

---

**MATÉRIA CONSTITUCIONAL E  
JURISPRUDÊNCIA SUMULADA**

---



**Incidente de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 4.648 — MG**

**Relator:** O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz  
**Impetrante:** Marcelo Leonardo  
**Paciente:** Elias do Carmo Viana

**EMENTA**

**Direito Penal**

É inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.650, de 19-12-78, visto como, dispondo sobre extinção de punibilidade, incursionou em área que lhe era proibida, qual seja a do Direito Penal, reservada exclusivamente ao Poder Legislativo, ex vi dos arts. 8º, inciso XVII, letra b, e 43, do Estatuto Fundamental.

O art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67, que ele quis revogar, teve o seu vício de origem corrigido pelo art. 177, inciso III, da Constituição de 1967.

**Arguição acolhida.**

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Armando Rolemberg, Moacir Catunda e Gueiros Leite, declarar inconstitucional o Decreto-Lei 1.650, de 19 de dezembro de 1978, e determinar a devolução dos autos à Turma, para se prosseguir no julgamento do Habeas Corpus, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de maio de 1980. (Data do julgamento) — Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro Antônio Torreão Braz, Relator.

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Ao julgar o Habeas Corpus nº 4.648, a Eg. Segunda Turma acolheu, por unanimidade, a alegação de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19 de dezembro de 1978, que dispôs não aplicar-se o art. 18, parágrafo único do Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, aos crimes de contrabando ou descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas.

Na Turma, relatei a espécie nestes termos (fls. 36):

«O advogado Marcelo Leonardo requer ordem de habeas corpus em favor de Elias do Carmo Viana, qualificado na inicial, a fim de que, declarada a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19 de dezembro de 1978, seja o paciente autorizado a recolher os tributos incidentes sobre a mercadoria apreendida, com a conseqüente extinção da punibilidade, ex vi do disposto no art. 18, § 2º do Decreto-Lei nº 157/67.

O Dr. Juiz Federal da 4ª Vara de Minas Gerais prestou as seguintes informações (fls. 27/28): (Lê).

A Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Haydevalda Aparecida Sampaio, aprovado pelo Dr. Valim Teixeira, Subprocurador-Geral, opinou no sentido do indeferimento do pedido, argumentando (fls. 31): (Lê).»

Em seguida, proferi o voto que está às fls. 37/40, com este teor:

O Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, expedido pelo Senhor Presidente da República com fulcro no Ato Institucional nº 4, de 1966, dispôs no art. 18, § 2º:

«§ 2º — Extingue-se a punibilidade quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, decorra de ter o agente elidido o pagamento de tributo, desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal, se o montante do tributo e multas forem pagos ou depositados na forma deste artigo.»

Adveio, logo depois, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada na Súmula 560, firmando o entendimento de que a extinção da punibilidade aí prevista se estendia aos crimes de contrabando ou descaminho.

É fora de dúvida que a citada disposição padecia de inconstitucionalidade, por isso que o art. 9º, § 2º do Ato Institucional nº 4/66, só dava competência ao chefe do Poder Executivo para baixar decretos com força de Lei sobre matéria administrativa e financeira, excluído, portanto, do seu raio de incidência, o direito penal substantivo, ao qual pertence o instituto da extinção da punibilidade em suas diversificadas modalidades.

Houve, ao que parece, equívoco manifesto na formulação da regra, confundindo-se Direito Tributário Penal e Direito Penal Tributário. «A infração apenas tributária — escreve José Frederico Marques — constitui objeto do Direito Tributário Penal, enquanto que o ilícito tributário tipificado como fato punível vem a ser objeto do Direito Penal Tributário. Nenhum deles se estrutura como ciência jurídica autônoma: um, o Direito Penal Tributário, integra o Direito Penal, e o outro, o Direito Tributário Penal, é parte ou segmento do Direito Tributário» («Direito Penal Tributário», Editores Resenha Tributária, 1975).

O contrabando e o descaminho são figuras típicas previstas no estatuto punitivo comum. A extinção de sua punibilidade, constituindo por igual objeto do Direito Penal, haveria de ser disciplinada necessariamente por lei em sentido formal e material, isto é, mediante norma emanada do Congresso Nacional, sob pena de inconstitucionalidade.

Acontece que o aludido diploma veio a ser convalidado pelo art. 177, inciso III, da Constituição de 1967, nos termos da Súmula 496 do Supremo Tribunal Federal, sendo de afastar-se, em decorrência, qualquer discussão em torno do defeito antes apontado.

Invoca-se agora, neste habeas corpus, e pelas mesmas razões, a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19 de dezembro de 1978, cujo art. 1º prescreve:

«Art. 1º — O disposto no art. 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, e no art. 18, § 2º do Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, não se aplica aos crimes de contrabando e descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 334 do Código Penal.»

O malsinado decreto-lei assentou no art. 55, inciso II, da Constituição em vigor, que outorgou ao Presidente da República competência para expedir decretos com força de lei em matéria de finanças públicas e normas tributárias.

É inarredável a confluência dos fundamentos que me levaram a proclamar a invalidade do art. 18, § 2º do Decreto-Lei nº 157/67, suprimida posteriormente pela Carta Política de 1967.

Em verdade, o dispositivo questionado incursionou em área que lhe era proibida, qual seja a do Direito Penal, reservada exclusivamente ao Poder Legislativo, conforme preceituam os arts. 8º, inciso XVII, letra b e 43 da Constituição.

Despiciendo o argumento da Subprocuradorria-Geral da República, defendendo a existência, no texto em discussão, de simples norma interpretativa. Esta encontra-se na mesma escala hierárquica das demais leis, sejam imperativas ou cogentes, sejam permissivas ou dispositivas. «O ato interpretativo — diz Carlos Maximiliano — segue o mesmo rito processual exigido para o interpretado: em se tratando da Constituição, a marcha será a prevista para a reforma do texto supremo; na hipótese de exegese de lei ordinária, haverá o pronunciamento normal da Câmara e do Se-

nado, e sanção, ou veto, por parte do Executivo» («Hermenêutica e Aplicação do Direito», 1925, pág. 99).

Se se exige ato formalmente legislativo para dispor sobre a extinção de punibilidade (o art. 18, § 2º do Decreto-Lei nº 157, como dito acima, teve o seu vício de origem corrigido pelo Estatuto Fundamental de 1967), o mesmo se há de exigir para a sua interpretação autêntica.

Por último, nem se replique com a circunstância de haver sido o diploma em atinência aprovado pelo Congresso Nacional. Como advertiu o eminente Ministro Moreira Alves em voto no HC nº 55.191 (RTJ, vol. 86/412), «não procede tal fundamentação, porque a Lei e o Decreto-Lei são figuras diversas no processo legislativo, somente se admitindo este em circunstâncias e em hipóteses taxativas. A aprovação do Congresso Nacional não tem o condão de mudar a natureza do Decreto-Lei, transformando-o em lei e permitindo-lhe, portanto, extravazar do âmbito estreito em que admitido.»

Em face do exposto, acolho a arguição de inconstitucionalidade do prefalado Decreto-Lei nº 1.650, de 19-12-78, submetendo a questão ao Tribunal Pleno.»

Os Ministros Moacir Catunda, Justino Ribeiro e William Patterson me acompanharam, recebendo o acórdão a ementa a seguir transcrita (fls. 43):

«EMENTA: Direito Penal.

Arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19-12-78.

O diploma questionado, dispendo sobre extinção de punibilidade, incursionou em área que lhe era proibida, qual seja o do Direito Penal, reservada exclusivamente ao Po-

der Legislativo, ex vi dos arts. 8º, inciso XVII, letra b, e 43 da Constituição.»

Foram remetidos cópias do inteiro teor do acórdão aos membros do Tribunal. incluindo-se o feito em pauta.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente, para evitar repetições inúteis e desnecessárias, hei por bem dispensar-me de considerações outras relativas ao tema ora discutido.

Deste modo, reporto-me ao voto que proferi na Turma, cujo inteiro teor acabei de ler, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19 de dezembro de 1978, na conformidade das razões ali expostas, devendo os autos retornarem à Turma para o julgamento do feito.

### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, o Decreto-Lei nº 1.650, de 1978, que pretende excluir a causa de extinção de punibilidade inscrita no art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-1967 (STF, Súmula nº 560), padece, a meu ver, do vício de inconstitucionalidade formal.

### Justifico

A Constituição Federal, art. 55, confere ao Presidente da República, em certas circunstâncias e em determinadas matérias, competência para expedir decretos-leis.

Tratando-se, todavia, de situação excepcional, por isso que o órgão que legisla, o órgão que exerce a função legislativa é o Congresso Nacional, o constituinte, tal como acima falamos, teve o cuidado de impor

limitações circunstanciais e materiais à ação do Chefe do Poder Executivo.

A Constituição, então, expressamente diz que a competência do Presidente da República, para expedir decretos-leis, somente poderá ocorrer nas seguintes matérias (art. 55, I, II, III):

I — segurança nacional;

II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

O Decreto-Lei nº 1.650, de 1978, foi baixado com base no artigo 55, II, da Constituição.

Todavia, não obstante o Chefe do Executivo ter declarado, expressamente, que o editava com base no citado dispositivo constitucional (art. 55, II), o certo é que a matéria nele tratada não se inclui no dispositivo constitucional em apreço, nem em qualquer dos demais itens do art. 55, da Carta Política.

É que a matéria nele contida - extinção de punibilidade - é de Direito Penal, mais especificamente de Direito Penal Tributário. O Presidente da República, quando muito, com base no item II, do art. 55, da Constituição, pode expedir norma de Direito Tributário Penal, jamais norma de Direito Penal Tributário.

Se a norma contida no art. 18, § 2º do Decreto-Lei nº 157, de 1967, é de Direito Penal, ou de Direito Penal Tributário, reservada à lei, em sentido formal, não poderia jamais, ser revogada por decreto-lei.

Assim, padece o Dec.-Lei 1.650, de 1978, do vício de inconstitucionalidade formal, que o torna ilegítimo, nulo e írrito.

## -II-

Sustenta-se que a extinção da punibilidade, mediante o pagamento dos tributos, estaria, também, num Decreto-Lei, o Dec.-Lei 157, de 1967.

Ora, se o Presidente da República não pode legislar em matéria de Direito Penal Tributário, então também seria inconstitucional o Dec.-Lei 157, art. 18, § 2º; ou se é legítimo o Dec.-Lei 157, de 1967, art. 18, § 2º, então também seria legítimo o Dec.-Lei 1.650, de 1978.

A questão assim posta impressiona.

Acontece que o Dec.-Lei 157, de 10-2-67, foi baixado pelo Presidente da República «no uso das atribuições que lhe confere o artigo 9º, § 2º do Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966».

Qualquer vício de inconstitucionalidade de que poderia padecer, entretanto, foi afastado pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 181, III, que, expressamente, o aprovou.

Assim, data venia, não há contradição nenhuma quando emprestamos foros de constitucionalidade formal do Dec.-Lei 157, de 1967, e afirmamos a inconstitucionalidade formal do Dec.-Lei 1.650, de 1978, que pretende revogar matéria de Direito Penal por aquele diploma legal tratado.

A respeito da constitucionalidade formal do art. 18, § 2º, do Dec.-Lei 157, de 1967, tivemos a oportunidade de cuidar, quando do julgamento do HC nº 4.320 (Rev. do TFR, 60/173-174).

## -III-

Há quem sustente que, tendo o Congresso Nacional aprovado o

Decreto-Lei, sanado estaria o vício de inconstitucionalidade.

O argumento, todavia, data venia, é falho, prova demais e não é científico.

No momento em que o Presidente da República legisla, via de Decreto-Lei, sobre matéria não constante do rol do art. 55, I, II, III, da Constituição, pratica ato inconstitucional, nulo e irritado, incapaz, portanto, de ser reavivado pelo Congresso nacional, se este vier, violando, também a Lei Maior, a aprovar o ato inconstitucional.

Confira-se, no particular, a lição de Pontes de Miranda, contida nos seus «Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1, de 1969», quando esse ilustre autor, que cuida do assunto com cientificidade, comenta o art. 55.

Confira-se, no passo, também, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho («Comentários à Constituição de 1967»).

Em verdade, a doutrina constitucional brasileira, que se inspira no famoso *Marbury vs. Madison*, que teve como relator o Juiz Marshall, é, praticamente, unânime, no conceituar o ato inconstitucional como nulo e irritado.

O Eg. Supremo Tribunal Federal, aliás, julgou inconstitucional o Decreto-Lei nº 322, de 1967, apesar de ter sido este aprovado pelo Congresso Nacional. É que o Presidente da República, através do Dec.-Lei 322, de 1967, legislara, através desse Dec.-Lei 322, a respeito de locação, invocando o inciso I do art. 58 da Constituição de 1967 (sem a EC nº 1, de 1969). E como locação não poderia ser confundida com segurança nacional, segue-se que o Presidente laborara em área que não tinha competência (RE nº 62.739-SP, Relator o Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, RTJ, 44/54).

## -IV-

Em conclusão, por entender que o Presidente da República não tem competência, na forma do disposto no art. 55, I, II, III, da Constituição, para legislar, via de Decreto-Lei, em matéria de Direito Penal, ou de Direito Penal Tributário, reconheço a inconstitucionalidade formal do Decreto-Lei nº 1.650, de 1978.

Acompanho, pois, o voto do Sr. Ministro Torreão Braz, Relator.

## VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Sr. Presidente, reportando-me aos doutos votos expedidos, também decreto a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, por vício formal.

## VOTO VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, na Turma acompanhei o eminente Ministro-Relator, convencido das razões invocadas naquela oportunidade. Renovo minha adesão ao voto de S. Exa.. Com o Sr. Ministro-Relator.

## VOTO

O Sr. Ministro Armando Rolemberg: Sr. Presidente, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 4.574 na 3ª Turma, tive oportunidade de pronunciar voto sobre a matéria nos seguintes termos: (Lê)

Rejeito a argüição de inconstitucionalidade.

## VOTO (RETIFICAÇÃO)

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Sr. Presidente, rejeito a proposição de

inconstitucionalidade, aderindo ao voto do eminente Ministro Armando Rolemberg.

## VOTO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente, lamento divergir do eminente Ministro-Relator, coerente com meu ponto de vista já manifestado anteriormente em outro julgamento sobre o Decreto-Lei que legisla ou dispõe sobre matéria de natureza penal ou penal-processual. Uma vez convalidada a norma pelo Poder Legislativo, torna-se lei dentro do processo legislativo.

Se a própria Constituição autoriza a convalidação, então não há como negar autenticidade ao Decreto-Lei, que fica expungido de qualquer mácula formal. Utilizando, ainda, o magistério de Pontes de Miranda, saliento que o saudoso mestre sempre sustentou que os Decretos-Leis são leis sob condição resolutória que, uma vez implementada pela aprovação legislativa, os transforma em verdadeiras leis. Pontes de Miranda argumenta com norma de sobre-direito dentro da Constituição, isto é, norma que determina a aplicação ou interpretação de outras normas.

Manifesto o meu ponto de vista, e por isso falei em coerência, de acordo com o julgamento de outro incidente de inconstitucionalidade apreciado no Pleno, relativamente ao Decreto-Lei 326, art. 2º, § único, onde ficou assentada a constitucionalidade, mesmo sabendo-se que ali há norma de natureza processual penal, aceita pelo Tribunal na assentada do julgamento em que votou como relator o eminente Ministro Torreão Braz.

Sr. Presidente, agradeço o aparte dos ilustres colegas e termino o meu voto.



## RECURSO CRIMINAL Nº 544 — SC

Arguição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67.

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Recorrente: Justiça Pública

Recorrida: Ella Ana Emília Heise Zentner

## EMENTA

## Direito Penal.

Apropriação indébita pelo não recolhimento do imposto sobre produtos industrializados e norma de processo sobre a instauração da ação penal.

Inconstitucionalidade do art. 2º e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 326/67.

Arguição que se rejeita, visto como o caput da referida regra legal não criou novo tipo penal, limitando-se a proibir que o contribuinte empregue o produto do imposto em fim outro que não seja o recolhimento aos cofres da União e cujo descumprimento reúne em si os elementos do crime definido no art. 168 do estatuto criminal.

Se o aplicador pode adaptar o preceito legal defeituoso ao contexto em que se insere, harmonizando-o ao sistema vigente, deve abster-se de declarar a sua inconstitucionalidade.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º e seu parágrafo, do Decreto-lei nº 326/67, vencido, no que concerne ao art. 2º, o Sr. Min. Washington Bolívar e. relativamente ao parágrafo único do mesmo artigo 2º, vencidos os Srs. Mins. Carlos Mário Velloso, Aldir Guimarães Passarinho, José Dantas e Washington Bolívar, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de dezembro de 1979  
(Data do julgamento) — Ministro

José Néri da Silveira, Presidente —  
Ministro Antônio Torreão Braz, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: No julgamento do Recurso Criminal nº 544, a Egrégia 2ª Turma acolheu, por maioria, a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 8 de maio de 1967, que dispõe sobre as conseqüências da utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo.

O Ministro Paulo Távora, relator, resumiu a espécie, na Turma, nestes termos (fls. 98/99):

«O Ministério Público Federal, em Santa Catarina, recorre da

decisão que rejeitou denúncia contra Ella Ana Emília Heise Zentner pelo crime do art. 2º do Decreto-Lei nº. 326, de 1967, combinado com o art. 51, § 2º do Código Penal. A indiciada não recolheu a importância de Cr\$ 19.736,48 a título de Imposto Sobre Produtos Industrializados, correção monetária e multas por mercadorias saídas de sua fábrica de brinquedos em Blumenau, no período de novembro de 1969 a dezembro de 1972.

A recusa judicial fundou-se nas distintas funções cumuladas pela Procuradoria da República. Falta a representação prevista no parágrafo único do art. 2º, para legitimar a ação pública condicionada do Ministério Público (fls. 70).

O recurso diz que a interpretação literal do texto não prevalece. A ação penal é pública e a representação não a inicia. Delitos de menor gravidade, como a sonegação fiscal, prescindem da formalidade. A apropriação indébita, mesmo contra particular, não se condiciona à representação.

Intimada, não houve resposta formal. A indicada, que é uma viúva de 66 anos (fl. 48), escreveu ao Juízo Federal, pedindo paciência, e prometeu pagar em prestações dentro de suas possibilidades (fl. 89).

O magistrado sustentou a decisão. A Procuradoria da República, defensora da União, não se confunde com a Procuradoria da República, Ministério Público.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento. Traz acórdão da Suprema Corte no Recurso de Habeas Corpus nº 56.600 (DJ 10-11-1978, pág. 8.948) sobre o crime de sonegação fis-

cal cuja ação é pública incondicionada.»

Em seguida, proferiu o seguinte voto (fls. 102/109):

«O Decreto-Lei 326, de 1967, estabelece: “Art. 2º — A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância.

Parágrafo único — A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa.»

Ao prescrever que «a ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República», o legislador afastou, deliberadamente, a denúncia nesse tipo de delito. Assim como, nas contravenções, a portaria da autoridade policial constitui forma de instaurar-se o procedimento criminal (CPP, art 26), o Decreto-Lei 326 adotou formulação própria. A hipótese não é isolada. A Lei 4.611, de 1965, por exemplo, estabeleceu que os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa serão processados pelo rito sumário onde, igualmente, não há denúncia no sentido técnico-jurídico. Estou, assim, em tese, que o legislador pode atribuir ao Ministério Público iniciar a ação penal por outro veículo denominado, na espécie,

de representação. A menção à Procuradoria da República, no texto, identifica o *dominus litis* que caracteriza a função do defensor do Estado-Sociedade.

O Decreto-Lei 326 foi expedido em maio de 1967, com fundamento no art. 58, item II, da Constituição de 1967, verbis:

«O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: .....

#### II — Finanças públicas.»

O art. 2º do Decreto-Lei 326 legislou, porém, sobre Direito Penal ao tipificar o crime de apropriação indébita do Imposto Sobre Produtos Industrializados (I-PI) e, no parágrafo único, dispor sobre a iniciativa do devido processo legal.

O Estatuto de 1967, ao definir as atribuições da União, no art. 8º, destacou no item XVII, letra b, a competência para legislar sobre Direito Penal e Processual. São ramos do direito com tratamento constitucional próprio que se vinculam às garantias do cidadão, asseguradas no art. 150, § 16 do mesmo texto. Não podem, assim, subsumir-se em outro conceito constitucional de "Finanças Públicas", confundindo expressões de nomenclatura e conteúdo distintas.

Ao editar-se o Decreto-Lei nº 326, o Parlamento não estava em recesso. Embora tenha depois dado aprovação pelo Decreto Legislativo nº 28, de 1967 — a sanção, a posteriori, não tinha eficácia para convaléscecer a nulidade absoluta por excesso de poder. Quando o art. 58, parágrafo único, da Lei Maior, na redação en-

ção vigente, marcava prazo de sessenta dias para o Congresso Nacional decidir sobre o decreto-lei, pressupunha, como é óbvio, se circunscrevesse às matérias constitucionalmente autorizadas.

A jurisprudência que a Súmula nº 5 compendiou durante a Constituição de 1946 («A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo») não prevalece mais sob a nova ordem política estruturada em 1967.

Ao julgar a Representação nº 890, a Suprema Corte assentou, por unanimidade, que a transigência do Poder, originariamente competente não pode sobrepor-se às normas de ordem pública, disciplinadoras do processo legislativo (RTJ-69/625). No caso específico do Direito Penal, o art. 55, parágrafo único, item II, da Constituição de 1967 proibia ao Congresso toda delegação nessa matéria. Tratando-se de legislação sobre constrangimento ao direito de liberdade, a observância do devido processo constitucional é corolário das garantias individuais.

O Decreto-Lei nº 326 não foi, outrossim, ratificado pelo art. 181 da Emenda Constitucional nº 1. Cogitou-se aí apenas dos providimentos legislativos expedidos com apoio nos Atos Institucionais e Complementares. O diploma em causa fundou-se na competência constitucional ordinária do Presidente da República, e não em atos revolucionários.

Finalmente, a legitimidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, chegou a ser apreciada em julgamento do RE nº 67.668 (RTJ-59/727). Dessa assentada participaram Ministros convocados do Tribunal Federal de Recursos para compor o quorum. Conquanto alguns votos tenham se pro-

nunciado, especificamente, sobre a questão constitucional, a decisão manteve a concessão de **habeas corpus** contra a prisão administrativa de contribuintes do IPI por fundamentos diversos. Assim, o Sr. Ministro Antônio Neder que reconhecia a incompetência do decreto-lei para legislar sobre Direito Penal, concluiu, sem embargo, pela validade da coerção, ao fundamento de o contribuinte do IPI tornar-se depositário infiel do tributo, quando não lhe desse a destinação legal.

Na espécie, não se cogita de prisão administrativa, mas de ação penal. O acolhimento da representação do Ministério Público implica admitir a constitucionalidade do art. 2º e parágrafo único do Decreto-Lei nº 326 para incriminar determinado fato e regular o exercício do **jus perseguendi**.

Além das razões da inconstitucionalidade formal, militam também motivos de inconstitucionalidade substancial. Não se tipifica a apropriação indébita prevista no art. 168 do Código Penal.

Em voto na Apelação Criminal nº 2.777, tive oportunidade de realçar que «a utilização do produto da cobrança do IPI», nos termos do art. 2º do Decreto-Lei 326, pressupõe o óbvio, que o bem esteja em poder de quem vai utilizá-lo. Sem receber o dinheiro do adquirente, o alienante, contribuinte do IPI, seja pessoa física ou jurídica, não tem disponibilidade do valor tributário que, ao lado do preço, consta da nota fiscal, marcando o fato gerador da obrigação legal: a saída do produto do estabelecimento industrializador (Código Tributário, art. 46, item II).

Para recolher o IPI com a receita específica da alienação, o

contribuinte deve receber o pagamento do adquirente ou à vista ou em prazo inferior ao previsto para o ingresso fiscal. Restrito a essa hipótese, cabe então perguntar: A quem pertence o dinheiro da alienação no lapso entre o pagamento do terceiro e o recolhimento pelo contribuinte? Do adquirente não é, pois o valor pago que inclui o imposto, passa, com a quitação, legitimamente, ao patrimônio do alienante. Este dispõe da receita, que é bem fungível, livremente, até a data do recolhimento ao erário. Não é também da União que possui apenas um crédito privilegiado contra o devedor-contribuinte.

O dinheiro pertence, realmente, ao alienante. O que o art. 2º do Decreto-Lei 326 instituiu foi o que na linguagem bancária chama-se de «reserva de meios de pagamento». Trata-se de negócio jurídico atípico com natureza de vínculo real. Grava o produto da cobrança ao adquirente pelo alienante em relação à parcela do IPI. O desvio da destinação legal, o recolhimento ao Tesouro, poderia equiparar-se às figuras criminais de alienação fraudulenta de coisa própria gravada de ônus ou defraudação de garantia pignoratícia sobre bem na posse do devedor (Código Penal, art. 171, § 2º, itens II e III). Jamais, entretanto, à «apropriação indébita» sob pena, **data venia**, de admitir-se este desenchavo jurídico: o contribuinte do IPI ocupar, simultaneamente, duas posições inconciliáveis: devedor do imposto e depositário do objeto da própria dívida.

A União é credora da obrigação fiscal de dar (prestação em dinheiro que o contribuinte deve transferir ao erário), e não dona do bem que se encontra ainda no patrimônio alheio.

O Código Tributário é taxativo ao considerar o alienante contribuinte «devedor do imposto» e não eventual depositário da quantia paga pelo adquirente.

Em verdade, o art. 2º do Decreto-Lei 326 confundiu-se em forma e substância jurídica. Pretendeu legislar sobre Processo Penal ao criar nova forma de iniciar ação penal pública por “representação”. Depois, permitiu-se incursionar na área criminal ao tipificar modalidade de “apropriação indébita”, não prevista no art. 168 do Código Penal, burlando os conceitos de crédito e domínio.

Sem distinguir a diversa situação fiscal, copiou o art. 155, item II, da Lei Orgânica de Previdência Social que incrimina, em apropriação indébita, os responsáveis da firma individual ou social que arrecadam contribuições dos segurados ou do público e não recolhem às entidades previdenciárias (art. 86). Nessa hipótese, o empregado é o devedor da contribuição e o patrão, que deve descontá-la do salário, verdadeiro depositário de bem alheio até a época do recolhimento. No caso do IPI, quem deve o imposto é o alienante produtor, e não o adquirente.

Por essas razões, argüo a inconstitucionalidade formal e a substancial do art. 2º do Decreto-Lei 326, de 1967, para submeter o julgamento da prejudicial ao Plenário.»

O Ministro Moacir Catunda divergiu da maioria, proferindo o voto que está às fls. 110/111, verbis:

«Inclino-me, por enquanto, a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade suscitada à consideração fundamental de excesso de poder, visto que a autorização dada ao Presidente da Repúbli-

ca, pelo art. 58, 11, da Constituição de 1967 para expedir decretos, com força de lei, sobre “Finanças Públicas” não poderia cobrir o art. 2º, do Decreto-lei 326, de 8 de maio de 1967, que dispõe sobre matéria de Direito Penal. O questionado art. 2º guarda estreita vinculação com o art. 1º, III, e os parágrafos 1º e 2º. O item III deu nova redação ao dito, do Art. 26, da Lei 4.502, de 30.11.1964, que dispõe sobre Imposto de Consumo, posteriormente denominado “Imposto Sobre Produtos Industrializados”. Os parágrafos 1º e 2º dispõem sobre prazo do recolhimento do tributo pelos contribuintes das posições citadas nos mesmos. A matéria disciplinada nos referidos dispositivos legais, contém-se, evidentemente, no conceito de “Finanças Públicas”, que compreende as atividades do Estado com vistas a conseguir recursos pecuniários destinados ao custeio das despesas públicas. O 2º é norma de natureza sancionária das previsões do art. 1º. Este, sem a sanção prevista no art. 2º, seria inócuo, inútil e sem conseqüências práticas, deliberou o legislador.

O art. 58, caput, da Constituição de 1967, autorizava o Presidente da República, em casos de urgência ou interesse público, a seu juízo, editar decretos, com força de lei, em matéria de finanças públicas, seguindo-se porque compreende também a de editar o respectivo preceito sancionário, pena de inconstitucionalidade da medida legislativa, visando ao interesse público e baixado a invocação de urgência. Dá-se, por outro lado, que o Decreto-Lei 326, de 8 de maio de 1967, foi aperfeiçoado com a aprovação do Decreto Legislativo do Congresso Nacional, de 18 de junho do mes-

mo ano, dentro, portanto, do prazo de sessenta dias previstos no parágrafo único do art. 58, da Constituição de 1967. A colaboração do Legislativo, dada sem restrições quanto à parte de índole penal, importando na agregação da sua vontade à do Poder Executivo, a mim me parece, num entendimento realístico, hábil a neutralizar a eiva de inconstitucionalidade do art. 2º, tanto sob o aspecto formal como sob o substancial. Por estes motivos, e com as vênias devidas ao eminente relator, rejeito a arguição de inconstitucionalidade».

O acórdão da Turma recebeu a seguinte ementa (fls. 114):

«Penal. Tributário. Apropriação indébita do IPI.

Arguição da inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 1967, por dois fundamentos:

1º — o decreto-lei não pode legislar sobre Direito Penal e Processo Penal;

2º — o contribuinte do IPI, pessoa física ou jurídica, produtora do bem industrializado, é devedor do imposto, não podendo ser depositário do objeto da própria dívida, para configurar-se apropriação do valor correspondente à parcela fiscal que, com o preço da alienação, recebe do adquirente».

Mandei ouvir a Subprocuradoria-Geral da República, que se reportou ao julgado do Supremo Tribunal Federal no HC nº 55.191, repelindo a inconstitucionalidade ora discutida (fls. 117/118).

Foram remetidas cópias do inteiro teor do acórdão aos membros do Tribunal, incluindo-se o feito em pauta.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente, reza o malsinado art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67:

«Art. 2º — A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso de recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância.

Parágrafo único — A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa.»

Considerando tratar-se de diploma que não recebera o beneplácito da Emenda nº 1/69, bem assim os aspectos criminais que envolvia, filiei-me ao Ministro Paulo Távora, com vistas a um estudo mais profundo do Plenário sobre a invocada prejudicial.

Verifiquei posteriormente, entretanto, ao inteirar-me do parecer do Ministério Público, que a questão já havia passado pelo crivo do Excelso Pretório na assentada de julgamento do HC nº 55.191, citado, estampada na RTJ, vol. 86, págs. 408/427.

Realmente, ali se decidiu, contra os votos apenas dos Ministros Rodrigues Alckmin e Bilac Pinto, pela constitucionalidade da prefalada regra legal, estando o aresto, no ponto pertinente, concebida nestes termos:

«Apropriação indébita pelo não recolhimento do imposto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados.

Constitucionalidade do art. 2º, caput, do Decreto-Lei 326/67, porquanto, na realidade, não criou ele nova modalidade de apropriação indébita, mas apenas estabeleceu — o que se situa dentro do âmbito do direito tributário — a posição jurídica do responsável pelo pagamento do tributo em face da coisa fungível (produto da cobrança do imposto), vedando-lhe a utilização dela para outro fim que não o seu recolhimento aos cofres públicos na época própria, que é requisito objetivo para que, com relação à coisa fungível, possa ocorrer o crime de apropriação indébita, nos precisos termos do caput do art. 168 do Código Penal, e não em decorrência de modalidade nova desse delito.»

É verdade que o decisório em apreço, expedido *incidenter tantum*, não tem força vinculativa, com eficácia *erga omnes*. Vale, todavia, como precedente judiciário da maior relevância, em virtude da autoridade do órgão de que emanou, e não seria de boa política, nem de reta prudência, estarmos a investigar a validade de preceito jurídico que a Suprema Corte já entendeu conforme ao Estatuto Fundamental.

De qualquer forma, não há de vingar a alegada inconstitucionalidade, pois a parte da disposição impugnada que veda ao contribuinte destinar a fim diverso o produto da cobrança do imposto já reúne os elementos da definição do crime de apropriação indébita, constituindo mera excrescência ou esforço dispensável de explicitação, a remissão ao art. 168 do Código Penal.

É bem elucidativa, a propósito, a passagem, a seguir transcrita, do douto voto do Ministro Moreira Alves, relator:

«Por outro lado, e ainda partindo da premissa de que partiu o impetrante, não se pode afastar o vício da incompetência para legislar sobre direito penal por meio de decreto-lei, sob o fundamento de que o diploma impugnado foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 28, de 1967, havendo, assim, ocorrido a manifestação concorde dos dois Poderes — o Legislativo e o Executivo — tal como sucede as mais das vezes em se tratando de lei. Não procede tal fundamentação, porque a lei e o decreto-lei são figuras diversas no processo legislativo, somente se admitindo este em circunstâncias e em hipóteses taxativas. A aprovação do Congresso Nacional não tem o condão de mudar a natureza do decreto-lei, transformando-o em lei, e permitindo-lhe, portanto, extravazar do âmbito estreito em que é admitido.

Portanto, se correta estivesse para mim a premissa assentada pelo impetrante — o art. 2º, caput, do Decreto-Lei 326/67 criou modalidade nova de apropriação indébita — não teria dúvida em considerá-lo inconstitucional.

Sucede, porém, que não me parece exata a premissa.

Ao contrário do que aparenta sua redação, esse dispositivo não criou qualquer modalidade de apropriação indébita, mas apenas dispôs — o que está dentro do terreno exclusivamente tributário — sobre a posição jurídica do contribuinte de direito em face da cobrança do imposto feita ao contribuinte de fato. Com efeito, ao declarar que «a utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do Código Penal», na realidade vedou ele ao contribuinte de direito a possibilidade de usar des-

sa quantia, o que implica dizer que estabeleceu que a coisa fungível (dinheiro) decorrente da cobrança seria entregue ao contribuinte de direito, não para guardar (depósito irregular), mas para transmitir a seu dono — o Estado — no momento próprio do recolhimento, o qual vem disciplinado no art. 1º desse mesmo Decreto-Lei 326.

Essa vedação, de que resulta que o contribuinte de direito não se torna proprietário da coisa fungível com a simples obrigação de, posteriormente, transmitir o equivalente (como sucede com o depositário em caso de depósito irregular), mas ao contrário que detém ele a coisa para recolhê-la aos cofres públicos, essa vedação, repito, se infringida, caracteriza, por si só, apropriação indébita nos precisos termos em que está definida no **caput** do art. 168 do Código Penal: «apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção.»

Com efeito, para que haja apropriação indébita de coisa fungível é mister, como acentua Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal, vol. VII, 3ª ed., nº 58, pág. 134, Ed. Forense, R. de Janeiro, 1967), que elas sejam «entregues, não para guardar, mas para serem transmitidas a terceiro, ou para outro fim determinado pelo **dominus**, ou para uso apenas **ad pompam vel ostentationem** (ex.: um agricultor empresta a outro, exclusivamente para que em nome deste figurem numa exposição, os frutos colhidos na sua própria granja). Em tais casos, não há faculdade de substituição pelo **tantumdem**, e, quaisquer que sejam as coisas fungíveis, são susceptíveis de apropriação indébita.

Note-se, entretanto, que, ainda nesses casos, o animus de repor o **tantumdem**, tendó, o agente capacidade financeira para isso, exclui

subjetivamente a apropriação indébita, quando ocorre a arbitrária disposição **ut dominus**.

Como se vê, se o artigo 2º do Decreto-lei 326 não tivesse aludido ao «crime de apropriação indébita definido no artigo 168 do Código Penal», mas vedado, com outras palavras, «a utilização de produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo», não haveria dúvida alguma de que ele se circunscrevera ao seu âmbito de competência (norma de direito tributário), e de que sua infringência acarretaria a configuração do crime de apropriação indébita de coisa fungível desviada do fim determinado por seu **dominus**, nos precisos termos do **caput** do artigo 168 do Código Penal» (fls. 123/124).

Verdade que o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin entendeu de modo contrário, partindo da premissa de não ser o adquirente de certos bens contribuinte do IPI, «pois somente neste caso entregaria dinheiro seu, não do vendedor, para que este o recolhesse aos cofres da União, o que, não feito, configuraria apropriação indébita.»

Não agasalho, *data venia*, a exegese de mestre Alckimin. Se é certo que a figura do contribuinte de fato não está contemplada no Código Tributário Nacional, deve-se ter presente que o increpado decreto-lei deu relevância jurídica a esse fenômeno econômico — parcela do preço paga pelo adquirente de bens — proibindo o contribuinte de direito de empregá-la em fim outro que não o recolhimento aos cofres públicos. Elevou-se à condição de intermediário entre o comprador e o Tesouro Nacional e impôs-lhe o dever inscrito na primeira parte da questionada regra, cujo descumprimento, independentemente do que vem estatuído em seguida, configura a apropriação indébita.



No atinente ao § único, vê-se de logo que ocorreu impropriedade de expressão, porque não existe, em nosso direito positivo, ação penal iniciada por representação do Ministério Público.

A redação do texto conduz evidentemente à perplexidade. Isto, entretanto, não autoriza o aplicador a proclamar a sua inconstitucionalidade, visto que a função do intérprete consiste, antes de tudo, em procurar adaptar a regra legal defeituosa ao esquema em que ela deve inserir-se, harmonizando-a ao sistema vigente. Se tal conciliação for possível, despreza-se a alegação de sua desconformidade à Lei Magna.

É o princípio dominante nos países que admitem o controle jurisdicional, consoante adverte Lúcio Bittencourt em sua conhecida monografia («O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis», 1968, pag. 93).

E esta tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal. Sendo pública a ação no crime de apropriação indébita, vem decidindo reiteradamente, no caso de não recolhimento do IPI na época própria, que cumpre ao Ministério Público, promovê-la mediante denúncia, ajustando, deste modo, a increpada disposição à sistemática processual penal.

Considerou, portanto, o citado parágrafo do art. 2º uma redundância, eis que a maneira de exercer a pretensão punitiva já estava prevista na legislação codificada, não havendo necessidade de cogitar da invalidade de um preceito que usou apenas vocábulo inadequado.

Diante do exposto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade, devendo os autos retornarem à Turma para o julgamento do recurso.

## VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, (Relator):

Senhor Presidente, o Decreto-Lei nº 326, de 8.5.1967, foi editado sob o pálio da Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969.

Segundo a Constituição de 1967, art. 58, I e II, sem a EC nº 1, de 1969, o Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resultasse aumento de despesa, poderia expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

- I — segurança nacional;
- II — finanças públicas.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 55, fez acréscimos: no item II, acrescentou: «inclusive normas tributárias». Um novo item, o terceiro, foi incluído; «criação de cargos públicos e fixação de vencimentos».

Acontece que o Decreto-Lei nº 326, de 8.5.67, art. 8º § 2º, contém, inegavelmente, norma de Direito Penal, ou de Direito Penal Tributário, jamais de Finanças Públicas.

Não poderia o Presidente da República, está-se a ver, legislar, via de Decreto-Lei, sobre tal matéria — Direito Penal, ou Direito Penal Tributário.

Nem sob o pálio da EC nº 1, de 1969, poderia o Presidente da República legislar, via de decreto-lei, sobre Direito Penal Tributário. Quando muito, na vigência da EC nº 1, de 1969, poderá expedir Decreto-Lei a respeito de Direito Tributário Penal.

Assim, não tenho dúvida, data venia, de que o art. 2º do Dec.-Lei 326, de 1967, é inconstitucional, sob o ponto de vista formal.

## II

O Decreto-Lei nº 157, de 10.2.67, art. 18, § 2º, consagrou a extinção de punibilidade pelo pagamento dos tributos.

Cuida ele, é bem de ver, de Direito Penal, ou de Direito Penal Tributário. Com base nele foi editada a Súmula nº 560, da Corte Suprema.

Seria o citado Dec.-Lei 157, de 1967, art. 18, § 2º, inconstitucional?

Em princípio, sim.

Acontece, todavia, que a EC nº 1, de 1969, art. 181, III, o aprovou, expressamente, tirando-lhe, pois, a mácula da inconstitucionalidade.

Isto, todavia, não ocorreu com o Dec.-Lei 326, de 1967.

Trago ao debate o Dec.-Lei 157, de 1967, por isso que, na 3ª Turma, quando se examinava a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19.12.78 (HC nº 4.574-DF), que pretendeu revogar a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos (Dec.-Lei 157, 1967, art. 18, § 2º, o eminente Subprocurador-Geral da República argumentou que, se se reconhece a inconstitucionalidade do Dec.-Lei 1.650, de 1978, então deveríamos reconhecer também, a inconstitucionalidade do Dec.-Lei 157/67, art. 18, § 2º. O argumento, que impressiona à primeira vista, se desmorona, entretanto, diante do que acima falamos: o Dec.-Lei 157, de 1967, foi aprovado pela EC nº 1, de 1969, art. 181, III.

Repito: isto não aconteceu com o Dec.-Lei 326, de 1967, editado em fase de normalidade constitucional, com base na constituição de 1967, art. 58.

### III

Assim, não tenho dúvida de que o art. 2º, do Dec.-Lei 326, de 1967, padece de inconstitucionalidade formal, nada importando que o Congresso o tenha aprovado, já que o ato inconstitucional é nulo e írrito, segundo velha doutrina, sustentada a partir do famoso caso Marbury V. Madison, relatado pelo Juiz Marshall, na Corte Suprema dos Estados Unidos.

### IV

Todavia, o eminente Ministro Torreão Braz, relator, lembra que o Egrégio Supremo Tribunal Federal,

em Sessão Plenária, entendeu constitucional o citado dispositivo legal (Dec.-Lei 326/67, art. 2º).

Concordo com o eminente Ministro Relator, quando afirma que não seria de boa política judiciária decidirmos em sentido contrário do decidido pela Suprema Corte, mesmo porque é esta o intérprete máximo da Constituição.

Assim, com estas breves considerações, e, *data venia*, com ressalva do meu ponto de vista pessoal a respeito da matéria, acompanho o douto voto do Sr. Ministro Torreão Braz, relator.

É o meu voto, Senhor Presidente.

### VOTO

**O Senhor Ministro Justino Ribeiro:** Com ressalva do meu ponto de vista pessoal, *in casu*, ponho-me de acordo com o fundamentado voto proferido pelo Sr. Ministro-Relator.

### VOTO

**O Senhor Ministro Otto Rocha:** Sr. Presidente, meu voto é de acordo com o Sr. Ministro-Relator, com ressalva do meu ponto de vista pessoal.

### VOTO

**O Sr. Ministro Wilson Gonçalves:** Sr. Presidente acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, com ressalva a respeito da sua apreciação sobre a representação constante do parágrafo único do art. 2º.

Em dois casos de Santa Catarina, em argumentação que me pareceu procedente do respectivo Juiz Federal, aceitei a tese da representação, baseado em dois motivos:

1º — porque considerava o crime qualificado no Decreto-Lei nº 326, como assemelhado ao crime de apropriação indébita do Código Penal; se evidentemente fosse a mesma coisa, não haveria necessidade dessa explicitação;

2º — porque entendo que a lei não pode ter palavras inócuas e a figura da representação tem uma significação tradicional no sistema processual penal do Brasil.

Reconheço a importância dos argumentos trazidos pelo nobre relator e passarei, na devida oportunidade, a reexaminar o assunto. Mas, até este momento, faço esta ressalva para manter coerência com meu ponto de vista manifestado em dois votos já apresentados na Primeira Turma.

Este é o meu voto.

#### COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, esclarece o eminente Ministro Torreão Braz, relator, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal não enfrentou a questão da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 1967. Esclarece S. Exa., outrossim, que o presente incidente de inconstitucionalidade abrange, também, o parágrafo único do art. 2º do Dec.-Lei 326, de 1967.

Sendo assim, desejo manifestar-me, a respeito.

Dispõe o parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 1967:

.....  
«Art. 2º .....

Parágrafo único. A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa».

.....  
A ação penal pública ou é integralmente pública, ou é pública condicionada. Naquela, o Ministério Público

é o *dominus litis*, apesar de não ter disponibilidade dela, no sentido de que deve atuar, obrigatoriamente, em razão do princípio da legalidade. Nesta, todavia, dita atuação vai depender de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido. A requisição ou a representação, portanto, são condições de procedibilidade (CPP, art. 24; Código Penal, art. 102, § 1º).

A ação penal de apropriação indébita do IPI (Código Penal, art. 168, ex vi do disposto no art. 2º e seu parágrafo único do Dec.-Lei 326/67), é pública condicionada, porque dependente de representação da Procuradoria da República, na condição de representante da União e não como Ministério Público. Ou se entende assim, ou se faz tábula rasa do princípio de hermenêutica de que a lei não contém palavras inúteis. A 3ª Turma, aliás, tem decidido, iterativamente, em tal sentido. Menciono, *intepiures*, RCR. nºs 534-SC, 538-SC).

A conclusão a que se chega, de conseguinte, é que o Presidente da República legislou, via de decreto-lei, a respeito de matéria processual. Como vimos de ver do voto que proferi, nesta assentada, a respeito do art. 2º, *caput*; do Dec.-Lei 326/67, isto não seria possível.

O Eg. Supremo Tribunal Federal, ao que apreendi da informação dada pelo Sr. Ministro Relator, considerou constitucional o *caput* do art. 2º, do Dec.-Lei 326/67, ao argumento de que este artigo não criou figura nova de delito.

Isto, todavia, não ocorreu com o parágrafo único do art. 2º do Dec.-Lei 326/67. Porque, todos sabemos, a ação penal do art. 168 do Código Penal (apropriação indébita) é pública integralmente. A ação penal de apropriação do IPI (Dec.-Lei 326/67, art. 2º parágrafo único), entretanto, é pública condicionada. Então, é fácil concluir, o parágrafo único do art. 2º

do Dec.-Lei 326/67 criou figura nova, ou inovou, processualmente.

É inconstitucional, portanto, o citado parágrafo único, por isso que, repito, não poderia o Presidente da República legislar, via de decreto-lei, em matéria processual.

Destarte, devidamente esclarecido que a Eg. Suprema Corte não decidiu pela constitucionalidade do citado parágrafo único do art. 2º, do Dec.-Lei 326/67, meu voto é pela sua inconstitucionalidade formal.

### VOTO

**O Senhor Minsitro Armando Rolemberg:** Sr. Presidente, voto de acordo com o Sr. Ministro-Relator, no que se refere ao art. 2º do Decreto-Lei nº 326, tendo em conta a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Esclareço que, mesmo a Corte Maior não se tendo manifestado sobre a norma do parágrafo único da mesma disposição, relativa à representação para a instauração da ação penal em razão do delito previsto no **caput**, o fato de admitir como constitucional decreto-lei que definiu como crime a aplicação indevida de importâncias relativas ao IPI, norma penal substantiva portanto, leva a concluir que igual tratamento terá a regra do citado parágrafo único, de direito penal adjetivo.

Recuso, assim, a inconstitucionalidade de ambas as normas mencionadas.

### VOTO

**O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho:** Sr. Presidente. O Supremo Tribunal Federal, pelos votos condutores do acórdão, considerou que se fosse criado um tipo penal novo, não poderia tal ocorrer mediante decreto-lei, não admitindo mesmo a convalidação do diploma legal em discussão pelo Decreto-Legislativo nº 28. O que entendeu o Pretório Ex-

celso foi que, na verdade, não havia uma nova modalidade de apropriação indébita, tendo aquele decreto-lei apenas situado a apropriação indébita no âmbito do direito tributário, pelo que o Presidente da República legislava ainda dentro de matéria de sua competência. Mas, quanto ao parágrafo único, do artigo 2º, não foi ele discutido no Supremo Tribunal Federal e, assim, acolhendo-se como válida tal interpretação do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao **caput**, do art. 2º, teremos coerentemente com o próprio ponto de vista daquele alto Pretório — que inadmitir como inconstitucional o aludido parágrafo único, pois aí está sendo regulada matéria do processo penal, também defesa ao poder Executivo, mesmo dentro daquela faixa de permissão que lhe concede a Constituição de 1967.

Com essas considerações, e de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, entendo ser constitucional o **caput** do artigo, mas, por outro lado, até pelas próprias considerações do Pretório Excelso externadas nos votos que ali prevaleceram, a mim parece que não pode deixar de ser considerado inconstitucional o parágrafo único do discutido art. 2º.

Acompanho o Ministro Carlos Mário Velloso.

É o meu voto.

VOTO

VOGAL

**O Sr. Ministro José Dantas:** Senhor Presidente, com alguma dificuldade, inclino-me, porém, para aceitar a orientação do Supremo Tribunal Federal, construída no sentido de negar à disposição do art. 2º, **caput**, do Dec.-Lei 326/67, a natureza de regra penal nova, para efeito de admitir a sua legitimidade constitucional como norma tributária passível de instituir-se por via de decreto-lei.

Mas se isso é possível dizer-se, tocante ao **caput** do artigo examinado, impossível me parece ser o seu parágrafo. Nele está inscrita, com todas as letras, uma norma de Direito Processual Penal, assim imprópria ao estabelecimento por meio de Decreto-lei, apesar de suas conotações tributárias.

Desse modo, acato parcialmente a arguição de inconstitucionalidade para assim declarar o parágrafo único do art. 2º do Dec.-Lei 326/67, de acordo com o voto do Ministro Carlos Mário.

#### VOTO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Pelo que entendo, o julgamento abrange o art. 2º, **caput** e § único, do Decreto-Lei nº 326, de 1967, cuja inconstitucionalidade recuso, pelos motivos predominantes no voto do Ministro Relator e também porque assim tenho votado na 4ª Turma (Recurso Criminal nº 536, de Santa Catarina, de que fui relator).

É como voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente, tenho o maior respeito pelas decisões emanadas do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Se resultasse essa decisão de representação do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, isto é, numa interpretação clara e formal da constitucionalidade do disposto no art. 2º e seu parágrafo único, não hesitaria, dali por diante, em seguir-lhe a interpretação, até porque, neste caso, obrigatória.

Todavia, verifico a seguinte dificuldade, como bem definiu o eminente colega José Dantas, em acompanhar os passos do Egrégio Supremo Tribunal Federal. É que o art. 2º, do Decreto-Lei nº 326, tem a seguinte redação:

«Art. 2º — A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância».

Quer dizer, estabeleceu uma forma equiparada ao art. 168, do Código Penal, tal como no art. 334, por exemplo, em que nós encontramos diversos casos cuja tipicidade decorre precisamente dessa equiparação. Indubitável, portanto, que o Exmo. Sr. Presidente da República ao baixar o Decreto-Lei nº 326, de 8.5.67, legislou sobre matéria penal. Na segunda parte do mesmo artigo, ainda para demonstração disso, estabeleceu aquilo que constituiria extinção da punibilidade, que também é matéria penal, isto é, se antes da decisão administrativa de primeira instância, tiver pago o tributo espontaneamente. Não há dúvida, portanto, de que legislou sobre matéria penal. O parágrafo único tem a seguinte redação:

«Parágrafo Único — A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa».

Não só reitera que o crime o é sob a forma equiparada, no Parágrafo Único, como legislou sobre o processo. Estabelecidas estas duas premissas, busco na Constituição de 1967, ao tempo em que foi editada, se tinha o Senhor Presidente da República competência para baixá-lo com

esta extensão. É certo, como disse o eminente Ministro Evandro Gueiros Leite, que no processo legislativo há inciso incluindo os decretos-leis para dar-lhes, pelo menos de modo geral, o pálio da constitucionalidade.

O art. 58, da Constituição de 1967, estava assim redigido:

«Art. 58 — O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I — segurança nacional.

II — finanças públicas».

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a que se reportou o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, no art. 55, assim dispôs:

«O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I — segurança nacional.

II — finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III — criação de cargos públicos e fixação de vencimentos».

E seguem-se dois parágrafos, dobrando o que era o antigo parágrafo único:

§ 1º — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

§ 2º — A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência».

Estabelecidas, portanto, as premissas e verificado que as condições para emissão do decreto-lei caso de

urgência, interesse público relevante (esse ainda poderia estar atendido), desde que não haja aumento de despesa (também poderia estar atendido) mas limitado o Presidente aos três itens incisivos da Constituição — segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, e terceiro, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos — não vejo como, por melhor que seja a boa vontade na interpretação, se possa dar pela constitucionalidade dessas duas disposições — o artigo 2º e seu parágrafo.

O Juiz, como todos sabem, diante da Lei tem quatro caminhos: cumpri-la fielmente, se o imperativo é claro; dar-lhe interpretação consentânea com as necessidades sociais, se é dúvida; suprir-lhe a falta, se lhe descobre lacuna; negar-lhe autoridade se contrária à Constituição.

Entendo que o art. 2º e seu parágrafo único são visceralmente contrários, tanto à Constituição de 1967, sob cuja égide foram editados, como sob a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que reafirmou esse ponto de vista e, de certa forma, o ampliou. Reafirmou proque, ao ampliar os poderes do Presidente, não incluiu tal autorização, nem poderia fazê-lo, porque só o Congresso Nacional, através de lei, em seu sentido formal, poderá legislar sobre matéria penal e matéria processual-penal.

Por essas considerações, declaro a inconstitucionalidade do art. 2º e seu Parágrafo Único, do Decreto-Lei nº 326 de 1967.

EXTRATO DA ATA

RcCr nº 544-SC (Incidente de Inconstitucionalidade) — Rel: Sr. Min.

Torreão Braz. Recte: Justiça Pública. Recda: Ella Ana Heise Zentner.

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º e seu parágrafo, do Decreto-Lei 326/67, vencido no que concerne ao art. 2º, o Sr. Min. Washington Bolívar e, relativamente ao parágrafo único do mesmo artigo 2º, vencidos os Srs. Mins. Carlos Mário Velloso, Aldir Guimarães Passarinho, José Dantas e Washington Bolívar. (Em 11.12.79 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Armando Rolemberg, Pecanha Martins, Jarbas Nobre, Carlos Madeira e Evandro Gueiros Leite votaram *in totum* com o Relator. Impedido o Sr. Min. Márcio Ribeiro (RI, art. 3º). Não participou o Sr. Min. Moacir Catunda. Não compareceram, por motivo justificado, os Srs. Mins. Lauro Leitão e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira.

