



Jurisprudência da **Sexta Turma**

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO HABEAS CORPUS N. 76.686-PR
(2007/0026405-6)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Embargante: Ministério Público Federal

Embargado: Isidoro Rozenblum Trosman e outro

Advogado: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e outro(s)

Interes.: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

EMENTA

Comunicações telefônicas (interceptação). Embargos de declaração: prova (aproveitamento); decisão (efeitos/restrição); direito à segurança da sociedade (violação); questões constitucionais (contradição).

1. Já que se reputou ilícita a prova (resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação), reputada o foi toda a prova (a resultante de tantos...). É a fruta ruim que arruína o cesto (HC n. 59.967, de 2006). Em tal aspecto, não foi, pois, obscuro o acórdão.

2. A restrição de efeitos tem mais a ver com a declaração de inconstitucionalidade, daí a dificuldade, e enorme, de se modularem temporalmente os efeitos de decisão tomada em casos como o presente. Em tal aspecto, não foi, pois, omissa o acórdão, já que princípios como o da prospecção, segurança jurídica e instrumentalidade não haveriam mesmo de vir à baila.

3. Se, entre o valor da segurança e o da liberdade, resolve-se o aparente conflito a favor da liberdade (entre outros, HCs n. 44.165, de 2006, e 95.838, de 2008), contraditório a tal propósito não foi o acórdão, porque não lhe foi indiferente o tema.

4. Está no acórdão: “Nem menos nem mais fiz no curso deste voto do que escrever sobre lei ordinária, a saber, determinar o sentido e o alcance de normas infraconstitucionais”. Então, se referência houve, ali e acolá, a princípios de ordem constitucional, tal se verificou de forma indireta, mediata e reflexa, e não de ordem direta, imediata e não reflexa.

5. Caso em que não padece o acórdão nem de obscuridade a ser aclarada, nem de contradição a ser corrigida, nem de omissão a ser suprida.

6. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJe 19.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Vem-nos aqui, em nome do Ministério Público Federal, longa petição de embargos de declaração, assinada pela ilustre Subprocuradora-Geral Maria das Mercês, e tal porque, lá está escrito, “apesar da habitual diligência de V. Exas., respeitosamente, observam-se alguns pontos obscuros, omissos e contraditórios no acórdão, os quais passam a ser pontuados e buscam ser sanados através dos presentes embargos”.

Inicialmente, porque não remetido o feito à Seção (omissão), quer o embargante, em questão de ordem, que tal aconteça.

Depois, quer o embargante que se aclare o seguinte: “... até que momento a prova produzida pode ser aproveitada.” Eis o que alega quanto aos votos motivados: “Embora os dois votos vencedores (...) tenham declarado a nulidade do monitoramento na medida em que se alongou de modo indevido (...) tais votos não declararam a partir de que momento a medida é inválida.”

Sustenta que há omissão a ser suprida neste ponto: “Assim sendo, tendo em conta os efeitos da decisão, quer por aplicação da doutrina prospectiva, quer por aplicação do princípio da segurança jurídica, da proporcionalidade ou ainda da instrumentalidade das formas, requer-se que sejam declarados os entendimentos assumidos por esta e. 6ª Turma com o objetivo de sua aplicação para fatos futuros, resguardando-se os atos praticados no caso *sub judice* bem como os seus efeitos.” Quanto a isso, quer o embargante, à vista de lições doutrinárias, que se limitem os efeitos da decisão para o futuro, “com o objetivo de reduzir suas consequências negativas”.

Questiona, depois, o item 3 da ementa do acórdão: “3. Inexistindo, na Lei n. 9.296/1996, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.”

E, depois e depois, recordando lições de Canotilho e de Luiz Streck, alega o embargante que o acórdão padece de contradição a respeito do seguinte, resumidamente:

Com todo o respeito, no presente caso foi violado o direito fundamental à segurança da sociedade e do Estado. Primeiro, na medida em que se decidiu por impedir a renovação da interceptação telefônica por mais de 30 dias, o que torna inviável qualquer espécie de investigação consistente sobre organizações criminosas complexas.

Segundo, na medida em que os Exmos. Srs. Ministros optaram por tutelar “a forma pela forma”, sem prejuízos ao direito material que lhe serve de substrato, sonegaram proteção ao direito fundamental à segurança: dois auditores responsabilizados até a Segunda Instância por corrupção voltarão ao trabalho; milhões que deveriam reverter aos cofres públicos retornarão aos criminosos; os bens jurídicos mais caros à sociedade tutelados por crimes como de corrupção, lavagem, descaminho, contra o sistema financeiro, falsidades, restarão, por fim, desamparados, desprotegidos e violados, sem qualquer censura ou resgate.

Assim, pondera-se que o acórdão, caso mantida e não suprida essa contradição interna (violação do princípio da proporcionalidade quando nele mesmo se baseia), é inconstitucional.

Por fim, o que aqui argumenta é que há contradição quanto a questões constitucionais: “... requer-se seja sanada a contradição para deixar expresso que o voto se guiou, em toda sua extensão, sobre princípios constitucionais, como, aliás, será frisado no próximo item.”

Da petição dos embargos dei vista aos diversos advogados do paciente, que então trouxeram aos autos suas razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): No fundo e no fundo, o que o embargante quer, a pretexto de que padece o acórdão (padeceria, hem?) de contradição e obscuridade, também de omissão, é que a Turma reveja o julgamento por nós concluído na sessão de 09.09.2008. Quer mesmo a revisão geral, de sorte que invertamos a sua conclusão, de concessão para denegação da ordem. Isso, nas circunstâncias do caso, não é admissível, evidentemente, até porque, a meu ver, contradição a ser corrigida não há, nem sofre o acórdão de obscuridade a ser aclarada, menos ainda de omissão a ser suprida, embora de bom gosto intelectual, de ótimo gosto, sim e sim, as questões sabiamente suscitadas pela culta Subprocuradora-Geral em nome do Ministério Público Federal.

Mas maldosa – perdoem-me o incontinente adjetivo – a pretensão de remessa do feito à Seção. Sutil a pretensão, mas maldosa. É de Einstein a famosa frase – sutil é, mas maldoso não é. Porém, aqui, há maldade, venial, é verdade, perdoável e desculpável, portanto, porém que há, há. De mais a mais, a pretensão ministerial já não fora, oportunamente, acolhida, e a sua renovação, já ultimado o julgamento do *habeas*, carece de sustentação.

De tão claro o meu voto em sua conclusão – “concedo a ordem a fim de reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação...” –, que, a tal respeito, não há o que ser aclarado. Trata-se, vejam, de plena e total ilicitude, de prova ilícita, da prova resultante..., e não de ilicitude pela metade, ou por dois terços, ou por três quintos, etc. – a fruta ruim arruína o cesto (HC n. 59.967, de 2006). Lá, nesse precedente, escrevi eu, na condição de seu relator, o seguinte:

Consistindo, pois, aquele comportamento em comportamento ilícito, a ilicitude dali decorrente alcançou toda a entrevista, ainda que se admita tratar-se de entrevista voluntariamente gravada. É que a parte ruim contamina, com sua nocividade, todas as outras partes da coisa. Um acontecimento nocivo tem aptidão para contaminar os demais acontecimentos.

Há anos, já faz muito tempo, no início da nossa era, Paulo escreveu: “Não sabeis que um pouco de fermento leveda toda a massa?” Ora, ao juntarmos uma fruta podre a uma boa, não é a podre que fica boa, mas a boa que fica podre. A fruta ruim arruína o cesto. É algo semelhante à teoria dos “frutos da árvore envenenada”, vinda da Suprema Corte norte-americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Agora, quanto a alguns dos apontados princípios, entre eles, prospecção (doutrina prospectiva), segurança jurídica, instrumentalidade das formas, com os quais quer o embargante que a decisão da 6ª Turma valha “para fatos futuros”, o tema suscitado é interessante, também instigante, todavia não é tema que aqui haveria de vir à baila, como não veio, por exemplo, nos casos oriundos de São Paulo em que temos anulado julgamentos realizados por câmara não composta, em sua maioria, por desembargadores, e venho eu, nesses casos, dizendo o seguinte (entre tantos, o HC n. 98.530, de 2008):

Fiquei cá comigo a pensar diante de tão preocupante descrição que nos fez o ilustre presidente da Seção Criminal, de tão louváveis razões que S. Exa. nos endereçou, saindo eu, então, à cata de solução que atendesse aos apelos que nos foram feitos, mas confesso aos Senhores que solução outra não encontrei. Pensei se seria possível modular temporalmente os efeitos da decisão, de modo a lhe conferir eficácia apenas de agora em diante, isto é, efeitos para o futuro. Isso, porém, não é admissível, e admissível não é porque, como próprio nos é, haveremos de decidir caso a caso e, é claro, com os efeitos daí resultantes.

Aliás, a restrição de efeitos tem mais a ver com a declaração de inconstitucionalidade (Lei n. 9.868/1999, art. 27), se tal na ação direta (“razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”), por que tal não aconteceria também no sistema difuso? Dizem que tal acontece; fora, porém, dessas hipóteses, não encontrei meios a fim de também modular temporalmente os efeitos de decisões outras. Reparem, então, que podemos, aqui no Superior Tribunal, modular temporalmente os efeitos de decisão por nós tomada, porque também desfrutamos do contencioso constitucional – dele mais desfrutamos quanto às competências originária e ordinária e menos, quanto à competência por meio do recurso especial (sobre o exercício dos contenciosos segundo as diversas competências do Superior Tribunal, confirmam, de minha autoria, AI no REsp n. 215.881, de 2001, e REsp n. 649.608, de 2009). Porém não é, evidentemente, o caso de que ora estamos cuidando.

Relativamente ao item 3 da ementa de acórdão, tal há de ter leitura em conformidade com o texto do acórdão. Ver, a propósito, os itens 8 e 9 do meu voto.

Quanto à contradição à vista de algumas lições, quero crer que o tema suscitado pelo embargante não me foi indiferente (embora tenha eu, ou tenhamos nós, ao fim e ao cabo, determinado o sentido e o alcance de normas infraconstitucionais), como facilmente se vê, no meu voto, das primeiras palavras

– “ultimamente, tive oportunidade de trazer ao conhecimento da Turma algumas de minhas dúvidas...” –, fi-lo recordando os HCs n. 44.165, de 2006, e 95.838 e 96.521, de 2008. Quanto ao HC n. 44.165, aqui vão algumas de minhas palavras:

Atentemos para esta observação: concedi, aqui, liminar valendo-me de decisão por mim proferida no HC n. 42.914. Quando, lá, concedi a liminar a fim de que o defensor constituído tivesse vista, em cartório, dos autos do inquérito policial, fi-lo por me ocorrer que estava diante de ilegalidade flagrante.

(...)

Escreveu Bobbio, versando sobre as chamadas antinomias impróprias – especificamente, antinomia de princípio – (“Teoria do ordenamento jurídico”, p. 90):

Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em consequência, um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de antinomias de princípio. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio.

É o que ocorre no caso de que estamos cuidando. Quanto a se real ou se aparente a incompatibilidade, as referências são no sentido de que se trata de normas aparentemente incompatíveis, normas que hão, pois, de ser conservadas no sistema e são, uma vez verificado o conflito – aparente, pelo visto –, de interpretação a favor da liberdade. Foi o que eu disse quando concedi liminar ao paciente.

Por fim, repito: “Nem menos nem mais fiz no curso deste voto do que escrever sobre lei ordinária, a saber, determinar o sentido e o alcance de normas infraconstitucionais.”

Se referência há, em meu voto, a princípios de ordem constitucional, e alusão, de fato, houve ali e acolá, tal se verificou de forma indireta, mediata e reflexa, e não de ordem direta, imediata e não reflexa. Inevitavelmente, tal se verifica em toda e qualquer interpretação/exegese de normas (hermenêutica e

aplicação), porque, em todo e qualquer sistema, as normas estão unidas umas às outras (lembrem-se da análise estrutural do direito, de Kelsen, também de Hart? A propósito Bobbio, “Da estrutura à função”, Manole, 2007), mas isso não significou, no caso presente, uma reflexão direta e imediata de princípios constitucionais. Evidentemente, tal não se verificou! Ver, a propósito, os itens 8 e 9 do meu voto.

É por isso, Srs. Ministros, que, embora encantado com a petição a nós encaminhada, estou, no entanto, votando no sentido de rejeitar os embargos de declaração, seja à minguia de obscuridade a ser aclarada, de contradição a ser corrigida e de omissão a ser suprida, seja ao sabor das palavras constantes deste voto.

Rejeito, pois, os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sr. Presidente, não acompanhei, à época, o julgamento do *habeas corpus* inicial, mas ouvi com atenção o voto de V. Exa.

Embora, com relação à questão da interceptação telefônica, não tenha participado de nenhuma votação expressiva por causa do pouco tempo de Casa, meu entendimento, pelo que observei, acompanha um pouco o do Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Contudo, diante das considerações feitas por V. Exa., isso não quer dizer que eu enxergue, pela leitura e argumentação fundadas no voto de V. Exa., presentes as hipóteses de ausência de clareza, de contradição ou de omissão.

Por essas razões, acompanho o voto de V. Exa. nos termos expostos, rejeitando os embargos de declaração.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Sr. Presidente, sabemos que o Direito Penal existe para proteger o indivíduo, o ser humano, o homem. A taxatividade, a previsão de que o fato seja considerado crime, é uma garantia para todos, porque, senão o Estado poderia, por exemplo, condenar alguém a uma pena altíssima por picar um

muro; ou, como nos Estados Unidos, uma senhora foi condenada à pena de 3 (três) anos de prisão por não usar o cinto de segurança. O Direito Penal, portanto, nos protege.

Confesso que, quando abro os autos de um processo criminal, sou muito rigoroso, no tocante a sua regularidade, desde a primeira folha dos autos. Tenho que examiná-los, porque ele é a garantia do indivíduo. Ou o processo está bem feito, bem instruído, ou não se condena. É assim que tem de ser, no meu modo de ver.

Então, processo penal é algo que tem que ser perfeito para a condenação. Não vejo outra saída senão a que V. Exa. propôs tão brilhantemente.

Por tais razões, acompanhando o voto de V. Exa., rejeitando os embargos de declaração.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Senhor Presidente, dizer que o voto de V. Exa. é brilhante é dizer o óbvio. V. Exa. demonstrou elevado conhecimento jurídico, filosófico, principalmente enfocando a matéria sob o viés da constitucionalidade.

Ademais, como bem explicitou V. Exa., não se enxerga, no caso, nenhuma das hipóteses que justificam o acolhimento dos embargos declaratórios. Não se me afigurou omissão, contradição e obscuridade.

Daí por que acompanho integralmente o voto de V. Exa., rejeitando os embargos de declaração.

HABEAS CORPUS N. 39.592-PI (2004/0162092-7)

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)

Impetrante: Helder Câmara Cruz Lustosa

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Edilberto de Carvalho Gomes

EMENTA

Habeas corpus. Fraude a vestibular. “Cola eletrônica”. Estelionato. Falsidade ideológica. Falsificação de documento público. Uso de documento falso. Formação de quadrilha. Trancamento da ação. Atipicidade e princípio da consunção. Ordem parcialmente concedida.

1. Paciente denunciado por estelionato, falsificação de documento público, falsidade ideológica, uso de documento falso e formação de quadrilha, (artigos 171, § 3º, 297, 299, 304 e 288, todos do Código Penal), em concurso material.

2. “Fraudar vestibular, utilizando-se de cola eletrônica (aparelhos transmissor e receptor), malgrado contenha alto grau de reprovação social, ainda não possui em nosso ordenamento penal qualquer norma sancionadora” (INQ n. 1.145-STF).

3. *Writ* concedido para reconhecer a atipicidade da “cola eletrônica” e trancar a ação penal no que diz respeito às condutas tipificadas nos artigos 171, § 3º e 299 do Código Penal, mantida a persecução penal em relação as demais condutas típicas e autônomas.

4. Exordial acusatória que descreve a prática de reiteradas e diversas condutas criminosas, que, em tese, adequam-se perfeitamente aos crimes de falsificação de documento público, uso de documento falso e formação de quadrilha, apontando o paciente como chefe da organização criminosa.

5. Denúncia que preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo, com os elementos indispensáveis, a prática, em tese, dos delitos que menciona, com suas circunstâncias, permitindo ao acusado o conhecimento do que lhe é imputado, viabilizada, assim, a ampla defesa, inexistindo qualquer motivo para o trancamento da ação penal.

6. “O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das **condutas ilícitas**, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.” (REsp n. 890.515-ES, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJU de 04.06.2007). Sendo a “cola eletrônica” conduta atípica, não pode ela absorver outras condutas típicas e autônomas, afastado, assim, o princípio da consunção.

7 - *Habeas corpus* parcialmente concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ-CE),
Relator

DJe 14.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Edilberto de Carvalho Gomes, apontada como autoridade coatora o Tribunal Federal da 1ª Região que denegou o *writ* ali deduzido.

O paciente foi denunciado por estelionato, falsificação de documento público, falsidade ideológica, uso de documento falso e formação de quadrilha, (artigos 171, § 3º, 297, 299, 304 e 288, todos do Código Penal), em concurso material.

Busca a impetração obter o trancamento da ação penal “em razão da atipicidade do fato e da aplicação do princípio da consunção” (fl. 13). Para tanto, argumenta que a “cola eletrônica” é conduta atípica, pois não se subsume a nenhum tipo penal constante da legislação penal brasileira e se os delitos imputados na denúncia são crimes-meio do estelionato, que é o crime-fim, deve ser reconhecida a atipicidade de todos os delitos.

A liminar foi indeferida (fls. 85-86) pelo Ministro Paulo Gallotti, antigo relator.

Notificado, o Juiz de primeiro grau prestou as informações às fls. 94-96.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 128-135), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): O *habeas corpus* impetrado no Tribunal Federal da 1ª Região (HC n. 2004.01.00.011990-3), denegou a ordem em acórdão de seguinte teor:

Há efetivamente precedentes da 4ª Turma deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, esposando o entendimento de que a fraude de vestibular pelo processo de cola eletrônica – vibrações transmitidas em aparelhos de telefones celulares – não constitui conduta penalmente típica, apesar de ser profundamente reprovável social e moralmente.

Afirma-se, nessa linha de entendimento, que o modelo típico do crime de estelionato não alcança as chamadas fraudes em concursos por colas eletrônicas, considerando que o estelionato imprescinde de vantagem material, por se tratar de crime material, e de vítima determinada, não podendo configurar-se quando se trata de vítima incerta.

E, da mesma forma, que não se trata de falsidade ideológica, segundo o modelo do art. 299-CP, pois, nos gabaritos transmitidos, não é inserida ou omitida declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita, como elementares do tipo; e que as declarações inseridas pelos candidatos nos cartões de resposta, mesmo obtidas por meios não ortodoxos, são, no entanto, verdadeiras e não mentazes, como exige o tipo.

Por fim, afirmam os precedentes, que tais condutas, apesar de reprováveis social e moralmente, não se subsumem em nenhum tipo penal em vigor, ou eventual fraude, em face do princípio da reserva legal e da vedação da aplicação da analogia para prejudicar o acusado. Nesse sentido, anote-se, sinalizou o STF no julgamento do Inquérito n. 1.145-PB, Relator o Ministro Maurício Correa. (O julgamento foi adiado por pedido de vista.)

Mas, no caso, a questão não deve ser solvida apenas em face da simplicidade conceitual da dimensão estática da relação jurídico-penal, mas também e sobretudo em face da sua contextura dinâmica, isto é, no seu plano de eficácia, que não trabalha apenas com a norma, senão também com os fatos, no chamado de plano de concreção (incidência da norma sobre o fato)

É que a denúncia contém outros fatos, ao afirmar que os acusados, de forma geral, falsificavam documentos de identidade, para que pudessem fazer as provas em nome de candidatos inscritos – não se tratando, portanto, apenas de cola eletrônica –, e compravam e vendiam os gabaritos do concurso, o que não poderia ocorrer sem o envolvimento de servidores públicos infiéis, em detrimento do interesse da Universidade, tudo aconselhando a continuação da persecução penal, a fim de que, ultimado o sumário, dê o juiz aos fatos o verdadeiro enquadramento legal.

Pode-se dizer que aos pacientes não são atribuídas tais condutas, de fazer as provas em nome de candidatos inscritos, ou de apoio logístico na compra dos gabaritos, mas, como a denúncia encaminha a questão em termos de quadrilha, é prematuro que de logo, sem o apoio da prova, se extraia conclusão a respeito da real participação de cada qual, sem esquecer que, nos termos do art. 29 do Estatuto Penal Incriminador, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade.”

Relembre-se que o acusado não se defende propriamente da classificação do crime que venha a ser adotada na denúncia ou na queixa, e sim dos fatos ali narrados, que podem receber do juiz nova definição jurídica, como expressamente o prevê o Código de Processo Penal. (Cf. arts. 383–384.)

A autoridade policial, ao relatar o inquérito, e mesmo com a emissão da nota de culpa, procede a um esboço de classificação do suposto crime, cabendo ao promotor da ação penal adotá-la (ou não), mas ainda de forma provisória, pois somente o juiz é que, ao preferir sentença condenatória, procede ao enquadramento conclusivo.

Por este motivo, não me inclino sequer a conceder a ordem quanto ao crime de estelionato, como sugere a douta Procuradoria Regional da República, considerando que tal atitude, sobre representar um pronunciamento apressado do Tribunal, em face da narrativa da denúncia, que não fala somente de cola eletrônica, pouco representaria para os pacientes, que, de toda forma, continuariam a ser processados. Tal o contexto – não configuração da falta de justa causa –, denego a ordem de *habeas corpus*.

Alega o impetrante que, na linha dos precedentes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Supremo Tribunal Federal (INQ n. 1.145), a transmissão de “cola eletrônica” não se amolda à figura típica de estelionato.

Afirma que “o fato do Ministério Público Federal acrescentar na denúncia outros tipos penais, não valida a ação penal, frente à aplicação do princípio da consunção”.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do INQ n. 1.145-PB, em sua composição plenária, entendeu, por maioria, ser atípica a cola eletrônica em acórdão que ficou assim resumido:

Inquérito. 1. Denúncia originariamente oferecida pela Procuradoria-Regional da República da 5ª Região contra deputado estadual. 2. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal (STF) em face da eleição do denunciado como deputado federal. 3. Parlamentar denunciado pela suposta prática do crime de estelionato (CP, art. 171, § 3º). Peça acusatória que descreve a suposta conduta de facilitação do uso de “cola eletrônica” em concurso vestibular (utilização de escuta eletrônica pelo qual alguns candidatos - entre outros, a filha do denunciado - teriam recebido as respostas das questões da prova do vestibular de professores contratados para tal fim). 4. O Ministério Público Federal (MPF) manifestou-se pela configuração da conduta delitiva como falsidade ideológica (CP, art. 299) e não mais como estelionato. 5. A tese vencedora, sistematizada no voto do Min. Gilmar Mendes, apresentou os seguintes elementos: i) impossibilidade de enquadramento da conduta do denunciado no delito de falsidade ideológica, mesmo sob a modalidade de “inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”; ii) embora seja evidente que a declaração fora obtida por meio reprovável, não há como classificar o ato declaratório como falso; iii) o tipo penal constitui importante mecanismo de garantia do acusado. Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (*analogia in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da “cola eletrônica”, a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. 6. A tese vencida, iniciada pelo Min. Carlos Britto, e acompanhada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, baseou-se nos seguintes argumentos: i) o acusado se defende de fatos, e não da respectiva capitulação jurídica. É indiferente à defesa do acusado a circunstância de a denúncia haver inicialmente falado de estelionato, enquanto sua ratificação, pelo Procurador-Geral da República, redefiniu a questão para focá-la na perspectiva da falsidade ideológica. Para a tese vencida, os fatos narrados não passaram por nenhuma outra versão, permitindo, assim, o desembaraçado manejo das garantias do contraditório e da ampla defesa; ii) o caso tem potencialidade de acarretar prejuízo patrimonial de dupla face: à Universidade Federal da Paraíba, relativamente ao custeio dos estudos de alunos despreparados para o curso a que se habilitariam por modo desonesto, de parelha com o eventual dever de anular provas já realizadas, e, assim instaurar novo certame público; e àqueles alunos que, no número exato dos “fraudadores”, deixariam de ser aprovados no vestibular; iii) incidência de todos os elementos conceituais do crime de estelionato: obtenção de vantagem ilícita, que, diante do silêncio da legislação penal, pode ser de natureza patrimonial, ou pessoal; inflição de prejuízo alheio, que há de ser de índole patrimonial ou por qualquer forma redutível a pecúnia,

pois o crime de estelionato insere-se no Título do Código Penal destinado à proteção do patrimônio; utilização de meio fraudulento; e induzimento ou manutenção de alguém em erro; iv) seja no delito de estelionato, ou no de falso, a denúncia parece robusta o suficiente para instaurar a ação penal; e, por fim, v) a tramitação de projeto de lei no Congresso Nacional para instituir um tipo criminal específico para a cola eletrônica não se traduz no reconhecimento da atipicidade da conduta do acusado. 7. Denúncia rejeitada, por maioria, por reconhecimento da atipicidade da conduta descrita nos autos como “cola eletrônica”. (Inq n. 1.145-PB, Relator o Ministro *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJe-060 de 03.04.2008)

O Ministro *Maurício Corrêa*, Relator do Inquérito, entendeu pela impossibilidade de configuração do estelionato, diante da inexistência de prejuízo patrimonial e pela ausência de vítima determinada. Acrescentou que “fraudar vestibular, utilizando-se de cola eletrônica (aparelhos transmissor e receptor), malgrado contenha alto grau de reprovação social, ainda não possui em nosso ordenamento penal qualquer norma sancionadora”.

Sobre a possibilidade de adequação da conduta como falsidade ideológica, argumentou que “a menos que se recorra aos métodos de integração legislativa, o que não se admite quando se cuida de enquadramento penal, é de ver-se que é imprópria a qualificação da conduta do acusado como a de crime de falsidade ideológica. Além de inexistir omissão em documento público ou particular de declaração que devia constar, não se pode conceber tenha havido informação falsa ou diversa da que deveria ser escrita, pois não há como precisar se os candidatos efetivamente utilizaram-se do artifício da ‘cola eletrônica’ ou mesmo quais seriam as suas sem o uso do ardil”.

O Ministro *Gilmar Mendes*, acompanhando o posicionamento do voto anterior, asseverou que, “sob pena de afronta ao princípio da reserva legal em matéria penal, não se pode aqui pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia em *malam partem*)”. Observou que “ainda que fosse desejável e oportuno, entendo que, mesmo nesses casos, por mais reprovável que seja a lamentável prática da ‘cola eletrônica’, a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*)”.

No mesmo sentido do precedente do Pretório Excelso, temos nesta Corte o RHC n. 22.898-RS, da relatoria do Ministro *Felix Fischer* que, ressaltando seu

entendimento pessoal, deu provimento ao recurso para reconhecer a atipicidade da “cola eletrônica” e trancar a ação penal. Disse o ilustre Ministro em seu voto:

Verifico que o presente caso diz respeito à idêntica situação ao do julgado acima transcrito, pois a recorrente teria, durante a aplicação da prova em concurso vestibular, obtido as respostas das questões através de via eletrônica.

Em razão disto, imperioso o reconhecimento da atipicidade da conduta da recorrente.

Contudo, faz-se a ressalva do entendimento pessoal do relator, no sentido da ocorrência do crime de falsidade ideológica. Nessa esteira, a doutrina de Luiz Vicente Cernicchiaro:

A cola eletrônica é falsidade ideológica. No documento (o texto recebido pelo candidato é autêntico) só é admitida anotação (declaração) do próprio candidato, o que é certo, não se confunde com a mensagem transmitida por outrem, à distância. O candidato, dessa forma, apresenta prova de terceiro como sua. A prova é classificatória, o número de vagas é menos do que postulantes. Logo, se influir na classificação, um dos candidatos será preterido. Aqui está a relevância jurídica. (Cernicchiaro, Luiz Vicente. Questões Penais. Belo Horizonte: Del Rey: 1998, p. 106-107.)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para determinar o trancamento da ação penal em relação à recorrente.

(RHC n. 22.898-RS, Relator o Ministro *Felix Fischer*, DJe de 04.08.2008)

Divergindo desse entendimento, esta Turma, no julgamento do HC n. 41.590-AC, da Relatoria do Ministro Paulo Gallotti, manifestou-se no sentido de ser inviável o trancamento da ação ao argumento de que o fornecimento de “cola eletrônica” é conduta atípica. O julgado recebeu a seguinte ementa:

Habeas corpus. Fraude a vestibular por meio da chamada “cola eletrônica”. Paciente denunciado por violação dos arts. 158, 171, 288 e 299, todos do Código Penal; arts. 1º, I, e 2º, I, ambos da Lei n. 8.137/1990; art. 1º, V e VII, da Lei n. 9.613/1998; art. 70 da Lei n. 4.117/1962; arts. 12 e 16, ambos da Lei n. 10.826/2003; e art. 125, XIII, da Lei n. 6.815/1980. Pedidos de trancamento da ação e de revogação da custódia cautelar. *Writ* julgado parcialmente prejudicado e denegado.

1. Em razão do advento de sentença que absolve o paciente das acusações da prática dos delitos descritos nos artigos 299 do Código Penal, 70 da Lei n. 4.117/1962, 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, e 125, XIII, da Lei n. 6.812/1980, com trânsito em julgado para o Ministério Público, resta prejudicado, relativamente a esses crimes, o pleito de trancamento da ação.

2. Paciente condenado por estelionato e formação de quadrilha por ter liderado gigantesco esquema de fraude ao vestibular de medicina da Universidade Federal do Acre - UFAC, realizado em junho de 2002, em que fornecera a diversos candidatos, mediante pagamento de elevadas quantias em dinheiro, gabaritos das provas por meio de micro-transmissores, fraude conhecida como “cola eletrônica”.

3. Inviável o trancamento da ação em relação a esses delitos, ao argumento de que o fornecimento de “cola eletrônica” é conduta atípica, tendo em conta a complexidade fática do caso, que não versa pura e simplesmente sobre a conduta de quem se utiliza desse tipo de fraude para lograr aprovação em vestibular, tratando-se, na verdade, de organização criminosa, encabeçada pelo paciente, que já atua no ramo da venda de gabaritos, inclusive em âmbito nacional, há mais de 18 anos, tendo já fraudado cerca de 32 instituições de ensino superior nesse período.

4. Nesse sentido, o argumento de que não teria existido vítima certa ou prejuízo determinado não pode subsistir, tendo em conta que ao menos a Universidade Federal do Acre teve um prejuízo, como se vê da sentença condenatória, de aproximadamente R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), resultante dos dois anos em que os 28 alunos aprovados ilicitamente ali cursaram, até o advento de decisão, proferida em ação civil pública, que os afastou das cadeiras universitárias, integrando, em seu lugar, os candidatos classificados idoneamente.

5. Correta a competência da Seção Judiciária do Acre para o julgamento dos crimes de extorsão, porte irregular de arma de fogo de uso permitido e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, lavagem de dinheiro e sonegação fiscal em razão da conexão probatória com o estelionato e a formação de quadrilha.

6. Encontra-se o presente *habeas corpus* prejudicado no tocante ao pleito de revogação da custódia cautelar do paciente, já que o Tribunal de origem, no HC n. 2005.01.00.013876-3-AC, julgado em 03.05.2005, concedeu-lhe o direito de apelar em liberdade.

7. *Habeas corpus* julgado parcialmente prejudicado e denegado.

(HC n. 41.590-AC, Relator o Ministro Paulo Gallotti, DJU de 12.06.2006)

Naquela ocasião, o Ministro Paulo Gallotti consignou em seu voto:

O que se verifica, da leitura do acórdão atacado (HC n. 2004.01.00.047509-7), é que a Corte de origem não determinou o trancamento da ação de que se cuida em razão da complexidade fática do caso, que não versa pura e simplesmente sobre a conduta de quem se utiliza de “cola eletrônica” para lograr aprovação em exame vestibular, cuidando-se, na verdade, de organizada quadrilha que vem se locupletando ilicitamente por meio da venda de gabaritos, tudo a indicar a inviabilidade do trancamento.

Com efeito, os precedentes invocados pelo impetrante (HC n. 4.593-PR e HC n. 7.376-SC) não servem de modelo para sustentar sua pretensão, pois enfrentam, na verdade, a questão da tipicidade da conduta de quem se beneficia da “cola eletrônica” para ser aprovado em vestibular, o que não se assemelha à hipótese dos autos, que trata de organização criminosa, encabeçada pelo paciente, que já atua no ramo venda de gabaritos, inclusive em âmbito nacional, há mais de 18 anos, tendo já fraudado cerca de 32 instituições de ensino superior nesse período.

Confiram-se os citados precedentes:

A – Processual Penal. Trancamento da ação. Vestibular. Utilização de aparelhos transmissor e receptor. Estelionato.

I - O estelionato exige que o agente se utilize de fraude ou qualquer artifício, induzindo ou mantendo alguém em erro, visando a obter vantagem patrimonial ilícita em proveito próprio ou de terceiro. Há necessidade de vítima certa, determinada.

II - A utilização de aparelhos transmissor e receptor com o objetivo de, em concurso vestibular, estabelecer contato com terceiros para obter respostas para questões formuladas nas provas não constitui, mesmo em tese, crime. Pode configurar ação imoral.

III - Recurso conhecido e provido para trancar a ação penal por atipicidade da conduta.

(RHC n. 4.593-0-PR, Relator o Ministro *Jesus Costa Lima*, DJU de 28.08.1995)

B – RHC. Recurso ordinário oferecido a destempo. Vestibular. “Cola eletrônica”. Não caracterização de crime.

1. Não obstante oferecido a destempo o recurso ordinário, a teor da letra do art. 30 da Lei n. 8.038/1990, não há impedimento, sendo, inclusive, recomendado pela jurisprudência, que dele se conheça como ordem de *habeas corpus*.

2. O preenchimento, através de “cola eletrônica”, de gabaritos em concurso vestibular não tipifica crime de falsidade ideológica. É que nos gabaritos não foi omitida, inserida ou feita declaração falsa diversa daquela que devia ser escrita. As declarações ou inserções feitas nos cartões de resposta por meio de sinais eram verdadeiras e apenas foram obtidas por meio não convencional.

3. A eventual fraude mostra-se insuficiente para caracterizar o estelionato que não existe *in incertam personam*.

4. Recurso conhecido como *habeas corpus*. Ordem concedida para trancar a ação penal.

(RHC n. 7.376-SC, Relator o Ministro *Fernando Gonçalves*, DJU de 14.09.1998)

De outra parte, as informações prestadas pelo Juízo de primeiro grau, no *Habeas Corpus* n. 43.007-AC, aqui também impetrado em favor do paciente, bem delineiam a peculiaridade da hipótese em exame:

Debaixo da equivocadíssima interpretação de que fraudar vestibulares e concursos públicos não é crime, floresceu um gigantesco mercado formado por quadrilhas que aliciam estudantes e candidatos, oferecendo fraude para aprovação em concursos e vestibulares. A quadrilha investigada pela Polícia Federal do Acre é emblemática: um gigantesco patrimônio adquirido em mais de 18 anos de fraude, equipamentos sofisticados utilizados na fraude, lavagem de dinheiro através da compra de veículos importados, imóveis, apartamentos, chácaras etc. A sentença que condenou pelos delitos de estelionato, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, extorsão, em anexo, pormenoriza os lucros elevadíssimos obtidos com fraude, as ameaças e extorsões a alunos, o fabuloso lucro não declarado ao fisco, os “laranjas”, analfabetos utilizados para ocultar riquezas.

E esta erva daninha floresceu no adubo putrefato criado pelos incontáveis precedentes que afirmaram que fraudar vestibular não é crime.

Jorge Nascimento Dutra, líder da quadrilha, a quem o paciente pagou para ingressar na UFAC, foi processado pela primeira vez em 1988. Nesta ocasião, obteve uma decisão afirmando que fraudar vestibular não é crime. E aí se estimulou, aperfeiçoou a arte da fraude e desenvolveu uma organização especializadíssima em fraude, tudo debaixo da sombra dos precedentes que davam pela atipicidade da fraude. (fl. 175 do HC n. 43.007-AC)

Observe-se que a Corte de origem determinou o trancamento da ação de que aqui se cuida tão-somente em relação a alguns estudantes que foram beneficiados pela fraude, acusados apenas de estelionato e falsidade ideológica (HCs n. 2004.01.00.051859-0-AC, 2004.01.00.0452771-1-AC e 2004.01.00.042528-4-AC), acabando, contudo, por denegar os *writs* formulados em favor do paciente e de outros co-réus que estão envolvidos na quadrilha, em razão de sua peculiar situação.

Na verdade, tenho que, em princípio, as condutas do paciente se amoldam ao delitos de estelionato e formação de quadrilha, como, inclusive, já asseverou o próprio Tribunal Federal da 1ª Região ao decidir o *Habeas Corpus* n. 2004.01.00.030040-0-AC, também impetrado em favor do paciente, em que se pretendia obter, à época, o trancamento do inquérito policial:

Habeas corpus. Prisão temporária. Quadrilha. Fraude a vestibulares no Brasil inteiro. Paciente foragido. Tipicidade da conduta.

1. Estando o paciente sendo investigado por liderar quadrilha que obtém expressiva vantagem patrimonial com a fraude de diversos vestibulares, no Brasil inteiro, lesando não apenas o interesse dos candidatos inocentes (vítimas indeterminadas), mas também a credibilidade e eficiência da instituição que promove o certame (vítima direta e determinada), não se justifica o arquivamento do inquérito policial, sob o argumento de que a conduta que lhe está sendo imputada seria atípica.

(...)

3. Ordem denegada.

Confira-se o que disse a Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, em seu voto condutor:

No caso dos autos, contudo, o paciente está sob suspeita de ser o principal integrante de quadrilha que obtém expressiva vantagem patrimonial com fraude de diversos vestibulares, no Brasil inteiro, em detrimento não apenas dos demais candidatos (vítimas indeterminadas), mas da credibilidade e eficiência da instituição que promove o certame (vítima direta e determinada). Essa conduta que lhe está sendo imputada, dentre muitas outras que também lhe estão sendo atribuídas, não é atípica, não se justificando, portanto o seu pedido de arquivamento do inquérito policial.

De notar que o argumento de que não teria existido vítima certa ou prejuízo determinado não pode subsistir, tendo em conta que ao menos a Universidade Federal do Acre teve um prejuízo, como se vê da sentença condenatória, de aproximadamente R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), resultante dos dois anos em que os 28 alunos aprovados ilicitamente ali cursaram, até o advento de decisão, proferida em ação civil pública, que os afastou das cadeiras universitárias, integrando, em seu lugar, os candidatos classificados idoneamente.

Como visto, divergiu esta Turma da tese exposta no voto do Ministro Maurício Corrêa (INQ n. 1.145), asseverando que no *writ* aqui analisado estavam perfeitamente delineada a vantagem indevida, o meio fraudulento, o elevado prejuízo patrimonial, bem como as vítimas que o haviam suportado.

Aqui se entendeu que, estando presentes todas as elementares do tipo penal, não há que se falar em atipicidade da aludida “cola eletrônica” e menos ainda em trancamento da ação penal que envolvia a prática de diversos delitos.

É certo, contudo, que esta decisão foi reformada parcialmente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 88.967-AC que assim decidiu:

Habeas corpus. “Cola eletrônica”. Atipicidade. Trancamento parcial da ação penal contra o paciente.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito n. 1.145 (no qual fiquei vencido), reconheceu que a conduta designada “cola eletrônica” é penalmente atípica. O que impõe o trancamento, no ponto, da ação penal contra o paciente. Prosseguimento da ação penal, quanto a acusações de outra natureza. Ordem parcialmente concedida. (HC n. 88.967-AC, Relator o Ministro Carlos Britto, DJU de 13.04.2007)

Esclareceu o Ministro Carlos Ayres Brito em seu voto:

Nos termos da sentença condenatória, o ora paciente seria o líder de quadrilha que, por mais de 18 anos, teria fraudado exames de vestibulares de mais de 32 instituições de Ensino Superior. Fraude que se materializava mediante a venda de gabaritos, transmitidos aos alunos por um “aparelho microrreceptor eletrônico” (fls. 140).

Pois bem, em que pese meu pessoal posicionamento quanto à franca tipicidade da conduta designada por cola eletrônica (posicionamento que defendi no voto proferido no julgamento do Inquérito n. 1.145 e que farei anexar a este acórdão), o fato é que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, no mencionado julgamento do Inquérito n. 1.145, deu pela atipicidade de conduta em causa. Pelo que, em atendimento à orientação majoritária desta Casa, devo conceder em parte a presente ordem, de sorte a trancar a ação penal contra o paciente pelo crime de estelionato.

Dessa forma, em que pese o posicionamento já manifestado nesta Turma, entendo ser o caso de acolhimento da tese vencedora no Supremo Tribunal Federal, já acatada também nesta Corte pelo Ministro Felix Fischer tão somente para reconhecer a atipicidade da “cola eletrônica” e trancar a ação penal no que diz respeito às condutas tipificadas nos artigos 171, § 3º e 299 do Código Penal.

De outro lado, entendo que não deve ser trancada a ação penal no que diz respeito aos demais delitos, pois na linha dos precedentes mencionados, somente a conduta denominada como “cola eletrônica” é que está abrangida pela atipicidade, devendo ser mantida a persecução penal em relação às demais condutas típicas e autônomas.

Com efeito, a denúncia imputou ao paciente, além da fraude na obtenção das respostas dos concursos, os crimes de falsificação de documento público, uso de documento falso e formação de quadrilha.

No que interessa, disse a denúncia:

Trata-se de inquérito policial iniciado por Auto de Prisão em Flagrante (fls. 2-3), lavrado no dia 16 de dezembro de 2003, na cidade de Parnaíba-PI, por ocasião do exame vestibular da Universidade Federal do Piauí (PSIU) naquela cidade, onde as pessoas acima qualificadas foram descobertas participando e/ou beneficiando-se de uma organização criminosa especializada em fraudar concursos públicos.

O *modus operandi* da quadrilha consistia em falsificar documentos de identidade para que seus membros pudessem fazer as provas em nome de inscritos em concursos públicos, além de compra e venda de gabaritos e repasse dos mesmos através de códigos de vibrações em aparelhos celulares.

Há fortes indícios nos autos da atuação da quadrilha em diversos vestibulares e concursos públicos, como, por exemplo, o concurso do Banco do Nordeste do Brasil S/A, realizado recentemente (14.12.2003).

Tal organização criminosa cobrava altos valores dos inscritos para levar a efeito o estelionato.

Embora as investigações ainda não tenham sido totalmente concluídas, ou indícios já coletados até o presente momento, bem como a confissão dos envolvidos, já são suficientes para o oferecimento da denúncia, que poderá, inclusive, ser aditada posteriormente, de acordo com a evolução das diligências levadas a efeito pela Polícia Federal.

Relataremos, a seguir, a conduta de cada acusado em particular:

1) *Edilberto de Carvalho Gomes*

O primeiro denunciado, Edilberto de Carvalho Gomes, conforme o depoimento dos outros envolvidos, era o chefe da quadrilha.

(...)

As provas contra o advogado são reforçadas pelo material encontrado em seu poder e no das demais pessoas presas. Foram encontradas em seu apartamento vários recortes de jornais com listas de aprovados no vestibular de medicina e diversas universidades e várias fotos 3 x 4 de jovens ainda não identificados (fls. 216-217). Também foi encontrado, em seu poder, anotações de gabaritos, além de caderno de provas do concurso do Banco do Nordeste - BNB (fls. 42-43).

Em seus interrogatórios, Ferdinan Francisco do Nascimento (fls. 11-12), Osnan Soares Ferreira (fls. 13) e Tassiane Maria dos Santos Lucas Ferreira (fls. 20) afirmaram que, no interior do apartamento residencial do advogado, assinaram identidades falsificadas e realizaram a colheita de impressões digitais.

Ressalte-se que, no citado imóvel, de acordo com informação do APF Visgueira (fls. 215), havia sinais que equipamento de informática foi retirado pouco antes da chegada dos policiais que lá estiveram para cumprir mandado de busca. No entanto, no local foi apreendida uma máquina de escrever da marca Facit com tipo bastante semelhante ao utilizado nas carteiras de identidade falsificadas (fls. 216), aguardando-se laudo pericial para uma conclusão definitiva.

O acusado Edilberto de Carvalho Gomes, por sua vez, confessa o crime, tentando se justificar da seguinte forma: "... que envolveu-se em todo esse problema de fraude em concursos públicos apenas com a intenção de beneficiar sua namorada de nome Eliesse Gonçalves Lopes, que tinha o sonho de ser médica ..." (fls. 16).

(...)

4) *Osnan Soares Ferreira*

O quarto acusado Osnan Soares Ferreira, veio de Fortaleza-CE, juntamente com sua esposa, Tassiane, para, ambos, contratados por Edilberto, realizarem as provas em nome de outras pessoas.

Osnan Soares Ferreira confessou o crime e o seu depoimento impressiona pela riqueza de detalhes, tendo ele afirmado: "(...) que na última quarta-feira, deslucou-se de Fortaleza-CE para Teresina-PI, juntamente com sua esposa, ficando hospedado no apartamento do advogado Edilberto; que lá no apartamento foram apresentadas ao candidato e a sua esposa cédulas de identidade para que os mesmos assinassem e foi realizada a colheita de impressões digitais do conduzido e de sua esposa; que tais identidades eram para ser utilizadas no concurso do BNB e no vestibular da UFPI; que recorda que uma das identidades estava em nome de Samuel Douglas Leite Ferreira e outra estava em nome de Ivo Nunes de Macedo Júnior; que a identidade de Samuel foi utilizada pelo conduzido no concurso vestibular da UFPI, enquanto a de Ivo Nunes de Macedo Júnior foi utilizada no concurso do BNB; que recebeu do advogado cento e cinquenta reais para que o conduzido e sua esposa se deslocassem de Fortaleza-CE até Teresina-PI, ficando o advogado responsável pelas despesas em Parnaíba-PI; (...)". (fls. 13-14)

O acusado foi preso no momento em que fazia a prova do vestibular da UFPI em nome de Samuel Douglas Leite Ferreira, usando documentos falsificados.

(...)

6) *Tassiane Maria dos Santos Lucas Ferreira*

A sexta acusada, Tassiane Maria dos Santos Lucas Ferreira, veio de Fortaleza-CE, juntamente com seu marido, Osnan Soares Ferreira, para, ambos, contratados por Edilberto, realizarem as provas em nome de outras pessoas.

Tassiane confessou seu envolvimento no quadrilha e declarou: "... que conheceu a pessoa do advogado Edilberto Carvalho Gomes através do seu esposo; que há cerca de um ano quando acompanhou seu esposo até o Piauí para que o mesmo a mando de Edilberto realizasse provas em nome de terceiros no concurso vestibular da UFPI, ficou sabendo das fraudes envolvendo concursos públicos comandados pelo citado advogado; que para a realização das provas do concurso do BNB e do vestibular da UFPI no presente ano, Edilberto ofereceu para a conduzida e seu esposo a quantia de cinco mil reais, que não recebeu nenhuma

parte desse dinheiro, aliás o advogado Edilberto só auxiliou, com um quantia que a conduzida não sabe precisar, no deslocamento da mesma e de seu esposo de Fortaleza/Teresina e Teresina/Paranaíba, além de hospedagem durante a realização das provas; que assinou juntamente com seu esposo, no apartamento de Edilberto carteiras de identidade falsificadas e permitiu que fossem colhidas impressões digitais, devendo esse material ser utilizado nos concursos da UFPI e BNB; que se recorda que os documentos que assinou eram em nomes de Cristiane Alves Araújo e Cleidiane, pessoas que não recorda o sobrenome..." (fls. 20)

Ressalte-se que, no apartamento em que a acusada estava hospedada, localizado na Pousada Oba (Praia de Atalaia), foi encontrado um caderno de provas do concurso do BNB com um manuscrito "Cleidiane Francisca de Moura" (fls. 51).

(...)

7) *Ferdinan Francisco do Nascimento*

O sétimo acusado, Ferdinan Francisco do Nascimento, sociólogo, foi preso em sala de aula no momento em que realizada as provas do vestibular da UFPI em nome de Aurismar Francisco Bento, usando documentos falsificados.

Conforme ele mesmo declarou, também realizou provas do concurso do BNB em nome de José Lopes Filho, usando documentos falsificados.

O sociólogo confessou o crime e declarou: "(...) que algumas semanas após, foi chamado pelo advogado Edilberto até o seu apartamento no Edifício Van Gogh onde foi oferecida uma carteira de identidade em branco para que o conduzido assinasse e foi realizada a colheita das impressões digitais; que na mesma ocasião, após o conduzido apresentar fotos, foi oferecida uma outra carteira de identidade falsificada para ser utilizada nas provas do concurso do BNB, que recorda que a identidade falsificada para o concurso do BNB era em nome de José Lopes Filho e a identidade falsificada para o concurso da UFPI era em nome de Aurismar Francisco Bento; que realizou as provas do concurso do BNB, ocasião em que o gabarito seria passado pelo advogado Edilberto pelo celular em forma de mensagem na tela do aparelho (...)" (fls. 11-12).

Com o acusado foram apreendidos um telefone celular, uma carteira de identidade falsificada em nome de "Aurismar Franciso Bento", o caderno de provas, o cartão de inscrição no vestibular e o cartão do gabarito, todos em nome da mesma pessoa.

Ressalte-se que, no apartamento em que o acusado estava hospedado, localizado na Pousada Oba (Praia de Atalaia), foi encontrado um caderno de provas do concurso do BNB (fls. 51).

(...)

9) *Jonasclea Cavalcante do Nascimento*

A nona denunciada, Jonasclea Cavalcante do Nascimento, foi presa em sala de aula no momento em que realizava as provas de vestibular da UFPI em nome de Jamilly Nayara Alencar, usando documentos falsificados.

Conforme ela mesmo declarou, também realizou provas do concurso do BNB em nome de Silvânia Leite Ricardo, usando documentos falsificados

Jonasclea confessou o crime e declarou: "... que para falsificar as identidades acompanhou Edilberto até o Condomínio Santa Mônica próximo a Universidade Federal do Piauí; que lá chegando Edilberto recebeu as fotos, realizou a colheita de suas impressões digitais e pediu para que assinasse em nome de Jamilly Mayara Alencar, apresentando também na ocasião para também ser assinada pela conduzida uma carteira de identidade em nome de Silvânia Leite Ricardo, propondo também que a conduzida realizasse o concurso do Banco do Nordeste - BNB em nome de Silvânia Leite Ricardo (...); que nas provas do concurso vestibular da Universidade Federal do Piauí, campus Parnaíba, recebia do advogado Edilberto através de telefone celular, os gabaritos das provas; (...)" (fls. 18-25).

Como visto, a exordial acusatória descreve a prática de reiteradas e diversas condutas criminosas, que, em tese, adequam-se perfeitamente aos crimes de falsificação de documento público, uso de documento falso e formação de quadrilha, inclusive, tendo sido o paciente apontado como chefe da organização criminosa.

Verifica-se que, a peça acusatória preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo, com os elementos indispensáveis, a prática, em tese, dos delitos que menciona, com suas circunstâncias, permitindo ao acusado o conhecimento do que lhe é imputado, viabilizada, assim, a ampla defesa, inexistindo, portanto, qualquer motivo para o trancamento da ação penal.

Nesse sentido:

A - Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Não-ocorrência. Denúncia que narra o fato e suas circunstâncias. Falta de justa causa. Atipicidade da conduta. Impossibilidade de análise no âmbito estreito do *writ*. Constrangimento ilegal não-evidenciado. Ordem denegada.

1. O trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* reveste-se sempre de excepcionalidade, somente admitido nos casos de absoluta evidência de que, nem mesmo em tese, o fato imputado constitui crime.

2. O *habeas corpus* não se presta como instrumento processual para exame da procedência ou improcedência da acusação, com incursões em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, o

que só poderá ser feito após o encerramento da instrução criminal, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.

3. Havendo estrita observância dos requisitos legais previstos no art. 41 do Código Processo Penal, quais sejam, a exposição do fato criminoso, narrando todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a tipificação dos delitos por ele cometidos, não há falar em inépcia da denúncia, bem como falta de justa causa para a ação penal.

4. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação nela contida.

5. Ordem denegada.

(HC n. 81.982-PB, Relator o Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, DJe de 21.09.2009)

B - Habeas corpus. Dispensa indevida de licitação, ordenação de despesa não autorizada por lei, peculato, falsidade ideológica e formação de quadrilha. Falta de justa causa e inépcia da denúncia. Não-ocorrência. Descrição individualizada das condutas atribuídas ao paciente. Trancamento da ação penal. Inviabilidade. Indícios de autoria. Prova da materialidade. Ordem denegada.

1. O trancamento da ação penal, pela via do *habeas corpus*, é medida de exceção, só admissível se emerge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. Não se afigura inepta a denúncia que satisfaz todos os requisitos do art. 41 do CPP, sendo mister a deflagração da persecução penal, decorrendo de seus próprios termos a justa causa para a ação penal.

3. No caso, a peça acusatória, lastreada em inquéritos civil e policial, descreve as condutas atribuídas a cada um dos envolvidos, possibilitando o exercício do direito constitucional à ampla defesa.

4. Ordem denegada.

(HC n. 78.223-RN, Relator o Ministro *Og Fernandes*, DJe de 02.03.2009)

Também não há que se falar em absorção dos delitos anteriores (independentes e autônomos) pelo reconhecimento da atipicidade da “cola eletrônica” com a aplicação do princípio da consunção. “O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das **condutas ilícitas**, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.” (REsp n. 890.515-ES, Relator o Ministro *Gilson Dipp*, DJU de 04.06.2007). Se a “cola eletrônica” é conduta lícita como pode ela absorver uma conduta ilícita? Se é reconhecida a atipicidade dessa prática, significa que crime ela não é. Se não é crime, não pode absorver outras condutas típicas, ilícitas e autônomas.

Entender o contrário seria aplicar o princípio onde não foi prevista sua hipótese de incidência e criar uma situação em que uma conduta atípica absorveria outras condutas típicas, ilícitas e autônomas.

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Carlos Ayres Brito quando, reformando a decisão desta Corte, reconheceu a atipicidade da “cola eletrônica” e manteve o curso da ação em relação aos demais crimes (HC n. 88.967-AC). Em seu voto, consignou o ilustre Ministro:

Acresce que o prosseguimento da ação penal quanto aos demais delitos imputados ao paciente também me impede de conceder a ordem no que se refere ao crime de quadrilha.

Explico: muito embora deva ser reconhecida a atipicidade da prática da cola eletrônica, os outros fatos narrados na denúncia justificam, em princípio, o prosseguimento do feito também no que atine à formação de quadrilha ou bando.

Por esse modo de ver as coisas, o reconhecimento da atipicidade da conduta nomeada “cola eletrônica” não tem o efeito buscado na impetração - de gerar o trancamento integral da ação penal a que responde o paciente.

Neste sentido, a segunda manifestação ministerial pública, da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, *in verbis*:

Ora, tais infrações, se processualmente conexas à apuração do crime de cola eletrônica, dele destacam-se em comportamentos autônomos, tanto assim é que a apenação fixada obedeceu ao parâmetro do concurso material de infrações.

Por tudo quanto posto, conheço em parte da *habeas corpus* e, nessa parte, concedo a ordem requestada e determino o trancamento da ação penal contra o paciente, unicamente quanto ao crime de estelionato a ele imputado (Processo n. 2004.30.00.001204-0 - 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado do Acre).

Diante de todo o exposto, concedo parcialmente a ordem para trancar a ação penal de que aqui se cuida tão-somente no que diz respeito à conduta denominada de “cola eletrônica” (art. 171, § 3º e 299 do Código Penal), mantendo o regular prosseguimento em relação às demais condutas imputadas ao paciente.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 67.415-ES (2006/0215469-2)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: José Oswaldo Correa e outros

Impetrado: Desembargadora Federal Relatora do *Habeas Corpus* n.
200602010110596 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Ronaldy Rezende Vieira

Paciente: Nadir Patrocínio Vieira

Paciente: Sergio Teixeira de Almeida

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Crimes de falso, descaminho e quadrilha. 1. Inépcia formal. Falta de individualização das condutas. Constrangimento ilegal. Ocorrência. Extensão aos corréus. 2. Descaminho. Pendência de recurso administrativo. *Ubi eadem ratio, ubi idem ius*. Trancamento. Necessidade.

1. Cumpre ao acusador individualizar o comportamento típico, sob pena de enveredar pelos sombrios caminhos da responsabilidade penal objetiva, fazendo-se tábula rasa da garantia constitucional da ampla defesa.

2. Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral. Com a anulação do processo penal *ab initio*, verifica-se, desta forma, que o pagamento do tributo se insere anteriormente ao recebimento de eventual nova incoativa. Assim, é de se determinar o trancamento da ação penal no tocante ao descaminho.

3. Ordem concedida em parte, acolhido o parecer do Ministério Público Federal, para, apenas no tocante ao processo n. 2006.50.01.007773-8: a) anular o processo, dada a inépcia formal de denúncia; estendendo-se os efeitos aos demais corréus, nos moldes do art. 580 do Código de Processo Penal, e, b) em relação ao crime de descaminho, trancar a ação penal, em razão da falta de justa causa - pagamento do tributo antes do recebimento de eventual nova denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, com extensão aos corréus Apolonia Horbelt Tohnes, Carlos Alberto de Abreu Junior, José Boeira, José Elias de Paulo e Mauro Carvalho Pitanga, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e Nilson Naves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 28.09.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Ronaldy Rezende Vieira*, *Nadir Patrocinio Vieira* e *Sergio Teixeira de Almeida*, contra ato da Desembargadora Federal Liliane Roriz, relatora do *Habeas Corpus* n. 200602010110596 do *Tribunal Regional Federal da 2ª Região* que indeferiu liminar em anterior *writ* para sustar o andamento da ação penal.

Os pacientes estão sendo processados pela suposta prática dos delitos dos arts. 288, 299 e 304 e 334, todos do Código Penal, em concurso material, pelos fatos assim descritos na denúncia:

Consta do Procedimento Administrativo Criminal n. 1.17.000.000587/2006-06 anexo, que a Auditoria Fiscal da Receita Federal, em fiscalização rotineira realizada nas importações das mercadorias registradas pela empresa *O&F Comercial Imp. e Exp. Ltda.*, com sede em Vitória-ES, acobertada pelas DI's 06/0071058-5 e 06/0071070-4, registradas em 18.01.2006 e procedentes do Reino Unido, constatou que esta em conluio com a empresa *Tanalot Comércio Exterior Ltda.*, sediada no Rio de Janeiro-RJ, doravante denominada *Tanalot*, participavam de um esquema em que restou configurada a figura da interposição

fraudulenta, praticado com a finalidade de suprimir o pagamento dos impostos que normalmente seriam devidos, caso o procedimento de nacionalização regular fosse observado.

Inicialmente, passaremos a esclarecer os atos relativos às operações de importação a fim de serem caracterizadas as condutas dos denunciados.

A empresa *O&F Comercial Imp. e Exp. Ltda.*, denominada aqui como O&F, com sede no Espírito Santo é uma *trading* beneficiária do Fundap. As normas aplicáveis para a sistemática do Fundap englobam alguns benefícios, auferidos somente pelas empresas cadastradas junto ao Fundap, cujo objetivo é promover o incremento das exportações e importações através do Porto de Vitória, a teor da Lei n. 2.508 de 22.05.1970.

Nas operações de importação, as empresas fundapianas atuam comprando mercadorias no exterior para revendê-los no mercado nacional. Buscando atingir seus fins sociais, estas sociedades comumente mantêm escritórios no exterior e/ou ajustes comerciais com empresas do mesmo gênero situadas no estrangeiro.

As operações de importação podem ocorrer por conta e risco da *trading* e por conta e ordem de terceiros. Na modalidade por conta e risco próprios, a importadora adquire a mercadoria no exterior, nacionaliza e distribui no mercado nacional. Agindo assim, essa empresa importadora, fica automaticamente equiparada a indústria e recolhe IPI na venda no mercado nacional.

Na importação por conta e ordem de terceiros, o importador adquire mercadoria no mercado exterior e contrata uma prestadora de serviços para que nacionalize as suas mercadorias. Da mesma forma, essa empresa importadora de fato, fica igualmente equiparada a indústria.

No presente caso, a empresa O&F, nas importações que realizou relativa às DI's 06/0071058-5 e 06/00710770-4, ambas procedentes do Reino Unido, declarou que as mesmas eram *por conta e risco próprios*.

As mercadorias acobertadas por tais DI's, foram retidas na Alfândega em função da inclusão da empresa O&F em procedimentos especiais de fiscalização aduaneiras, nos termos da IN SRF228. No desenrolar da ação fiscal, vários indícios, principalmente no que diz respeito à condição financeira da O&F, apontaram para a existência de interposição fraudulenta, envolvendo o importador de fato.

Em diligência, a Receita Federal comprovou (fls. 10-11) que em relação à O&F:

- a integralização do capital não foi comprovada;
- o pagamento dos impostos no registro das DI's, foram suportados por adiantamento dos adquirentes das mercadorias;
- todas as DI's registradas pela O&F foram na sistemática por conta e risco próprios.

Cumprе mencionar que a empresa O&F fora, em tese, constituída em 11.1999, ocasião em que a integralização do capital foi feita diretamente contra a conta caixa, ficando esse saldo, inalterado até março de 2005, quando a sua movimentação teve início. Conforme demonstrado pela Receita Federal às fls. 10 e 117, a movimentação que se seguiu a partir da integralização do capital teve como intuito zerar esse saldo, existente de forma gráfica, aproveitando para isso o registro de valores hipotéticos, não movimentados pela empresa, como por exemplo o pagamento de empréstimo ao Sr. *Sérgio Teixeira de Almeida*, no valor de R\$ 30.000,00, em tese pago em agosto de 2005; contudo, em tal época, o mesmo apresentou um saldo de apenas R\$ 4.354,22, o que demonstra a fraude. Ficto também era o registro do pagamento de impostos no registro das DI's relacionadas, os quais são debitados em conta corrente, motivo pelo qual não poderiam ser pagos em dinheiro.

Ademais, impende mencionar que os agentes de fiscalização, analisando a condição financeira da empresa O&F (fls. 111-117), puderam constatar que a movimentação demonstra que todas as despesas de importação, aí incluídos os débitos referentes aos impostos, assim como as contratações de câmbio, eram arcados por seus clientes, que adiantavam a referida quantia. Isso é facilmente comprovado quando se analisa o fluxo bancário da importadora em questão (fls. 18-19, 112-113).

Da interposição fraudulenta

Em continuidade da ação fiscal, a Receita Federal, verificando os dados cadastrais de todos os envolvidos no procedimento fiscal, verificou a falta de condição financeira da sócia pessoa jurídica, incluída na sociedade em 12.2004.

E em diligência ao estabelecimento da empresa O&F, no cotejo dos documentos existentes nas pastas que serviam de arquivo para os processos das DI's em questão, foram apresentados documentos que comprovam a cobrança contra a empresa *Tanalot Comércio Exterior Ltda.*, feitos em 10.11.2005, para efeito de liquidação de antecipação de parte do câmbio (fls. 164-180), comprovando que o verdadeiro comprador das mercadorias no exterior que promoveu a sua nacionalização em território nacional é a *Tanalot*, que se utilizou da O&F para nacionalizá-las.

Dessa forma, a compradora de fato (real importadora) das mercadorias em questão, é a empresa *Tanalot*, visto estar sendo cobrada pelo fechamento de câmbio, e não pela aquisição de mercadoria nacionalizada (fls. 164 e 180), e ainda deve ser mencionado que os documentos citados, vinculam tal cobrança a uma fatura proforma, que é um documento anterior aos documentos que suportaram as DI's registradas, e não a uma nota fiscal ou documento equivalente.

Assim, todos os custos correspondentes às importações em questão foram suportados pela *Tanalot*, a verdadeira compradora de bens no exterior.

Dessa forma, verifica-se que, no caso, a O&F é mera prestadora de serviços, e poderia ter nacionalizado, ditas mercadorias, identificando de forma correta o adquirente, e declarando a importação na sistemática “por conta e ordem de terceiro”. Entretanto, a empresa *Tanalot*, para constar corretamente conforme esclarecido, precisaria estar credenciada junto à SRF, e justificar condições financeiras lícitas para tanto.

Dos efeitos da interposição fraudulenta

Como já mencionado, a O&F é uma empresa fundapiana. O Fundap é um Fundo para o desenvolvimento da Atividade Portuária, pelo qual o governo estadual concede benefícios fiscais (diferimento do ICMS) e financeiros (empréstimo subsidiado).

Na modalidade de importação por conta e risco próprio, como já dito, a empresa importadora adquire a mercadoria no exterior, nacionaliza e distribui no mercado interno. Agindo, assim, essa empresa importadora, fica automaticamente equiparada à indústria e recolhe IPI na venda no mercado nacional, da mercadoria nacionalizada, por força do que determina o art. 9º, I, do Decreto n. 2.637/1998. Nessa sistemática, o distribuidor, vendedor por atacado ou outra empresa que vá vender essa mercadoria adquirida, já nacionalizada, não fica equiparado a industrial e conseqüentemente não é alcançado pelo IPI sobre a diferença entre a compra e a venda das mercadorias.

No caso em tela, no momento em que a O&F declarou-se como importadora por conta e riscos próprios, permitiria que a *Tanalot* pudesse, ao adquirir as mercadorias da O&F, como nacionalizadas, além de permanecer oculta em todos os procedimentos, vender esses bens em território nacional, sem o pagamento do IPI sobre a diferença entre o preço de compra e de venda.

O IPI é regido pelo princípio da não-cumulatividade e incide sobre produtos industrializados, nacionais e estrangeiros, sendo devido somente sobre o valor acrescido na saída das mercadorias do estabelecimento do importador, já que sua primeira incidência ocorre por ocasião do desembaraço.

Os importadores e/ou adquirentes de mercadorias estrangeiras por meio de pessoa jurídica importadora são equiparados a industrial e a saída da mercadoria do estabelecimento equiparado a industrial, mesmo que esse estabelecimento não tenha realizado a importação diretamente, constitui fato gerador do IPI.

De acordo com o art. 23 do Decreto n. 2.637/1998, a *Tanalot* é considerada como contribuinte do IPI a empresa na condição de importadora, em relação ao fato gerador decorrente do desembaraço aduaneiro de produto de procedência estrangeira, e na condição de estabelecimento equiparado a industrial, quanto ao fato gerador relativo aos produtos que dele saírem.

Assim, o adquirente, ao comercializar (ou seja, dar saída) os produtos importados por meio de pessoa jurídica importadora, figurará como contribuinte do IPI, sendo devido o valor do imposto calculado a partir da diferença entre o preço de entrada e o preço de saída (não cumulatividade).

Na hipótese do verdadeiro adquirente da mercadoria ocultar-se, não se apresentando à fiscalização nos termos da IN SRF n. 225/2002, e/ou interpor terceira pessoa na operação, estará afastando fraudulentamente sua condição de contribuinte do IPI, pretendendo não cumprir com a obrigação tributária exposta acima, conforme demonstrado às fls. 31-33. Caso tivessem sido nacionalizadas as mercadorias em questão, estando ocultada a *Tanalot*, esta contornaria a equiparação a estabelecimento industrial, para efeito de incidência do IPI, sonogando 27% dos tributos incidentes (fls. 34).

Cumpre mencionar que no caso da correta utilização da sistemática de importação por conta e ordem de terceiros, os níveis de recolhimento de tributos são os mesmos, os reais importadores economizam nas despesas com a nacionalização e aproveitam suposta agilidade de empresas que normalmente operam com o comércio exterior.

Desse modo, sendo a importação declarada pela O&F como *por conta e risco próprio* e sendo esta uma empresa *Fundapeana*, isso possibilitaria à empresa *Tanalot* - importadora de fato - a obtenção das mercadorias estrangeiras, através da interposição da O&F, como nacionalizadas sem que fosse necessário o pagamento do IPI no montante que seria devido caso a real importadora (*Tanalot*) realizasse a nacionalização dos produtos estrangeiros.

Por ter se utilizado de tal interposição fraudulenta a *Tanalot* foi punida com perdimento de todas as mercadorias por ela importadas, conforme registrado à fl. 10, com base no inc. V, c/c parágrafo único, ambos do art. 23 do Decreto-Lei n. 1.455/1976;

Pelo narrado, percebe-se facilmente que as empresas O&F e *Tanalot* realizaram atos simulados, valendo-se de documentos ideologicamente falsos, com os quais conseguiram fazer com que uma empresa *Fundapeana* fosse a verdadeira importadora, registrando as DI's como sendo por conta e risco próprio da O&F, ocultando desta feita o real importador, a fim de que o mesmo deixasse de arcar com parte dos tributos por ele devidos.

As falsificações ocorreram em três momentos distintos: 1) quando declararam como importadora a O&F por conta e risco próprios (fls. 153-156, 169-172); 2) ao registrarem a O&F como importadora - fatura internacional, *Invoice* (fls. 158-160 e 174); 3) na falsidade do AWB (BL), pois da mesma forma, registra a O&F como importadora (fls. 157 e 173).

A autoria restou comprovada vez que a empresa *Tanalot Comércio Ltda.* tem como sócios responsáveis *Carlos Alberto de Abreu Júnior* e *José Boeira*.

A empresa *O&F Comercial Importadora e Exportadora* tem como sócios *Nadir Patrocínio Vieira* e *Ultrassupply Import & Export Ltda.*, tendo esta última *Ronaldy Rezende Vieira* e *Nadir Patrocínio Vieira* como sócios.

E cabe mencionar que conforme informação da Receita Federal às fls. 13, a empresa *Ultrassupply*, em tese, nunca teve o seu capital integralizado, pois foi constatado que até as despesas mais simples são pagas pela O&F.

Ademais, a empresa O&F tem como diretor *Sérgio Teixeira de Almeida* (fls. 115), responsável pelas operações com o comércio exterior.

Para a concretização do esquema descoberto foi também imprescindível a participação de um despachante aduaneiro, no caso a Sr^a *Apolonia Horbelt Tohnes*, responsável pela apresentação dos documentos e declarações falsas à SRF, que o fez representando a importadora ficta, no caso a O&F (fls. 13).

E cumpre destacar a informação de fls. 11-12, referente à ligação entre a O&F e a empresa *Eplo Trading S/A.*, envolvida na época dos fatos, em ação fiscal que apurava exportação ficta e outras ilicitudes no comércio exterior, tendo sido autuada. Como consta às fls. 12, foi apurado pela Receita Federal que em 10.10.2005, a O&F pagou fatura em nome da *Eplo*, referente a despesas com passagens aéreas (fls. 151 e 152).

Desse modo, evidente a interferência dos administradores da *Eplo* na administração da O&F, e conseqüentemente, nos fatos ilícitos acima narrados. E, ainda de acordo com a informação de fls. 12, o administrador no cadastro do CNPJ como dirigente dessa empresa o Sr. *Mauro Carvalho Pitanga*. Estes dois últimos são irmãos respectivamente de *Osvaldo Elias de Paulo* e *Flávio Carvalho Pitanga*, que foram os sócios originários da empresa O&F, conforme informação de fls. 11-12. Ademais, a empresa *Ultrassupply*, foi constituída em 10.2003 pelos sócios *José Elias de Paulo* e *Ademir Bezerra Lemos*. Assim, observa-se as diversas ligações de *José Elias Paulo* e *Mauro Carvalho Pitanga* com a administração da O&F.

Pelo exposto, percebe-se que os denunciados associaram-se com o fim de inserirem declarações falsas em documentos destinados à Secretaria da Receita Federal - Alfândega, buscando, com isso, iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no Brasil.

Face ao exposto, este *parquet* federal requer seja a presente denúncia recebida, autuada juntamente com o Procedimento Administrativo n. 1.17.000.000587/2006-06 que a instrui, e processada, produzindo-se prova por todos os meios em direito admitidos.

Requer, por fim, sejam os denunciados citados, interrogados e, após os trâmites legais, condenados às penas cominadas nos arts. 288, 299, 304 e 334, na forma do art. 69 e art. 29, todos do Código Penal. (fls. 30-40)

Alega o impetrante que a exordial acusatória baseou-se quase que exclusivamente no auto de infração lavrado pela Receita Federal, e que não expôs de modo claro a conduta do paciente. Em seu entender, “vê-se claramente que a malsinada peça acusatória centra-se na descrição da conduta da empresa O&F Comercial Imp. e Exp. Ltda. Porém, queda-se silente ante à eventual e suspirada conduta do(s) seu(s) sócio(s), *in casu*, ora pacientes, não descrevendo, mercê disso, qualquer liame de vinculação subjetiva deste em relação àquela”

(fls. 5-6). Defende, assim, que a denúncia procurou imputar aos pacientes uma responsabilidade objetiva pelos fatos narrados.

Entende, ainda, que falta justa causa à ação penal porque o procedimento administrativo instaurado para a apuração do delito tributário em questão ainda não teria se encerrado.

Pediu, liminarmente, a sustação do andamento da ação penal. E, no mérito, pleiteia-se o trancamento da ação penal.

Por meio da decisão de fl. 677, o eminente Ministro Nilson Naves, em razão de minha ocasional ausência, nos moldes do art. 52, I do RISTJ, deferiu a liminar para sustar o andamento da ação penal, *ad referendum* desta Ministra. Tal *decisum* restou mantido à fl. 685.

As informações foram prestadas às fls. 692-860 e 891-907.

Diante da circunstância da ausência de julgamento do mérito do prévio *writ*, em 26 de maio de 2009, por meio da decisão de fls. 880-881, suspendi o andamento desta ordem, até que se ultimasse a apreciação daquele *mandamus*.

O Ministério Público Federal apresentou parecer de fls. 862-873, da lavra do Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos, opinando no sentido da concessão parcial da ordem, para trancar tão-somente a Ação Penal n. 2006.50.01.007773-8, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, com a descrição concreta da conduta individualizada dos sócios, acaso envolvidos em conduta configuradora de crime, exceto no caso dos crimes tributários, a depender da conclusão do procedimento administrativo-fiscal.

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, obteve-se a informação de que o primeiro *mandamus* foi julgado em 21 de julho de 2009, restando a ordem denegada, nos seguintes termos:

Visa, o impetrante, através do presente *writ*, obter o trancamento das ações penais n. 2006.50.01.007773-8 e 2006.50.01.008019-1 (apenso), por entender ser a denúncia inepta e em virtude da existência de procedimento administrativo-fiscal ainda não encerrado.

Oportuno esclarecer que os presentes autos ficaram acautelados na Subsecretaria da 2ª Turma Especializada de 09 de janeiro de 2008 (fls. 938) até 28.05.2009 (fls. 940), em virtude da ocorrência de erro material no despacho de fls. 935 gerado pelo entendimento de que a decisão que deferiu a liminar no HC n. 67.415-ES prolatada pelo STJ suspendeu o andamento do presente, quando na verdade apenas sobrestou o andamento da ação penal originária.

Desta forma, sanado o equívoco, passo ao julgamento do *writ*, analisando, primeiramente, a alegação relativa à necessidade do encerramento do procedimento administrativo fiscal como condição para o oferecimento da ação penal.

Conforme o Ofício de fls. 957, o auto de infração consubstanciado no processo administrativo n. 12466.000901/2006-15 foi encerrado com o pagamento pela Empresa O&F Comercial Importadora e Exportadora Ltda.

Assim, o débito fiscal da empresa da qual os pacientes são sócios foi quitado.

Entretanto, os pacientes foram denunciados pelos delitos de formação de quadrilha, falsidade ideológica, uso de documento falso e descaminho. Não lhes foi imputada, pelo menos quanto à tipificação penal, conduta relativa a crime contra a ordem tributária (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990), delitos que, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003, têm sua punibilidade extinta quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais.

Assim, como o acusado deve se defender dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação apresentada pela acusação, cabe analisar se as condutas imputadas aos ora pacientes se enquadram nos delitos contra a ordem tributária.

(...)

Assim, as condutas descritas na denúncia narram a fraude por meio da denominada interposição fraudulenta com a finalidade de suprimir o pagamento de impostos.

O membro do *Parquet*, em seu parecer, resumiu de forma clara os acontecimentos que levaram à interposição da ação penal originária:

Segundo consta na denúncia, a O&F é beneficiária do Fundap (Lei n. 2.508/1970), programa de incentivo financeiro às importações, realizado pelo Governo do Espírito Santo, através do qual as empresas cadastradas podem realizar operações de importação de duas formas: i.) por conta e risco da própria empresa, quando a própria beneficiária do Fundap é contribuinte do IPI e a empresa que adquira mercadoria já nacionalizada não é alcançada pela incidência do referido imposto sobre a diferença entre a compra e venda das mercadorias; ii.) por conta e ordem de terceiros, quando a contribuinte do IPI é terceira empresa, prestadora de serviços, responsável pela nacionalização dos produtos importados.

No decorrer do procedimento administrativo-fiscal restou apurado que a empresa O&F realizou importações na sistemática “por conta e risco próprios”, ocorrendo que, na verdade, a real compradora da mercadoria importada era a empresa *Tanalot*, que não estava credenciada no Fundap.

Assim, no momento em que a O&F declarou-se como importadora por conta e risco próprio, permitiu que a *Tanalot*, importadora de fato,



adquirisse a mercadoria já nacionalizada sem o pagamento do IPI sobre a diferença entre o preço de compra e venda.

Nesse passo, concluiu a peça acusatória que a O&F e a *Tanalot* realizaram ato simulado, valendo-se de documentos ideologicamente falsos com a finalidade de ocultar o real importador das mercadorias e sonegar a incidência do imposto devido na transação comercial.

Da narrativa, depreende-se que, o contribuinte do imposto supostamente sonegado é a empresa *Tanalot*. Assim, para os réus relacionados à citada empresa é possível imputar, também, de acordo com os fatos narrados, a prática de crime contra a ordem tributária. Entretanto, há indícios de outros crimes, como formação de quadrilha.

Desta forma, não é possível em sede de *habeas corpus*, considerar, apenas, os fatos relativos à sonegação do IPI a fim de analisar a justa causa para a ação penal ou a extinção da punibilidade.

Importante acrescentar, também, que os pacientes são sócios da empresa O&F, que supostamente burlou as regras do Fundap – fundo para promoção do incremento das importações e exportações no Porto de Vitória – para transferir benefícios específicos das empresas cadastradas para a *Tanalot*.

Não são, assim, representantes da empresa contribuinte nem responsável pelo pagamento do tributo devido, sendo questionável seu enquadramento como sujeito ativo de tal delito.

Em conclusão, é prematuro, tendo em vista a atual fase do processo, entender configurado na denúncia apenas o delito contra a ordem tributária, extinguindo, em consequência, a punibilidade demais delitos imputados aos pacientes, pois há indícios da prática de outros crimes autônomos.

Por haver possibilidade das condutas dos pacientes terem uma amplitude maior do que a burla ao fisco para evitar o pagamento de IPI, os réus da ação penal originária não foram denunciados com base apenas na simples sonegação de imposto, mas nos indícios de formação de quadrilha, falsidade ideológica e uso de documento falso. Estes, repito, supostamente ultrapassam a finalidade de suprimir imposto, não havendo nos autos a demonstração inequívoca da prática de delito tipificado na Lei n. 8.137/1990.

Além disso, há, também, a imputação da prática do crime de descaminho.

Entendo necessária, pois, o prosseguimento da instrução criminal, com a colheita e análise aprofundada de todo o conjunto probatório, para que a capitulação das condutas possa ser corretamente analisada. Tal exame ocorrerá no momento da sentença, pois a dilação probatória é incompatível com a via angusta deste remédio constitucional.

Feitas tais considerações, entendo que não merece acolhida a alegação de inépcia da denúncia pela ausência da devida descrição de conduta típica, ilícita

e culpável, pois a mesma só é assim reconhecida quando a sua narrativa dificulte ou impossibilite a compreensão dos fatos delituosos pelo acusado, o que não ocorreu no presente caso.

Da leitura da exordial acusatória depreende-se que a utilização da empresa O&F para prática dos supostos delitos imputados aos pacientes foi minuciosamente descrita e explicada pela acusação, numa sequência lógica, conforme a suposta participação de cada réu na apontada associação.

Ao contrário do sustentado na inicial do presente, há descrição de condutas típicas supostamente praticadas pelos pacientes e demais co-réus.

A narrativa foi corroborada pela documentação que deu origem ao procedimento administrativo-fiscal, e não só pelo auto de infração como afirma o impetrante. Tal conjunto probatório é suficiente para, num juízo inicial, configurar a materialidade dos delitos.

Outro argumento apresentado pelo impetrante para sustentar a dificuldade imposta pela denúncia para a defesa dos pacientes é relativo à ausência de individualização da conduta de cada acusado, o que também acarretaria a nulidade da denúncia.

Ora, a narração detalhada do apontado esquema criminoso dentro do qual os pacientes supostamente cometiam os crimes imputados por meio da utilização de pessoa jurídica da qual eram sócios é suficiente para individualizar suas condutas.

Ademais, a individualização do *modus operandi* dos pacientes não precisa ser delineada na denúncia, pois a jurisprudência pátria já assentiu que, em se tratando de crime societário ou de autoria coletiva, é desnecessária a descrição individualizada e minuciosa da conduta de cada agente, bastando que a denúncia narre o fato tido como ilícito, mesmo que de modo genérico, o que ocorreu no caso ora em tela.

Por fim, insurge-se o impetrante contra o que entende ser a responsabilização objetiva penal dos pacientes, por entender que não restou demonstrado o nexo de causalidade entre o agir dos pacientes e os fatos narrados.

Aponto que o liame subjetivo entre os pacientes e os delitos praticados em tese por meio da empresa atuada deve ser analisado com o apoio dos contratos sociais e procurações da O&F acostados aos autos.

O MPF assim apontou os indícios de autoria:

A autoria restou comprovada vez que a empresa *Tanalot Comércio Exterior Ltda* tem como sócios responsáveis *Carlos Alberto de Abreu Junior* e *Jose Boeira*.

A empresa *O&F Comercial Importadora e Exportadora* tem como sócios *Nadir Patrocínio Vieira* e *Ultrassuply Import. & Export. Ltda.*, tendo esta última *Ronaldy Rezende Vieira* e *Nadir Patrocínio Vieira* como sócios.

E cabe mencionar que conforme informação da Receita Federal às fls. 13, a empresa *Ultrassupply*, em tese, nunca teve o seu capital integralizado, pois foi constatado que até as despesas mais simples são pagas pela O&F.

Ademais, a empresa O&F tem como diretor *Sérgio Teixeira de Almeida* (fls. 115), responsável pelas operações com o comércio exterior.

Conclui-se, assim, que à imputação da responsabilidade penal aos pacientes foi fundamentada em algumas provas.

A primeira é o contrato social de fls. 179-193, no qual passam a figurar como únicos sócios da O&F o paciente *Nadir* e a empresa *Ultrassupply*, cujos sócios são o mesmo *Nadir* e o paciente *Ronaldy*, este último sócio administrador.

Na cláusula VII do citado documento, que trata da administração da empresa, está explícito que “a sociedade será administrada exclusivamente pelo Sócio o Senhor *Nadir Patrocínio Vieira* e pelo Sr. *Ronaldy Rezende Vieira*”.

Assim, o fato dos pacientes *Nadir* e *Ronaldy* figurarem como administradores da empresa por meio da qual os fatos ilícitos foram praticados são indícios suficientes de autoria, capazes de ensejar o recebimento de denúncia que, ressaltado, requer, tão somente, indícios da materialidade do crime e de sua autoria, pois vige nesse momento o princípio do *in dubio pro societate*, ficando a certeza quanto à procedência ou não da ação penal afeita à sentença, após a apuração da verdade dos fatos pelo Poder Público.

Ademais, quanto ao paciente *Ronaldy*, a procuração de fls. 195 confere-lhe poderes para administrar e gerir a empresa, reforçando os indícios já existentes.

No tocante ao paciente *Sergio*, ainda que não figure como sócio da empresa, possui subestabelecimento outorgado pelo paciente *Ronaldy* para administrar e gerir a empresa.

Além disso, ambos figuram responsáveis e representantes da empresa para acompanhar a ação fiscal que deu origem à ação penal ora discutida perante a Receita Federal (fls. 221), assinando diversos documentos de defesa apresentados perante o órgão fiscal acostados aos autos e aos seus apensos.

Não resta comprovado no presente, assim, constrangimento ilegal imposto aos pacientes.

Isto posto, *denego a ordem*.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O presente *writ* possui envolvimento de duas questões. A primeira refere-se à inépcia formal da denúncia;

e, a segunda diz com a impossibilidade de se promover a persecução penal fiscal diante da pendência de recurso administrativo.

De saída, é importante consignar que, com o julgamento do mérito da anterior impetração, não resta prejudicada a presente ordem, pois, com a denegação, resta mantida a irresignação já adiantada.

1. *Inépcia formal da denúncia*

Penso ser relevante registrar o seguinte trecho do parecer do Ministério Público Federal, em segundo grau, da lavra do Procurador Regional da República Aloísio Firmo Guimarães da Silva:

(...)

De notar-se, inclusive, que, assim como no aspecto processual, no que se refere ao próprio objeto do *writ*, não se vislumbra qualquer interferência ou contribuição da decisão do STJ, eis que totalmente vazia em sua “fundamentação” jurídica e contrária ao prescrito no verbete sumular n. 691 do STF, *mutatis mutandis*. (fls. 818-819).

Diferentemente dessa manifestação, o Subprocurador-Geral da República, Dr. Brasilino Pereira dos Santos, com propriedade, não se olvidou que tanto esta Corte quanto o Pretório Excelso vem superando o teor da Súmula n. 691 do STF, em casos de flagrante ilegalidade:

De início, constata-se que o ato apontado como coator está consubstanciado no indeferimento de medida liminar, requerida no *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal *a quo*, ainda pendente de julgamento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, adotando o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no enunciado da Súmula n. 691, orienta-se no sentido do não-conhecimento do pedido, salvo se constatada ilegalidade flagrante.

Pretendem os impetrantes, no presente *habeas corpus*, primeiramente, “o sobrestamento da Ação Penal n. 2006.50.01.007773-8, e (do) processo apenso 2006.50.01.008019-1, em curso na Douta 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Vitória-ES” e, ao final, “o trancamento da mencionada ação penal”, por motivo de inépcia.

A inépcia da denúncia decorre, segundo os impetrantes, do fato de não ter havido a individualização das condutas dos pacientes, faltando-lhe, ainda, a comprovação da materialidade dos crimes, eis que o procedimento administrativo fiscal não foi concluído, estando ainda o crédito fiscal sendo discutido administrativamente.

Primeiramente, temos que não é possível o trancamento da Ação Penal n. 2006.50.01.008019-1, porque, consoante informações à fl. 814, o apensamento das referidas ações penais ocorreu tão-somente por causa da conexão instrumental (CPP, art. 76, III), tratando-se, portanto, de fatos distintos, que não podem ser analisados conjuntamente, posto que não foi acostada a cópia da respectiva denúncia.

Relativamente ao trancamento da Ação Penal n. 2006.50.01.007773-8, decorrente da ausência de indícios de materialidade, face ao não-encerramento do procedimento administrativo-fiscal, a Defesa aponta como meio probatório a impugnação formulada e o andamento do processo administrativo às fls. 44-45.

Também, à fl. 814, o Juízo Monocrático informou que:

A defesa dos pacientes requereu (...) o sobrestamento das ações penais em tela, alegando que o procedimento administrativo objeto das denúncias ainda não foi definitivamente julgado. Em vista de tal alegação, este Juízo determinou (...) a expedição de ofício à Receita Federal solicitando informações acerca da existência de recursos nos processos administrativos que ensejaram estas ações penais. Até a presente data o referido ofício ainda não foi respondido.

De qualquer forma, a prova do encerramento do procedimento administrativo-fiscal, na linha da jurisprudência dominante, incumbe ao Ministério Público Federal que, na espécie, sequer impugnou a tese defensiva, concretamente, tendo apenas sustentado tese jurídica em sentido oposto.

Temos, portanto, como correta a decisão que deferiu o pedido de liminar, para o trancamento da ação penal, até decisão colegiada desta Corte Superior de Justiça, especialmente no que diz respeito aos crimes tributários.

No atinente aos demais crimes, de natureza não tributária, comungamos com o Ministério Público Federal, com atuação em 2º Grau, em sua tese no sentido de ser “irrelevante para o deslinde da questão versada nos autos” no que se “refere aos delitos capitulados nos arts. 288, 299 e 304, todos do Código Penal, tendo em vista que, por se tratarem de crimes autônomos, não configurando crimes tributários, não se vislumbra a necessidade de apurar se o tributo é ou não devido” (fls. 811).

Todavia, quanto a estes crimes de natureza não tributária, igualmente temos que o trancamento da ação penal, na espécie, é inquestionável, por causa do caráter genérico da denúncia na descrição dos fatos, sem imputar concretamente as condutas delituosas aos sócios.

Acaso houvesse sido instaurado inquérito policial, para a oitiva dos sócios e demais responsáveis pela gestão comercial e financeira das pessoas jurídicas, certamente teria o Ministério Público Federal encontrado elementos concretos para descrever com detalhes a conduta e a intensidade da participação de cada

sócio, em vez de incluir o nome de todos sob a acusação, como se fossem uma só pessoa física, respondendo solidariamente apenas pelo fato de serem sócios.

Como se sabe, a responsabilidade solidária, conquanto em sede de direito privado tenha respaldo jurídico, no atinente às acusações de prática de crime já não é passível de aceitação, por decorrência do princípio constitucional que determina a individualização da conduta criminal e que as conseqüências do crime não podem alcançar senão seu autor, segundo as definições inscritas em cada tipo penal pelo legislador.

Para se chegar à conclusão de que se trata de acusação genérica e solidária, somente pelo fato de serem sócios, pedimos vênia por trasladar para aqui o inteiro teor da peça acusatória, a fim de melhor facilitar o acesso a esta peça e, assim, a análise das teses defensivas, por nos parecerem razoáveis (fls. 30-40):

(...)

Feita essa leitura da peça acusatória, infere-se, notadamente dos termos destacados [grifados], que a acusação parece dirigida genericamente contra a pessoa jurídica, eis que sequer individualiza ou identifica a conduta, em concreto, da pessoa física dos sócios.

Nas poucas vezes em que menciona o nome dos sócios, a denúncia limita-se a apontar o seguinte:

como por exemplo o pagamento de empréstimo ao Sr. *Sérgio Teixeira de Almeida*, no valor de R\$ 30.000,00, em tese pago em agosto de 2005; contudo, em tal época, o mesmo apresentou um saldo de apenas R\$ 4.354,22, o que demonstra a fraude. (...)

A autoria restou comprovada vez que a empresa *Tanalot Comércio Exterior Ltda* tem como sócios responsáveis *Carlos Alberto de Abreu Junior* e *Jose Boeira*.

A empresa *O&F Comercial Importadora e Exportadora* tem como sócios *Nadir Patrocínio Vieira* e *Ultrassupply Import. & Export. Ltda*, tendo esta última *Ronaldy Rezende Vieira* e *Nadir Patrocínio Vieira* como sócios.

Ademais, a empresa O&F tem como diretor *Sérgio Teixeira de Almeida* (fls. 115), responsável pelas operações com o comércio exterior.

Para a concretização do esquema descoberto foi também imprescindível a participação de um despachante aduaneiro, no caso a Sra. *Apolonia Horbelt Tohnes*, responsável pela apresentação dos documentos e declarações falsas à SRF, que o fez representando a importadora ficta, no caso a O&F (fls. 13). (...)

Desse modo, evidente a interferência dos administradores da *Eplo* na administração da O&F, e conseqüentemente, nos fatos ilícitos acima narrados. E, ainda de acordo com a informação de fls. 12, o administrador

de fato da *Eplo* é *José Elias de Paulo*, e consta atualmente no cadastro do CNPJ como dirigente dessa empresa o Sr. *Mauro Carvalho Pitanga*. Estes dois últimos são irmãos respectivamente de *Osvaldo Elias de Paulo* e *Flávio Carvalho Pitanga*, que foram os sócios originários da empresa *O&F*, conforme informação de fls. 11-12. Ademais, a empresa *Ultrasupply* foi constituída em 10/2003 pelos sócios *José Elias de Paulo* e *Ademir Bezerra Lemos*. Assim, observa-se as diversas ligações de *José Elias Paulo* e *Mauro Carvalho Pitanga* com a administração da *O&F*.

Tais excertos são indicativos de que o elemento norteador das imputações foi tão-somente o fato de os pacientes serem sócios das empresas mencionadas.

O Superior Tribunal de Justiça, embora não exija, em diversos precedentes relativos a crimes societários, a descrição pormenorizada da conduta de cada agente, orienta-se no sentido da necessidade de se estabelecer, ainda que minimamente, a relação de causa e efeito entre a atuação do agente na sociedade e a configuração da conduta delituosa, sob pena de ficar configurada a responsabilidade penal objetiva, fato que conduz à declaração de inépcia da denúncia, porque torna difícil ou talvez inviável o exercício da defesa em sua plenitude.

Nesse sentido podem ser consultados, entre outros, os seguintes precedentes:

(...)

Seguindo a mesma orientação podem ser destacados o HC n. 67.530-SP, Rel.: Min. *Gilson Dipp*, 5ª Turma, julgado em 07.12.2006, publicado no DJ de 05.02.2007, p. 313, e o HC n. 63.753-PA, Rel.: Min. *Felix Fischer*, 5ª Turma, julgado em 17.10.2006, publicado no DJ de 04.12.2006, p. 350.

Sem descer ao profundo exame da prova, entendo prudente analisar os elementos carreados aos autos.

A denúncia foi oferecida não com base em inquérito policial, providência salutar para bem delinear condutas e seu liame com resultados típicos, mas tão apenas em procedimento fiscal.

No meu sentir, o envolvimento dos pacientes apenas decorreu da presença de seus nomes na documentação societária.

Do exame do constante dos autos, é possível notar o constrangimento ilegal ligado à imputação calcada apenas em elementos formais, acostados às fls. 113-125.

Saliente-se, nesta toada, a ausência de individualização de quem geriria o setor de comércio exterior da empresa *O&F*. A despeito das cláusulas do contrato social, existem nos autos duas procurações. A primeira do sócio, e

paciente, Nadir outorgando poderes ao outro paciente Ronaldy - fls. 123-124. Já a segunda, fl. 125, outorgada por este último para o terceiro paciente Sérgio. Tal quadro poderia ter ganho mais nitidez com a instauração de procedimento investigatório tendente à divisar a responsabilidade pessoal de cada personagem da administração societária; todavia, tal não se verificou.

Como salientava Carnelutti, em as *Misérias do Processo Penal*, a tão só existência da *persecutio* já configura, em si mesma, uma pena para o réu. Os dissabores da pesada intervenção estatal são deveras estigmatizantes, daí a necessidade de cuidado no seu trato. Desde que se optou por um modelo de Estado de cariz democrático, em que se assinala a dignidade da pessoa humana como seu fundamento, a atuação repressiva deve ser excepcional, somente justificada com o atendimento dos requisitos legais, faticamente demonstrados.

Ao que me é dado apreciar, na estreita via do *writ*, acredito que o Estado precipitou-se, devendo a ação penal ser anulada, em relação aos pacientes, diante da inépcia formal da denúncia. Percebo claro prejuízo para o exercício da defesa, consubstanciando-se tentativa de se irrogar responsabilidade penal objetiva. Acredito que não se demonstrou qual teria sido a contribuição causal de cada um dos supostos envolvidos.

Neste passo, cai à fiveleta a seguinte lição de ALBERTO SILVA FRANCO:

O inc. XLV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 consagrou, entre os princípios constitucionais, em matéria penal, o princípio pessoal da responsabilidade penal. O que se busca, na realidade, significar com o caráter pessoal dessa responsabilidade? Antes de tudo, a responsabilidade penal “significa a exigência de um autêntico injusto típico, de realização pessoal, direta ou mediata, ou de colaboração pessoal, num tipo de injusto, com sua parte tanto objetiva como subjetiva: quer dizer, trata-se da exigência de autoria ou de participação. O fundamento é novamente que as sanções penais somente podem ser necessárias, eficazes e idôneas (com todas as conotações político-constitucionais destes princípios) para a prevenção de fatos pessoais ou de descumprimento da responsabilidade pessoal em relação a fatos alheios, mas seriam absolutamente inidôneos e sem sentido para determinar aos cidadãos em relação fatos alheios ou a acontecimentos naturais em cuja realização ou evitação não influíram nem poderiam influir” (Diego-Manuel Luzón Peña. Idem. p. 890). “A responsabilidade penal é sempre pessoal. Não há, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva” (Nilo Batista. *Introdução crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 104). (*Código Penal e sua interpretação*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 44).

Se havia elementos contra os pacientes, a denúncia referiu-se apenas à sua condição, formal e oca, de *representantes* da pessoa jurídica. O prévio conhecimento da imputação dirigida contra o acusado é pressuposto inarredável do exercício da mais ampla, e imprescindível, defesa:

A narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 109).

Veja-se, também, neste sentido:

Ação Penal. Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. Ofensa a garantias constitucionais do devido processo legal (due process of law). Nulidade absoluta e insanável. Superveniência da sentença condenatória. Irrelevância. Preclusão temporal incorrente. Conhecimento da arguição em HC. Aplicação do art. 5º, incs. LIV e LV, da CF. Votos vencidos. A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão. (STF, Primeira Turma, RHC n. 85.658-ES, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 21.06.2005).

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Evasão de divisas (parágrafo único, artigo 22, Lei n. 7.492/1986). Ausência de demonstração do destino dos recursos de origem não determinada. Inépcia da denúncia. Constrangimento configurado. Ordem concedida.

- Depósito, em conta bancária comum no Brasil, de recursos cuja origem ainda não foi demonstrada, não configura, por si só, crime de evasão de divisas pelo só motivo de haver suspeita de utilização de contas intermediárias para transferência dos valores ao exterior.

- Não pode ser presumida a ilicitude de depósitos em conta de não residente (conta CC5).

- Se o Ministério Público não está dotado de elementos suficientes para a propositura da ação penal, tanto que, podendo e devendo fazê-lo, não descreveu, nem mesmo em tese, conduta que se subsuma à moldura legal do crime de evasão de divisas - como está a exigir o tipo penal do parágrafo único, do artigo 22, da Lei n. 7.492/1986 -, configurar-se-á inepta a denúncia.

- Ordem concedida para trancamento da ação penal (STJ, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, HC n. 43.688-PR, j. 06.06.2006, DJ 04.12.2006 p. 379).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. 1. Inépcia da denúncia. Ocorrência em relação apenas ao tráfico. Ausência de qualquer imputação fática. Prejuízo à ampla defesa. Ocorrência. (A) nulidade absoluta. Reconhecimento. (...)

1. Diante da ausência de qualquer imputação fática relativa à paciente, é de se reconhecer a inépcia da denúncia, evidenciando-se a violação à garantia da ampla defesa, causa de nulidade absoluta.

(...)

3. Ordem concedida em parte para anular o processo, a partir da denúncia, inclusive, sem prejuízo de que outra seja oferecida, agora com a adequada individualização dos fatos, apenas com relação ao paciente, diante de sua particular situação processual, mantendo-se a condenação, portanto, com relação aos demais co-réus. E, de ofício, concedida para modificar o regime inicial de cumprimento de pena do fechado para o semi-aberto.

(STJ, HC n. 106.137-PB, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 11.12.2008, DJe 19.12.2008)

Nota-se, assim, que a irresignação merece guarida, todavia, não na extensão pretendida. Isto porque, como salientado pelo parecer do Subprocurador-Geral da República, apesar de se insurgir contra duas ações penais, aos autos apenas foram carreadas cópias de um deles. Ao que é dado perceber, cuidam-se de processos distintos e relativamente autônomos, jungidos, tão apenas, pela conexão instrumental. Demais disso, sequer foram apresentados elementos concernentes à Ação Penal n. 2006.50.01.008019-1, daí a impossibilidade do exame de eventual ilegalidade.

2. Pendência de recurso administrativo e o crime de descaminho

Esta Corte já teve oportunidade de se debruçar a respeito da natureza jurídica do crime de descaminho e sua estreita vinculação com os delitos contra a ordem tributária.

A colenda Sexta Turma, deu um passo além, amparando-se no princípio da isonomia, equiparando os delitos de descaminho e sonegação fiscal:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Descaminho. Extinção da punibilidade. Pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia. Aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/1995. *Ubi eadem ratio ibi idem ius*.

1. Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral.

2. Diante do pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, de rigor o reconhecimento da extinção da punibilidade.

3. Ordem concedida.

(HC n. 48.805-SP, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 26.06.2007, DJ 19.11.2007 p. 294)

Estelionato (Cód. Penal, art. 171). Denúncia (defeito/impropriedade formal). Prejuízo (pagamento). Punibilidade (extinção).

1. É defeituosa a denúncia em que se não expõem, às claras, as diversas participações no fato – estelionato.

2. Caso em que, quanto à formalidade, decidiu a Turma unanimemente.

3. O pagamento da denominada vantagem ilícita antes do recebimento da denúncia é causa de extinção da punibilidade. Inteligência e aplicação analógica de textos como os dos arts. 34 da Lei n. 9.249/1995 e 9º da Lei n. 10.684/2003, bem como o da Súmula n. 554-STF.

4. Caso em que, quanto à extinção da punibilidade, o Relator ficou vencido.

5. Recurso ordinário provido em parte – imperfeição formal da denúncia –, com extensão da ordem.

(RHC n. 21.489-RS, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 16.10.2007, DJe 24.03.2008)

Para o deslinde da questão jurídica apresentada no presente remédio heróico é imprescindível o cotejo analítico dos dois tipos penais: sonegação fiscal e descaminho.

De acordo com a Lei n. 8.137/1991:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (*Vide Lei n. 9.964, de 10.04.2000*)

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Já o Código Penal, assim estatui:

Contrabando ou descaminho

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem:

a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

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

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

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º - A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

Da apreciação conjunta de ambos os tipos penais, tenho que tanto a sonegação fiscal quanto o descaminho têm como bem jurídico tutelado a ordem tributária.

Como já sistematizaram os romanos: *ubi eadem ratio, ibi idem ius*. Tendo-se estabelecido, neste colegiado, que a disciplina dos crimes contra a ordem tributária deve ser estendida ao descaminho, penso que a impossibilidade de instauração de persecução penal, antes da constituição definitiva do crédito tributária, deve seguir o mesmo rumo.

Interpretação diversa representaria, creio, uma quebra lógica do sistema, haja vista que a orientação do Supremo Tribunal Federal e desta Corte é-lhe plenamente aplicável.

Lembre-se que a isonomia normativa, no tocante à extinção da punibilidade, foi, por muito tempo, o entendimento do Pretório Excelso que, de tão reiterado, culminou na edição da Súmula n. 560:

A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2º, do Dec.-Lei n. 157/1967.

Apesar de o Decreto-Lei n. 1.650/1978 ter derogado o congênere de n. 155/1967, o ato revogador foi declarado inconstitucional em 1980. E mesmo com a promulgação da Lei n. 6.910/1981, o Tribunal Federal de Recursos alinhava-se com tal posicionamento. Assim, ainda servindo-se da Súmula n. 560 do Supremo Tribunal Federal:

Contrabando ou descaminho - Extinção da punibilidade pela satisfação do tributo devido (Súmula n. 560 do STF) - Não tem lugar se o pagamento é efetuado após o iniciada a ação penal (TFR - Rec. - Rel. Décio Miranda - DJU 22.03.1988)

Cumpra destacar o entendimento do Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Dr. *André Nabarrete Neto*:

A extinção da punibilidade através do pagamento do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia, é possível em todos os crimes fiscais, incluindo-se entre eles os casos do art. 95, letra **d**, da Lei n. 8.212/1991 e o próprio delito de descaminho, que cuida de fraude ocorrida na entrada e saída do país, com o objetivo frustrar o pagamento de direitos alfandegários (Extinção de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, n. 17, jan-mar de 1997)

Este também é o entendimento esposado por *Rui Stoco*:

Em excelente monografia Sergio Rosenthal (...) observou que a fraude, como elemento subjetivo do tipo no crime de descaminho, muito embora integre o tipo penal, tem como exclusiva finalidade a supressão ou redução do tributo devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria, acrescentando ser indiscutível que o pagamento do tributo constitui finalidade essencial da repressão estatal aos delitos tributários, de modo que a extinção da punibilidade representa nada mais que o estímulo legal para que esse pagamento venha ser efetuado rapidamente, sem discussão na esfera administrativa (*A Extinção da Punibilidade pelo Pagamento do Tributo no Descaminho*, 1ª ed., São Paulo, 1999, p. 35-37).

Aliás, este autor citado já havia se posicionado nesse sentido em artigo de doutrina, quando entendeu perfeitamente possível e correta a aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 a qualquer crime de natureza fiscal, incluído neste rol, o delito de contrabando ou descaminho (O pagamento do tributo no crime de descaminho, *Bol. IBCCrim* n. 56, jul./1997, p. 11).

Esse, aliás, o nosso posicionamento.

No mesmo sentido posicionam-se Eustáquio Nunes Silveira (A falta de recolhimento de tributos como crime, in *Ciência Jurídica*, ano III, n. 20, mai/1996, p. 10); Roberto Soares Garcia (A extinção da punibilidade nos casos de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, in *Boletim do IBCCrim* n. 40, abril/1996, p. 7) Ives Gandra da Silva Martins (*Da Sanção Tributária*, 2ª ed., p. 137), Paulo José da Cosa Júnior (*Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*, 2ª parte, p. 154) e Márcio Andrade Torres e Maria Cristina Barongeno Cukierkom (A extinção da punibilidade pelo pagamento antes do oferecimento da denúncia, das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, in *Boletim do IBCCrim* n. 40, abr/1996, p. 5), estes últimos invocando a analogia *in bonam parte* para dar sustentação ao seu entendimento.

Conclua-se que, embora a Lei n. 9.249/1995 tenha restaurado a possibilidade de extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo apenas com relação aos crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei n. 8.137/1990, nada justifica,

nem se encontra razão lógica ou jurídica, à luz do princípio constitucional da igualdade, que tal benefício não se estenda também ao autor do crime de descaminho, dada a sua natureza de delito contra a ordem tributária em que se objetiva impedir a importação ou exportação de bens e produtos sem o pagamento de impostos e taxas devidos. (In: Franco, Alberto Silva, et al., *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, RT, 2001, Parte Especial, vol. 2, p. 4.047-4.048)

Pode-se, a meu ver, colher de empréstimo o espírito normativo da Lei n. 10.684/2003, pois dispõe de idêntica raiz exegética. Tal diploma deixou suficientemente clara a existência de outros tipos penais de cariz tributário além daqueles presentes na Lei n. 8.137/1990, destacando pontualmente no Código Penal os crimes previdenciários, prevendo-se também hipótese de extinção de punibilidade em razão do prévio pagamento do débito.

Assim, pode-se concluir que o crime de descaminho é intrinsecamente tributário, ou seja, “tutela-se o direito que o Estado tem de instituir e cobrar impostos e contribuições” (EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO, *Direito penal tributário*, São Paulo, Atlas, 3ª ed., p. 80).

Acolhida a sugestão de anulação *ab initio* do processo penal, tem-se, como consequência lógica, terreno propício para a aplicação do entendimento desta colenda Turma. Isto porque, o pagamento do tributo passa a se inserir anteriormente ao recebimento de eventual nova denúncia pelo crime do art. 334 do Código Penal.

Logo, segundo o meu entendimento, é de se determinar o trancamento da ação penal no tocante ao crime de descaminho, diante do pagamento do tributo, ocorrido anteriormente ao recebimento de denúncia válida.

3. Conclusão

Penso que as razões que conduzem à concessão da presente ordem irradiam-se aos corréus, visto que a denúncia não se mostra precisa também em relação à particularização de suas condutas. Daí a necessidade, nos moldes do art. 580 do Código de Processo Penal, de a decretação de ilegalidade ser a eles estendida.

Ante o exposto, acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, concedo em parte a ordem para, apenas no tocante ao processo n. 2006.50.01.007773-8: a) anular o processo, dada a inépcia formal de denúncia; estendendo-se os

efeitos aos demais corréus, nos moldes do art. 580 do Código de Processo Penal, e, b) em relação ao crime de descaminho, trancar a ação penal, em razão da falta de justa causa - pagamento do tributo antes do recebimento de eventual nova denúncia.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 106.945-RJ (2008/0110274-3)

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)

Impetrante: Paulo Ricardo - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Franciane Cristina de Souza Guimarães

EMENTA

Habeas corpus. Estelionato. Prisão provisória. Detração. Impossibilidade. Prescrição. Inocorrência. Ordem denegada.

1. Não merece acolhida a tese de que deve ser decotada, para fins de cálculo da prescrição, o período em que a paciente ficou presa provisoriamente, nos termos do art. 42 do Código Penal, pois não cabe a aplicação extensiva ou analógica do art. 113 do Código Penal, que somente pode ser utilizado nas hipóteses expressamente por ele previstas, ou seja, nos casos de revogação do livramento condicional e de evasão do condenado. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. É de 4 anos o prazo prescricional para o crime cuja pena ficou definida em 1 ano de reclusão, (art. 109, V, do CP). Não há que se falar em prescrição se não se verifica, entre os marcos interruptivos, o transcurso do lapso temporal necessário ao seu reconhecimento.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE),
Relator

DJe 03.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Franciane Cristina de Souza Guimarães, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou o *writ* ali formulado.

Colhe-se do processado que a paciente foi condenada, por dois crimes de estelionatos, em continuidade delitiva, 1 anos e 2 meses de reclusão, e multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direito.

Requer o impetrante que seja reconhecida a prescrição da pretensão executória e julgada extinta a punibilidade da paciente.

Sustenta que no cálculo da prescrição deve ser aplicada a detração referente ao período em que a paciente ficou presa cautelarmente, ou seja, 37 (trinta e sete) dias, nos termos do art. 113 do Código Penal.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fl. 113-116), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Não merece prosperar a tese do impetrante de que deve ser decotada, para fins de cálculo da prescrição, o período em que a paciente ficou presa provisoriamente, nos termos do art. 42 do Código de Penal.

Com efeito, esta Corte já firmou o entendimento de que não cabe a aplicação extensiva ou analógica do art. 113 do Código Penal, que somente pode ser utilizado nas hipóteses expressamente por ele previstas, ou seja, nos casos de revogação do livramento condicional e de evasão do condenado.

Vejam-se:

A - Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* atacando revisão criminal. Furto qualificado, estelionato e corrupção de menores. Prisão em flagrante. Fuga antes do início da execução definitiva. Detração para fins de contagem da prescrição da pretensão executória. Impossibilidade. Dosimetria da pena. Absolvição. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça o período em que o réu permanece preso provisoriamente, em razão de flagrante, serve apenas para desconto da reprimenda a ser cumprida, não se empregando a detração para fins prescricionais. Interpretação restritiva do art. 113 do CP.

2. O aumento de pena decorrente da continuidade delitiva não é considerado para fins do cálculo da prescrição da pretensão punitiva. Incidência da Súmula n. 497-STF.

3. Na hipótese dos autos, a pretensão punitiva pelo crime de furto, cuja pena-base restou definida em 2 anos e 6 meses, prescreve em 8 anos (art. 109, IV, do CP).

4. A utilização do *habeas corpus* como substitutivo de revisão criminal se opera em caráter excepcional quando o apontado constrangimento ilegal se mostra flagrante, dispensando, inclusive, o revolvimento de matéria fático-probatória, hipótese diversa do presente caso. Precedentes do STJ.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

(HC n. 57.926-SC, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 21.09.2009)

B - Criminal. REsp. Porte de arma. Prescrição reconhecida pelo Tribunal *a quo*. Tempo de prisão provisória. Detração para fins de contagem da prescrição da pretensão executória. Impossibilidade. Art. 113 do Código Penal. Interpretação restritiva. Recurso provido.

A aplicação do art. 113 do Código Penal é restrita às situações por ele especificadas, quais sejam, evasão de condenado ou revogação de livramento condicional.

Impossibilidade de aplicação extensiva ou analógica.

O período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para o desconto da pena a ser cumprida, sendo irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional, que deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo Julgador e, não, do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado. Precedentes do STJ e do STF.

Recurso provido, nos termos do voto do relator.

(REsp n. 858.809-SP, Relator o Ministro *Gilson Dipp*, DJU de 06.08.2007)

C - Habeas corpus. Detração para fins de contagem da prescrição. Impossibilidade. Ordem denegada.

1. Inviável se faz a aplicação do instituto da detração, previsto no artigo 42 do Código Penal, para fins de cálculo do prazo prescricional da pretensão executória, analogicamente ao que determina o artigo 113 desse mesmo *codex*.

2. Ordem denegada.

(HC n. 40.270-SP, Relator o Ministro *Hélio Quaglia Barbosa*, DJU de 21.11.2005)

D - Habeas corpus. Direito Penal. Detração. Prescrição da pretensão executória. Artigo 113 do Código Penal. Inaplicabilidade.

1. O artigo 113 do Código Penal disciplina o tempo da prescrição da pretensão executória nos casos de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional, sendo-lhe estranha a detração penal, invocada para redução de prazo extintivo, após o trânsito em julgado da condenação. Precedentes.

2. Ordem denegada.

(HC n. 34.739-SP, Relator o Ministro *Hamilton Carvalhido*, DJU de 06.02.2006)

No mesmo sentido é a orientação do Supremo Tribunal Federal:

A - Ação penal. Detração. Período de prisão preventiva ou cautelar. Contagem ou cálculo para fim de prescrição da pretensão punitiva. Inadmissibilidade. Medida restrita à execução e cumprimento de pena. HC denegado. Inteligência dos arts. 42 e 113 do CP. Precedentes. O tempo de prisão cautelar não pode ser computado para efeito de prescrição.

(HC n. 96.287, Relator o Ministro *Cezar Peluso*, DJe de 21.05.2009)

B - Habeas corpus. Prisão provisória. Contagem para efeito da prescrição. Impossibilidade.

O tempo de prisão provisória não pode ser computado para efeito da prescrição, mas tão-somente para o cálculo de liquidação da Pena. O artigo 113 do Código Penal, por não comportar interpretação extensiva nem analógica, restringe-se aos casos de evasão e de revogação do livramento condicional. Recurso ordinário em HC a que se nega provimento.

(RHC n. 85.217, Relator o Ministro *Eros Grau*, DJU de 19.08.2005)

Assim, afastado a redução pleiteada pelo impetrante, cabe esclarecer que a paciente foi condenada a 1 ano de reclusão e 10 dias-multa para cada um dos estelionatos. Reconhecida a continuidade delitiva, a pena de um crime aumentada de um sexto, totalizando a sanção de 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Para verificação da prescrição deve ser individualizada a pena aplicada para cada delito, ou seja, de 1 ano, afastado acréscimo decorrente da continuidade.

Considerada a pena imposta de 1 ano, o prazo prescricional é de 4 anos, nos termos dos art. 109, V, c.c. art. 110, § 1º, ambos do Código Penal.

O fato criminoso ocorreu no dia 15 de outubro de 2002, sendo a denúncia recebida no dia 30 do mesmo mês e ano, com a sentença condenatória proferida em 30 de junho de 2006. O trânsito em julgado para ambas as partes foi certificado em 7 de dezembro de 2007.

Observa-se que não houve o transcurso de 4 anos entre nenhum dos marcos interruptivos, não havendo que se falar, portanto, em qualquer das modalidades da prescrição, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

Diante do exposto, denego o *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 138.001-RJ (2009/0106580-2)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)

Impetrante: Lydio da Hora Santos e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Alex Sandro de Paula Roque (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Art. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976. Fuga do réu superveniente à interposição de recurso. Deserção da apelação. Cerceamento de defesa. Súmula n. 347 do STJ. Trânsito em julgado da sentença condenatória. Revisão criminal improvida. Nulidade absoluta. Ausência de preclusão. Prejuízo configurado. Ordem concedida.

1. O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de prisão (Súmula n. 347 STJ).

2. Em se tratando de nulidade decorrente violação a princípio constitucional da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, a nulidade absoluta deve ser reconhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

3. No que diz respeito ao prejuízo, constitui condição diabólica exigir do paciente a demonstração de que o conhecimento de sua apelação lhe traria resultado favorável. Logo o ato cerceador do exercício da ampla defesa, que impede o processamento de recurso tempestivo, causa inexorável prejuízo ao réu.

4. Ordem concedida para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* em revisão criminal, bem como o *decisum* de primeiro grau que não conheceu do recurso de apelação interposto pelo paciente, para que o apelo seja processado e julgado pela autoridade impetrada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues concedendo a ordem de *habeas corpus*, e dos votos dos Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura no mesmo sentido, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

DJe 26.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado em benefício de *Alex Sandro de Paula Roque* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em tema de revisão criminal, na qual a autoridade impetrada decidiu pela legalidade do *decisum* que julgou deserto o recurso de apelação do paciente, em razão de sua fuga superveniente à interposição do apelo.

Da leitura do autos verifica-se que o ora paciente foi condenado a cumprir pena de 16 (dezesseis) anos de prisão, no regime integral fechado, por violação aos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, em concurso material.

A sentença condenatória tornou-se pública em 03.09.2002 (fls. 76), o recurso de apelação em favor do ora paciente foi impetrado em 18.10.2002 (fls. 78) e suas razões apresentadas em 29.10.2002 (fls. 81).

No dia 20.01.2003 a serventia informou ao juízo processante que o paciente se evadiu da penitenciária (fls. 111), o que foi confirmado pelo Diretor da Casa de Custódia em 22.04.2003 (fls. 118).

Em razão da notícia da fuga, no dia 30.04.2003 o juízo de direito da 2ª Vara da Comarca de Três Rios-RJ declarou deserta a apelação (fls. 120) do ora paciente. Foi interposto recurso especial que não foi admitido. O subsequente agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu o Recurso Especial não teve melhor sorte, de forma que a sentença de primeiro grau transitou em julgado para *Alex Sandro de Paula Roque*, vulgo “*Leleco*”.

Irresignada, a defesa interpôs revisão criminal, julgada no dia 28.09.2005 pelo Tribunal *a quo*, que houve por bem aplicar ao caso concreto a Súmula n. 9 do Superior Tribunal de Justiça e julgar deserta a apelação.

Em 02.06.2009 a defesa impetrou o presente *mandamus* alegando, em síntese, que “o recurso de apelo que não foi conhecido em face de, na época, o paciente encontrar-se revel, deve ser recebido e ter prosseguimento até termo final, pois, segundo entendimento jurisprudencial, o direito ao duplo grau de jurisdição deve ser assegurado, já que é uma garantia do devido processo legal contemplado por princípio expresso na Constituição Interamericana de Direitos Humanos.” (fl. 14)

Requer, assim, em liminar e no mérito, que se conheça do recurso de apelação e se dê prosseguimento ao feito.

A medida liminar foi indeferida a fls 167-168.

Foram dispensada as informações da autoridade impetrada.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer, à fls. 177-180, pela denegação da ordem, sob o fundamento de que, tendo-se evadido o réu da carceragem onde estava custodiado, “não há outra providência senão a declaração da deserção do recurso, nos termos do art. 595, do Código de Processo Penal.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): A alegação de cerceamento de defesa, em razão do não conhecimento da apelação criminal pela fuga do réu, foi enfrentada pela autoridade apontada como coatora, em revisão criminal, cuja ementa se transcreve, *in verbis*:

Entorpecentes. Associação. Artigos 12, *caput* e 14, ambos da Lei n. 6.368/1976. Desconstituição do *decisum*. Alegação da inconstitucionalidade da norma do artigo 595 do Código de Processo Penal. Nulidade da sentença condenatória. Redução da pena infligida. Impossibilidade. Alteração do regime prisional para o delito tipificado no artigo 14 da Lei n. 6.368/1976. Procedência.

Embora tempestivo o recurso, a fuga do acusado após o recebimento do apelo constitui óbice ao conhecimento do recurso, nos termos expressos do artigo 585, do CPP, devendo pois, ser declarada a deserção e não conhecido o apelo. O artigo 594 do Código de Processo Penal tem sido indigitado de inconstitucionalidade, por

eventualmente afrontar o princípio da não-culpabilidade, e o direito ao duplo grau de jurisdição. A questão hoje encontra-se, contudo, pacificada, frente a Súmula n. 9 do E. STJ, sendo fortíssima a exigência do recolhimento à prisão para recorrer. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, entende que o artigo 594 do Código de Processo Penal continua em vigor, uma vez que a Convenção Americana de Direitos Humanos “não assegura, de modo irrestrito, o direito ao réu de recorrer em liberdade”, conforme decidido no RHC n. 9.342, 5ª Turma, DJU 21.02.2000, p. 142. Nulidade da sentença por violação ao princípio do contraditório, não acolhível, sem afronta ao contraditório, com base na prova colhida nas várias fases do processo, inclusive judicial (fls. 592-595). A pena encontra-se devidamente fundamentada, não merecendo qualquer reparo, pois fora aplicada conforme as determinações legais, com integral respeito ao sistema trifásico, e dentro do contexto probatório obedecidos os ditames do artigo 59 do CP no referente à dosimetria. Na aplicação do regime, o crime de tráfico considera-se equiparado aos hediondos e, por conseguinte, sujeito às disposições do § 1º do artigo 2º, da Lei n. 8.072/1990. Não se pode dizer o mesmo do crime de associação para o tráfico, para o qual o regime de cumprimento da pena do mencionado artigo 14 comporta o regime inicial fechado admissível sua ulterior progressão. Por derradeiro, descabe, nesse processo de conhecimento, o reexame da justiça ou não da individualização da pena do autor desta revisão criminal. Prova segura. Procedência parcial do pedido revisional, tão-só para fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena do artigo 14 da Lei n. 6.368/1976. (fls. 7-8)

Como se vê, o Tribunal *a quo* aplicou a Súmula n. 9 deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Primeiramente, não posso deixar de registrar que hodiernamente, a questão vem sendo analisada sob outro prisma por esta Casa Julgadora, mormente pós julgamento do HC n. 84.078-MG, de relatoria do Min. Eros Grau, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, conforme noticiado no seu Informativo n. 534, decidiu que ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado do édito condenatório, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Ademais, a questão posta a desate não diz respeito a existência de fundamentos para a prisão provisória decorrente da sentença condenatória de primeiro grau. Na realidade, o que se questiona é a possibilidade de conhecimento de recurso interposto por réu que empreendeu fuga do estabelecimento prisional, após a interposição do apelo.

Observo que a matéria, outrora controvertida, atualmente, em atenção ao princípio constitucional da ampla defesa, está pacificada na *Súmula n. 347* deste Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado:

O conhecimento de recurso de apelação do réu, independe de prisão.

Com efeito, o art. 595 do Código de Processo Penal - que declara deserta a apelação por fuga - é próprio de um Diploma Legal que já nasceu obsoleto, praxista, autoritário, bem próprio daquela época, 1941.

Logo, fosse recente o *decisum* que não conheceu da apelação, em razão da fuga superveniente do réu, o presente *habeas corpus*, certamente, não traria maiores controvérsias ou reflexões.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processo Penal. *Habeas corpus*. 1. Sentença. Dosimetria da pena. Matéria não apreciada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Ocorrência. *Writ* não conhecido. 2. Fuga. Apelação. Deserção. Constrangimento ilegal. Reconhecimento de ofício. Súmula n. 347 do STJ. 3. Ordem concedida de ofício.

1. Inviável se mostra o conhecimento do *writ* por este Sodalício, sob pena de supressão de instância, tendo em vista que em nenhum momento foi a matéria objeto de apreciação por parte do tribunal *a quo*, seja porque a apelação não foi conhecida, em virtude de estar o paciente foragido, seja porque o *writ* originário restou denegado, ao fundamento de que o remédio heróico não se presta à reavaliação da sentença, após o trânsito em julgado.

2. No Estado Democrático de Direito, identificado pelo respeito ao devido processo legal, não tem lugar a aplicação a disposição dos arts. 594 e 595 do CPP, que obstaculiza a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição ao réu foragido. Súmula n. 347 desta Corte. Evidente o constrangimento ilegal, impõe-se a concessão da ordem de ofício por esta Corte.

3. *Writ* não conhecido, porém expedida ordem de ofício, para anular o acórdão que, aplicando a disposição do art. 595 do Código de Processo Penal, deixou de conhecer a apelação interposta pelo paciente, a fim de que se julgue o mérito do recurso (Apelação Criminal n. 26/2.001 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro). (HC n. 66.626-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Dje 13.04.2009)

Apelação (interposição). Fuga do réu (deserção). Duplo grau (garantia). Processamento do recurso (não-condicionamento à prisão).

1. Não se pode condicionar o conhecimento e julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa ao recolhimento do réu ao cárcere.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg HC n. 68.894-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, Dje 26.05.2008)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Apelação interposta pela defesa. Fuga do réu. Deserção. Não-prevalência do art. 595 do CPP após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Súmula n. 347-STJ. Ordem concedida.

1. Em virtude do rol de garantias processuais destinadas aos acusados em geral, não pode prevalecer a regra prevista no art. 595 do CPP, uma vez que incompatível com a nova ordem jurídico-constitucional inaugurada em 05.10.1988.

2. O conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão (Súmula n. 347-STJ).

3. Ordem concedida para que, presentes os demais requisitos legais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgue o apelo da defesa, independentemente da fuga do paciente. (HC n. 124.015-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 18.05.2009)

Portanto, a matéria de fundo não sugere maiores discussões. A única questão que pode eventualmente suscitar alguma celeuma, diz respeito ao momento em a apelação foi considerada deserta, pois, conforme relatado, o não conhecimento da apelação se deu em 30.04.2003 e o presente *writ* foi impetrado em 02.06.2009, após indeferida revisão criminal.

Nesse ponto, ressalto que a violação a princípio constitucional da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, estampado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, tem por consequência a nulidade absoluta.

Não se ignora que, na atualidade, a jurisprudência tem tornado cada vez mais tênue a diferenciação doutrinária clássica entre nulidade absoluta e nulidade relativa, principalmente quanto à exigência de comprovação de prejuízo e quanto ao momento oportuno para alegar o vício.

Entretanto, entendo que, em se tratando de vício decorrente de infringência a direito fundamental consagrado da Lei Maior, a nulidade absoluta deve ser reconhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Leis n. 10.409/2002 e 11.343/2006. Rito procedimental. Inobservância. Defesa prévia. Recebimento da denúncia. Nulidade absoluta.

1. Não obstante a existência de precedentes em sentido contrário à orientação expedida no provimento atacado, não se vislumbram razões que justifiquem o acolhimento da pretensão recursal.

2. Com a ressalva do ponto de vista do Relator, a orientação firmada pela Sexta Turma do Superior Tribunal é no sentido de que configura nulidade absoluta a ausência de notificação para defesa preliminar prevista no art. 38 da Lei n. 10.409/2002.

3. De outra parte, com razão o *parquet* federal ao afirmar que o Tribunal de origem não se pronunciou a respeito da alegada nulidade do processo, por descumprimento da referida exigência legal.

4. Entretanto, como dito na decisão agravada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, tratando-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida em sede de apelação, não há falar em supressão de instância, em face da devolutividade integral da causa à instância superior.

5. Ademais, *é certo que as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, ou seja, não se sujeitam à preclusão, podendo ser declaradas de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação.*

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 83.112-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 10.03.2008)

No que diz respeito ao prejuízo, em meu ver, constitui condição diabólica exigir do paciente a demonstração de que o conhecimento de sua apelação lhe traria resultado favorável. Logo, o ato cerceador do exercício da ampla defesa, que impede o processamento de recurso tempestivo, causa inexorável prejuízo ao réu.

Posto isso, *concedo a ordem* para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* em revisão criminal bem como o *decisum* de primeiro grau que não conheceu do recurso de apelação interposto pelo paciente, para que o apelo seja processado e julgado pela autoridade impetrada.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Cuidam os autos de *habeas corpus* deduzido em favor de Alex Sandro de Paula Roque, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Busca a impetração assegurar ao paciente o direito de ver apreciado seu recurso de apelação.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações, o parecer da Subprocuradoria-Geral da República é pelo indeferimento do pedido.

O Desembargador Convocado do TJ-SP Celso Limongi, relator, concede a ordem.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

O paciente foi condenado, juntamente com outras pessoas, como incurso nos arts. 12 e 14, ambos da Lei n. 6.368/1976, em concurso material, a 16 anos de reclusão, a serem cumpridos integralmente em regime fechado, negado o direito de apelar em liberdade, anotando o magistrado:

Nego aos acusados o direito de apelar em liberdade, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990. Recomendem-se os acusados André e Alex na prisão. Expeça-se mandado de prisão em relação ao acusado Rodrigo. Merece registro que os motivos da prisão preventiva se encontram presentes, nos termos do art. 312 do CPP, principalmente no que tange à aplicação da lei penal, já reconhecida nesta sentença condenatória. (fl. 74)

Interposta apelação pela defesa, não foi recebida pelo Juiz de primeiro grau, nestes termos:

O ofício de fls. 753 noticia que o acusado Alex Sandro de Paula Roque se evadiu após ter apelado. Diante disso nos termos do art. 595 do CPP, declaro deserta a apelação. (fl. 119)

Transitado em julgado a referida decisão, a defesa ajuizou revisão criminal, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade de votos, julgado parcialmente procedente o pedido apenas para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da sanção corporal, com relação ao crime do art. 14 da Lei n. 6.368/1976. No entanto, quanto à deserção, anotou:

Embora tempestivo o recurso, a fuga do acusado após o recebimento do apelo constitui óbice ao conhecimento do recurso, nos termos expressos do artigo 585, do CPP, devendo pois, ser declarada a deserção e não conhecido o apelo. O artigo 594 do Código de Processo Penal tem sido indigitado de inconstitucionalidade, por eventualmente afrontar o princípio da não-culpabilidade, e o direito ao duplo grau de jurisdição. A questão hoje encontra-se, contudo, pacificada, frente a Súmula n. 9 do E. STJ, sendo fortíssima a exigência do recolhimento à prisão para recorrer. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando orientação firmada

pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, entende que o artigo 594 do Código de Processo Penal continua em vigor, uma vez que a Convenção Americana de Direitos Humanos “não assegura, de modo irrestrito, o direito ao réu de recorrer em liberdade”, conforme decidido no RHC n. 9.342, 5ª Turma, DJU 21.02.2000, p. 142. (fl. 155)

Dáí o presente *writ*, pretendendo que Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro conheça do apelo interposto pelo paciente, apreciando o mérito da questão.

O acórdão atacado mostra-se em evidente confronto com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual não é possível condicionar o conhecimento da apelação ao recolhimento do réu à prisão, sob pena de violação dos princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

A propósito:

A - Habeas corpus. Processo Penal. Latrocínio. Admissibilidade da apelação do réu. Desnecessidade de recolhimento à prisão. Decreto prisional sem motivação concreta. Art. 312 do CPP. Ordem concedida.

1. O recebimento da apelação do réu prescinde do seu recolhimento à prisão. Prevalece o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição à exigência procedimental prevista no art. 594 do CPP. Precedente do STF (HC n. 88.420-PR, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 08.06.2007).

2. Sabe-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo controle incidental de constitucionalidade de ato normativo, têm seus efeitos limitados às partes que figuram na relação processual em exame, não alcançando terceiros. Entretanto, essas decisões, quando, necessariamente, implicam juízo sobre a validade da norma legal aplicada ao caso concreto, acabam por alcançar outras situações jurídicas semelhantes, por força dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, com inevitável extensão dos seus efeitos, uma vez que, afastado determinado ato normativo por contrariedade à Constituição, indiscutível é o reconhecimento de sua inaptidão para incidência em qualquer situação, inclusive pretérita.

3. A necessidade de recolhimento do réu à prisão durante o processamento de sua apelação deve estar devidamente motivada, sendo insuficiente a mera consideração acerca do caráter hediondo ou da gravidade do delito.

4. Ordem concedida para afastar a exigência do recolhimento do réu a prisão para o conhecimento de sua apelação e para anular o decreto de prisão cautelar por vício de fundamentação, sem prejuízo de expedição de nova ordem, desde que atendidos, *in concreto*, os pressupostos contidos no art. 312 do CPP.

(HC n. 68.159-SP, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU de 05.11.2007)

B - Processo Penal. *Habeas corpus*. (1) Fuga. Apelação. Deserção. Constrangimento. Reconhecimento de ofício. (2) Prévia ordem não conhecida. Constrangimento ilegal. Conhecimento nesta instância. Impossibilidade.

1. No Estado Democrático de Direito, identificado pelo respeito ao devido processo legal, não tem lugar a aplicação a disposição do art. 595 do CPP, que obstaculiza a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição ao réu foragido.

2. Assegurado o processamento da apelação, garante-se a apreciação da matéria objeto do prévio *writ*.

3. Não tendo sido conhecida a prévia ordem, não é dado a este Tribunal da matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

4. *Writ* não conhecido e ordem, de ofício, concedida para anular a decisão que aplicou a disposição do art. 595 do Código de Processo Penal, a fim de que se julgue a apelação do paciente (Apelação Criminal n. 1.757/01, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro).

(HC n. 65.458-RJ, Relatora a Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, DJU de 24.09.2007)

A matéria foi, inclusive, sumulada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, DJe de 29.04.2008, Enunciado n. 347, *verbis*:

O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

Por outro lado, tratando o caso de ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, a arguição de nulidade pode ser feita a qualquer tempo, ainda que já tenha transitado em julgado a sentença penal condenatória.

Confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

A - Processual Penal. *Habeas corpus*. Tentativa de homicídio. Defesa apenas formal. Prejuízo evidenciado ao réu. Nulidade absoluta que pode ser conhecida a qualquer tempo. Anulação do processo. Necessidade. Ordem concedida.

1- A defesa meramente formal não satisfaz o princípio da ampla defesa e constitui inarredável nulidade e desde que seja demonstrado prejuízo ao réu pode ser reconhecida a qualquer momento, mesmo após o trânsito em julgado da condenação.

2 - Ordem concedida.

(HC n. 88.934-PB, Relatora a Desembargadora convocada do TJ-MG *Jane Silva*, DJe de 10.03.2008)

B - Habeas corpus. Processo Penal. Dois homicídios duplamente qualificados. Ausência de intimação pessoal do defensor dativo da pauta de julgamento do recurso de apelação. Nulidade absoluta. Trânsito em julgado afastado. Ordem concedida.

1. A teor dos arts. 5º, § 5º da Lei n. 1.060/1950 (acrescido pela Lei n. 7.871/1989), 370, § 4º do CPP e 128 da LC n. 80/1994, é prerrogativa da Defensoria Pública, ou de quem lhe faça às vezes, a intimação pessoal para todos os atos do processo, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa.

2. O trânsito em julgado da condenação e a demora na alegação da nulidade, *in casu*, não convalidam o julgamento nem tornam preclusa a impugnação.

3. O MPF manifesta-se pela concessão da ordem.

4. Ordem concedida, para, afastado o trânsito em julgado, determinar a renovação do julgamento do Recurso de Apelação, observada a prerrogativa processual do Defensor Dativo, de ser intimado pessoalmente.

(HC n. 88.258-SP, Relator o Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe de 10.03.2008)

E do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Sentença condenatória. Nulidade processual absoluta. Coisa julgada. Irrelevância. Conhecimento e concessão. Prevalência da tutela constitucional do direito individual da liberdade. Precedentes. O *habeas corpus* constitui remédio hábil para arguição e pronúncia de nulidade do processo, ainda que já tenha transitado em julgado a sentença penal condenatória. 2. Recurso criminal. Apelação. Interposição pelo representante do Ministério Público. Impugnação a decisão do Tribunal do Júri. Limitação ao capítulo da sentença que absolveu o réu do delito de porte de arma. Alcance determinado pelo teor das razões tempestivas. Revisão da absolvição por homicídio tentado. Inadmissibilidade. Caso de apelação parcial. Anulação do acórdão. HC concedido para esse fim. Precedentes. Aplicação do princípio *tantum devolutum, quantum appellatum*. O alcance de apelação contra decisão do Tribunal do Júri pode ser determinado pelo teor das suas razões tempestivas.

(HC n. 93.942-2-RS, Relator o Ministro *Cezar Peluzo*, DJe de 1º.08.2008)

Ante o exposto, acompanhando a relator, concedo o *habeas corpus*.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.546-MA
(2001/0097052-2)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Recorrente: Afrânio Costa Ribeiro

Advogado: Nonnato Masson Filho e outro(s)

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Impetrado: Comissão Central de Concurso

Impetrado: Gerente de Administração e Modernização do Estado do Maranhão

Impetrado: Procurador Geral do Estado do Maranhão

Impetrado: Gerente de Receita do Estado do Maranhão

Impetrado: Gerente de Justiça Segurança Pública e Cidadania do Estado do Maranhão

Recorrido: Estado do Maranhão

Procurador: Silvia Abreu e outro(s)

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Exclusão de candidato, em virtude de ação penal contra ele instaurada. Ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Art. 5º, inc. LVII, da CF/1988.

1. O Supremo Tribunal Federal formou compreensão segundo a qual: “Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória”. (*AgRg no RE n. 559.135-DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 12.06.2008*)

2. Seguindo a mesma linha de raciocínio, em acórdão relatado pela em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura nos autos do Recurso em Mandado de Segurança n. 11.396-PR (DJe 03.12.2007), asseverou este Superior Tribunal de Justiça que: “Por força do disposto no artigo 5º, inc. LVII, da CR/1988, que não limita a aplicação do

princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado”.

3. Desse modo, incorre em manifesta inconstitucionalidade o ato que, por motivos de inidoneidade moral lastreados na existência de ação penal, afastou o impetrante do concurso de que participava, impedindo-o de prosseguir nas etapas restantes.

4. Registre-se, por necessário, que, no caso específico dos autos, subsiste nos autos a comprovação de que a referida ação penal foi julgada, tendo o juízo criminal proclamado a absolvição do impetrante, sem qualquer insurgência recursal do Ministério Público.

5. Sendo assim, como bem pontuou o em. Ministro Marco Aurélio de Mello, ao relatar o Recurso Extraordinário n. 194.872-8-RS (DJ 02.02.2001), *“Vê-se, portanto, o quanto é sábia a cláusula constitucional que reflete a presunção do ordinário, ou seja, da ausência de culpa”*.

6. Recurso em mandado de segurança a que se dá provimento, para conceder a ordem e, nessa medida, garantir ao impetrante a participação nas restantes etapas do concurso público a que se submeteu, devendo a Administração providenciar os atos necessários a esse propósito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 30.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Afrânio Costa Ribeiro*, com fundamento no art. 105, inc. II, **b**, da Constituição da República, contra acórdão proferido, por maioria (fl. 102), pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, assim ementado (fl. 95):

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Agente de Polícia Civil. Investigação social. Exigência editalícia de conduta irrepreensível e idoneidade moral inatacável. Eliminação de candidato.

Lícita é a exigência, feita em edital de concurso público para o cargo de agente de polícia civil do Estado, que o candidato possua conduta irrepreensível e idoneidade moral inatacável, a serem verificadas mediante investigação social de caráter eliminatório em todas as etapas do certame até a posse do concorrente.

Mandado de segurança denegado.

Os fatos estão assim delineados pelo impetrante (fls. 114-115):

O recorrente, candidato ao cargo de Agente de Polícia Civil do Estado do Maranhão, logrou êxito em diversas etapas do certame, sendo que, quando já freqüentando o Curso de Formação de Agente e Escrivão de Polícia Civil do Estado, fora eliminado do concurso, por determinação da Comissão Central do concurso, formada pela Procuradora-Geral do Estado e pelos Gerentes de Estado (antigos Secretários) de Administração e Modernização, da Receita Estadual e de Justiça, Segurança Pública e Cidadania (...).

Informa o interessado que o ato da referida Comissão: “(...) fundou-se no argumento de que não possuiria procedimento irrepreensível nem idoneidade moral para ocupar o cargo pleiteado, por haver contra si instaurados um inquérito policial e um procedimento administrativo, ambos no ano de 2000, relativos a fatos ocorridos em 1990, no exercício do cargo de agente penitenciário, ainda a atual ocupação do recorrente”.

Do ponto de vista do impetrante, o ato indigitado fere direito líquido e certo de sua titularidade, notadamente porque: “Se não há condenação transitada em julgado, a presunção é de inocência, garantia constitucional aplicável, também, na esfera administrativa” (fl. 115).

Salienta, outrossim, que, conquanto tenha ajuizado mandado de segurança contra o ato em tela, a Corte de origem, decidindo pela improcedência da

impetração, violou o disposto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República, vindo a ocasionar: “(...) imensurável prejuízo ao direito do recorrente, que, não obstante tenha preenchido todos os requisitos legais para participar do certame, fora injustamente excluído (...)” (fl. 116).

A seu ver, o julgado consubstancia impropriedade, na medida em que os resultados colhidos pela investigação social, desprovidos do grau de certeza, não poderiam prevalecer em relação às mencionadas disposições constitucionais (fl. 118). Neste diapasão, acentua que: “(...) em momento algum, pode ou deve configurar como legal a inaptidão de alguém que a própria norma constitucional trata como inocente, por fato que a própria investigação policial não pode determinar como verdadeira ou não, até pelo caráter inquisitorial e informativo da peça policial (...)”.

Com base nessas considerações, pede o provimento do recurso ordinário, a fim de que lhe seja restabelecido o direito de participar do curso de formação de Agente e Escrivão de Polícia Civil do Estado do Maranhão.

Contrarrazões apresentadas pelo Estado do Maranhão às fls. 125-130. Em seu memorial, argúi o recorrido a preliminar de intempestividade do apelo. No mérito, pugna pela improcedência das razões do impetrante.

Admitido o recurso na origem, os autos ascenderam a este Tribunal.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo não provimento do recurso (fls. 137-140).

Em sucessivo, o impetrante requereu a juntada da certidão de trânsito em julgado da sentença criminal absolutória, bem assim de inexistência de procedimento criminal instaurado contra o recorrente (fls. 143-147).

Intimado o recorrido acerca da aludida documentação, este se pronunciou nos seguintes termos (fls. 159-160):

Conquanto tenha os documentos a presunção de legitimidade, por serem autenticados em cartório, eles não servem para infirmar os fundamentos do acórdão recorrido. A sentença absolutória foi dada no âmbito penal, subsistindo a sua exclusão do concurso por decisão no âmbito administrativo.

(...)

Portanto, não faz coisa julgada a sentença criminal, no âmbito administrativo, quando absolver o Réu com base na inexistência de provas, como se infere dos documentos de fl. 145 dos autos.

Diante da preliminar arguida pelo Estado do Maranhão, foi determinada a intimação do recorrente, para que este trouxesse aos autos a comprovação da prorrogação do prazo, na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Sr. Presidente, analiso, inicialmente, a preliminar de intempestividade do recurso arguida pelo Estado do Maranhão, ora recorrido.

Segundo as contrarrazões estaduais (fls. 126-127), o acórdão recorrido foi publicado no Diário Oficial do Estado do Maranhão em 30 de maio de 2001 (quarta-feira), de modo que o prazo para o oferecimento do recurso ter-se-ia expirado em 15 de junho seguinte (sexta-feira), em virtude de feriado nacional ocorrido em 14 de junho.

Acrescenta aludida pessoa jurídica de direito público que, não obstante tais circunstâncias, o recurso em tela só foi protocolizado em 18 de junho de 2001, segunda-feira (fl. 113), fora do prazo, portanto.

O recorrente, por sua vez, aduz, em seu memorial, que, apesar de o prazo para a interposição do apelo expirar-se em 14 de junho de 2001, houve, na espécie, prorrogação automática para 18 de junho seguinte, tendo em vista a inexistência de expediente no Tribunal de origem na data do vencimento, não apresentando, todavia, comprovação efetiva dos fatos por ele salientados.

Em razão da mencionada controvérsia, e invocando precedente da relatoria da em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 332.471-SP, DJe 17.08.2009), determinei a intimação do recorrente para que este promovesse a comprovação de que não teria havido expediente na Corte de origem na data em que o prazo para a interposição do presente recurso teria encerrado (fls. 162-167).

A diligência foi cumprida e, na forma da certidão coligida à fl. 176, de fato, não houve expediente forense nos dias 14 e 15 de junho de 2001, o que, a teor da legislação processual aplicável, enseja reconhecer a prorrogação automática do prazo para o oferecimento deste apelo, de forma que não é tardia a interposição 18 de junho de 2001 (fl. 113), visto se tratar do primeiro dia útil seguinte ao mencionado recesso.

Com base nessas considerações, rejeito a preliminar de intempestividade arguida pelo Estado do Maranhão, conhecendo do recurso, haja vista que os demais requisitos de admissibilidade se encontram presentes.

Versam os autos, na origem, sobre mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Comissão Central de Concurso do Estado do Maranhão e seus demais membros, consubstanciado na eliminação do impetrante do concurso público para o cargo de Agente de Polícia, regulamentado pelo Edital n. 001/97.

Aduz o impetrante que, após obter êxito em diversas etapas do referido certame, estando, inclusive, na altura, frequentando o Curso de Formação Profissional promovido pela Academia de Polícia Civil do Estado do Maranhão, foi eliminado do concurso, por ato exarado pelas autoridades acima apontadas, ao argumento de que o mesmo não possuía procedimento irrepreensível nem idoneidade moral para ocupar o cargo pleiteado, porquanto estaria respondendo a inquérito policial e a processo administrativo disciplinar.

O interessado, todavia, contesta a decisão proferida pela Comissão Central, por divisar caracterizada ofensa a direito líquido e certo seu, notadamente o princípio do estado de inocência, consagrado no art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República.

Nessa esteira, salienta que não havia, ainda, sentença penal condenatória transitada em julgado, mas, apenas, um inquérito policial e um procedimento administrativo disciplina, ambos em tramitação, à época do ato de exclusão.

Destaca, por fim, que os fatos objeto da apuração policial e administrativa ocorreram em 3 de junho de 1990, no entanto referidos procedimentos só tiveram início no ano de 2000, de forma que estaria configurada, na espécie, a prescrição da pretensão punitiva. No particular, assevera que: “Dadas essas circunstâncias, patente é a conclusão: o Impetrante não pode sofrer os efeitos de um inquérito policial e de um processo administrativo que apuram supostos fatos sobre os quais já se operou a prescrição” (fl. 9).

Por outro lado, de acordo com a peça informativa da lavra dos impetrados, o edital do concurso previa que os candidatos seriam submetidos a uma investigação social, de caráter eliminatório, que seria realizada durante todo o transcurso do certame.

Sendo assim e diante da constatação de que o impetrante respondia a procedimento administrativo disciplinar e a ação penal como incurso no art.

317, § 1º, do CP (corrupção passiva), a referida Comissão decidiu excluí-lo, com base no Capítulo XIV, itens 3 e 6 do Edital, principalmente pela natureza dos fatos a ele imputados e que se encontram assim descritos na peça de denúncia (fls. 43-44):

Consoante apurado pelo Procedimento Investigatório no qual se arrima a presente denúncia, consta que os denunciados receberam vantagem indevida para facilitarem a fuga do preso *Josiel de Sousa Salgado*, vulgarmente conhecido por “Gel”, já falecido, fato esse ocorrido no interior da Delegacia do Sétimo Distrito Policial, atualmente, Delegacia de Homicídios, na madrugada do dia 04 de junho do ano de 1990, por volta da 1h30, aproximadamente.

Convém frisar que o denunciado *Afrânio Costa Ribeiro* recebeu, como recompensa, previamente combinada, um automóvel tipo VW Fusca, de cor clara, cuja entrega foi feita pela Sr.^a Maria Antônia Brandão Salgado, esposa do Gel, à época (...).

Ainda, segundo os impetrados: “No caso dos autos, também não existe incompatibilidade. É que não há uma correlação necessária entre ausência de condenação (penal ou administrativa) e conduta irrepreensível, ou seja, o candidato pode jamais ter sofrido uma condenação e sua conduta ser considerada inadequada para exercer o cargo a ser preenchido” (fls. 33-34).

Acentuam, outrossim, que: “(...) contratar pessoa que se encontra respondendo a ação penal, logo, desprovida de conduta ilibada, configuraria não só um contra-senso, como também, uma irresponsabilidade da Administração Pública”.

Por fim, no que tange à prescrição, afirmam que ela não tem o condão de fazer desaparecer os crimes imputados ao impetrante, muito menos de transformá-lo em pessoa de conduta irrepreensível e idoneidade moral inatacável.

Para a maioria dos Desembargadores que integraram o julgamento, na origem, a prescrição, ao tempo do acórdão, ainda não se achava consumada, de forma que a tese inicial não poderia prevalecer por esse motivo. Na mesma linha, afirmaram os julgadores estaduais que o edital prevê a regra da submissão do candidato a uma investigação social, cujos resultados, se contrários aos interesses da admissão, poderiam levar à exclusão do candidato.

A final, ponderou o Tribunal de Justiça que: “(...) quem está respondendo a uma ação penal não pode ser considerado como pessoa de conduta irrepreensível, isso porque, antecedendo ao ajuizamento da ação, existiu um inquérito policial,

no qual restaram comprovados indícios suficientes da autoria e da materialidade do delito que lhe foi atribuído” (fl. 99).

Divergindo do posicionamento da maioria, o Des. Raymundo Liciano de Carvalho fez constar, em suas razões de decidir, que (fl. 108): “Se não há condenação judicial transitada em julgado, a presunção é de inocência, garantia constitucional aplicável também na esfera administrativa”. Ademais (fl. 110):

Portanto, é com base no princípio constitucional da inocência (art. 5º, LVII, CR), desdobramento do devido processo legal, que, divergindo da doura maioria, entendo que a sentença deve ser concedida para garantir ao impetrante a participação no restante das etapas do concurso público a que se submeteu, dele só podendo ser excluído na hipótese da superveniência de sentença penal condenatória que lhe impeça, temporariamente, o exercício do cargo ou da função para o qual concorreu e foi habilitado (art. 47, I, CP).

Posteriormente à interposição do recurso (em abril de 2002), o impetrante/recorrente traz a lume cópia da sentença penal absolutória relativa à ação instaurada contra o impetrante (fls. 143-145), acompanhada da respectiva certidão de trânsito em julgado (fl. 147), bem assim da certidão negativa expedida pelo Cartório de Distribuição da Comarca de São Luís-MA (fl. 146).

A mencionada documentação foi aceita por este Relator, visto enquadrar-se no disposto no art. 517 do CPC, notadamente porque, interposto o recurso em tela em 18 de junho de 2001, os referidos documentos só foram emitidos, inclusive a sentença, no ano de 2002 (fls. 145-147).

De acordo com a parte final da sentença penal, assim se manifestou o Juízo de primeiro grau (fl. 145), *in verbis*:

(...) diante do quadro probatório dos autos, resta uma grande dúvida quanto à participação dos acusados, posto que negam a prática delituosa e a acusação louva-se apenas nas declarações da viúva.

Por isso, *julgo* improcedente a denúncia, para absolver os acusados *Afrânio Costa Ribeiro* e *Geordano Barroso Ramos*, qualificados nos autos, por não existir prova suficiente para a condenação, nos termos do art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal.

Intimado para se manifestar em relação aos documentos trazidos após a interposição do recurso, o Estado do Maranhão afirmou que:

No caso, a instância penal não prevalece sobre a instância administrativa, como parece pretender o Recorrente com a juntada dos documentos. A única

exceção da prevalência do juízo penal sobre o administrativo é quando aquele absolve o Réu, declarando a inexistência da materialidade do delito ou negando a autoria. Na espécie, verifica-se que a sentença criminal não absolve o Recorrente com base em nenhum desses dois fundamentos. Portanto, não faz coisa julgada a sentença criminal, no âmbito administrativo, quando absolver o Réu com base na inexistência de provas, como se infere dos documentos de fl. 145 dos autos.

Com esses esclarecimentos, passo a analisar a questão posta a julgamento.

Tenho que a irresignação merece ser acolhida.

Examinando hipóteses semelhantes à presente, o Superior Tribunal de Justiça assentou a compreensão de que o postulado da presunção de inocência não tem aplicação exclusiva à seara penal, incidindo, também, na esfera administrativa.

Nesse sentido:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Ausência de nomeação de candidato, réu em ação penal, por inidoneidade moral. Ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Nomeação de aprovados em classificação inferior à do impetrante. Ausência de litisconsórcio necessário. Desnecessidade de citação dos candidatos. Não-cabimento de anulação de suas nomeações.

1. Por força do disposto no artigo 5º, inc. LVII, da CR/1988, que não limita a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado.

2. Incorre em flagrante inconstitucionalidade a negativa de nomeação, por inidoneidade moral, de aprovado em concurso público com base na apresentação de certidão positiva que indicava sua condição de parte no pólo passivo de ação penal em curso.

(...)

4. Recurso ordinário provido em parte. Nomeação do impetrante no cargo de Auxiliar Judiciário PJ-I ou, em caso de sua transformação, no cargo atualmente correspondente. (RMS n. 11.396-PR, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03.12.2007)

Administrativo. Servidor público. Concurso público. Investigação social. Exclusão de candidato em razão de processo criminal já extinto pela prescrição retroativa. Impossibilidade. Princípio da presunção de inocência. Recurso especial conhecido e improvido. 1. Em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se admite, na fase de investigação

social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude de processo criminal extinto pela prescrição retroativa. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral. 2. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp n. 414.933-PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 1º.08.2006)

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Limites normativos. Apreciação de matéria constitucional. Inadequação da via eleita. Concurso público. Investigação social. Candidato processado. Prescrição. Presunção de inocência. Precedentes. I - É vedado a esta Corte, em sede de recurso especial, adentrar ao exame de pretensa violação a dispositivos constitucionais, cuja competência encontra-se adstrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o art. 102 da Carta Magna, ao designar o Pretório Excelso como seu Guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no especial exorbita seus limites normativos, que estão precisamente delineados no art. 105, III da Constituição Federal. II - Consoante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, o simples fato de o candidato haver sido investigado em inquérito policial posteriormente arquivado ante a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, não pode ser considerado como desabonador de sua conduta, sem maior detalhamento, de forma impedir sua participação no concurso público, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes. III - Agravo interno desprovido. (AgRg no Ag n. 463.978-DF, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 04.08.2003)

Processual Civil e Administrativo. Concurso público. Polícia Civil do Distrito Federal. Agente penitenciário. Investigação social. Candidato processado. Prescrição. Presunção de inocência. Recurso especial. Não conhecimento. Dissídio não caracterizado. Art. 255 do RISTJ. I – O simples fato do candidato ter sido processado, há anos, pela prática de crime de porte ilegal de entorpecentes, sendo que foi extinta sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, não pode ser considerado como desabonador de sua conduta, sem maior detalhamento, a ponto de impedir sua participação no concurso público, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência. II – Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados. III – A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial. Recurso não conhecido. (REsp n. 327.856-DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 04.02.2002)

Ao que se extrai dos autos, quando da exclusão do impetrante, não havia sentença penal condenatória transitada em julgado, mas, apenas, a instauração da ação penal.

Desse modo, como bem pontuou o voto divergente proferido pelo Des. Raymundo Liciano de Carvalho (fl. 108):

Segundo as informações das autoridades impetradas (fls. 32-38) e a defesa apresentada pelo Estado do Maranhão, na qualidade de litisconsorte (fls. 67 a 73), após a investigação social, a que todos os candidatos se submeteram durante todo o transcurso do certame, de acordo com o Edital n. 001/97, capítulos XII, item I e XIV, itens 3 e 6, foi constatado que o impetrante responde à ação penal e a processo administrativo disciplinar, circunstâncias que denotariam conduta inadequada para o exercício do cargo de Agente de Polícia, que exige “conduta irrepreensível e idoneidade moral inabalável”. E concluem que, mesmo na hipótese da prescrição dos ilícitos, tese defendida pelo impetrante, os crimes e seus efeitos não desaparecerão, tampouco tornará o beneficiário pessoa de “conduta irrepreensível e idoneidade moral inatacável”, sendo a prescrição “relevante apenas em relação ao direito de ação”.

Ora, assim colocada a questão, a presunção de inidoneidade do candidato, indiciado em processo criminal e respondendo a processo administrativo disciplinar, ambos em andamento, impõe, antes do trânsito em julgado, por que não dizer, sem o devido processo legal, a pena perpétua de proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública (art. 47, I, CP).

Se não há condenação judicial transitada em julgado, a presunção é de inocência, garantia constitucional aplicável também na esfera administrativa.

De fato, impõe reconhecer que, pelo princípio da presunção da inocência, se estabelece, como garantia, a proibição de restrições antecipadas a direitos do acusado, em razão de se encontrar a responder ação judicial, exceto a imposição de restrições e deveres indispensáveis à preservação da integridade da própria ação, ou da ordem pública, que não vem a ser o caso debatido nos autos.

Cumpr, também, mencionar que a afirmação da culpa sem que os procedimentos processuais próprios à investigação se delineiem e se completem significa reconhecer a desnecessidade do processo penal, a considerar a possibilidade de as penas serem aplicadas antecipadamente. Nesse diapasão, não é possível asseverar que as razões expostas pela Administração possam mitigar a presunção de inocência, porquanto estaríamos a violar genuínas liberdades fundamentais e, com isso, comprometendo todo o sentido da ordem constitucional.

Seguindo a mesma esteira de posicionamento, anatem-se os seguintes arestos emanados do Excelso Pretório, *in verbis*:

Constitucional. Administrativo. Concurso público. Polícia Militar. Candidato. Eliminação. Investigação social. Art. 5º, LVII, da CF. Violação. I - Viola o princípio

constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (AgRg no RE n. 559.135-DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 12.06.2008)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Concurso público. Polícia Militar. Candidato respondendo a ação penal. Exclusão do certame. Violação ao princípio da presunção da inocência. 4. Ausência de prequestionamento quanto aos demais artigos suscitados. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RE n. 487.398-MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.06.2006)

Ainda em relação aos precedentes da Suprema Corte, oportuno referir o acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 194.872-8-RS (DJ 02.02.2001), de relatoria do em. Ministro Marco Aurélio de Mello, assim ementado:

Concurso público. Capacitação moral. Processo. Crime em andamento. Surge motivado de forma contrária à garantia constitucional que encerra a presunção da não-culpabilidade ato administrativo, conclusivo quanto à ausência de capacitação moral, baseado, unicamente, na acusação e, portanto, no envolvimento do candidato em ação penal.

Do aludido julgado, cabível, ainda, trazer a lume o exame realizado por S. Exa., quanto aos fundamentos da garantia constitucional em tela, *in verbis*:

De duas, uma: ou se confere eficácia, em que pese à garantia constitucional, à simples imputação, caminhando-se para a presunção do excepcional, ou seja, do envolvimento do acusado, ou parte-se para a homenagem à Carta da República, dando-lhe a eficácia que lhe é própria. Conforme ressaltado, a motivação do ato administrativo foi única, muito embora formalizada sob o ângulo da falta de capacitação moral: estaria o Recorrente a responder processo na Justiça Militar do Estado, tendo em conta envolvimento em delito ocorrido à época em que integrava a corporação policial militar como soldado (...). Vale frisar que, julgada a apelação do Estado em 9 de novembro de 1994, em 18 imediato veio a ser o ora Recorrente julgado pelo Conselho Permanente de Justiça, sendo, à unanimidade de votos, absolvido, juntamente com os demais denunciados. Essa absolvição veio a transitar em julgado em 2 de fevereiro de 1995. Vê-se, portanto, o quanto é sábia a cláusula constitucional que reflete a presunção do ordinário, ou seja, da ausência de culpa. - grifos acrescidos

Registre-se, por necessário, que, no caso específico dos autos, o impetrante foi absolvido, por ausência de provas, das imputações assacadas contra ele, não havendo, sequer, a interposição de recursos contra a referida sentença absolutória, por parte do Ministério Público.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário para conceder a segurança e, nessa medida, garantir ao impetrante a participação nas restantes etapas do concurso público a que se submeteu, devendo a Administração providenciar os atos necessários a esse propósito.

Assim é como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 578.585-PA (2003/0140515-5)

Relator: Ministro Og Fernandes

Recorrente: Ministério Público do Estado do Pará

Recorrido: Mário José Onofre dos Santos Toutenge

Advogado: Francisco Brasil Monteiro e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Arts. 121, *caput*, e 125, ambos do Código Penal. Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Dúvida se o óbito da vítima seria ou não resultado de um crime ou de um lamentável acidente de carro. Ofensa ao art. 408 do Código de Processo Penal (atual art. 413 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008). Existência de duas versões sobre os fatos. Laudo pericial e indícios de autoria. Competência do Tribunal do Júri.

1. De ressaltar que a questão posta no recurso especial é meramente jurídica, visto que “a reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento.” (REsp n. 878.334-DF, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 26.02.2007)

2. No caso, o cotejo entre os votos vencedores e o voto vencido do acórdão recorrido evidencia de pronto que a solução adotada, por maioria, pelo Tribunal de origem, violou o art. 408 do Código de Processo Penal (atual art. 413 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008).

3. Ora, se voto vencido e vencedor conseguem detectar versões antagônicas a respeito dos fatos, uma das quais incompatível com a tese de que a morte teria sido acidental, o Tribunal de origem não poderia, simplesmente, adotar a versão mais favorável ao réu, suprimindo a competência do Júri para julgar o feito, notadamente se, para tanto, não houve a necessidade de incursão aprofundada no acervo probatório, incabível na fase de pronúncia.

4. Assim, havendo indícios de que o suposto acidente de carro seja na verdade um crime de homicídio perpetrado pelo ora recorrido contra sua cônjuge, a questão deve ser remetida para o Júri Popular, juízo natural para o julgamento dos delitos dolosos contra a vida.

5. Com é sabido, a pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não exigindo prova incontroversa da existência do crime, sendo suficiente que o juiz se convença de sua materialidade. Por outro lado, quanto à autoria, não é necessária a certeza exigida para a condenação, bastando que existam indícios suficientes de que o réu seja o autor.

6. Recurso especial provido para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de primeiro grau, que pronunciou o recorrido pela suposta prática dos crimes de homicídio simples e provocação de aborto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.
Brasília (DF), 06 de outubro de 2009 (data do julgamento).
Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 26.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Pará, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça.

Colhe-se dos autos que o recorrido foi pronunciado como incurso no art. 121, *caput*, e 125, ambos do Código Penal. Inconformado, recorreu em sentido estrito, tendo o Tribunal de origem, por maioria de votos, dado provimento ao apelo para impronunciar o réu, por falta de indícios e autoria e materialidade.

Eis a ementa do acórdão hostilizado:

Recurso penal em sentido estrito contra r. decisão que pronunciou o recorrente como incurso no art. 121 c.c. art. 125 do CPB (crime de homicídio e provocação de aborto).

Para um cidadão ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri é indispensável a presença do pressuposto absoluto e constitucional de existência de um crime doloso contra a vida e de indícios convincentes e suficientes de autoria ou mesmo a participação de alguém na prática do ato.

A aplicação apressada e simplista do vetusto brocardo de quem em casos de dúvida acerca da autoria de crimes dolosos contra a vida deve-se sempre resolver em favor da sociedade - *in dubio pro societate* -, além de revelar injusto e precipitado, pode encerrar possível violação ao constitucional princípio da presunção de inocência.

No caso guerreado, não havendo o reconhecimento da materialidade do crime e por conseguinte, não existindo qualquer prova de relevo acerca da autoria, não é justo nem legal que se remeta o agente a julgamento pelo Tribunal do Júri, pois para que ocorra a pronúncia é indispensável a prova da existência e da presença consubstanciada de indícios de autoria. (fls. 780-781)

Daí o especial, no qual se alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 408 do Código de Processo Penal (atual art. 413 do CPP, com a redação

dada pela Lei n. 11.689/2008), afirmando que, havendo duas versões diferentes a respeito dos fatos, deve a questão ser remetida a julgamento pelo Júri Popular, em respeito ao princípio *in dubio pro societate*.

Contrarrazoado o recurso, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso para que o acusado nos seja pronunciado nos termos da denúncia.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Inicialmente, para melhor compreensão da controvérsia, destaco o seguinte trecho da sentença de pronúncia:

In casu sub examen, narram os vertentes autos, através da basilar acusatória de fls., que por volta das 17:30 horas do dia 25 de setembro de 1992, o denunciado Mário José Onofre dos Santos Toutenge, saiu de Belém com destino ao Município de Salinópolis, conduzindo o veículo tipo Fiat 147 - Spázio, levando como acompanhantes sua esposa Linda Maria Guedes Toutenge e o filho único do casal, o menor Antoinne Guedes Toutenge, à época dos fatos, com 01 ano e 04 meses de idade, oportunidade em que, segundo versão do acusado, ocorreu um acidente automobilístico, que mais tarde iria a ceifar a vida de sua esposa.

Ainda na exordial, o Promotor de Justiça que a subscreve, coloca em dúvida que o evento funesto tenha ocorrido de forma acidental ou na forma descrita pelo réu, sem contudo, na denúncia, descrever de forma clara e inequívoca como se teria dado o evento criminoso, questionando-se: Se não foi de forma acidental, como teria ocorrido?. E forçoso admitir-se, sem qualquer pré julgamento, que em nenhum ponto da instrução a dúvida ficou esclarecida.

Mas, se não ocorreu nenhum esclarecimento sobre a forma inequívoca de como a desafortunada vítima Linda Maria Guedes Toutenge teria morrido, forçoso também entender-se, existirem nos autos, pontos obscuros que mereçam maiores esclarecimentos.

O laudo de exame pericial técnico de reprodução simulada de n. 074/96, acostado às fls. 474-484, com desenhos e fotografias, é conclusivo em entender: "do exposto, concluem os peritos que, dos cotejos entre os relatos apresentados pelo acusado Mário José Onofre dos Santos Toutenge com a dinâmica de um possível capotamento de um veículo em que viajavam o mesmo e sua esposa (Linda Maria Guedes Toutenge) e filho, não há coerência, assim como são notáveis as divergências entre os relatos da testemunhas: Evânio da Silva Magalhães e Eustáquio de Almeida Jaques conforme acima explicitados ...", ensejando dúvidas sobre a versão de acidente esposada

pelo réu, muito embora, também entenda este Juízo, que os pontos levantados pela defesa em alegações finais, tenham suas possíveis e fundadas razões.

As demais divergências apontadas pelo *parquet* em finais, fruto de declarações da genitora da vítima fatal, Sra. Raimunda Edna Guedes Pinto Guimarães, de Lilian Lúcia Guedes Pinto, também parente da vítima Linda Maria, tal e qual as não menos parentes Maria de Nazaré de Almeida Guedes e Lourdes de Fátima Almeida Guedes, prestadas com a emoção peculiar daqueles que perdem um ente querido, merecem, pelo menos nesta fase processual, serem consideradas, ainda que com toda a cautela, prestando neste momento, junto com o demais conjunto probatório, para colar dúvidas sobre como se deu o evento morte.

A imprecisão da exordial, que ao afastar a versão de acidente, não apontou claramente, como teria ocorrido a morte de Linda Maria nem tampouco, como teria agido o seu suposto assassino, o esposo Mário José Onofre dos Santos Toutenge, as incongruências levantadas pelo laudo de exame pericial técnico de reprodução simulada em relação a versão apresentada pelo réu, bem como, as levantadas pelos familiares da vítima fatal, dever ser tidos como indícios que o crime possa ter sido perpetrado de forma não acidental e que o denunciado possa vir a ser seu autor, devendo não fugir à apreciação do Egrégio Tribunal do Júri desta Comarca, como medida da mais lúdima Justiça, até mesmo porque, existindo dúvidas nesta fase, por se tratar de pronúncia, deve ser ela dirimida em favor da sociedade (*in dubio pro societate*) e não em favor do réu (*in dubio pro reo*). Existindo o crime e indícios de que o réu seja provável autor, pronuncia-se. (fls. 668-67)

A Corte Estadual, por sua vez, despronunciou o réu, pelos seguintes fundamentos:

Em 09.03.1993, a mãe da Sra. Linda Toutange comunicou à Polícia o acidente automobilístico ocorrido em 25.09.1992, para ser averiguado. Em decorrência do inquérito e da ação criminal, o réu foi pronunciado.

Na sentença de pronúncia o M.M. Juiz *a quo*, bem demonstra que duas seriam as condições à decretação da pronúncia: prova plena da existência de fato criminoso e prova, pelo menos indiciária, de ter sido o acusado, o seu autor.

Ademais assim se pronuncia o M.M. Juiz *a quo*:

“Ainda na exordial, o Promotor de Justiça que a subscreve, coloca dúvidas que o evento funesto tenha ocorrido de forma acidental ou na forma descrita pelo réu, sem contudo, na denúncia, descrever de forma clara e inequívoca como se teria dado o evento criminoso: questionasse: se não foi de forma acidental, como teria ocorrido? E forçoso admitir-se, sem qualquer pré-julgamento, que em nenhum ponto da instrução processual a dúvida ficou esclarecida”. O que se conclui que nem o digno Magistrado sanou sua dúvida quanto à existência de crime.

As investigações levadas a efeito pela autoridade policial servem sobremaneira para a formulação da denúncia, que é ato pelo qual o Estado, por intermédio do Ministério Público, leva ao conhecimento do Juiz um fato que se reveste dos caracteres de infração penal, e pede que se faça justiça.

Uma vez instaurada a ação penal com o recebimento da denúncia, aquelas peças que possibilitaram uma posição inicial de convencimento do Ministério Público, que é o órgão estatal destinado a fazer a defesa da lei e da sociedade, transformam-se em simples peças informativas do processo criminal, e que para terem o poder de possibilitar a final condenação de denunciado, necessitam ser jurisdicionalizadas, sob pena de não servirem para sustentar um decreto condenatório.

Entretanto, durante o curso da instrução processual, o que se viu foi uma acusação sem sistemática de trabalho, perdida em conjecturas, sem a menor perspicácia para desvendar os fatos, deixando de trazer para os autos elementos mínimos de convicção, a fim de que ficasse um divisor entre o impossível e a realidade que só veio a ser posta em dúvida quando decorridos mais de cinco meses do óbito da esposa do acusado.

As voltas com todas essas omissões, que prejudicaram profundamente a busca da verdade, só restava perquerir sobre que motivos poderiam levar um médico a matar a sua esposa. Perda de sentimento necessário para a manutenção da convivência? É difícil de acreditar nesta hipótese, pois para isso bastaria o caminho infinitamente menos traumático da separação judicial. Recebimento de seguro? Poderia ser um, mas quanto a isso nada foi posto em evidência nos autos. Seria ele um louco? Não há laudo nesse sentido.

Assim, para que um cidadão seja levado a julgamento pelo Tribunal do Júri é indispensável a existência do pressuposto absoluto e constitucional de existência de um crime doloso contra a vida e de indícios convincentes e suficientes de autoria ou mesmo a participação de alguém na prática do ato.

A aplicação apressada e simplista do vetusto brocardo de que em casos de dúvida acerca da autoria de crimes dolosos contra a vida deve-se sempre resolver em favor da sociedade - *in dubio pro societate*, além de revelar-se injusto e precipitado, pode encerrar possível violação ao constitucional princípio da presunção de inocência.

No caso em estudo, não havendo o reconhecimento da materialidade do crime e por conseguinte, não existindo qualquer prova de relevo acerca da autoria, não é justo nem legal que se remeta o agente a julgamento pelo Tribunal do Júri, pois para que ocorra a pronúncia é indispensável a prova da existência do crime e da presença de indícios de autoria, daí ter-se que não agiu bem o MM. Juiz *a quo* ao pronunciar o réu.

Tenho que a decisão do MM. Juiz *a quo* deve ser reformada, assim, para impronunciar o réu.

Se amanhã novas provas forem produzidas acerca dos eventos aqui versados poderá o sempre zeloso órgão do Ministério Público abrir novo processo e dar seguimento à ação penal.

De ressaltar que a questão posta no recurso especial é meramente jurídica, visto que “a reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento.” (REsp n. 878.334-DF, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 26.02.2007)

No caso, o cotejo entre os votos vencedores e o voto vencido do acórdão recorrido evidencia de pronto que a solução adotada, por maioria, pelo Tribunal de origem, violou o artigo 408 do Código de Processo Penal (atual art. 413 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008).

Com efeito, observa-se, pela simples leitura do acórdão do recurso em sentido estrito, que o conjunto probatório não demonstra, de forma inequívoca, a ocorrência de um lamentável acidente automobilístico, a ensejar a despronúncia do recorrido.

Ao contrário, o próprio acórdão impugnado deixou clara a existência de mais de uma versão acerca dos fatos. Prova disso se extrai do voto vencido proferido pelo Exmo. Sr. Des. Rômulo José Ferreira Nunes, que ressaltou, inclusive, os contraditórios depoimentos prestados pelo réu, *in verbis*:

Analisando detidamente os autos, verifiquei que o recorrente Mário José Onofre dos Santos Toutenge foi denunciado pelo Ministério Público em 19.07.1994, tendo sido imputado ao mesmo o ilícito penal do art. 121 *caput* e 125 do digesto penal pátrio.

Disse o acusado que rumava para o município de Salinópolis em seu automóvel, acompanhado de sua esposa e de seu filho, à época com 01 ano de idade, oportunidade em que foi fechado por uma carreta, tendo perdido o controle do veículo, o qual veio a capotar várias vezes, tendo ficado sem sentidos. Referiu ainda que após recobrar a consciência, estava no banco do passageiro, com a parte superior do tórax sobre o capo do carro.

Ocorre que referida assertiva do réu é no mínimo fruto da imaginação de alguém que quer se escusar das imputações que lhe são formuladas pela Justiça Pública, uma vez que a prova pericial, técnica, científica, produzida nos autos, aponta para caminho diametralmente oposto ao alegado pelo réu, afirmando que, de acordo, com os relatos das testemunhas, bem como a dinâmica de eventual capotamento do veículo em questão que a versão do réu é insustentável, não podendo ser tida como verdadeira, de acordo com questões físicas e fáticas levadas em consideração pelos peritos criminais (fls. 474 a 479).

Ora, contra fatos e provas concretas não há argumentos, notadamente argumentos desprovidos de qualquer ilação lógica com a causa, os quais, de acordo com as circunstâncias, mudam a fim de atingir a defesa melhores condições de esquivar o réu das imputações a si atribuídas.

Inúmeras são as contradições existentes nos depoimentos prestados pelo réu, uma vez em confronto com as demais provas dos autos, o que gera, por conseguinte, a necessidade de ser o feito levado ao juízo constitucionalmente competente para julgá-lo, qual seja o Tribunal do Júri, sendo grave ofensa ao princípio do juiz natural não submeter-se o julgamento da causa à sociedade, preceitua nossa lei maior.

Dentre os pontos de maior contradição, podemos destacar os que foram apontados pelos peritos criminais a quando da elaboração do relatório da perícia de reprodução simulada dos fatos (fls. 474 e ss), realizada no dia 12.06.1996:

Em sua narrativa, Mário Toutenge alega que após a capotagem, não sabendo quantas vezes o veículo capotou, encontrava-se no banco do passageiro, “curvado sobre o painel do carro”. Sob tal declaração, podemos dizer que (sic):

1. Tal posicionamento é totalmente impossível dada a largura do painel do veículo, que é de 23 cm., mesmo se não levarmos em consideração a inclinação do vidro do pára-brisa, que diminui muito o espaço para que tal fato ocorra.

*2. Essa versão contradiz as prestadas em depoimento anterior, no qual declarou que ao recobrar os sentidos **encontrava-se sobre o capo do carro, que também ao nosso ver é contestável, uma vez que quando periciado o veículo encontrava-se com o vidro do pára-brisa original.** (Grifo nosso). Perguntado por onde saíra do veículo, disse não recordar-se e que pela porta que tentara esta não abriu. Se tal porta não abriu, como teria a Sra. Linda Maria Guedes Toutenge sido arremessada de dentro do veículo, se no primeiro giro do mesmo estaria voltada para o solo, conforme demonstraremos no item dinâmica evento?*

Alguns dos depoimentos constantes dos autos corroboram a necessidade de ser o réu submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, dos quais podemos destacar os seguintes:

Testemunha Eustáquio Jaques - fls. 348 “Que os pára-brisas do veículo estavam intactos, que os vidros quebrados eram os laterais do lado direito.../... Que não havia barranco no local onde foi encontrado o veículo”

Testemunha Gabriel da Silva - fls. 371-verso - “Que na ocasião que o declarante falou com o acusado este não apresentava nenhum vestígio de acidente nem o filho do casal e o acusado disse que o carro havia capotado diversas vezes, e o fato de não apresentarem escoriações nem o acusado e nem o seu filho, causou curiosidade no declarante”

As fls. 451-452, foi inquirida a testemunha Maria de Nazaré Guedes, a qual afirmou:

Que seu neto menor tinha apenas um ferimento no couro cabeludo e o acusado com ferimento no rosto do lado direito, presumindo que fosse arranhado de unhas (...) Que a informante sabe diferenciar arranhão de unha e de vidro; Que tirou a conclusão que o ferimento, digo, opinião que foi o ferimento no rosto do acusado de unha após, digo, lá no hospital mesmo e também opinião de outras pessoas" (sic)

Às fls. 454, relatou a testemunha Guedes:

Que quando chegou no viaduto do Coqueiro, o carro do acusado emparelhou com o da informante e este pediu que a informante o passasse, mas a informante preferiu ficar atrás do acusado; Que próximo a Santa Isabel, na curva, tinham quatro caminhões, o acusado tentava ultrapassar os carros que estavam a sua frente; Que a informante dava sinal de luz e buzina para que o acusado não passasse, mas na quarta tentativa o acusado passou (...) Que o acusado apresentava ferimentos de unha no rosto, do lado esquerdo - após a morte da vítima - (...) Que a vítima não apresentava ferimento de espécie alguma, apenas o hematoma (...) Que presenciou o acusado gesticular quando dirigia o veículo, segurava a direção com a mão esquerda e gesticulava com a mão direita e sacudia a cabeça como se estivessem discutindo.

Às fls. 514, inquirida em juízo, relatou a Sra. Lilian Pinto:

(...) a sepultura foi comprada antes da vítima falecer. Que o fato chamou a atenção da declarante, pois a vítima faleceu no dia 03 de outubro de 1992, às 09h45, sendo que o atestado de óbito já estava pronto desde às 06h00, o qual foi preparado pelo próprio acusado e não pelo Dr. César Neves, que era o médico que estava à frente da equipe prestando assistência à vítima.

Diversos e fortes são os indícios a incriminar o réu, os quais, de forma alguma, devem ser subtraídos da competência do juiz natural para crimes dessa natureza. Senão vejamos:

- Por que alega o pronunciado que o carro capotou se a prova técnica, pericial, concluiu que isso não poderia ter acontecido?

- Alegou o réu que havia um desnível de cerca de 30 cm na pista da BR-316, o qual teria sido o responsável pelo "acidente". No entanto os peritos da polícia científica nada encontraram nesse sentido. Teria ele, de uma hora para outra, sumido?

- Sustentou o réu que foi lançado para fora do carro, juntamente com sua esposa, vítima, e seu filho de apenas 1 ano. Ora, como é possível, diante das regras de física que alguém seja lançado para fora de um carro e não sofra sequer um arranhão? Será que os estilhaços de vidro e o próprio asfalto não produziram pelo menos um arranhão nos três ocupantes do carro?

- Referiu o acusado que o pára-brisas do carro quebrou, no entanto a perícia concluiu que isso não aconteceu pois o que estava no automóvel era o original. Como então sustentar essa alegação?

- Como pode, diante de um acidente dessas proporções, uma criança de apenas 01 ano, lançada cerca de 05 metros sair incólume e sua mãe, lançada apenas 03, ser atingida de forma fatal?

- Que motivos teria o acusado para mandar familiares de sua esposa seguirem em frente no percurso para Salinópolis? O que o mesmo não queria que fosse presenciado?

- Por que, momentos após o acidente o Patrulheiro da Polícia Rodoviária Federal que soube do acidente, ao se deslocar para o local, não encontrou qualquer vestígio de acidente automobilístico? (denúncia - fls. 06).

Assim, data vênia do entendimento do douta relatora, não é possível afirmar-se que a acusação contra o réu foi procedida sem "sistemática de trabalho, perdida em conjecturas, sem a menor perspicácia para desvendar os fatos, deixando de trazer para os autos elementos mínimos de convicção", uma vez que o fato em si é complexo, havendo, em razão das próprias circunstâncias do evento delituoso, certa dificuldade em se encontrar provas diretas, de simples aferição, uma vez que o fato foi praticado sem testemunhas presenciais, devendo, assim, sua prova se dar através de indícios, os quais, na presente situação, conforme demonstrado acima, são mais do que suficientes.

(...)

Sustentar que a aplicação do princípio *do in dubio pro societate* pode encerrar violação ao princípio de presunção de inocência não encontra guarida nos autos, tampouco no direito processual penal, tendo em vista que o fato de ser levado o réu a júri popular não é sinônimo de condenação, uma vez que será o mesmo julgado por seus pares, de acordo com o que preceitua a CF/1988.

As provas carreadas nos autos, ao contrário do que alega a defesa do pronunciado, levam a conclusão de que o fato ora em apuração não foi um simples acidente automobilístico, mas sim um crime de homicídio, praticado em concurso formal com o de aborto.

(...)

Ora, pelas razões expostas alhures, outra pode ser a postura deste Tribunal que não seja a de manter a correta posição do juízo *a quo*, a qual se encontra em perfeita adequação com as provas contidas nos autos, fundamentando-se adequadamente na lei, doutrina e jurisprudência de nosso país.

Ante o exposto, pelas razões exaustivamente demonstradas acima, data máxima vênua, do voto da eminente Relatora, acato o parecer do Ministério Público, pelo que conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, prestigiando o ordenamento jurídico constitucional e a busca da verdade real, esteio do direito processual penal. (fls. 770-778)

Ora, se voto vencido e vencedor conseguem detectar versões antagônicas a respeito dos fatos, uma das quais incompatível com a tese de que a morte teria sido acidental, o Tribunal de origem não poderia, simplesmente, adotar a versão mais favorável ao réu, suprimindo a competência do Júri para julgar o feito, notadamente se, para tanto, não houve a necessidade de incursão aprofundada no acervo probatório, incabível na fase de pronúncia.

Assim, havendo indícios de que o suposto acidente de carro seja, na verdade, um crime de homicídio perpetrado pelo ora recorrido contra sua cônjuge, a questão deve ser remetida para o Júri Popular, juízo natural para o julgamento dos delitos dolosos contra a vida.

Com é sabido, a pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não exigindo prova incontroversa da existência do crime, sendo suficiente que o juiz se convença de sua materialidade. Quanto à autoria, não é necessária a certeza exigida para a condenação, bastando que existam indícios suficientes de que o réu seja o autor.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Homicídio qualificado. Materialidade comprovada. Indícios de autoria. Elementos aptos a fundamentar a sentença de pronúncia. Existência de crime. Competência do Tribunal do Júri. Recurso especial provido.

1. Verifica-se, nos processos do Júri, a existência de duas fases distintas: o *judicium accusationis* e o *judicium causae*. A primeira inicia-se com a denúncia e finda com a sentença de pronúncia (antigo art. 408 do CPP), começando, a partir de então, a segunda fase, que chega ao final com o trânsito em julgado da sentença proferida pelo Juiz Presidente na sessão de julgamento realizada pelo Tribunal do Júri.

2. A sentença de pronúncia deve, sob pena de nulidade, cingir-se, motivadamente, à materialidade e aos indícios de autoria, visto se tratar de mero juízo de admissibilidade da acusação. De fato, uma incursão mais aprofundada no mérito da causa seria capaz de influenciar a decisão do Conselho de Sentença, de modo a caracterizar usurpação da competência constitucionalmente conferida ao Tribunal do Júri (excesso de linguagem).

3. Não pode o Tribunal estadual, sob pena de usurpar competência do Conselho de Sentença, afastar a imputação dada pela Sentença de Pronúncia, ao

fundamento de que não havia prova da existência de crime, quando, conforme constate dos autos, há prova inequívoca da morte da vítima (materialidade) e indícios de autoria em desfavor do acusado.

4. Recurso especial provido para restaurar a sentença de pronúncia. (REsp n. 676.044-ES, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 16.03.2009)

Processual Penal. Recurso especial. Art. 121, § 2º, IV do CP. Reexame e reavaliação de provas. Pronúncia. *In dubio pro societate*.

I - A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes).

II - Em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, o julgamento pelo Tribunal Popular só pode deixar de ocorrer, provada a materialidade, caso se verifique ser despropositada a acusação, porquanto aqui vigora o princípio *in dubio pro societate* (Precedentes).

III - Na hipótese vertente, o v. acórdão atacado, ao confirmar a r. decisão que havia impronunciado o recorrido, não evidenciou ser abusiva e despropositada a acusação. Desse modo, configurada a dúvida sobre a participação do recorrido nos fatos em apuração, deve-se levar a solução da causa ao Tribunal Popular, constitucionalmente encarregado desta missão (*ex vi* art. 5º, inciso XXXVIII, da CF). Recurso especial provido. (REsp n. 878.334-DF, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 26.02.2007)

Na hipótese, o *decisum* de primeiro grau foi proferido com estrita observância da norma processual, fundamentando-se em elementos suficientes para pronunciar o réu, tais como o interrogatório, os depoimentos das testemunhas, além do laudo pericial oficial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de primeiro grau, que pronuncio o recorrido pela suposta prática dos crimes de homicídio simples e provocação de aborto.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 714.843-MG (2005/0003303-2)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Estado de Minas Gerais

Procurador: Mauricio Barbosa Gontijo e outro(s)

Recorrido: Alberico Mariano Alves e outros

Advogado: Rodrigo Rabelo de Faria e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Administrativo. Servidores públicos estaduais. Afastamento para concorrer a cargo eletivo. Lei Complementar n. 64/1990. Vencimentos integrais. Não inclusão de gratificações de natureza *propter laborem*. Precedentes.

1. Durante o período de afastamento para concorrer a cargo eletivo, os servidores públicos não têm direito ao recebimento de gratificações de natureza *propter laborem* que, por serem devidas apenas ao servidor que efetivamente presta a atividade pertinente ao cargo ou prevista na lei, não se enquadram no conceito de vencimentos integrais previsto na Lei Complementar n. 64/1990.

2. Recurso especial provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e Nilson Naves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 29 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 19.10.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de recurso especial, interposto pelo Estado de Minas Gerais, com fundamento na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Emerge dos autos que Alberico Mariano Alves e outros, servidores públicos estaduais da área de educação, ajuizaram a presente ação ordinária na qual pleitearam a restituição de valores relativos a vantagens denominadas gratificações de incentivo à docência (biênio e pó-de-giz), descontados de seus contra-cheques durante o período eleitoral do ano de 2000, quando se afastaram de suas atividades para concorrer a vagas para cargos de vereador.

O Juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos formulados pelos autores Dalva Lúcia Portes, Francisca de Fátima Zóia, Irlei de Araújo Teixeira, João da Silva Barros, José Flávio Ribeiro, José Fortunato Pinto, José Oswaldo de Carvalho e José Soares da Silva e improcedentes os pedidos formulados por Alberico Mariano Alves e Creidimar Duarte Azevedo Barbosa, ao fundamento de que não comprovaram sua candidatura a uma vaga de vereador.

Interposto recurso de apelação pelos dois últimos autores mencionados, a Corte Estadual deu provimento ao apelo em aresto que restou ementado nos seguintes termos:

Servidor público candidato a cargo eletivo. Direito à percepção de vencimentos integrais durante o afastamento correspondente ao período eleitoral. São incabíveis quaisquer espécies de descontos sobre a remuneração dos servidores públicos que se afastem de suas funções, com o objetivo de se candidatarem a uma vaga no pleito eleitoral.

A título de ilustração, cumpre transcrever trecho do acórdão ora recorrido:

Inconformados, os autores Alberico Mariano Alves e Creidimar Duarte Azevedo Barbosa recorreram da r. sentença singular, alegando, em suma, que têm direito ao recebimento de seus vencimentos integrais e que fizeram a prova do fato constitutivo de seu direito, pois juntaram os docs. de fls. 14, 19, 22, 24, 672 e 2.495, onde comprovaram sua condição de candidatos ao cargo de vereador, pelo que pedem a reforma do julgado.

Por sua vez, o Estado de Minas Gerais recorreu da sentença na parte em que foi favorável aos autores, afirmando, em síntese, que a Lei Complementar n. 64/1990 garante ao servidor público candidato o direito à percepção dos vencimentos

integrais quando se afasta para concorrer ao pleito eleitoral, mas não lhe garante a percepção das vantagens remuneratórias pagas a título precário e provisório, como ocorre com as gratificações de incentivo à docência ("pó-de-giz" e "biênio"), bem como insurgiu-se contra o valor fixado a título de honorários advocatícios sucumbenciais, considerando-os elevados e discriminatórios, eis que diferentes daqueles impostos aos autores sucumbentes, pedindo, assim, a reforma da sentença singular.

Da análise das teses esposadas nos presentes autos, assim como da documentação pertinente, vejo que o apelo dos autores Alberico Mariano Alves e Creidimar Duarte Azevedo Barbosa está a merecer provimento, o que não ocorre com o apelo manejado pelo ente estatal.

Conforme alegaram nas suas razões recursais de fls. 1.937-1.941-TJ, os autores Alberico Mariano Alves e Creidimar Duarte Azevedo Barbosa realmente comprovaram a sua condição de candidatos nas eleições municipais do ano de 2000. Com efeito, o doc. de fl. 19 prova o afastamento de Alberico Mariano Alves de suas funções para se candidatar no referido pleito, sendo tal doc. da lavra da própria Secretaria de Estado da Educação.

Por sua vez, o doc. de fl. 26, que é cópia do Diário do Judiciário da Comarca de Itabira prova a condição de candidata, no mesmo pleito, da recorrente Creidimar Duarte Azevedo Barbosa, sendo idêntica prova feita, também, pelo doc. de fl. 542-TJ

Feitas tais considerações, pelas quais se conclui a condição de candidatos dos dois recorrentes acima mencionados, cumre-me, agora, decidir sobre o cerne da questão, ou seja, se são cabíveis ou não os descontos nos olerites dos autores, levados a efeito pelo Estado de Minas Gerais.

Impõe-se citar, primeiramente, o conceito de vencimentos integrais, dado pelo insigne Mestre Helly Lopes Meirelles:

Vencimento - *Vencimentos* (no plural) é espécie de remuneração e corresponde à soma do vencimento e das vantagens pecuniárias, constituindo a retribuição pecuniária devida ao servidor pelo exercício do cargo público. Assim, o *vencimento* (no singular) correspondente ao padrão do cargo público fixado em lei, e os *vencimentos* são representados pelo padrão do cargo (vencimento) acrescido dos demais componentes do sistema remuneratório do servidor público da Administração direta, autárquica e fundacional. (*in* "Direito Administrativo Brasileiro", 27ª edição, Malheiros Editores, São Paulo - 2002, p. 449-450).

Do conceito acima citado, de tão brilhante lavra, já se extrai que o legislador, ao editar a Lei Complementar n. 64/1990, quis garantir ao servidor público candidato o recebimento de sua remuneração durante a campanha. Ou seja, o vencimento mais todas as vantagens, sem qualquer supressão, como se vê do art. 1º, inciso II, alínea I, da LC, *in verbis*:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

II -

(...)

I) os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais; (grifei).

Se os autores preenchem os critérios necessários ao recebimento das gratificações descontadas pelo Estado, o mesmo não poderia suprimi-las por ocasião de sua candidatura a um cargo eletivo.

Com isso, equivocados e contrários à lei os citados descontos nos vencimentos dos autores, sendo correta a procedência da ação quanto àqueles mencionados na r. sentença fustigada, merecendo provimento o apelo daqueles autores que foram sucumbentes inicialmente, eis que também preenchem os mesmos requisitos daqueles primeiros.

Nas razões do recurso especial, sustenta o Estado de Minas Gerais que o acórdão recorrido malferiu o disposto no artigo 1º, inciso II, alínea I, da Lei Complementar n. 64/1990.

Afirma o recorrente que a Lei Complementar n. 64/1990, ao garantir ao servidor público o direito de continuar a perceber “seus vencimentos integrais” a partir do afastamento do cargo para concorrer ao pleito eleitoral, “assegura o direito à percepção do padrão básico do vencimento, mais os acréscimos pagos em caráter fixo e permanente, mas não garante a percepção das vantagens remuneratórias pagas à título precário, provisório” (fl. 2.013).

Ressalta, ainda, que a vantagem remuneratória sob discussão foi instituída com o firme propósito de estimular o professor e o regente de turmas ou de aulas que comprove estar na regência de turmas ou de aulas em escola estadual” e, portanto, “tem caráter provisório, precário, podendo ser retirada do servidor quando a condição que lhe dá causa desaparecer” (fl. 2.013).

Por fim, conclui que “dada a sua característica de provisoriedade, que se opõe à de permanência, a parcela sob comento não integra o conceito de vencimentos, mas sim o de remuneração, que é mais amplo” (fl. 2.013).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Cinge-se a controvérsia à possibilidade de pagamento de gratificações de incentivo à docência a servidores públicos estaduais afastados de seus cargos para concorrerem a eleições municipais como vereadores.

Inicialmente, para solucionar a controvérsia, é necessário traçar uma distinção entre os termos remuneração, vencimento e vencimentos integrais.

No que concerne à conceituação de remuneração e de vencimento, leciona José dos Santos Carvalho Filho que:

Remuneração é o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e de vantagens pecuniárias. É, portanto, o somatório das várias parcelas pecuniárias a que faz jus, em decorrência de sua situação funcional.

Vencimento é a retribuição pecuniária que o servidor percebe pelo exercício de seu cargo, conforme a correta conceituação prevista no estatuto funcional federal (art. 40, Lei n. 8.112/1990). Emprega-se, ainda, no mesmo sentido vencimento-base ou vencimento-padrão. Essa retribuição se relaciona diretamente com o cargo ocupado pelo servidor: todo cargo tem seu vencimento previamente estipulado (*Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 679)

No mesmo sentido, o Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei n. 8.112/1990), em seus artigos 40 e 41, define vencimento como “a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei” e remuneração como “o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.”

No que se refere à expressão “vencimentos integrais”, contudo, deve-se fazer uma distinção com os termos vencimento e remuneração, pois os vencimentos incluem apenas parcelas fixas e permanentes, enquanto a remuneração pode abarcar parcelas variáveis e o vencimento é sempre idêntico.

A esse respeito, segue o escólio de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Vencimentos compreende a soma dos valores correspondentes ao padrão definido legalmente para o cargo, função ou emprego acrescido das parcelas outorgadas como vantagens que são garantidas, em caráter permanente e fixo, para o agente. Para tanto, é ele considerado em sua condição de ocupante do cargo e em sua situação nos quadros do serviço público. Podem, então, ser distintos os valores correspondentes aos vencimentos de dois agentes públicos,

titulares de cargo igual, mas que se encontram em condições diferenciadas na carreira e que o ocupam por períodos de tempo diferentes etc. (*Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 306).

A legislação que rege a matéria objeto dos presentes autos garante expressamente aos servidores públicos que se afastem para concorrer a cargos eletivos o direito à percepção dos seus vencimentos integrais. Nesse sentido, confira-se o que dispõe o artigo 1º, inciso I, alínea I, da Lei Complementar n. 64/1990:

Art. 1º São inelegíveis:

II - (...)

(...)

I) os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, *garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais*. (grifo não-original)

Desse modo, tendo em vista o conceito de vencimentos integrais acima mencionado, durante o período de afastamento para concorrer a cargo eletivo, os servidores públicos não têm direito ao recebimento de gratificações de natureza *propter laborem* que, por serem devidas apenas ao servidor que efetivamente presta a atividade pertinente ao cargo ou prevista na lei, não se enquadram no conceito de vencimentos integrais previsto na Lei Complementar n. 64/1990.

Nessa linha de raciocínio, cumpre trazer à baila precedentes desta Corte que concluíram pela ausência de direito de servidor público ao recebimento de vantagens *propter laborem* quando do seu afastamento para concorrer a cargo eletivo:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Procurador do Estado. Gratificação de produtividade e de desempenho. Vantagens *propter laborem*. Afastamento para concorrer a cargo eletivo. Manutenção. Vedação. Legislação estadual pertinente.

I - A gratificação *propter laborem* só é devida enquanto o servidor estiver exercendo a atividade que a enseja.

II - Na espécie, a Lei Estadual n. 8.207/2002 assegura aos Procuradores do Estado da Bahia a Gratificação de Produtividade-GPE/P e de Desempenho-GPE/D “de acordo com a produtividade e desempenho” do servidor, vedando

o pagamento, à exceção das hipóteses nele previstas, ao servidor que estiver afastado do cargo.

Recurso ordinário desprovido. (RMS n. 20.682-BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03.04.2007, DJ 10.09.2007 p. 244)

Administrativo. Fiscal de Tributos Estaduais. Gratificação de estímulo à produção. Afastamento para concorrer a cargo político. Ausência de direito à percepção da parcela. Exercício de mandato classista. Possibilidade em face da legislação estadual pertinente.

1. A gratificação de estímulo à produção individual - GEPI - possui caráter *propter laborem*, ou seja, somente é percebida pelo servidor quando em exercício das atribuições pertinentes ao cargo ou em hipótese elencada pela lei.

2. Nos termos da legislação pertinente, o período de afastamento para concorrer à Assembléia Legislativa não é considerado como efetivo exercício das atribuições do cargo de Fiscal de Tributos Estaduais ou outras a elas equiparadas, não havendo direito à percepção da gratificação de estímulo à produção individual.

3. O art. 3º, IX, do Decreto Estadual n. 37.262/1995 considera como desempenho das atribuições do cargo efetivo o exercício de mandato eletivo de presidente de entidade representativa de classe de funcionários enumerados pela Lei Estadual n. 6.762/1975, razão pela qual o recorrente, na qualidade de Presidente da Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais - Febrafite, preenche os requisitos, previstos na referida legislação, à percepção da GEPI.

4. Recurso parcialmente provido. (RMS n. 11.462-MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 06.06.2000, DJ 19.06.2000 p. 213)

No caso, as gratificações de incentivo à docência recebidas pelos autores, tanto a denominada biênio como a “pó-de-giz”, são devidas “a título de incentivo à docência, enquanto no efetivo exercício de regência de turmas ou de aulas” (art. 2º da Lei n. 8.517/1984), não sendo computados, a teor do § 4º daquele dispositivo, “os períodos de licenças e o afastamento de qualquer natureza.”

Ocorre, porém, que somente a gratificação “pó-de-giz” têm natureza *propter laborem*, tendo em vista que os biênios, após o transcurso de dois anos de efetivo exercício das funções de magistério (art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.517/1984), incorporam-se ao patrimônio do servidor, a impossibilitar sua supressão ou seu desconto em decorrência de afastamentos de qualquer natureza. Com efeito, não há confundir a contagem do período de afastamento para fins de aquisição, que, repita-se, é legalmente vedada, com a suspensão de um direito adquirido em virtude de posterior afastamento.

Diante do exposto, *dou parcial provimento ao recurso especial* para reconhecer a legalidade dos descontos efetuados sobre as gratificações “pó-de-giz” e sobre as gratificações de biênios daqueles que não os tenham incorporado ao seu patrimônio.

Ante a ocorrência de sucumbência recíproca, determino sejam compensados os honorários advocatícios, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 893.477-PR (2006/0227512-4)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Luiz Renato Krause

Advogado: Rafael de Assis Horn e outro(s)

Recorrido: Construtora Zoller Ltda

Advogado: Carlos Henrique Petrelli e outro(s)

EMENTA

Ação de nulidade (*querella nullitatis*). Coisa julgada material (relativização). Situação extraordinária (não ocorrência).

1. Admite-se a relativização da coisa julgada material em situações extraordinárias, por exemplo, quando se trata de sentença nula ou inexistente, embora haja, no Superior Tribunal, vozes que não admitem a relativização em hipótese alguma.

2. Em se tratando de sentença injusta, ou melhor, de errônea resolução da questão de fato (erro de fato), como na espécie (é o que se alega e é o que se diz), não é lícito o emprego da ação de nulidade.

3. A admissão, em casos que tais, da *querella nullitatis* contribuiria para descaracterizar, mais e mais, a substância da coisa julgada – a sua imutabilidade.

4. Recurso especial do qual se conheceu e ao qual se deu provimento para se restabelecer a sentença que indeferira a inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Sustentaram oralmente o Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, pela parte recorrente (Luiz Renato Krause), e o Dr. Antônio Ivanir de Azevedo, pela parte recorrida (Construtora Zoller Ltda.).

Brasília (DF), 22 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJe 19.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi indeferida a petição inicial de ação – fundada nos arts. 471, I, e 486 do Cód. de Pr. Civil – destinada a anular sentença, em suma:

... a sentença de mérito proferida nos autos de declaratória, despejo e consignação em pagamento não pode sujeitar-se à ação anulatória, como pretende a autora. E, ainda que se admitisse, somente poderia ser alvo de anulatória por causa de nulidade absoluta insanável, o que aparenta não ter ocorrido no caso em apreço.

Uma vez transitado em julgado e esgotados os recursos cabíveis, resta, para a desconstituição do julgado, tão somente o ingresso de ação rescisória, observadas as hipóteses legais para sua admissão.

No caso em tela, a ação rescisória, meio adequado para anular a sentença ou o acórdão com trânsito em julgado, já foi devidamente ação, com fulcro no art. 267,

VI do CPC (*sic*). O fato da ação rescisória ter sido extinta por não estar enquadrada em nenhuma das hipóteses de cabimento do art. 485 do CPC não significa que a ação anulatória seja o instrumento processual correto para o fim aqui pretendido – anulação da sentença. O sistema processual vigente prevê recursos e meios para reforma da decisão considerada incorreta, nula ou em desconformidade com o ordenamento jurídico, estipulando-se os prazos e requisitos necessários para propô-los, justamente para impedir a existência de demandas infinitas, prestigiando-se, desta forma, a coisa julgada material, dando às partes uma solução definitiva acerca do litígio.

Portanto, mostrando-se a presente ação inadequada para o objetivo perseguido pela autora, carece-lhe interesse de agir, nos termos do art. 295, inc. III, do CPC.

Ante o exposto, com base nos artigos 295 inciso III e 267 inciso VI, ambos do Código de Processo Civil, indefiro a petição inicial, extinguindo sem julgamento do mérito a presente Ação Anulatória de Sentença movida pela Construtora Zoller Ltda. contra Luis Renato Krause.

Mas o Tribunal de Justiça deu provimento à apelação da autora “para o fim de cassar a sentença que extinguiu o presente feito, dando-se continuidade ao trâmite processual”. Segundo o item II da ementa, “a denominada ‘coisa julgada inconstitucional’ encontra na *actio querella nullitatis* o remédio apropriado à correção do vício existente na sentença, existindo legítimo interesse de agir da parte lesada a impugná-la”. Eis alguns trechos do acórdão:

A autora da presente ação anulatória argumenta que é justamente nessa avaliação dos fatos que se encontra o grave equívoco da sentença, a qual, se mantida, será causa de enorme injustiça. Argumenta que com o julgamento antecipado da lide, não teve oportunidade de produzir provas imprescindíveis à demonstração dos verdadeiros fatos, na forma como realmente se deram e que os documentos ora trazidos aos autos representam exatamente as declarações que deveriam ter sido produzidas na instrução processual, e não o foram, o que cerceou seu direito de defesa.

Alega que antes de locar os imóveis, eles já eram explorados pelo réu como estacionamento, sob a administração daquela mesma empresa Oslu Buena, que tem o Sr. Osny como titular, o qual, inclusive, residia com sua família em prédio localizado dentro do terreno objeto da locação. Relata que o Condomínio notificou o Sr. Osny sobre o fim da locação em 11.09.1997, mesma data em que também notificou o Sr. Luis Renato Krause. Diz ainda que, mesmo após rescindido o contrato de prestação de serviços, o Sr. Osny voltou a explorar o imóvel por conta própria e a receber o pagamento diretamente dos usuários, só deixando o imóvel anos depois, mais precisamente em 28.02.2003.

(...)

Também alega que sua desocupação pode ser comprovada: pelo fato de ter promovido o corte de luz e água e fechamento da passagem entre os imóveis; pelo cancelamento, em setembro de 1997, da apólice de seguro do estacionamento, que era renovada a todo ano; pela comunicação aos lojistas da cessão do contrato de locação do estacionamento e pela própria cessação das atividades do centro comercial antes mesmo da data da desocupação.

Esses são alguns dos muitos argumentos trazidos pela autora para justificar o porquê da necessidade de uma maior produção probatória, para melhor elucidar como realmente se deram os fatos ocorridos.

A possibilidade de revisão, nesse caso, vem a ser corroborada na previsão legal do art. 469, II, do CPC, segundo o qual “não fazem coisa julgada a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

E como dito anteriormente, os relatos são graves e não se mostram frágeis a ponto de não merecerem a atenção do Poder Judiciário, pois não há como se admitir a condenação da ora apelante ao pagamento de dívida que, em 19.08.1997 já perfazia o montante de R\$ 6.979.022,62 (seis milhões, novecentos e setenta e nove mil, vinte e dois reais e sessenta e dois centavos), se ainda pairam sérias dúvidas sobre a real existência desse débito.

O caso, em verdade, comportava melhor instrução processual, maior apuração da veracidade dos fatos, pois há sérios indícios de que alguma das partes distorce gravemente a realidade dos fatos, utilizando-se de fraude, dolo e má-fé.

Saliente-se que o juiz não pode ser meramente expectador das partes, a ele cabendo o poder/dever de decidir sobre a prova, dirigir sua produção e determinar aquelas necessárias à instrução do processo (art. 130, do CPC), a fim de obter maior segurança no julgamento, mormente quando a matéria controvertida envolve situações fáticas, cuja complexidade merecem detalhada apuração.

(...)

Estamos, pois, diante de um daqueles casos que autorizam a impugnação da sentença por meio da ação anulatória, a fim de conferir o exercício da ampla defesa à autora, que terá a possibilidade de provar suas alegações sob o exercício do contraditório, sob pena de correr-se o risco de se eternizar uma grande injustiça sob o manto da coisa julgada material.

Embargos de declaração do réu foram rejeitados (por maioria de votos), sobrevindo em seguida o seu recurso especial, fundado na alínea **a**, sob as alegações, de um lado (cerceamento de defesa), de contrariedade dos arts. 242, § 1º, e 565, de outro (litispendência), de violação do art. 267, V, e ainda (relativização da coisa julgada) de ofensa aos arts. 485 e 486, todos do Cód. de Pr. Civil.

Em longa decisão, o 1º Vice-Presidente admitiu o recurso, resumidamente:

Assim sendo, fica claro tanto que a parte poderia ter realizado sustentação oral, mesmo sem apresentar razões de recurso, bem como que na relação instaurada nos autos já existia necessidade de se respeitar o princípio do contraditório. Neste sentido, considerando que os dispositivos federais invocados pelo recorrente (arts. 242, § 1º e 565), tratam justamente de tais questões, deve o recurso prosseguir sob este fundamento.

É consabido que a admissão ou inadmissão do recurso especial por um dos fundamentos trazidos nas razões de recurso não obsta sua admissão ou inadmissão, no juízo *ad quem*, pelo restante da fundamentação. Neste sentido, a mera admissão do recurso com espeque nos argumentos acima expendidos seria suficiente para que se desse marcha à causa. Não obstante, dado o ineditismo da causa, cumpre analisar, ainda que de forma alígera, as outras lesões ao direito federal aduzidas nas razões de recurso.

(...)

O que se discute, justamente, é se a ordem jurídica brasileira admite a utilização da ação anulatória como instrumento apto a desconstituir a coisa julgada. E a resposta que parece aflorar é a de que o ordenamento jurídico prevê, para tal desiderato, a ação rescisória, com hipóteses bastante precisas, não sendo lícita a utilização de outros instrumentos para tal. Sobre a possibilidade de se adequar a *querella nullitatis* para tal fim, cabe às instâncias superiores fixar entendimento, razão pela qual, também por tal fundamento, digno de admissão o recurso.

Quanto à tese da relativização da coisa julgada, em si, dada uma possível injustiça, há de se questionar a fluidez própria do conceito. Para que seja possível afirmar que a coisa julgada seja afastada – e não obliterada – ante sentenças injustas, deve ser possível traçar um conceito objetivo de justiça, de modo que este possa indicar qual a interpretação mais correta para uma dada norma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O acórdão recorrido, pela palavra do Desembargador Rafael Augusto, revisita recorrentes questões ligadas à denominada *relativização* da coisa julgada material ao admitir, ao cabo de tão autorizado voto, o emprego, no caso, da ação de nulidade; fê-lo, sim, em caso em que a autora alegou ter ficado sem defesa nas ações, lá na origem, antecipadamente julgadas. Eis, pois, o remate do voto, fi-lo já constar do meu relatório:

Estamos, pois, diante de um daqueles casos que autorizam a impugnação da sentença por meio da ação anulatória, a fim de conferir o exercício da ampla defesa à autora, que terá a possibilidade de provar suas alegações sob o exercício do contraditório, sob pena de correr-se o risco de se eternizar uma grande injustiça sob o manto da coisa julgada material.

Isso posto, voto pelo provimento do recurso, para o fim de cassar a sentença que extinguiu o presente feito, dando-se continuidade ao trâmite processual.

A questão que realmente nos vem é, então, a questão a cujo propósito se disse na origem o seguinte (quando ali se admitiu o recurso especial):

O que se discute, justamente, é se a ordem jurídica brasileira admite a utilização da ação anulatória como instrumento apto a desconstituir a coisa julgada. E a resposta que parece aflorar é a de que o ordenamento jurídico prevê, para tal desiderato, a ação rescisória, com hipóteses bastante precisas, não sendo lícita a utilização de outros instrumentos para tal. Sobre a possibilidade de se adequar a *querella nullitatis* para tal fim, cabe às instâncias superiores fixar entendimento, razão pela qual, também por tal fundamento, digno de admissão o recurso.

Quanto à tese da relativização da coisa julgada, em si, dada uma possível injustiça, há de se questionar a fluidez própria do conceito. Para que seja possível afirmar que a coisa julgada seja afastada – e não obliterada – ante sentenças injustas, deve ser possível traçar um conceito objetivo de justiça, de modo que este possa indicar qual a interpretação mais correta para uma dada norma.

Observem ainda, relativamente ao tópico denominado *inconstitucional*, o item II da ementa do acórdão recorrido: “A denominada ‘coisa julgada inconstitucional’ encontra na *actio querella nullitatis* o remédio apropriado à correção do vício existente na sentença, existindo legítimo interesse de agir da parte lesada a impugná-la.”

Em suma, foi em torno da relativização que se admitiu, no caso presente, o emprego da ação destinada a anular a sentença, porque, se não se admitisse, correr-se-ia o risco, segundo as palavras do acórdão,

... de, eventualmente, manter-se uma sentença que pode estar equivocada em sua base fática e contrária aos princípios constitucionais da lealdade, boa-fé, isonomia e legalidade. E que, diante da ausência de maior produção probatória, em busca da verdade real, será causa de verdadeiro e injusto “desmoronamento” do patrimônio da parte que clama por justiça, senão vejamos.

Em caso que tal, a saber, de sentença injusta (porque à míngua de maior produção probatória) – é o que se alega e se diz aqui e ali –, admite-se ação de nulidade?

Sobre a relativização, eis alguns depoimentos (de amplo conhecimento de todos os que meditamos sobre tão relevante tema): (I) “estamos convencidos de que não se compadece com o ordenamento positivo o aumento da dose de ‘relativização’ da coisa julgada material que ele próprio já consagra” (Barbosa Moreira); (II) “a linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição” (Cândido Dinamarco); (III) “destarte, não se sustenta a admissibilidade da relativização da coisa julgada como uma panacéia capaz de ser adotada em toda e qualquer hipótese e em razão de simples alegação subjetiva de injustiça” (Humberto Theodoro); (IV) “a quebra da ‘coisa julgada inconstitucional’ deve permanecer reservada a situações excepcionais” (Eduardo Talamini).

Há a tal respeito outras lições, e o próprio acórdão nos lembra a lição do nosso Delgado, de boa e pessoal convicção, mas, entre as lições, tantas e tantas, umas não admitindo a proposta, por exemplo, a de Barbosa Moreira, outras admitindo-a, por exemplo, as de Delgado e Dinamarco, vimos que, mesmo quando se admite a relativização, admite-se em situações extraordinárias. Falamos Humberto Theodoro que se não admite “como uma panacéia”. Atentem para estas palavras de Barbosa Moreira:

No mais, pensamos que a disciplina atual já leva em suficiente conta os motivos capazes de justificar a “relativização” da coisa julgada material – vale dizer, já a relativiza *quantum satis*. Não há lugar, ao nosso ver, para invocar, com o fito de aumentar a dosagem, quaisquer princípios supostamente desprezados pelo legislador. Atende o regime vigente, em especial, às exigências da razoabilidade normativa. Merece, em linhas gerais, apoio e preservação.

Sobre a disciplina atual (ação rescisória, é óbvio) – “já leva em suficiente conta...” (lição acima) –, ainda no Federal de Recursos (era eu recentemente chegado ao Tribunal), em caso de julgamento antecipado da lide, dei por literalmente violado o art. 330, I – “dependendo a solução da questão de exame de prova, oportunamente indicada para demonstrar a verdade dos fatos alegados, não pode o juiz antecipar o julgamento da lide”, conforme Ação Rescisória n. 1.040, de 1987. Mas o que, no caso presente, se pretendeu mesmo foi, di-lo doutrinariamente Barbosa Moreira, “o aumento da dose de *relativização* da coisa julgada material”. Reparem em que, no Superior Tribunal, temos nós

admitido, é verdade, a declaração de nulidade por meio da não tão moça *querella nullitatis*, porém o temos feito em casos de citação defeituosa: por todos, REsp n. 194.029, de 2007, Ministra Maria Thereza (com indicação de precedentes, dos anos noventa, da Turma à qual pertenci, a 3ª). Voltarei ao assunto.

Até que o Superior Tribunal não é infenso a que se relativize a coisa julgada (há vozes num e noutro sentido), de todo particularmente nem eu também. Entre a admissão, sem peia, da nova proposta – e a tão conhecida “Eficácia e autoridade da sentença”, de Liebman, do bom gosto dos nossos processualistas de ontem e de hoje, como ficariam as lições lá expostas pelo mestre italiano? – e a sua simples e total não admissão, há, entre nós, repito, vozes diferentes, e um bom exemplo encontra-se no REsp n. 706.987, de 2008, da Segunda Seção, com cinco votos a favor da coisa julgada (Ministros Gomes de Barros, Cesar, Pargendler, Direito e Aldir) e quatro em sentido oposto (Scartezzini, Nancy, Castro Filho e Massami) – “em hipótese alguma admito que a coisa julgada possa ser desconstituída, a não ser pela ação rescisória”, enfaticamente disse lá Pargendler, acompanhado, no pormenor, pelo grande Menezes Direito.

No precedente da Segunda Seção (REsp n. 706.987), atendem para a Ministra Nancy nestas passagens do seu voto vencido:

Quanto ao art. 467, do CPC, não há dúvida de que a garantia da coisa julgada e a imutabilidade dela decorrente é um direito fundamental (art. 5º, inciso XXXVI). Contudo, o direito fundamental à segurança jurídica decorrente da coisa julgada não é absoluto, porquanto pode ser relativizado quando se chocar com outros direitos ou princípios fundamentais de igual ou superior importância hierárquica.

Com efeito, somente na hipótese de colisão entre direitos ou princípios fundamentais é que se deve admitir, pelo menos em tese, a chamada “relativização da coisa julgada”, fazendo-se uma ponderação dos bens envolvidos, com vistas a resolver o conflito e buscar a prevalência daquele direito que represente a proteção a um bem jurídico maior.

(...)

Uma dessas hipóteses é justamente quando está em jogo o princípio essencial da dignidade da pessoa humana...

De acordo com Nancy, admite-se, com efeito, a relativização “somente na hipótese de colisão entre direitos ou princípios fundamentais”. É admitida, portanto, vimos de ver de algumas vozes, em situações extraordinárias, embora, também vimos de ver, haja vozes, no Superior e fora dele, que não a admitem em hipótese alguma. Entre os casos em que é admitida, há os que dizem respeito ao

direito de família – e emblemático aqui é o caso de investigação de paternidade –, por exemplo, foi o que aconteceu no REsp n. 226.436, de 2001, Ministro Sálvio (“a coisa julgada em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*”), também no REsp n. 427.117, de 2003, Castro Filho, vencido ali Menezes Direito (“não há fundamento para afastar a coisa julgada, na linha do precedente desta Terceira Turma”).

Mesmo em caso de investigação de paternidade, preservou-se a coisa julgada, como se pode constatar do já indicado REsp n. 706.987, aquele em que a Segunda Seção se dividiu; confira-se, a seu respeito, a ementa do Ministro Pargendler: “Processo Civil. Investigação de paternidade. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido” (DJ de 10.10.2008). De igual sorte, no REsp n. 107.248, de 1998, quando a 3ª Turma (Costa Leite, Naves, Zveiter e Direito) avocou a coisa julgada numa ação de negativa de paternidade, e ali disse o excelso Menezes Direito, na ementa do acórdão, o seguinte: “Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria” (DJ de 29.06.1998).

Na Primeira Seção, é verdade, tem-se admitido se possa contornar a coisa julgada, e tal vem acontecendo em casos relativos à justa indenização nas desapropriações; eis, a propósito, tópico de ementa do Ministro Fux para o REsp n. 765.566, de 2007: “Consectariamente, erros materiais ou a superestimação intencional do valor da justa indenização escapam do manto da coisa julgada, como cediço na jurisprudência do próprio STJ que admite, sem infringência da imutabilidade da decisão, a atualização do *quantum debeatur* no processo satisfativo” (DJ de 31.05.2007). Semelhantemente, o REsp n. 622.405, Ministra Denise, de 2007. Mas, no REsp n. 445.664, Ministra Eliana, de 2004, por maioria de votos, tratava-se de caso – se bem o entendi – de terceiro prejudicado (em tal ordem, admite-se o emprego da *querella nullitatis*, como vimos de ver).

Aliás, sobre a ação de nulidade – exatamente a destes autos –, distinguiram-se, antes mesmo do direito intermédio (os romanos, por exemplo), sentenças injustas de nulas, e a distinção era tendente a admitir-se, quanto à segunda espécie, a denominada *querella nullitatis*, isso porque, quanto à primeira espécie, transitava em julgado a sentença viciada por erro de julgamento não tempestivamente impugnada. Observou Liebman, conforme estudos de Buzaid, que o “direito canônico (...) e a doutrina medieval exigiram que se alegasse a nulidade por meio de um remédio especial tendente à anulação da sentença, a que denominaram *querella nullitatis*, remédio que não era recurso, nem uma ação, mas uma invocação do *officium iudicis*...” (“Estudos de Direito”, 1972, p. 123). Recente é a expressão “inexistência jurídica”, a cujo propósito escreveu Teresa Arruda (“O dogma da coisa julgada”, 2003, p. 212-3-232): (I) “casos há em que não se forma a coisa julgada, como sustentado acima. Para estes casos é que fica reservada a via da ação declaratória”; (II) “o caso da ausência de citação é o mais rico, como fonte de argumentação”; (III) “predomina na doutrina o entendimento de que a citação é pressuposto de existência do processo, e não de nulidade”. No Superior Tribunal, de 2007, por todos, o já citado REsp n. 194.029, em caso de citação nula (ou inexistente). Se se admite, em caso tal, a *querella* (ação declaratória/ação de nulidade), admite-se também a ação rescisória à vista do princípio da fungibilidade.

Tal o contexto, o que nos cumpre, cumprindo inicialmente a mim, é saber se foi adequado, no caso, o emprego da ação anulatória, aliás, di-lo já que sim, lá na origem, o acórdão recorrido: “Estamos, pois, diante de um daqueles casos que autorizam a impugnação da sentença por meio da ação anulatória, a fim de conferir o exercício da ampla defesa à autora...”

Entretanto não foi e não é lícito, a meu ver, o emprego, na espécie, de tal ação, de sorte que, ao cabo deste voto, estarei restabelecendo a sentença. E mais: já que posso, aqui e agora, decidir o mérito, nem me pronuncio, ao que estou entendendo, sobre o alegado cerceamento de defesa – sobre a alegação do recorrente em torno dos arts. 242, § 1º, e 565 (ver a decisão que, originariamente, admitiu o recurso especial). Ao cabo, repito, estou me pronunciando sobre o mérito, decidindo-o a favor da parte a quem aproveitaria a declaração da nulidade (art. 249, § 2º).

Entre não admitir a relativização da coisa julgada material (em hipótese alguma, conforme algumas ilustres vozes) e admiti-la (em situações extraordinárias, conforme outras não menos ilustres vozes), até que eu, refletindo e refletindo, tenderia a admiti-la, mas em situação excepcional, embora, no ano

1998, não a tenha eu nem admitido quando, no REsp n. 107.248, acompanhei o voto do excelso Menezes Direito (Costa Leite, Naves, Zveiter e Direito) em caso de negativa de paternidade. É emblemático, decerto, o exemplo de quando se pretende utilizar meios modernos de prova (por exemplo, exame de DNA). Vejam, no entanto, que, recentemente, a Suprema Corte americana, em polêmica decisão, decidiu, por cinco votos a quatro, que condenados não têm direito a exames de DNA para provar sua inocência (Folha de S. Paulo, 19.06.2009, A15). Era o caso de um condenado por estupro (no ano 1994) que pretendia provar sua inocência. Disse a Corte: “Apenas a ciência não pode provar que um prisioneiro é inocente.” Polêmica, não? Existe, entretanto, da mesma Corte, decisão admitindo o exame. Durma-se com um barulho desses!

No caso de que estamos cuidando, teria o Juiz errado ao resolver a questão de fato – é o que aqui se alega e é o que aqui se diz –; em suma, tratar-se-ia de sentença injusta (“sob pena de correr-se o risco de se eternizar uma grande injustiça”). Confirmamos, então, o acórdão recorrido nestas passagens do ilustre relator (Rafael Augusto):

Sobre o resultado dessas tratativas é que pairam os pontos controvertidos, os quais giram em torno das seguintes questões: após as conversações mantidas pelas partes, que envolveram principalmente redução ou não do valor dos aluguéis, chegaram elas a um consenso sobre a prorrogação contratual? Se não chegaram, os imóveis foram desocupados pela locatária em tempo oportuno?

(...)

Entendeu o i. magistrado prolator da sentença, ter restado comprovada a prorrogação do contrato de locação, diante do fato de que a locatária, um mês antes da data em que alega ter desocupado o imóvel, firmou o contrato de prestação de serviço com a empresa “Oslu – Buena Assessoria a Estacionamentos S/C Ltda.”, representada pelo sócio Osny Daniel Vieira, locando os serviços operacionais do imóvel utilizado como estacionamento de veículos, pelo prazo de um ano.

(...)

A autora da presente ação anulatória argumenta que é justamente nessa avaliação dos fatos que se encontra o grave equívoco da sentença, a qual, se mantida, será causa de enorme injustiça. Argumenta que com o julgamento antecipado da lide, não teve oportunidade de produzir provas imprescindíveis à demonstração dos verdadeiros fatos, na forma como realmente se deram e que os documentos ora trazidos aos autos representam exatamente as declarações que deveriam ter sido produzidas na instrução processual, e não o foram, o que cerceou seu direito de defesa.

(...)

Esses são alguns dos muitos argumentos trazidos pela autora para justificar o porquê da necessidade de uma maior produção probatória, para melhor elucidar como realmente se deram os fatos ocorridos.

É caso, como se nota, repito, de queixa de errônea resolução da questão de fato (erro de fato), tanto que o acórdão recorrido, já vimos, disse que estava assegurando à autora “ampla defesa” – “que terá a possibilidade de provar suas alegações sob o exercício do contraditório”. Ora, isso já me faz recordar Barbosa Moreira, já citado, ei-lo nesta passagem: “Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas se ele pôde ser afastado com relação à primeira sentença, por que não poderá sê-lo quanto à segunda?”

Observem, pois, aí, o complicador. Porém, e mais relevante, é que, aqui, não se cuida, *soi-disant*, de sentença nula ou, se preferirem, de sentença inexistente, caso em que, lembrem, admite-se a *querella*, mas, consoante se alega e se diz (é o que alega a parte e é o que diz o acórdão), trata-se de sentença injusta, sujeita, por isso, aos pertinentes recursos (e tantos são eles), rescindível até ao ver daquele precedente de 1987 do Federal de Recursos. Há ainda mais relevante aspecto: é que a espécie não se ajusta ao modelo da relativização que, creio eu, tem sido, em alguns momentos, adotado pelo Superior ou por algumas de suas vozes. Recordaria, a propósito, palavras de Nancy, “somente na hipótese de colisão entre direitos ou princípios fundamentais”, embora, vejam bem, repito, no próprio Superior, há vozes, várias, que não aceitam, de maneira alguma, possa ser contornada a coisa julgada, salvo, obviamente, por meio da ação rescisória. No caso, observem também, até a ação rescisória fora intentada, donde a alegação, feita pelo recorrente, de litispendência a teor do art. 267, V, a cujo propósito disse o Desembargador Costa Barros, vencido, no julgamento dos embargos de declaração: “... acolho os embargos de declaração... para manter o entendimento do digno juiz *a quo* que indeferiu a inicial nos termos do artigo 295, III...”

Em suma, o meu entendimento a respeito da espécie de que estamos tratando é o de caso no qual não se subsume a denominada relativização, sem a qual se me afigura sem emprego a ação aqui intentada, porque a queixa, e principal queixa, é a de erro de fato (errônea resolução da questão de fato ou de decisão *contra ius litigatoris*), ainda que se valha o acórdão, como lá se valeu, da expressão, estranha expressão, a meu ver, “coisa julgada inconstitucional”, isso

porque, salvo situação excepcional, vimos linhas atrás, a admissão, em casos que tais, da *querella* contribuiria, como contribui, para descaracterizar, mais e mais, a substância da coisa julgada – a sua imutabilidade.

Ao cabo, conheço do recurso especial; dele conheço porque, levando em conta a admissão da ação lá na origem intentada, tal conclusão violou disposições que somente admitem, em casos que tais (de sentença de mérito transitada em julgado), a ação rescisória, e não outra ação (os indicados arts. 485 e 486), e tal conclusão também acabou violando o indicado art. 267, V. Dou provimento ao recurso, então, para restabelecer a sentença. Em suma, conheço do recurso e lhe dou provimento. Se preferirem, digo apenas que dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sr. Presidente, somos privilegiados em ouvir o voto de V. Exa.

Esse é o voto da permanência e, talvez, da intangibilidade.

De modo que, pelas razões exuberantemente manifestadas e bem exploradas por V. Exa., acompanho o voto de V. Exa., dando provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença.

RECURSO ESPECIAL N. 1.113.460-SP (2009/0060428-2)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)

Recorrente: Julio César Requena Mazzi

Advogado: Ismael Corte Inácio

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Configuração do delito do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990.

Impossibilidade. Crime material. Exigência de efetivo prejuízo ao erário.

1. Esta Corte firmou entendimento de que o delito de supressão ou redução de tributo capitulado no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é material, consumando-se apenas no momento da efetiva supressão ou redução de tributo.

2. Na espécie, a conduta praticada pelo recorrente descrita no acórdão recorrido não se amolda à figura descrita no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/1990.

3. O delito previsto no parágrafo único do referido artigo deve ser interpretado em conjunto com o seu *caput*, pois é de natureza material, consumando-se apenas com a supressão ou omissão de tributo.

4. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Sustentou oralmente Dr. Ismael Corte Inácio, pelo recorrente: Julio César Requena Mazzi.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

DJe 14.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de recurso especial interposto por Julio César Requena Mazzi, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, que foi assim ementado:

Criminal. Crimes contra a ordem tributária. Falata (*sic*) de atendimento de exigência da autoridade. Omissivo formal. Autoria e materialidade comprovadas.

1. Extrai-se dos autos a autoria e materialidade do ilícito, nas condutas imputadas ao acusado, ante a farta documentação comprobatória colacionada. O apelado logrou ludibriar as Autoridades Fazendárias, bem como ao Ministério Público Federal, ocultando ilegalmente, livros fiscais que deveria apresentar.

2. Da análise teleológica do dispositivo, constato tratar-se de delito omissivo formal, cuja consumação independe de resultado naturalístico.

3. Deixar de punir a conduta daquele que deixa de apresentar seus livros fiscais, quando suscitado para tanto, equivale a deixar impune a conduta daquele que sonega o tributo.

4. Recurso provido.

O recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990, e absolvido pelo Juiz da Segunda Vara Federal, conforme consta na sentença (fls. 597):

Consta da denúncia que o réu, na qualidade de administrador da empresa “Dolly do Brasil Refrigerante Ltda”, foi intimado em 14 de março de 2000 pela Receita Federal para apresentar, no prazo de 10 dias, uma lista de livros e notas fiscais elencados no termo de intimação fiscal juntado às fl. 20 dos presentes autos, tendo sido reintimado em 30.03.2000 (fls. 22), sendo que, na época, havia se manifestado por escrito (fl. 21) alegando impossibilidade na apresentação dos mesmos, ao argumento de que parte da documentação estaria de posse do Ministério Público Federal por força da requisição veiculada por meio do ofício n. 15/00 expedido por aquele órgão, alegação esta revestida de falsidade ao ver do *Parquet* Federal, pelo que teria restado caracterizada a realização da conduta criminosa prescrita no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990.

(...)

Em vista de todo o exposto, ausentes tanto a materialidade quanto o dolo necessários à configuração do crime, *julgo improcedente* a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face do réu *Júlio César Requena Mazzi*, qualificado nos autos, *absolvendo-o* das condutas ilícitas a ele imputadas por

não ter constituído o fato infração penal em face do não preenchimento de todos os elementos elencados no tipo penal (art. 1º e parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990), tudo nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O Órgão Ministerial apelou e o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso, para reformar a sentença e condenar o réu à pena de 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, a ser cumprido no regime inicial aberto.

Adveio, então, o presente especial, onde o recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, que “o parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, é de ação dupla, ou seja, só existirá em conjunto com o núcleo da cabeça do artigo, e não autonomamente, tratando-se de crime material, que exige resultado danoso ao fisco, e dolo específico do agente, para sua caracterização.” (fls. 725).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 737-740) e admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório, em síntese.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): A irresignação merece prosperar.

De feito, esta Corte Superior já firmou entendimento de que o delito de supressão ou redução de tributo capitulado no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é material, não se consumando no momento da prática das condutas enumeradas nos incisos do referido dispositivo legal, mas no momento da efetiva supressão ou redução de tributo, consubstanciada na vantagem auferida ou prejuízo causado com a evasão tributária.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

Conflito de competência. Crime contra a ordem tributária. Supressão ou redução de tributo. Crime material. Consumação. Local onde verificado o efetivo prejuízo decorrente da conduta.

1. *Por tratar-se de crime material, o ilícito de supressão ou redução de tributo, previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, consuma-se no local onde verificado o prejuízo decorrente da conduta típica.*

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Inquéritos Policiais de Curitiba-PR.

(CC n. 75.170-MG, Rel. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 27.09.2007);

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Artigo 1º, da Lei n. 8.137/1990. Inquérito policial antes do lançamento definitivo do tributo. Impossibilidade. Ausência de justa. Ordem concedida.

1. É condição objetiva de punibilidade dos crimes definidos no artigo 1º, da Lei n. 8.137/1990, o lançamento definitivo do crédito tributário, não podendo, antes disso, ter início a persecução penal - por manifesta ausência de justa causa.

2. Enquanto o tributo não se torna exigível também não terá curso a prescrição.

3. Ordem concedida.

(HC n. 49.524-RJ, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 09.10.2006);

Recurso especial. Penal e Processual Penal. Crime de sonegação fiscal. Condenação (art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei n. 8.137/1990, c.c. os arts. 29 e 71, do CP): nulidade da sentença. Consumação do delito: momento. Incidência da agravante prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990: reexame de provas. Embargos de declaração: inexistência de violação aos arts. 619 e 620 do CPP. Leis n. 4.729/1965 e 8.137/1990: incidência.

(...)

Se as condutas ilícitas ocorreram nos exercícios fiscais de 1988 a 1991, em continuidade delitiva, correta a decisão que aplica à espécie a Lei n. 8.137/1990 em lugar da Lei n. 4.729/1965. *Ademais, a consumação do delito de sonegação fiscal (por ser crime material), não se verifica no momento em que ocorreu a fraude, mas, sim, no momento da efetiva vantagem auferida ou prejuízo causado com a evasão tributária, que no caso se deu sob a égide da nova lei.*

Precedentes.

Recurso conhecido em parte e nessa parte desprovido.

(REsp n. 172.375, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 18.10.1999);

Processual Penal. *Habeas corpus*. Sonegação fiscal. Lei n. 8.137/1990. Incidência. Inocorrência da prescrição.

Tendo em vista que a sonegação fiscal não é infração formal mas material, sua consumação se verifica no momento da efetiva vantagem auferida ou prejuízo causado, nunca no instante em que se positivou a fraude.

Inocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Recurso improvido.

(RHC n. 5.912-PR, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJ 03.02.1997).

Contudo, a controvérsia nestes autos cinge-se em definir se o parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, é crime de natureza formal, autônoma, não necessitando para sua consumação da comprovação do resultado, consistente no efetivo prejuízo ao erário; ou de natureza material, sendo imprescindível que a conduta do agente, de negar em fornecer os documentos exigidos pela fiscalização, seja permeada de dolo específico de suprir ou reduzir tributo, resultando em dano ao fisco.

A Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região entendeu que o crime em comento é delito omissivo formal, e assim consignou no acórdão recorrido (fls. 676-677):

Em sua fundamentação, aduziu o MM. Juízo de 1º grau que, o parágrafo único do dispositivo deveria ser apreciado em consonância com o *caput*, sendo exigido para a consumação, a efetiva supressão do tributo, tratando-se de delito de natureza material.

No entanto, procedendo-se à uma análise teleológica do tipo penal, constato o contrário, trata-se de crime omissivo formal, em que a consumação ocorre com a simples conduta do agente em deixar de atender exigência da autoridade fiscal.

Nesse sentido, foi o voto do Excelentíssimo Desembargador Federal Nilton dos Santos, colacionado nas fls. 263-281, que peço Vênica para transcrever no seguinte trecho:

Em outras palavras, a simples falta de atendimento da autoridade no prazo de dez dias equivale, para fins penais, a suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social ou qualquer acessório, mediante a conduta de negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Tem-se, pois, dois delitos penais, autônomos, apesar se (*sic*) equiparados: a) suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante a conduta de negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação; e b) deixar de atender à exigência da autoridade, no prazo de dez dias.

Com efeito, se se considerasse menos grave a conduta de deixar de atender à exigência da autoridade e, por conseguinte, se ela fosse punida mais brandamente, o agente poderia, com manifesta vantagem, valer-se da desobediência para ocultar a supressão ou a redução.

Em suma, pode-se afirmar, sem temor de erro, que o crime previsto no parágrafo único do art. 1º é autônomo, formal e contenta-se com o dolo genérico, consubstanciado na vontade deliberada de não atender à ordem da autoridade, independentemente de qualquer resultado que, eventualmente, o sujeito queira alcançar.

Claro está, em um exercício de lógica, que deixar de punir o infrator que deixa de apresentar seus livros fiscais, quando suscitado para tanto, equivaleria a deixar impune a conduta que tenha, como único escopo, supressão ou redução de tributo ou contribuição social.

Outrossim, ante o conjunto fático-probatório exposto, a condenação do apelado é medida que se impõe.

Contudo, filio-me à corrente doutrinária que entende ser o delito definido no parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, de natureza material (ou de resultado), necessário, portanto, para sua configuração, que haja a redução ou supressão de tributo, como definido no seu *caput*.

Permito-me, assim, adotar as sábias ponderações feitas a esse respeito pelo MM. Juiz da Segunda Vara Federal de São Bernardo do Campo, em sua lúcida sentença absolutória, a seguir transcrita (fls. 599-603):

Assim dispõe o art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, ao tipificar os comumente chamados crimes de “sonegação fiscal”:

*Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária **suprimir ou reduzir tributo**, ou contribuição social e qualquer acessório, **mediante as seguintes condutas**:*

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

*Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, **caracteriza a infração prevista no inciso V.***

Da análise do dispositivo legal, em sua inteireza, verifico tratar-se de uma única figura penal, e não de diversos tipos penais agrupados em um mesmo dispositivo legal.

Isso porque o seu *caput* é cristalino ao se asseverar que “constitui crime contra a ordem tributária *suprimir ou reduzir tributo*”, representando os elementos ora destacados a essência do tipo penal em voga, que revela nitidamente sua natureza jurídica de crime material, posto ser imprescindível para sua configuração a realização do resultado naturalístico danoso, qual seja, a supressão ou redução de tributo legalmente devido, em prejuízo ao bem jurídico tutelado, que é a ordem tributária, aliás, expressamente mencionada no corpo do tipo penal.

Contudo, não basta seja atingido o resultado naturalístico danoso para a configuração do crime, posto que, por razões de política criminal, exigiu o legislador penal que tal resultado advenha da prática de uma das seguintes condutas arroladas nos cinco incisos do artigo 1º, e que à evidência compõem o tipo penal como elementos integrantes deste, sem os quais não haverá a configuração do crime.

Correto ou não o fato é que assim se configurou em termos jurídicos o tipo penal prescrito pelo artigo 1º, da Lei n. 8.137/1990, e assim deverá ser aplicado no caso concreto, como autêntico crime material, o que aliás restou pacificado em sede do Pretório Excelso quando do julgamento do *leading case* HC n. 81.611-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.05.2005.

Portanto, no tocante às condutas elencadas nos cinco incisos do artigo 1º, da Lei n. 8.137/1990, não há mais discussão acerca da natureza jurídica material do crime tipificado, devendo-se ler tais condutas em necessário cotejo com o *caput* do dispositivo legal.

Contudo, ainda resta grande celeuma doutrinária acerca da conduta tipificada no parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, havendo doutrinadores a defender a natureza jurídica de crime autônomo, de natureza formal, para tal hipótese, enquanto outros defendem a necessária coerência do parágrafo com o *caput* do dispositivo legal, a evidenciar a natureza jurídica de crime material para tal figura.

Em que pesem os ilustres doutrinadores defensores da natureza de crime autônomo para o parágrafo único, tenho para mim que o mesmo não pode ser interpretado à revelia do *caput* do art. 1º, que de sua leitura evidencia a imperiosidade de se interpretar as condutas arroladas nos incisos e no próprio

parágrafo à sua luz, como meros elementos integrantes do tipo penal único e maior prescrito por todo o art. 1º, da Lei n. 8.137/1990.

Isso porque, em primeiro lugar, o *caput* é cristalino ao asseverar que crime tipificado no art. 1º somente ocorre quando presentes os resultados naturalístico danosos de “suprimir ou reduzir tributo”, e ainda por cima somente quando tal se der “mediante as seguintes condutas”, arroladas nos cinco incisos do artigo.

Em segundo lugar, o parágrafo único é expresso ao asseverar que a conduta nele prescrita “*caracteriza a infração prevista no inciso V*”, ou seja, é *equivalente em termos jurídicos à conduta prescrita no inciso V, pelo que, por óbvio, reveste-se da mesma natureza jurídica dele, que no caso é de crime material*.

Em terceiro lugar, se é verdade que o parágrafo não necessariamente deve ser interpretado em cotejo com seu *caput*, também é verdade que no presente caso deve tal ocorrer, seja porque o *caput* assim o exige para as condutas prescritas em seus incisos, o que engloba o parágrafo único por força da equiparação ao inciso V nele empreendida, seja porque para a configuração de um tipo penal completo imprescindível se afigura a existência tanto do preceito primário, veiculador das condutas tidas como criminosas, como do preceito secundário, veiculador da respectiva sanção legal, sendo que considerar o parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990 como crime autônomo implicaria na necessidade de se apontar o preceito secundário da infração penal.

Como único preceito secundário prescrito no artigo 1º, da referida lei, encontra-se localizado imediatamente abaixo das condutas prescritas nos incisos do *caput*, portanto, referindo-se somente a estas (tipo penal autônomo, destacado do parágrafo único), disso decorre que crime autônomo do parágrafo único do dispositivo legal restaria incompleto, posto que presente somente seu preceito primário, sem qualquer preceito secundário a embasá-lo, restando logicamente vedada a adoção do preceito secundário destinado somente ao tipo penal do *caput* como complemento para si próprio, o que dependeria, no mínimo, de previsão legal expressa contida no próprio parágrafo (primado da legalidade no direito penal, art. 5º, XXXIX, da CF/1988), o que inexistiu, na prática.

E tal ausência de preceito secundário, a meu ver, evidencia a maior fragilidade da tese de que o parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990 se configuraria delito autônomo, destacado do *caput* e incisos, posto que restaria imprestável para fins de apenar a conduta nele prescrita face a inexistência de sanção aplicável ao ilícito prescrito.

Nesse sentido, como reforço de meu entendimento, cito as seguintes palavras dos Ilustres Juristas Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Jr. e Fábio de Almeida Delmanto:

Da leitura *isolada* deste parágrafo único, poder-se-ia concluir que ele não exige, para a sua consumação, o resultado naturalístico *supressão ou redução de tributo, contribuição social ou acessório*, despontando como

uma espécie bem mais grave do crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP. *Todavia, essa não nos parece a melhor interpretação, posto ser absolutamente atécnico um mesmo artigo de lei prever, na combinação do **caput** com os seus cinco incisos, modalidades de **crime material**, e, no parágrafo único, um **crime formal**, e ainda equiparado ao do inciso V, que, como visto, é **material**. Admitir que o parágrafo único estaria prevendo um crime formal seria absolutamente incongruente, já que a sua punição é igual à prevista para a prática dos comportamentos incriminados nos cinco incisos. Ora, se o objeto jurídico é o mesmo (a arrecadação tributária, que engloba, evidentemente, a sua fiscalização), não seria razoável que um delito formal (de perigo, portanto) fosse apenado da mesma forma que um delito material. Pode-se asseverar, em face da péssima técnica legislativa aqui apontada, portanto, que o delito previsto no parágrafo único do art. 1º é **material**, exigindo, para a sua consumação, a redução ou supressão de tributo. Observe-se, ademais, que o parágrafo único não mandou simplesmente aplicar a pena do **caput** c.c. o inciso V, mas, indo além, dispôs expressamente que a sua infringência “caracteriza a infração prevista no inciso V”. Assim sendo, se o parágrafo único caracteriza (configura) a mesma infração do art. 1º, V, ela haverá de ser igualmente **material**.”*

Como reforço, saliento que o legislador penal, em diversas passagens do Código Penal, parte especial, utilizou-se da técnica de inserir no mesmo artigo duas ou mais figuras penais.

Contudo, quando o fez, deixou expresso e claro tanto o preceito primário quanto o secundário, imediatamente abaixo, do tipo penal, consoante se verifica nos artigos 121, par. 2º; 121, par. 3º; 129, pars. 1º, 2º e 3º; 155, pars. 4º e 5º; 157, par. 3º; 159, pars. 1º, 2º e 3º, dentre outros, o que incorreu no caso do parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990.

De todo o exposto, concluo que o tipo penal prescrito pelo parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, reveste-se da natureza jurídica de crime material, pelo que imprescindível a comprovação da realização do resultado naturalístico danoso (omissão ou supressão de tributo) para sua configuração, devendo o mesmo ser analisado em conjunto com o seu *caput*.

Não se perca de vista, ainda, a ponderação de Guilherme de Souza Nucci, *in* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 993-994:

42. *Tipo incriminador potencialmente inconstitucional*: não há nenhuma relação entre o atendimento a alguma exigência formulada pela autoridade fazendária, na sua atividade fiscalizadora, e a conduta típica prevista no inciso V (negar ou não fornecer nota fiscal ou fornecer em desacordo com a legislação), o que, por si só, ofende o princípio da taxatividade. Não se sabe ao certo o que

almeja a lei penal ao equiparar *qualquer* exigência da autoridade a um tipo de redação completamente distinta. Não bastasse, o referido tipo do parágrafo único chega ao cúmulo de estabelecer o prazo de dez dias para atendimento da tal exigência - que não se sabe qual é - mas podendo ser reduzida para horas, em função da *maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade de atendimento*. Quem irá determinar isso? O agente da fiscalização, o delegado de polícia, o juiz, o Ministério Público? Busquemos bom senso na elaboração de leis de conteúdo penal, em homenagem ao princípio básico da *legalidade*, que não abre mão da *taxatividade*. Se o estado entende justificada a criação de um tipo penal equivalente à previsão estapafúrdia feita no parágrafo único, bastaria ter dito, especificamente, qual é a exigência (ou quais são as exigências) da autoridade (qual é a autoridade ou quais são os agentes), estipulando um prazo fixo ou, no mínimo, detalhando qual seria a redução plausível e em que situações. Do modo como está posto, uma fiscal fazendário pode demandar a apresentação de um livro contábil qualquer, no prazo de duas horas, por achar situação simples, configurando o crime, caso o contribuinte não cumprir a *exigência* formulada. Quem irá sanar a injustiça de eventual prisão em flagrante, quando da não apresentação do documento no exíguo prazo de duas horas? O juiz, ao final do processo criminal, quando absolver o réu? Note-se que, de dez dias, permite o legislador que a exigência seja *convertida* em horas (frações de um dia)... Inaplicável o parágrafo único, salvo se a autoridade fazendária conceder, efetivamente, dez dias para a apresentação de qualquer documento indispensável à fiscalização, cientificando o contribuinte de modo expresso (e comprovado), desde que não se trate de dado cuja busca demande prazo flexível, pois complexa a sua elaboração ou exibição. Comentando esse parágrafo, ensina Paulo José da Costa Júnior que "o dispositivo mostra-se por demasia impróprio, contrariando todas as técnicas de redação legislativa. Além do mais, foi redigido de forma bastante obscura, o que impõe uma análise atenta e cautelosa" (*Infrações tributárias e delitos fiscais*, p. 130).

Entendo que a conduta praticada pelo ora recorrente, descrita tanto na sentença quanto no acórdão recorrido, não se amolda ao tipo penal definido no parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, pois não houve supressão ou omissão de tributo.

Em face do exposto, conheço do recurso e a ele dou provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É como voto.