



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.770.444 - DF (2017/0040430-1)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RECORRENTE : LELIANA MARIA ROLIM DE PONTES VIEIRA
ADVOGADO : NEY MOURA TELES - DF006087
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ART. 3º, III, DA LEI N. 8.137/1990 (ADVOCACIA ADMINISTRATIVA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA). UTILIZAÇÃO DA QUALIDADE DE FUNCIONÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A conduta tipificada no art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 – tipo especial em relação ao delito previsto no art. 321 do Código Penal – pressupõe que o agente, valendo-se da sua condição de funcionário público, **patrocine**, perante a administração fazendária, interesse alheio em processo administrativo. Pressupõe-se que o agente postule o interesse privado, direta ou indiretamente, utilizando-se da sua condição de funcionário para influenciar os responsáveis pela análise do pleito.

2. No caso, as instâncias ordinárias não noticiam que a recorrente tenha atuado, valendo-se da sua qualidade de funcionária, perante a administração fazendária, para facilitar ou influenciar eventual julgamento favorável ao terceiro.

3. Desse modo, não se pode tomar como típica a conduta da recorrente de proceder à correção, "*quanto aos aspectos gramatical, estilístico e técnico*", das impugnações administrativas anteriormente confeccionadas pelos causídicos do administrado. Não se pode inferir que o conhecimento técnico a respeito de alguma área profissional seja decorrência exclusiva da ocupação de determinado cargo público.

4. Muito embora a conduta perpetrada pela recorrente possa ser avaliada sob o aspecto ético, tem-se que ela não se justapõe à conduta típica descrita no art. 3º, III, da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária.

5. Recurso especial **provido** para absolver a recorrente, ante o reconhecimento da atipicidade da sua conduta.

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 maioria, dar provimento ao recurso especial para reconhecer a atipicidade da conduta da recorrente, nos termos do voto do Sr. Relator. Vencidos os Srs. Ministros Laurita Vaz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e Nefi Cordeiro, que se restringiam ao exame da prescrição sem adentrar ao mérito. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 08 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.770.444 - DF (2017/0040430-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE : LELIANA MARIA ROLIM DE PONTES VIEIRA
ADVOGADO : NEY MOURA TELES - DF006087
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por LELIANA MARIA ROLIM DE PONTES VIEIRA, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Depreende-se dos autos que a recorrente (auditora da Receita Federal) foi condenada, pelo crime de advocacia administrativa perante a Administração Fazendária (art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990), à pena de 2 anos e 1 mês de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto. A reprimenda privativa de liberdade foi substituída por 2 restritivas de direitos. O Magistrado de primeira instância determinou, outrossim, a perda do cargo público exercido pela recorrente.

Contra a sentença condenatória o Ministério Público e a defesa interpuseram recursos de apelação, que foram desprovidos pelo Tribunal de origem.

Confira-se a ementa do referido acórdão (e-STJ fl. 2.506):

PENAL. CRIME FUNCIONAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENAS SUFICIENTES PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO CRIME.

1. Demonstradas a autoria e a materialidade do crime de advocacia administrativa perante a administração fazendária (art. 3º, III, da Lei 8.137/1990), é de confirmar-se a sentença condenatória que fixou a pena suficiente para a prevenção e repressão do crime (arts. 59 e 68 - CP).

2. Apelações desprovidas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 2.536):

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES E PREQUESTIONAMENTO. NULIDADE DO JULGAMENTO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. AMBIGUIDADE. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. REDISCUSSÃO DA CAUSA.

1. A arguição de nulidade do julgamento não pode ser acolhida, uma vez que a convocação de juiz federal para substituir desembargador federal é perfeitamente legal, restando incólume o princípio da identidade física do juiz.

2. O acórdão seria omissos se tivesse deixado de apreciar algum ponto ou questão nos quais a sua manifestação se impusesse, de forma obrigatória, dentro da dinâmica da matéria objeto da decisão, o que, em absoluto, não ocorre no caso, e não há, ainda, contradição, expressa na existência de termos inconciliáveis entre si, no corpo da decisão, ou uma incompatibilidade lógica entre os seus fundamentos, ou entre estes e a conclusão.

3. As alegações sobre a atipicidade da conduta, sobre a valoração da prova, sobre a existência ou não das elementares do tipo imputado ou sobre a dosimetria da pena, são questões fático-jurídicas que foram exaustivamente analisadas no acórdão embargado, que confirmou a sentença condenatória em todos os seus termos em razão dessa mesma análise, em que os fundamentos deduzidos na apelação se mostraram insuficientes para afastar o grau de certeza alcançado sobre a materialidade e autoria do delito imputado.

4. Feita a entrega da prestação jurisdicional, com a adoção de fundamento suficiente, não está o órgão julgador obrigado a apreciar questões ou fundamentos outros, meramente auxiliares ou coadjuvantes do fundamento já afastado, sem nenhuma aptidão para convencer. A entrega da prestação jurisdicional também pauta pelo princípio da utilidade.

5. Tem a jurisprudência admitido os embargos de declaração para fins de prequestionamento, mas o seu manejo, com essa finalidade, deve estar fundado (no caso) nas hipóteses do art. 619 do Código de Processo Penal - existência de ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão do julgado -, quando o julgado, no exame e deslinde das questões discutidas na demanda, o faça de forma a impedir a interposição e/ou o processamento dos recursos excepcionais.

6. Embargos de declaração rejeitados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial apontando violação ao disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, sob a alegação de que o Tribunal de origem teria deixado de apreciar pontos essenciais deduzidos nos embargos de declaração, relativos à nulidade ocorrida durante a sessão de julgamento e à atipicidade absoluta do fato.

Sustentou malferimento ao disposto no art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990, ao argumento de que a conduta seria atípica, uma vez que o único fato atribuído à agravante seria o de corrigir uma petição administrativa, atuação supostamente determinante no deslinde favorável do contencioso administrativo. Aduziu que o mencionado fato não se ajustaria a nenhum tipo penal – nem ao da advocacia administrativa perante a administração fazendária, nem ao tipo geral do Código Penal – tendo em vista que *"o interesse alheio não foi postulado, nem pelo extraneus, perante qualquer órgão da Administração"* (e-STJ fl. 2.561).

Alegou, ainda, que, *in verbis* (e-STJ fl. 2.562/2.563):

"[...] conquanto tenha afirmado que a recorrente participou do crime de advocacia administrativa, por ter defendido, indiretamente interesse privado, deveria o acórdão embargado ter afirmado quem teria patrocinado, diretamente, tal interesse. É que o delito do art. 3º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, assim como o art. 321 do Código Penal, quando praticado pelo funcionário, de forma indireta, é tipo penal de concurso necessário, não podendo haver condenação apenas de quem agiu indiretamente, sem que o agente direto da conduta também o seja. E, no caso dos autos, só houve condenação da recorrente.

[...]

A denúncia narra que a pessoa que teria patrocinado o interesse da PANARELLO fora o advogado Felicíssimo José de Sena, o qual, porém, NEM foi denunciado, mesmo tendo afirmado que sabia da participação de Arnaldo Marinho. Este obtivera a participação de Antônio Luiz, também funcionário público.

Por derradeiro, apontou afronta ao art. 59 do Código Penal, sustentando que a dosimetria da pena da agravante teria sido realizada de maneira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equivocada.

Requeru, desse modo, a anulação do acórdão vergastado em razão das apontadas omissões (alegada violação ao art. 619 do Código de Processo Penal).

Alternativamente, requereu o provimento do recurso *"para o fim de verificada a absoluta atipicidade do fato narrado na denúncia, não reconhecida pelo acórdão recorrido que, por isso, contrariou a norma do art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 – cassar o acórdão e absolver a recorrente, na forma do art. 386, III, do Código de Processo Penal"* (e-STJ fl. 2.574).

Por fim, pugnou pela revisão da dosimetria da pena fixada para a recorrente.

Contrarrazões às e-STJ fls. 2.601/2.606.

Inadmitido o recurso na origem, os autos subiram a esta Corte Superior por força de agravo.

Na decisão de e-STJ fl. 2.673, a em. Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência deste Tribunal Superior, não conheceu do recurso de agravo, entendendo pela ausência da cadeia completa de procurações nos autos. No entanto, à e-STJ fl. 2.687, a Ministra Presidente reconsiderou a decisão agravada, determinando a distribuição dos autos.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento do recurso especial e, na parte conhecida, pelo seu desprovimento (e-STJ fls. 2.691/2.698).

Às e-STJ fls. 2.711/2.714, dei provimento ao agravo para determinar a sua conversão no presente recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.770.444 - DF (2017/0040430-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

De início, quanto ao art. 619 do Código de Processo Penal, não verifico a alegada violação, tendo em vista que todas as questões necessárias para o esclarecimento da controvérsia foram analisadas e discutidas pelo Tribunal de origem, mesmo que de maneira contrária à pretensão da recorrente.

No entanto, no que se refere ao mérito, melhor sorte assiste à defesa.

Segundo consta da sentença condenatória, *in verbis* (e-STJ fls. 2.243/2.245):

"A materialidade e a autoria do crime restaram demonstradas por todo o conjunto probatório, em especial pelos elementos adiante enumerados, evidenciando-se a prática delitiva por parte dos réus LELIANA MARIA ROLIM DE PONTES VIEIRA e ANTÔNIO LUIS DOS SANTOS BARROS:

I -O Auto Circunstanciado de Busca, Apresentação e Apreensão de fls. 22/25, no qual foram relacionados diversos documentos de referência fiscal, relativos à DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA, os quais foram encontrados na sala de uso exclusivo do réu ANTÔNIO LUÍS DOS SANTOS BARROS, em seu escritório profissional, destacando-se a cópia do texto básico das impugnações da referida empresa, após terem sido corrigidos e complementados pelo aludido réu e pela corré LELIANA MARIA ROLIM DE PONTES VIEIRA;

II -O Auto Circunstanciado de Busca, Apresentação e Apreensão de fls. 205/209, no qual foram discriminados diversos documentos de relevância fiscal da DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA, que foram encontrados na residência do réu ANTÔNIO LUÍS DOS SANTOS BARBOSA, como balancetes e Livro de Apuração de Lucro Real da referida empresa (fls. 210/266);

III - Auto Circunstanciado de Busca, Apresentação e Apreensão de fls. 267/274, relacionando vários documentos encontrados na residência de LELIANA MARIA ROLIM, dos quais se destaca a minuta do texto básico das impugnações da empresa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARANELLO, com alterações marginais e orientações realizadas pela aludida ré;

IV - O original da supramencionada minuta, contendo alterações marginais pela acusada LELIANA MARIA ROLIM (fls. 175/204);

V - A minuta de impugnação administrativa (texto básico), dirigida ao Delegado da Receita Federal de Julgamento em Brasília, extraída do computador da residência da ré LELIANA MARIA ROLIM, conforme Auto de Apreensão de fls. 275/304;

VI - O Laudo de Exame Documentoscópico, onde os Peritos Criminais da Polícia Federal atestaram que as anotações marginais constantes da minuta original apreendida (texto básico), de fato, partiram do punho da ré LELIANA MARIA ROLIM - fls. 310/314;

VII - O Laudo de Exame em Mídia de Armazenamento Computacional (fls. 569/806), evidenciando que:

a) O computador da residência da ré LELIANA MARIA ROLIM continha o arquivo referente ao texto básico da impugnação (Anexo 2 - fls. 578/604), com última alteração ocorrida no dia 13.06.1999, às fls. 18:32h, sendo que os recursos foram interpostos no dia 23.06.1999; e que

b) O notebook apreendido na residência do réu ANTÔNIO LUÍS continha os arquivos referentes às várias impugnações, interpostas em relação a cada tipo de tributação (Anexos 3 a 10 - fls. 605/800), com últimas alterações ocorridas entre 14 e 18.06.1999, às 08:46h, sendo que os recursos foram interpostos no dia 23.06.1999.

VIII - O Laudo de Exame Documentoscópico de fls. 1093/1102, atestando que as referidas anotações marginais atribuídas à ré LELIANA MARIA ROLIM foram incorporadas ao texto dos aludidos recursos; e IX - O reconhecimento por parte de ANTÔNIO LUIS, em sede de interrogatório judicial, de sua própria participação e de LELIANA MARIA ROLIM na elaboração de contribuições ao texto da minuta original de impugnação a ele entregue por ARNALDO MARINHO.

Com esteio nos elementos de prova acima delineados, as instâncias ordinárias inferiram o seguinte (e-STJ fls. 2.499/2.500):

ANTÔNIO LUÍS DOS SANTOS BARROS encaminhou à ré LELIANA MARIA ROLIM minutas das impugnações administrativas concernentes à empresa PARANELLO, para que esta se manifestasse acerca da qualidade das peças e procedesse à sua correção e complementação, quanto aos aspectos gramatical, estilístico e técnico.

Ao realizar os ajustes na referida peça de defesa, a ré se utilizou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos seus conhecimentos obtidos na condição de Auditora Fiscal, conforme salientado pelo Ministério Público Federal.

Dessa forma, a acusada, conscientemente, corrigiu e inseriu novos argumentos na minuta de impugnação de fls. 163/164, que objetivava desconstituir créditos tributários em face da aludida empresa.

Ao contrário do que alegou a Defesa, essas alegações marginais não consubstanciam simples correções ortográficas e de formatação, mas também alterações de cunho técnico, referente ao mérito da ação fiscal sofrida pela empresa PANARELLO, com o evidente objetivo de desconstituir o crédito tributário correspondente.

Conforme doutrina de Luiz Regis Prado (Direito Penal Econômico, RT, 2004, p. 463), o delito de advocacia administrativa incidente sobre a Administração Fazendária consuma-se "com a entrada na repartição ou com o protocolo do pedido firmado pelo funcionário, direta ou indiretamente, e que se vale dessa qualidade para alcançar o fim" - PRADO, LUIZ Regis. Direito Penal Econômico, RT, 2004, p. 463.

In casu, as inserções textuais realizadas por LELIANA MARIA ROLIM na minuta de impugnação vieram a fazer parte das impugnações dos procedimentos administrativos fiscais de nºs 10120.002288/96-23, 10120.002289/96-96, 10120.001522/99-96 e 10120.001882/99-21, subscritas pelos advogados Felicíssimo de Sena e José Francisco Rabelo, as quais terminaram sendo protocolizadas, em 23.06.99, junto à Delegacia da Receita Federal de Brasília/DF, consumando-se, assim, o delito descrito nos exatos termos descritos na denúncia (fls. 329/542).

Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade do tipo em questão ou em atipicidade da conduta praticada pela ré, pois embora a mesma não tenha protocolizado o recurso junto ao Fisco, concorreu com o delito, na medida em que, conscientemente, participou da elaboração das impugnações administrativas, utilizando-se dos conhecimentos oriundos de seu cargo público, ciente de que seriam utilizadas junto à Delegacia da Receita Federal no Distrito Federal, para desconstituir o crédito tributário, o que é suficiente para a tipificação do delito previsto no artigo 3º, III, da Lei nº 8.137/90.

Ocorre que a conduta tipificada no art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 – tipo especial em relação ao delito previsto no art. 321 do Código Penal – pressupõe que o agente, valendo-se da sua condição de funcionário público, **patrocine**, perante a administração fazendária, interesse alheio em processo administrativo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se, a propósito, a redação do mencionado dispositivo legal:

Dos crimes praticados por funcionários públicos

Art. 3º **Constitui crime funcional contra a ordem tributária**, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

[...]

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Pressupõe-se que o agente postule o interesse privado, direta ou indiretamente, utilizando-se da sua condição de funcionário para influenciar os responsáveis pela análise do pleito.

No caso, consta da decisão condenatória que a recorrente teria participado da *"elaboração das impugnações administrativas, utilizando-se dos conhecimentos de seu cargo público"*. As instâncias ordinárias não noticiam que tenha atuado, valendo-se da sua qualidade de funcionária, perante a administração fazendária, para facilitar ou influenciar um eventual julgamento favorável ao terceiro.

Nos dizeres de Rogério Sanches Cunha, *"patrocinar significa defender, pleitear, advogar junto a companheiros ou superiores hierárquicos o interesse particular. Para que se configure este delito, não basta que o agente ostente a condição de funcionário público, mas é necessário e indispensável que pratique a ação aproveitando-se das facilidades que sua qualidade de funcionário público lhe proporciona"* (In Código Penal para Concursos, 6ª edição, Editora Juspodivm, p. 658, sem os grifos no original).

Faz-se, portanto, imprescindível que o autor do fato tenha se prevalecido das facilidades decorrentes do cargo público que ocupa. E, nesse raciocínio, não se pode inferir que o conhecimento técnico a respeito de alguma área profissional seja decorrência da ocupação de determinado cargo público.

Segundo Rogério Greco, *"não se configura a infração penal em estudo quando o funcionário, por exemplo, explica ao interessado os seus*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos perante a administração" (In Código Penal Comentado, 11ª edição. Editora Impetus, Niterói/RJ, p. 321, grifei).

Também, na lição de Hungria, o agente patrocina perante *"a qualquer setor da Administração (e não apenas na repartição em que está ele lotado), valendo-se de sua qualidade, ou seja, da facilidade de acesso junto a seus colegas e da camaradagem, consideração ou influência de que goza entre eles"* (In Comentários ao Código Penal, Revista Forense, Rio de Janeiro 1959, v. XI, p. 383).

Pode-se conferir, ainda, na doutrina de Roberto Delmanto que *"é claro que o patrocínio incriminado exige efetiva defesa de interesse privado por parte do funcionário público da administração fazendária, e não simples ato que poderia ser praticado por qualquer pessoa, como no caso do agente que obtém certidões devidamente pagas ou informações passíveis de serem colhidas por qualquer um, sob pena de violação dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade"* (In Delmanto, Roberto e outros, Leis Especiais Comentadas, p. 293).

Nesse sentido, a jurisprudência:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ATO VINCULADO. APLICAÇÃO. ADVOCACIA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS CONDUTAS UTILIZADAS COMO FUNDAMENTO DO ATO DEMISSÓRIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PENA ANULADA.

1. A aplicação de penalidades, ainda que na esfera administrativa, deve observar os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, isto é, a fixação da punição deve ater-se às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir à Administração), e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais). A sanção não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato.

2. A motivação da punição é indispensável para a sua validade, pois é ela que permite a averiguação da conformidade da sanção com a falta imputada ao servidor. Sendo assim, a afronta ao princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo, isto é, quando a sanção imposta não guarda observância com as conclusões da Comissão Processante, torna ilegal a reprimenda aplicada, sujeitando-se, portanto, à revisão pelo Poder Judiciário, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual possui competência para realizar o controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

3. A configuração da advocacia administrativa pressupõe que o servidor, usando das prerrogativas e facilidades resultantes de sua condição de funcionário público, patrocine, como procurador ou intermediário, interesses alheios perante a Administração.

4. O art. 9º da Lei n.º 8.429/92 define que "constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade" nas entidades nela mencionadas.

5. Hipótese em que o Recorrente teria protocolado, para terceiros, uma única vez, um pedido de transferência de um único veículo na CIRETRAN, sem notícia de que estivesse auferindo alguma vantagem por isso ou se utilizando do cargo que ocupava para obter algum benefício.

6. Recurso provido para conceder a segurança.

(RMS 20.665/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 30/11/2009, grifei)

PENAL E PROCESSO PENAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PROMOTOR DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. INSTAURAÇÃO DECORRENTE DE ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. COROLÁRIO DA REGRA DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. TRANCAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. EXCEPCIONALIDADE. CRIME DE FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO. ADEQUAÇÃO TÍPICA, EM TESE, AO NÚCLEO "FACILITAR". CRIME DE ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. TIPICIDADE POR PATROCÍNIO INDIRETO. EXCESSO DE PRAZO PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. INVESTIGADO SOLTO. POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. COMPLEXIDADE DAS INVESTIGAÇÕES. HABEAS CORPUS CONHECIDO. ORDEM DENEGADA.

[...]

7. No que pertine ao crime de advocacia administrativa, o patrocínio do interesse privado e alheio, legítimo ou não, por funcionário público, perante a Administração Pública, pode ser direto, concretizado pelo ele próprio, ou indireto, valendo-se ele de interposta pessoa, para escamotear a atuação. **Fundamental que o funcionário se valha das facilidades que a função pública lhe oferece, em qualquer setor da Administração Pública**, mesmo que não seja especificamente o de atuação do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. A prova cautelar expõe claramente que, tão logo tomou conhecimento da prisão de Arildo e os comparsas, o Promotor José Eugênio suplica ao paciente que intervenha, na qualidade de Promotor de Justiça de Colatina/ES, junto à autoridade de polícia judiciária local, buscando garantir-lhes ilícita liberação. Há, pois, justa causa e, em tese, subsunção ao crime do art. 321, por patrocínio indireto de interesses ilícitos do outro promotor e dos presos em flagrante, porquanto se vale do prestígio do cargo para convencer o delegado responsável, em violação aos deveres funcionais, a lavrar o auto de prisão em flagrante pelo crime de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345), sabidamente não ocorrido, em detrimento do crime de extorsão (CP, art. 158), que era a subsunção típica aparente.

9. Por derradeiro, quanto ao alegado excesso de prazo na oferta da peça acusatória, cumpre reconhecer que os prazos processuais não são peremptórios, ainda mais porque o investigado encontra-se solto, caso em que a lei processual permite sucessivas prorrogações das investigações preliminares (CPP, art. 10 c/c Resolução nº 13/2006 do CNMP, art. 12). Outrossim, a extensão das investigações é plenamente justificável por sua complexidade, cujo objeto envolve grande quantidade de agentes, crimes e provas obtidas por medidas cautelares probatórias.

10. Habeas corpus conhecido, porém, denegada a ordem.

(HC 332.512/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016)

Desse modo, tenho que, **no caso**, não se pode tomar como típica a conduta da recorrente de proceder à correção, "*quanto aos aspectos gramatical, estilístico e técnico*", das impugnações administrativas anteriormente confeccionadas pelos causídicos do administrado.

Muito embora a conduta perpetrada pela recorrente possa ser avaliada sob o aspecto ético, entendo que ela não se justapõe à conduta típica descrita no art. 3º, III, da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária.

Á vista do exposto, **dou provimento ao recurso especial**, a fim de absolver a recorrente, ante o reconhecimento da atipicidade da sua conduta.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.770.444 - DF (2017/0040430-1)

VOTO-VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Peço vênia ao eminente Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO e aos demais colegas que o acompanham para divergir.

Consta dos autos que a Recorrente foi condenada, em primeira instância, como incurso no art. 3.º, inciso III, da Lei n.º 8.137/1990, às penas de **2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão**, em regime inicial aberto, e 20 (vinte) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos. A sentença condenatória foi registrada em cartório no dia 13/04/2010.

Irresignadas, ambas as partes apelaram, e o Tribunal de origem negou provimento aos recursos.

Com essa pena, cumpre verificar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva superveniente, por se tratar de matéria prejudicial ao mérito do recurso.

Nos termos do art. 110, § 1.º, do Código Penal, o prazo prescricional, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a Acusação, regula-se pela pena aplicada.

Assim, **no caso em comento, o prazo prescricional é de 8 (oito) anos**, conforme o disposto no art. 109, inciso IV, do Código Penal.

A sentença condenatória foi publicada em 13/04/2010 (fl. 2.252), sendo o último marco interruptivo da prescrição.

Nesse contexto, levando em consideração a pena aplicada em concreto, verifica-se a ocorrência da extinção da punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva superveniente, porquanto restou transcorrido o lapso temporal superior aos 8 (oito) anos exigidos, contado da última causa interruptiva e que é suficiente para a sua declaração.

Registre-se que, por se tratar de matéria de ordem pública, é desnecessária a provocação da parte para o reconhecimento da prescrição, devendo ser declarada, de ofício, em qualquer fase do processo.

Ainda, conforme a orientação adotada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da APn n.º 688/RO, *"a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva apaga todos os efeitos da condenação, devendo-se, por isso, considerar a apelação do réu inadmissível por falta de interesse recursal, mesmo que a defesa objective a absolvição pela atipicidade da conduta a ele imputada"* (APn 688/RO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2012, DJe 04/04/2013).

No mesmo sentido, destaco os seguintes julgados proferidos no âmbito desta Turma:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da APn 688/RO, pacificou o entendimento de que a extinção da punibilidade do agente, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, anula os efeitos penais e extrapenais da condenação, afastando o interesse na interposição de recurso.

2. Agravo regimental não conhecido." (AgRg no REsp 1.517.471/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSO ESPECIAL BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Segundo o entendimento firmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da APn 688/RO, declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, no qual se anulam todos os efeitos da condenação, inexistente interesse recursal em pleitear a absolvição.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 458.968/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. APELAÇÃO DEFENSIVA QUE PLEITEIA ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

1. A Corte Especial deste Sodalício, por ocasião do julgamento da APn 688/RO, relatora para o acórdão a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 4/4/2013, entendeu que a extinção da punibilidade do agente, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, anula os efeitos penais e extrapenais da condenação, seja na modalidade intercorrente seja na modalidade retroativa, afastando o interesse recursal que objetive a absolvição. Precedentes STJ e STF.

2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1.073.627/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017.)

E, ainda, da Suprema Corte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. 1. A jurisprudência dessa Corte é no sentido de que 'consumada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, não mais se discutem as questões pertinentes ao fundo da controvérsia que se instaurou no âmbito do processo penal de conhecimento, eis que a ocorrência dessa típica questão preliminar de mérito impede que o órgão judiciário competente prossiga no exame da causa penal, por não mais subsistir o próprio objeto da persecutio criminis in judicio' (AI 795.670, Rel. Min. Celso de Mello). 2. Ainda nessa linha, vejamos o AI 528.695 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, e, em sede de habeas corpus, o HC 115.098, Rel. Min. Luiz Fux. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, ARE 940.489/ES AgR, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe de 09/05/2016.)

Assim, nos termos da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, reconheço a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, **deixando consignado que não julguei o mérito do recurso especial quanto à arguida atipicidade da conduta da Recorrente.**

Ante o exposto, reiterando as vênias, DECLARO, de ofício, a extinção da punibilidade estatal quanto ao crime imputado à Recorrente, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva superveniente, nos termos do art. 107, inciso IV, c.c. os arts. 109, inciso IV, e 110, § 1.º, todos do Código Penal, e, por conseguinte, JULGO PREJUDICADO o recurso especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.770.444 - DF (2017/0040430-1)

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Acompanho o e. relator, por identificar atipicidade da conduta imputada à recorrente e por entender viável a análise do mérito do recurso **defensivo, em sobreposição ao reconhecimento, ex officio, da prescrição da pretensão punitiva estatal**. E assim voto por estar muito à vontade com tal possibilidade, haja vista meu posicionamento, já antigo, objeto de trabalho acadêmico publicado.

Considero que há um potencial prejuízo ao acusado que tem o seu pretendido direito a ser absolvido afastado pelo reconhecimento de uma questão preliminar, de ordem pública, a qual, por força do que dispõe o art. 61 do CPP, leva o tribunal a extinguir o processo sem o julgamento do mérito da pretensão (no sentido do efetivo exame da questão de fundo que subjaz à pretensão punitiva estatal).

Reputo ser esta a opção mais consentânea com a dignidade da pessoa humana – um dos pilares da nossa Constituição (art. 1º, inc. III da CF) – que, indubitavelmente, é afetada pela simples instauração de uma ação penal, com todos os seus efeitos degradantes. Se o Estado acusa o indivíduo da prática de um crime e retarda a prestação jurisdicional, por sua própria ineficácia ou incapacidade, a ponto de ensejar a perda do poder punitivo, não se poderá subtrair do cidadão atingido pela infâmia de uma acusação pública o direito de restaurar sua dignidade e sua cidadania, postulando que o Estado, já tendo reunido, ou podendo reunir, provas da inocência do imputado, cumpra a sua função jurisdicional, absolvendo-o, se for o caso, ou mantendo a declaração da perda do *ius puniendi*, se já não pode mais exercê-lo efetivamente.

Não é por outro motivo que HÉLIO TORNAGHI (*Instituições de processo penal*, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 166) sustentava a necessidade de não ser interrompida a marcha processual rumo à sentença de mérito, quando presente uma causa de extinção da punibilidade, conforme explicava, *verbis*:

Ainda mesmo que o ius puniendi (a punibilidade) esteja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extinto, de pé está o ius persecuendi (o direito de ação), que, como mostrei no lugar próprio, é autônomo, independente, existe mesmo em casos nos quais afinal o juiz verifica que não há razão de punir. E vou mais longe, entendo que o Código devia ordenar o prosseguimento do processo em todos os casos de extinção da punibilidade. Porque o réu tem legítimo interesse moral em ver proclamada sua inocência, em lugar de sair do processo, cabisbaixo e humilhado, pela janela da extinção da punibilidade. E então, chegando à sentença final, se o juiz houvesse de condenar, declararia extinta a punibilidade, e, se tivesse de absolver, absolveria. Afirma-se que a ação penal se destina a pedir satisfação ao direito de punir (poder de punir) do Estado e que a sentença tem por objetivo oferecer essa satisfação e que ambas perdem a razão de ser quando o direito (poder) de punir se extingue: a sentença não teria mais conteúdo jurídico e a ação não teria mais fundamento. Mas o argumento parte do suposto falso de que a ação se funda no ius puniendi e desconhece que a sentença pode ser meramente declaratória. Extinta a punibilidade, a ação prosseguiria como ação declaratória e a sentença teria somente esta natureza.

Nesta Corte, em mais de uma oportunidade, já proferi voto com lastro nessa diretriz. Mais recentemente, em julgado da relatoria do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, findei vencido com o posicionamento ora adotado. Assim restou lavrada a ementa:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. APELAÇÃO DEFENSIVA QUE PLEITEIA ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

1. A Corte Especial deste Sodalício, por ocasião do julgamento da APn 688/RO, relatora para o acórdão a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 4/4/2013, entendeu que a extinção da punibilidade do agente, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, anula os efeitos penais e extrapenais da condenação, seja na modalidade intercorrente seja na modalidade retroativa, afastando o interesse recursal que objetive a absolvição. Precedentes STJ e STF.

2. Agravo regimental desprovido. (**AgRg no AREsp 1.073.627/RS**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6ª Turma, DJe 1/8/2017)

No caso em exame, **com muito mais razão há interesse da defesa, uma vez que, antes de reconhecer a incidência de causa extintiva da punibilidade, o recurso busca o reconhecimento da atipicidade do fato narrado na denúncia, sob alegada violação do art. 3º, III, da Lei n. 8.137/90.**

De fato, é direito da ré buscar decisão absolutória, se já **há elementos para a decisão de mérito**, sem necessidade do revolvimento do arcabouço fático-probatório – como nos autos –, e não foi a ré a causadora do atraso na prestação jurisdicional. O interesse recursal – derivado da sucumbência – **não é apenas medido pela ausência de dano à liberdade, mas também, a meu ver, pelo dano à imagem e à honra do indivíduo**, notadamente em caso envolvendo acusação comprometedora à respeitabilidade de uma profissional.

Assim, evidencia-se, *in thesis*, a legitimação ao recurso e ao seu julgamento meritório de quem almeje obter um provimento jurisdicional mais favorável, **situação verificada nos autos**, nos termos já explicitados, a despeito de já ter sido aperfeiçoado o lapso prescricional pela pena em concreto.

Com essas considerações, acompanho o voto do Ministro Antônio Saldanha, com a vênua da divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0040430-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.770.444 / DF**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00263616420064013400 200534000036565 200634000270960 263616420064013400

PAUTA: 08/11/2018

JULGADO: 08/11/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LELIANA MARIA ROLIM DE PONTES VIEIRA
ADVOGADO : NEY MOURA TELES - DF006087
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : ANTONIO LUIS DOS SANTOS BARROS
CORRÉU : ARNALDO MARINHO DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial para reconhecer a atipicidade da conduta da recorrente, nos termos do voto do Sr. Relator. Vencidos os Srs. Ministros Laurita Vaz e Nefi Cordeiro, que se restringiam ao exame da prescrição sem adentrar ao mérito.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.