conferir destinação diversa à coisa pública, em proveito próprio ou de outrem, para caracterizar a ação típica definida no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967, sendo desnecessária, para a definição da conduta típica, a nomeação dos terceiros beneficiados.

– Descrevendo a denúncia vários fatos delituosos, os quais, detecta-se implicitamente, foram praticados em cadeia continuada, em face das circunstâncias de tempo, lugar e **modus operandi**, desnecessário que a exordial mencione os efeitos lógicos e jurídicos da seriação fática, posto que o acusado se defende dos fatos e não da classificação jurídica encartada na inicial.” (fl. 2.265).

O retrospecto está delineado às fls. 2.433/2.434, a saber:

“Recebida a exordial acusatória e concluída a instrução criminal, foram oferecidas alegações finais, oportunidade em que o Ministério Público, acrescentando o documento de fls. 2.238/2.243, pugnou pela condenação do acusado, nos termos da denúncia (fls. 2.218/2.237).

Por sua vez, a defesa insurgiu-se, em preliminar, contra o recebimento da denúncia, por ato isolado do relator, desrespeitando o disposto

na Lei n. 8.038/1990, e, ainda, contra a inovação da prova apresentada pelo representante ministerial, pretendendo, no mérito, a absolvição, por insuficiência probatória (fls. 2.247/2.256).

À oportunidade do julgamento, o Tribunal **a quo** rejeitou as preliminares suscitadas, julgando procedente a ação penal para aplicar ao Recorrido a pena de três anos e quatro meses de reclusão, além de outras cominações contidas no v. acórdão de fls. 2.265/2.345.

Sobreveio, então, o presente recurso especial, admitido após provimento de agravo de instrumento (fl. 189), no qual se alega com fulcro no artigo 105, III, alíneas **a** e **c**, violação aos artigos 406, § 2º; 499 e 500 do Código de Processo Penal, bem como artigo 59 do Código Penal, além de dissídio jurisprudencial.

Sustenta o Recorrente, em síntese, ausência de provas a embasar a condenação, insurgindo-se, também, contra a dosagem da pena, feita acima do mínimo legal, argüindo, ainda, as seguintes preliminares:

- a) nulidade no recebimento da denúncia por despacho isolado do relator;
- b) inovação de prova pelo Ministério Público;
- c) inadequada condenação com base no Decreto-Lei n. 201, tendo em vista que o mandato de prefeito já tinha acabado.”

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Quanto ao permissivo da alínea **c**, o recurso desmerece ser conhecido, dada a inobservância à exigência do cotejo analítico exigido no art. 255 do RISTJ, e no art. 541, parágrafo único, do CPC, c.c. o art. 3º do CPP.

Por outro lado, *em parte*, acolho o parecer do culto Subprocurador-Geral da República Dr. Jair Brandão de Souza Meira, **in verbis**:

“Inocorrente a alegada nulidade pelo fato de ter sido a denúncia recebida em decisão singular. É que ao tempo do recebimento da peça ministerial – 15 de maio de 1992 – a matéria era disciplinada pelo

Decreto-Lei n. 3.689/1941 e pelo antigo Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Embora a Lei n. 8.038/1990, em seu artigo 6º, determine que a deliberação acerca do recebimento ou não da acusatória deve ser realizada pelo Tribunal e não mediante decisão singular, tal regra se aplicava, tão-somente, aos feitos em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Somente com o advento da Lei n. 8.658/1993 estendeu-se às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais as disposições previstas nos artigos 1º e 12 da Lei n. 8.038/1990.

Desta forma, iniciada a presente ação penal em 1992, aplicou-se corretamente as normas pertinentes e vigentes à época, não havendo que se falar em nulidade decorrente do recebimento da denúncia pelo relator da ação penal originária.

Também não vejo como conhecer de nulidade, sob o argumento de ser inadequada a condenação do acusado, nos termos do Decreto-Lei n. 201/1967 quando não mais ocupava o cargo de Prefeito Municipal, tendo em vista o término do mandato.

É que, de acordo com a Súmula n. 164 dessa egrégia Corte 'O Prefeito Municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 201, de 27.2.1967'.

Isto porque, firmou-se o entendimento nos tribunais superiores do País no sentido de que os crimes previstos no decreto supracitado, impropriamente chamados de crimes de responsabilidade, não possuem natureza política, sendo processados e julgados por via de ação penal pública, a ser instaurada no curso ou após o término do mandato municipal.

Ad argumentandum tantum, vale lembrar que a Súmula n. 394 do Supremo Tribunal Federal, muito embora hoje esteja revogada, encontrava-se em vigor quando do julgamento da presente ação penal, aplicando-se, perfeitamente, ao caso **sub judice**, determinando a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal tenham sido iniciados após a cessação daquele exercício, afastando-se, mais uma vez, a alegação de nulidade.

Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes dessa egrégia Corte, **in verbis**:

‘Processual Penal. Agravo regimental. Recurso especial. Decisão de última ou única instância. Não-ocorrência.

1. Consoante entendimento pacífico deste Tribunal, os Prefeitos Municipais podem ser processados por fatos ocorridos durante o exercício do mandato, mesmo após o término deste. Incidência da Súmula n. 164-STJ.

2. A teor do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não são cabíveis embargos infringentes e de nulidade contra decisão proferida em ação penal de competência originária dos Tribunais. Contudo, se o Recorrente manejou o recurso, cabia-lhe interpor agravo regimental contra a decisão do relator que o indeferiu liminarmente, conforme prevê o art. 858, § 3º, inc. I, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não o tendo feito, não restaram esgotadas as vias ordinárias, de molde a permitir a abertura da instância especial.

3. Não há, **in casu**, incompetência absoluta do Tribunal para processar o Prefeito após o término do mandato, pois o julgamento da ação penal, ocorrido em 14.5.1997, foi anterior à revogação da Súmula n. 394-STF (25.8.1999).

4. Agravo regimental improvido.’ (AgRg no Ag n. 190.830-SP, rel. Sr. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 25.9.2000, p. 146).

‘Processual Penal. Recurso especial. Prefeito Municipal. Ação penal fundada no Decreto-Lei n. 201/1967. Término do mandato. Cabimento.

– Os crimes definidos no art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, impropriamente denominados crimes de responsabilidade, não têm natureza política, sendo processados e julgados por via de ação penal pública, que pode ser instaurada contra Prefeito Municipal, no curso ou após o término do seu mandato.

– Recurso especial conhecido e provido.’ (REsp n. 39.206-SC, rel. Sr. Ministro Vicente Leal, DJU de 17.6.1996, p. 21.522).

No que diz respeito à última preliminar argüida, referente à inoção de prova pelo Ministério Público, penso não restar configurada a nulidade, por ter sido a peça retirada dos autos e devolvida à Procuradoria Geral de Justiça, valendo destacar aqui a fundamentação do v. acórdão recorrido, do qual destaco o seguinte trecho:

‘Evidentemente, o citado parecer não é elemento essencial das alegações finais, mas peça acessória, até porque firmada por signatário diverso, contador do órgão encarregado de auditoriar internamente a Procuradoria Geral de Justiça, além de expedido em data diferente. Ao que tudo indica, a juntada da opinião do técnico destinava-se a ilustrar a realidade fática, não causando prejuízos ao esclarecimento da verdade real o decote que ora se faz, diante da riqueza de laudos técnicos juntados ao feito. Perdura, naturalmente, a validade formal das alegações, desconsiderando-se o documento de fls. 2.238/2.243, que determino seja retirado dos autos e devolvido à Procuradoria Geral de Justiça.’

Com relação ao mérito, penso melhor sorte não assistir ao Recorrente.

É que, em laudas extensas foram tecidas considerações acerca da matéria fática, ora se afirmando que os caminhões contendo toneladas de materiais para edificações, com grande volume físico, não foram vistos por ninguém, ora mencionando que as firmas vendedoras não foram procuradas para confirmar a venda feita, nem o destino final dos produtos, além de não terem sido ouvidos os caminhoneiros, o que estaria a fragilizar o contexto probatório.

Sucede que é sabido, a teor do Enunciado n. 7 dessa egrégia Corte, que o recurso especial não comporta exame aprofundado de provas, razão porque penso não poder ser analisada a questão nesta oportunidade.” (fls. 2.434/2.437).

Todavia, quanto à fixação da resposta penal, especificamente, da pena privativa de liberdade, entendo que houve violação ao *art. 59 do Código Penal*. É que a pena, para ser fixada acima do mínimo legal, exige fundamentação *concreta e vinculada*. Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. O *princípio do livre convencimento fundamentado* ou da *persuasão racional* não o permite (arts. 17, 381, 387 e 617 do CPP, c.c. o art.

93, inciso IX, 2ª parte, da **Lex Maxima**). Assim, a ausência de fundamentação indica **error in procedendo**. Já a valoração equivocada, calcando o juízo de reprovação em dados aí impertinentes, deslocados ou redundantes, diz com **error iuris in iudicando**. No caso em tela, reconheceu-se que o Réu era primário e a conduta social normal. Alavancou-se o juízo de censura com alicerces na culpabilidade intensa que feria “o princípio da probidade e moralidade administrativa”. Isto, entretanto, é próprio do injusto pelo qual o Réu foi condenado. A análise da personalidade e dos motivos, **data venia**, repetem o delineado lapso de valoração. Na mesma linha, a posição de mandatário. E, de resto, divagações respeitáveis, é claro, acerca do tipo de crime, também, não podem alicerçar a criticada majoração acima do mínimo. Pela leitura do próprio v. acórdão increpado e considerando-se as circunstâncias detectadas para efeito das diretrizes judiciais do art. 59 do CP. Penso que a resposta penal, na *pena-base* deva ficar, mesmo, no *mínimo legal* (2 anos de reclusão). Aliás, esta já era, com fundamentos próprios, sugerida em *voto-vencido* (fl. 2.341).

Estabelecida a sanção no patamar mínimo, é de se *declarar extinta a punibilidade pela prescrição retroativa*. Isto se dá porquanto a *denúncia foi recebida em 15.3.1992* (fls. 821 e 2.268) e o v. **decisum** condenatório é de 30.4.1998 (fls. 2.264 e 2.346). E, *afastada a majorante da continuidade delitiva* (art. 119 do CP), a prescrição se configura **ex vi arts. 107, inciso IV; 109, inciso V, e 110, §§ 1ª e 2ª, todos do CP**.

Voto, pois, pelo conhecimento parcial do recurso para, aí, dar-lhe provimento, reduzindo a pena privativa de liberdade e declarando extinta a punibilidade pela prescrição.