

CONSÓRCIO. COBRANÇA INDEVIDA DE TAXA
DE EXPEDIENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

ALBERTO ZACHARIAS TORON e EDSON JUNJI TORIHARA

Advogados

CONSULTA

1. Antonio Mario Mazanti Ambrogi foi denunciado pela prática, em tese, dos delitos previstos nos arts. 5.º e 8.º c/c art. 25, da Lei 7.492/86 e art. 72, da Lei 8.078/90, em concurso material, com a incidência do arrependimento posterior (art. 16, do CP).

2. Segundo se depreende da inicial acusatória, o denunciado, na condição de sócio-gerente da Conprof — Adm. de Consórcios S.C. Ltda., orientou os funcionários a formularem (no período de abril de 1991) exigência indevida de aproximadamente Cr\$ 40.000,00 (quarenta mil cruzeiros) de Benedito Clóvis dos Santos a título de taxas de expediente e outras para proceder à transferência para o seu nome de quota já contemplada com o bem já entregue.

2.1 Ainda de acordo com a denúncia, a “vítima” Benedito teria pago a importância que lhe fora cobrada, sendo certo que “aprovada sua ficha cadastral ficaria dispensado da prestação de fiança, recebendo nessa ocasião em sua residência agentes da empresa Nova-Era Organização de Informações Ltda., aos quais exibiu escrituras e comprovantes de rendimentos, que supostamente seriam apresentados à Conprof” (cf. fls. 2 da denúncia).

2.1 Em seguida, o Sr. Benedito foi notificado de que sua ficha cadastral não havia sido aprovada e, conseqüentemente a pretendida transferência *cancelada*, não se lhe permitindo conhecer os

motivos da recusa, e, também, não se lhe devolvendo a importância paga. O douto subscritor da denúncia ainda fez consignar: “indevidamente apropriada pelo Consórcio a *mando* do denunciado” (cf. fls. 2 da denúncia — grifos nossos).

2.3 Posteriormente, já no curso do inquérito policial instaurado perante o Decon, houve o ressarcimento dos prejuízos à “vítima” e também foi efetuada a transferência da quota para o seu nome.

3. Em resumo, o sócio-gerente está sendo processado pela cobrança indevida de taxas de expediente e outras efetuadas pelos funcionários da Conprof, já que, no entender do representante ministerial, os custos da investigação realizada para verificação da idoneidade financeira do Sr. Benedito deveriam ser suportados pelo fundo de administração de consórcio, revelando-se esta cobrança “em desacordo com a legislação”.

4. Pese embora o ressarcimento dos prejuízos suportados pelo Sr. Benedito, e, também a expressa menção de que a situação já estava regularizada com a efetiva transferência da quota à sedizente vítima, o digno representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia pela prática dos delitos já mencionados.

5. O ilustre advogado Luiz Eduardo de Moura indaga se os fatos narrados constituem crime e qual a solução adequada para a questão.

PARECER

ASPECTOS A SEREM CONSIDERADOS:

I — Quanto à falta de justa causa para a ação penal, do cabimento de “habeas corpus” e a inexistência de indícios da autoria

6. Nada obstante a certeza de que toda nossa jurisprudência é no sentido de que o *habeas corpus* não comporta o exame aprofundado das provas, não é menos correto que essa mesma jurisprudência entenda possível esse exame, embora perfunctório, quando o objetivo seja o reconhecimento da inépcia da denúncia ou o trancamento do inquérito ou da própria ação penal diante da ausência de justa causa.

A propósito: “O exame das provas, em determinados e especialíssimos casos, é admissível no âmbito do *habeas corpus*, principalmente quando destinado a apurar a existência de justa causa para a submissão de alguém à instância penal. O *habeas corpus* ultimamente, tem adquirido uma nova dimensão e a dogmática alegação de que a matéria de prova não se aprecia em seus angustos limites vai progressivamente perdendo prestígio” (RT 416/240).

Ou ainda: “Dizer-se que nos *habeas corpus* não se examinam provas não constitui um princípio absoluto. Não é possível o exame da justa causa para o processo penal sem examinar as provas, pois não há outro processo lógico para a ela se chegar” — grifamos — (RT 513/397).

Na mesma conformidade: “O exame das provas é indispensável sempre que se trata da indagação da inépcia da denúncia, por permitir-se alegar contra o réu fatos contrários à realidade, e para verificação da justa causa, cuja inexistência justificaria a concessão da ordem. Assim, se resolveu neste mesmo E.

Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do douto Des. Márcio Munhoz, observando-se que, se em regra o *habeas corpus*, por sua natureza, não comporta o exame da prova, também é certo que esse princípio não tem caráter absoluto. Prevalece, quando o fundamento do pedido se refere à injustiça da decisão e invoca a nulidade da sentença *ex causa formalis*. O mesmo não se dá quando se tem de cogitar de causa material, resultante da inexistência de justa causa para a condenação, hipótese em que se torna necessário examinar através da prova as condições do fato, para se saber se realmente constitui delito em tese (RT 191/54)” — grifamos — (TJSP — HC — Rel. Adriano Marrey — RT 412/72).

6.1 Baseando-se também no capítulo “Jurisprudência Organizada” do número Especial de Lançamento da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, colacionada pelo eminente Des. Alberto Silva Franco (ed. RT, 1992, p. 139, item *Habeas Corpus*), que traz uma série de julgados neste sentido, torna-se imperativa uma análise, rápida que seja, das provas contidas no referido inquérito em contraposição com a inicial acusatória, para demonstrar, sem sombra de dúvida, a ausência de justa causa para a *persecutio criminis*.

7. A denúncia é expressa e categórica ao afirmar que o sócio-gerente “orientou os seus funcionários subordinados a formularem em meados de abril de 1991 exigência indevida de aproximadamente Cr\$ 40.000,00 (quarenta mil cruzeiros) de Benedito Clóvis dos Santos à título de taxas de expediente e outras para proceder a transferência para o seu nome (de Benedito) da quota 011 do grupo 436 de consórcio, contemplada e com o bem já entregue a Triarco Estruturas Metálicas Ltda.” (cf. fls. 2 da denúncia).

8. Imputa também o fato de o denunciado não ter permitido à vítima conhecer as razões da não aprovação de sua ficha cadastral, bem como a não devo-

lução da importância paga, “indevidamente apropriada pelo Consórcio a *mando do denunciado*” (cf. fls. 2 da denúncia — grifos nossos).

9. Ocorre, porém, que nos autos não há elementos para a comprovação destes acertos. Em outras palavras: Não há provas — aliás, não há indícios sequer — de que o acusado orientava os funcionários para efetuar este tipo de cobrança, bem como não se vislumbra a intervenção do imputado no sentido de impedir ou dificultar o acesso às informações referentes à pessoa do Sr. Benedito (até porque tratava-se de outra empresa que realizou o levantamento financeiro da sedizente vítima). Tampouco se nota algum dado concreto que comprove a ordem (*mando*) do denunciado no sentido de não devolver a quantia paga.

10. Esta inexistência de indícios a supedanejar a denúncia aparece de forma inequívoca, que nem mesmo a palavra isolada e nada esclarecedora da sedizente vítima foi capaz de afastar.

11. Com efeito, no Boletim de Ocorrência elaborado pela 1.^a Delegacia de Polícia da DISICEP/DECON ficou consignado: “... desejando transferir para o seu nome uma cota de consórcio já contemplada, da empresa retrocitada como Averiguada, foi-lhe exigido o pagamento da quantia de Cr\$ 40.000,00 aproximadamente à título de taxa de expediente e outras, sendo observado na Ficha de Transferência com o bem, de que se a mesma fosse aprovada depois de analisada dispensaria o fiador. Após tal pagamento, a referida empresa utilizando-se da firma Nova Era — Organização de Informações Ltda., essa última esteve inclusive na residência do queixoso colhendo informações e foram também exibidas várias escrituras de propriedades, e outros comprovantes de renda, porém apesar de todas as alegações e comprovações, inclusive também foi apresentada uma Cessão de Transferência de Quota do Grupo, aprovada pela

Autolatina, mas mesmo assim posteriormente foi a vítima notificada em 9.5.91 de que sua ficha não havia sido aprovada, sendo a transferência objetivada cancelada, sem porém permitir ao interessado, o queixoso, qualquer acesso às informações conclusivas de sua ficha cadastral, negando-se também em devolver a quantia paga a título dessas informações” (cf. fls. 3 da cópia do inquérito).

12. Pois bem. Em nenhum momento a “vítima” mencionou o nome de quem quer que fosse, seja funcionário, gerente ou mesmo administrador. Nem mesmo citou o nome de Patrícia, a atendente que elaborou o documento de transferência, onde foram-lhe exigidos os Cr\$ 40.000,00 (quarenta mil cruzeiros) — (cf. fls. 6 da cópia do inquérito).

13. Quando foi efetivamente ouvido, o Sr. Benedito, de forma semelhante ao histórico apresentado no Boletim de Ocorrência, teve o ensejo de esclarecer: “... na oportunidade esteve junto a reclamada para efetuar uma transferência de Cota de Consórcio, na oportunidade a reclamada cobrou-lhe, indevidamente, taxa de expediente e outras para confecção de fichas de informações do reclamante; que não obstante o reclamante ter apresentado inúmeros documentos comprobatórios de sua idoneidade financeira, tendo apresentado escrituras de propriedade e outras informações; não logrou aprovação junto a reclamada para que a referida transferência fosse efetuada, além disso, uma firma denominada Nova Era — Organização de Informações Ltda., forneceu a reclamada levantamentos econômicos e financeiros do reclamante; mesmo assim e, sem apresentar qualquer justificativa, a reclamada negou-se a proceder a aludida transferência; que em razão destes fatos serem tidos como ilegais o reclamante informa ainda, de que foi procurado pela reclamada a qual reconheceu as falhas cometidas, e ressarcio o reclamante das importâncias pagas e procedeu a transferência da Cota de Consórcio que havia

adquirido de outro consorciado" (cf. fls. 45 da cópia do inquérito)

14. Aqui também a vítima não mencionou nenhum nome ou mesmo atos do denunciado que pudessem influir no deslinde da controvérsia.

15. De outra parte, a encarregada do Departamento de Atendimento, Sra. Analucia Bittencourt Ambrogi, deixou evidenciado o motivo da não aprovação da proposta do Sr. Benedito Clóvis dos Santos: "... tendo Benedito Clóvis dos Santos transferido para o seu nome a referida cota já contemplada; que esclarece a depoente que na época dos fatos não foi possível atender o Sr. Benedito, em virtude de exigência de fiador, pelo percentual elevado da dívida; que o Benedito na época dos fatos não apresentou fiador; mas agora foi possível atendê-lo face a redução do montante da dívida, tendo o problema sido inteiramente resolvido" (cf. fls. 12 da cópia do inquérito)

16. Como se percebe, há duas versões contraditórias: a vítima informando que a recusa foi dada não se sabe a que título (mesmo comprovando a sua "idoneidade financeira") e a representante da "Conprof" informando que a razão da recusa foi a não-apresentação de fiador.

17. Neste aspecto é de extrema relevância a ficha de "Transferência Contemplada com o bem" acostada à fl. 6 da cópia do inquérito. Desde aquele momento ficou consignado: "O consorciado solicita que sua ficha seja analisada para dispensar um possível fiador". Logo, a recusa de sua ficha decorreu da não-apresentação de fiador e não por motivos que foram omitidos ou sonegados ao Sr. Benedito.

18. A testemunha Jeronimo Mario Carlotti, por seu turno, confirmou a lisura do procedimento adotado e esclareceu que "os valores cobrados de Benedito, eram referentes a efetivação de todos os papéis relacionados com transferência, como por exemplo, registros de

contrato, despesa que não gera nenhum lucro para a administradora, pois são ressarcimento de despesas efetuadas pela Administradora" (cf. fls. 84 — numeração da Justiça Federal).

18.1 No tocante à não transferência do bem contemplado, a testemunha Jeronimo foi categórica ao dizer: "... que, esclarece que a transferência só não se efetivou com uma maior brevidade, posto que, o interessado se recusava em oferecer as garantias exigidas por lei-fiador..." (cf. fls. 84v.º — numeração da Justiça Federal)

19. Paulo José A. S. de Carvalho Borges, sócio da Forgransp, limitou-se a dizer que "... à primeira vista, a operação de cobrança do consorciado reveste-se de normalidade e não foi indevidamente cobrada, posto que trata-se de um consorciado novo e ainda a transferência de um bem já entregue, tudo, para a maior segurança de todo o grupo de consorciados" (cf. fls. 85 — numeração da Justiça Federal).

20.O denunciado Antonio Mario Mazanti Ambrogi salientou o bom nome da Administradora perante os órgãos fiscalizadores, explicou que "a política e as diretrizes das empresas eram elaboradas em diretoria constituída pelo declarante e os diretores da Forgransp" e informou que somente veio a tomar conhecimento em 30 de setembro de 1993, ou seja, 1 ano e 9 meses depois de sua saída da empresa.

20.1 O acusado ainda teve ocasião de dizer: "... que o Sr. Carlotti disse ao declarante que os valores cobrados do consorciado Benedito visavam atender os atos e fatos burocráticos relativos aos custos das transferências sendo aquele valor entrado no caixa da empresa; que continuou a narrativa dizendo que Benedito fez reclamação contra a política de procedimento de crédito da empresa, pelo zelo em relação ao grupo, a que Benedito considerava em excesso; que tal fato ocorre pura e simplesmente pelo zelo da administradora com relação ao grupo, pelo

fato de se exigir avalista para o cliente com saldo devedor alto..." (cf. fls. 85v.º — numeração da Justiça Federal)

21. Mesmo que se pretenda responsabilizar criminalmente o denunciado, uma vez que, segundo ele próprio "a política e as diretrizes das empresas eram elaboradas em diretoria constituída pelo declarante e os diretores da Forgransp", ainda assim não se pode considerar como embasamento fático essa mera alegação se não há, em nenhum lugar do inquérito, indícios mínimos de que o Sr. Antonio Mario Mozanti Ambrogi tenha praticado quaisquer dos atos imputados, autorizando, assim, o desencadeamento do processo penal nos moldes em que vem vazada a denúncia.

22. É lição corrente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que a ação penal deve assentar-se num mínimo de provas ou indícios de modo que se apresente como um processo viável. Mesmo porque, para que tenha contornos de razoabilidade, deve estar presente aquilo que se convencionou chamar de fumaça do bom direito.

22.1 Sobre o tema, o eminente Prof. Tourinho Filho adverte: "Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável haja, nos autos do inquérito ou nas peças de informação ou na representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal e indícios, mais ou menos razoáveis, de que seu autor foi a pessoa apontada no procedimento-informativo ou nos elementos de convicção" (grifei In *Processo Penal*, SP, ed. Saraiva, 6.ª ed., 1982, v. I, p. 439).

22.2 Mais à frente, na mesma obra, salienta o mestre: "... no campo penal, quando se propõe uma ação, não basta fazer-se referência ao caso concreto. É preciso que no limiar do processo a ser instaurado se mostre ao Juiz a seriedade do pedido, exibindo-lhe os elementos em que se esteia a acusação" (grifei — Ob. cit., v. I, p. 444).

22.3 Sim, porque como lembra a insigne Profa. Ada Pellegrini Grinover: "(...) é a própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade do direito invocado, para evitar a lide temerária. O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana; exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade espoliando o indivíduo da intimidade e, freqüentemente, da dignidade da mesma. Por isso, é que um mínimo de "fumo de bom direito" há de exigir-se, para que se leve adiante o processo, até a solução da lide" (In *As condições da ação penal*, SP, ed. Bushatsky, 1977, pp. 127-128).

22.4 Na esteira dessas lições, pacíficas e irrefutáveis, ergueu-se sólida jurisprudência segundo a qual: "A denúncia deve reportar-se a um fato delituoso, corroborado *quantum satis* por elementos probatórios idôneos. Não pode a denúncia amparar-se em suposições, visto não existir vestígios que ligue o paciente aos fatos denunciados. O ato acusatório deve basear-se pelo menos em indícios, no que concerne à autoria" (RTJ 90/1.014; rel. Min. Leitão de Abreu).

22.5 Ou, ainda, como decidiu o E. TRF da 1.ª Região: "A denúncia para instrumentalizar-se com justiça e seriedade haverá de firmar-se em indícios de autoria e em prova plena e cabal da ocorrência do fato delituoso. Sem isso, a denúncia padece de justa causa para a persecução penal" (In DJ 23.4.90, sec. II, p. 7.541, 4.ª T., v.u.).

Até porque: "A denúncia tem de calcar-se em fatos previamente averiguados: não pode ela ficar na dependência do maior ou menor poder de imaginação do Promotor de Justiça (TJSP, RT 387/68, rel. Des. Adriano Marrey).

23. Pois bem. Se assim é, no presente caso, basta um perfunctório exame dos autos, sem qualquer discussão aprofundada de prova, para se perceber que a denúncia não se baseia em fatos previa-

mente apurados no procedimento inquisitivo.

24. Sem qualquer discussão dos elementos informativos, mas apenas com a unívoca apreciação dos mesmos, pode-se concluir: “Justifica-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa, se o exame do *habeas corpus* demonstra que a denúncia é mera construção intelectual do Ministério Público” (*STJ*, RHC 536-PR, rel. Min. Cosa Lima, no *DJ* de 9.4.90, p. 2.749, v.u., j. em 28.3.90).

25. Remarque-se: a denúncia imputa a prática de condutas comissivas (orientou, indevidamente apropriada a mando, apropriou-se indevidamente, negou o conhecimento sobre), porém em nenhum momento menciona em que lugar dos autos encontra respaldo para tais afirmações.

26. Pode ser que alguém tenha orientado os funcionários. Pode ser também que alguém tenha negado o acesso às informações. Porém, não há nada, absolutamente nada nos autos que ligue tais fatos à pessoa do Sr. Antonio Mario Mazanti Ambrogi.

27. Tudo a indicar a ocorrência da malsinada e tão veementemente repudiada responsabilidade objetiva em termos de direito penal, na exata medida em que se pretende responsabilizar o sócio-gerente por eventuais falhas de terceiros, apenas e tão-somente pelo fato de ser ele “investido de amplos e gerais poderes de administração para a consecução dos objetivos sociais” (§ 1.º, da cláusula 7.º, do contrato social).

28. Quanto à necessidade de um mínimo de prova para embasar a proposição da ação penal, afastando, assim a responsabilidade penal objetiva, calha bem à espécie o abalizado ensinamento do saudoso Manoel Pedro Pimentel, segundo o qual: “Mera presunção de culpa, decorrente unicamente do fato de ser o agente diretor de uma empresa, não pode alicerçar uma denúncia criminal. A submissão de um cidadão aos rigores de um processo penal exige um mínimo de

prova de que tenha praticado o ato ilícito, ou concorrido para a sua prática. Se isto não existir, haverá o que se denomina o abuso do poder de denúncia” (*Crimes contra o sistema financeiro nacional*, SP, ed. RT, 1987, p. 174).

29. E nem se perquiria quanto à omissão penalmente relevante (art. 13, § 2.º do Código Penal) por parte do acusado.

29.1 A uma porque a obrigação de “cuidado, proteção e vigilância” (alínea *a*) não tem a extensão nem o alcance semelhante à onisciência e onipresença. Vale dizer: antes de mais nada, o “devia e podia” agir para evitar o resultado necessariamente vem ligado ao fato de que o agente conhecia a obrigatoriedade da proteção, cuidado ou vigilância, o que, com o simples passar de olhos pelos autos, vê-se que não ocorreu (o denunciado só veio a tomar conhecimento dos fatos 1 ano e 9 meses depois de sua saída da empresa!).

29.2 A duas porque de nenhuma forma o acusado assumiu o risco de impedir o resultado (alínea *b*), ou seja, não funcionou como “garantidor” da não ocorrência do resultado. Aliás, nem mesmo se vislumbra tal situação nos autos.

29.3 A três porque o denunciado não teve nenhum comportamento anterior que tenha criado o risco da ocorrência do resultado (alínea *c*). Se desencontros houveram, estes não podem ser penalmente atribuídos ao acusado.

30. Seja como for, “além do especial dever jurídico de impedir o dano ou o perigo, é também indispensável que haja a vontade de omitir a ação devida” (RT 643/276 — Apud: Celso Delmanto, *Código penal comentado*, RJ, ed. Renovar, 3.ª ed., 1991, p. 21).

31. Desta forma, por não haver um mínimo de embasamento para a proposição e o processamento de uma ação penal, a única solução plausível — em sendo recebida a inicial acusatória — é a impetração de ordem de *habeas corpus* para trancamento da ação penal por falta

de justa causa para a sua instauração.

32. Some-se a tudo isto o significativo fato de que, embora em tese o tipo legal tenha sido completado, ou seja, haja teoricamente subsunção formal aos tipos de que tratam os artigos definidos na denúncia, não se afetou o bem jurídico tutelado pela lei. Sim, porque a Lei 7.492/86 visa proteger o sistema financeiro nacional.

33. Não basta, entretanto, um mero incidente individual, sem maior repercussão para se vislumbrar tipicidade penal. Há necessidade premente de que o bem jurídico tutelado tenha sido afetado, ou, ao menos, colocado em risco.

33.1 Na verdade, o bem jurídico apresenta-se como "o critério limitador, fundamental, na formação do ilícito penal". (Min. Assis Toledo em *Princípios básicos do Direito Penal*, S. Paulo, ed. Saraiva, 3.^a ed., 1987, p. 24). Ou, como prefere o eminente Prof. Juan Bustos Ramirez, aqui está "a importância do bem jurídico como princípio garantidor, já que permite a toda sociedade e a todos os indivíduos determinar o que se está protegendo..." ("Política criminal e injusto", em: *Bases críticas de um nuevo Derecho Penal*, Bogotá, ed. Temis, 1982, p. 73).

33.2 Nessa linha, é sempre importante lembrar a lição do maior penalista vivo da América Latina, Raúl Zaffaroni, quando destaca que a análise do tipo penal não se esgota na descrição da tipicidade legal, pois, comprovada esta em seus aspectos objetivo e subjetivo, "nos restará averiguar si está afectado el bien jurídico tutelado...", cabendo perguntar se "la prohibición, en ciertos limites de afectación, tiene sentido para el objetivo general del orden jurídico, es decir, para conservar la paz social evitando la 'guerra civil', concluyendo cuando no lo tiene, por su nimiedad lesiva, em la atipicidad penal de la conducta" (*Tratado de Derecho Penal*, México, Cardenas ed., 1988, v. III, p. 235).

34. Atentando-se para o fato de que, a Administradora de Consórcios prontamente devolveu a importância paga pelo sr. Benedito e ainda efetuou a transferência da quota de consórcio em seu nome, vê-se que o bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/86 não foi afetado.

35. É que de, como já dito, na espécie, o que se tutela é a "proteção do sistema financeiro nacional" (Manoel Pedro Pimentel, ob. cit., p. 23), considerando-o como bem, serviço e interesse da União.

36. Não se trata de dizer que a devolução da importância ao Sr. Benedito tenha elidido o crime, mas sim de que não é possível divisá-lo onde não se vulnerou o bem jurídico tutelado pela norma porque, além de não haver risco algum para o mercado e para o sistema financeiro nacional, tudo não passou de um descumprimento temporário ante a não-apresentação de garantia legal de caução (fiador) por parte do novo consorciado, sendo certo que ninguém concretamente se viu beneficiado ou prejudicado.

37. Por essas razões, verifica-se que a impetração de ordem de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal eventualmente instaurada é a melhor solução para o caso em tela.

II — Quanto à indivisibilidade da ação penal

38. O acusado, em suas declarações, deixou expresso que "a política e as diretrizes das empresas eram elaboradas em diretoria constituída pelo *declarante e os diretores da Forgransp*" (cf. fls. 86 — numeração da Justiça Federal — grifos nossos).

39. Se se considerar verdadeira a afirmação de que as ordens (mando) do acusado foram as responsáveis por todo o problema envolvendo o Sr. Benedito, imperativo é saber como elas se originaram, máxime numa sociedade onde as

políticas e diretrizes são elaboradas pelo denunciado e mais os diretores da Forgransp.

40. Ocorre, entretanto, que não há nos autos sequer notícia de quem sejam os outros membros da diretoria.

40.1 Assim, por uma questão de equidade e Justiça, os outros diretores das Forgransp deveriam ser também denunciados. Ou no mínimo, ouvidos!

41. Nem se diga que a cláusula 7.^a do contrato social seja óbice para impedir o reconhecimento da responsabilidade penal de quem quer que seja, uma vez que o denunciado era, à época dos fatos, o sócio-gerente que respondia pela empresa.

42. Se assim fosse, isto seria equivalente a dizer que, numa construção de um prédio ou uma obra qualquer, se ocorresse um acidente a culpa recairia única e exclusivamente no engenheiro responsável, mesmo que a ordem tivesse partido de um mestre de obras ou mesmo por ato voluntário de um servente de pedreiro, o que seria um absurdo.

43. Por que se aceitar que uns sejam submetidos ao processo penal e outros não?

44. A exclusão de outros diretores na denúncia é indicativa de ser o acusado objeto de uma discricionariedade, ou de um capricho, que configura abuso do direito de denunciar. Como assinala o eminente Prof. Rogério Tucci, reproduzindo acórdão, é inaceitável um “processo criminal por simples capricho de um promotor de justiça que arbitrariamente entende de denunciar” (parecer inserto na RT 555/302, trecho destacado: p. 307; apud: Miguel Reale Jr., no *Direito Penal aplicado*, n. 2.^o, S. Paulo, ed. RT, 1992, p. 10).

45. De acordo com o prestigioso escólio do renomado Prof. Miguel Reale Júnior, na obra supramencionada: “O Ministério Público está obrigado a oferecer a denúncia contra todos os co-autores de um delito em razão do princípio da indivi-

sibilidade da ação penal.

A unicidade é decorrência lógica do caráter obrigatório da ação penal, pois uma vez desrespeitada estar-se-á, *ipso juris*, admitindo o princípio da oportunidade.

Havendo elemento indicativo da ocorrência do concurso de agentes, *imprescindível que contra todos seja apresentada a denúncia*, pois, do contrário, estabelece-se a injustiça de responsabilizar uns, eximindo outros. *É intuitiva a evidência de que o Estado não pode escolher, dentre os que infringiram a norma penal, aqueles que lhe convém punir* (grifei).

Se desrespeitado o princípio da indivisibilidade, escolhendo-se livremente quem acusar, o Ministério Público torna-se, de antemão, julgador da inocência ou da culpabilidade dos co-agentes, sobrepondo-se ao Poder Judiciário.

Dentre nós, Espínola Filho, em seus Comentários, expõe: “A denúncia ou a queixa tem de abranger todos os participantes do crime, não podendo abstrair nenhum, tanto preocupa evitar a divisibilidade do processo e a abstenção do procedimento contra um dos responsáveis, que, nos termos expressos do art. 48 do Código de Processo Penal, a queixa, dada contra um deles só, alcançará todos os outros, impondo-se ao órgão do Ministério Público, como precípua dever, velar para que não seja, na prática, iludida observância desse princípio fundamental da indivisibilidade da ação penal” — grifei (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 1943, v. I/386).

Igualmente, no Direito Italiano, é Bellavista quem assevera: “Definita l'azione penale, esaminiamone i peculiari caratteri, che sono quelli della pubblicità, ufficialità, obbligatorietà, irretrattabilità, indivisibilità.”

“La indivisibilità dell'azione penale postula la necessità che essa si eserciti egualmente nei confronti di tutti coloro che sono consorsi nel reato” (G.

Bellavista, Lezioni di diritto processuale penale, terza edizione, Giuffrè, p. 38 e ss. e p. 66).

A Jurisprudência não tem orientação diversa, conforme acórdão do Supremo Tribunal Federal (recurso criminal 1.060 GB): "O princípio do *simultaneus processus* torna a ação penal obrigatória e indivisível em relação a todos os participantes de um mesmo fato criminoso. Esse princípio está consagrado na lei, incumbindo ao Ministério Público velar por ele. A opinião da doutrina, a respeito, é incontroversa, como o demonstrou ilustre autor da decisão recorrida. A fonte mais próxima de nossa legislação adjetiva penal, que é o Código de Processo Penal Italiano também o adota, e, como ensina o hoje clássico Eugênio Florian, "tal caráter está justificado por uma razão de justiça abstrata e por uma exigência prática de utilidade social de quem ninguém escape à repressão penal" (*Derecho Procesal Penal*, trad. esp., 1943, p. 179). (*Direito penal aplicado*, n. 2.º, ob. cit., p. 10-11.)

46. Dessa maneira, se há notícias de que "a política e as diretrizes das empresas eram elaboradas pela diretoria constituídas pelo declarante e os diretores da Forgransp", a escolha aleatória do acusado e a exclusão dos outros diretores significa arbítrio que fere princípio fundamental do processo penal que é o da indivisibilidade da ação penal.

47. Não é só, todavia, do ponto de vista das leis do processo que a denúncia em questão se revela afrontosa e injusta.

48. O art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal, na tradição das Cartas anteriores, quando reafirma a igualdade de todos perante a lei, impõe a rejeição de tratamento diferenciado para situações semelhantes.

48.1 Sobre o ditame constitucional, debruçando-se ainda sobre o texto da anterior Constituição, o insigne Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, leciona que o princípio da isonomia jurídica:

"É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégio de espécie alguma" (*Curso de direito constitucional*, SP, ed. Saraiva, 7.ª ed., 1978, p. 268).

48.2 Bem por isso, o eminente Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, citando Kelsen, afirma: "Colocar (o problema) da igualdade perante a lei é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar" (*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, SP, ed. RT, 1978, p. 14 em nota de rodapé, n. 2).

48.3 Discorrendo sobre o "sentido da cláusula de igualdade", ressalva o eminente Ministro Celso de Mello o seguinte: "O tratamento discriminatório só se legitima juridicamente: a) em função de expressa disposição constitucional; ou b) em virtude de pressupostos lógicos e objetivos, que justifiquem, racionalmente, a desequiparação operada" (*Constituição Federal Anotada*, SP, ed. Saraiva, 1984, p. 324).

49. Na espécie, por mais que se procure um critério lógico, não se consegue compreender porque diretores que decidiram uma questão de forma idêntica, não sofreram qualquer perseguição penal e nem mesmo foram ouvidos.

50. Parece forçoso concluir que a presente ação penal representa um gritante exercício discriminatório do poder de denunciar. Ofensivo, como antes se demonstrou, não só ao princípio da indivisibilidade da ação penal como, também, ao da isonomia jurídica, porque, frise-se, em situações no mínimo iguais apenas o aqui acusado foi alvo da denúncia.

III — Quanto à incompetência da Justiça Federal

51. Levando em consideração o art. 1.º, inc. I, da Lei 7.492/86, que equipara a

empresa administradora de consórcio à instituição financeira, o ilustre representante do Ministério Público Estadual requereu a remessa dos autos à Justiça Federal por entendê-la competente para processar e julgar o feito.

52. O digno magistrado oficiante no Departamento de Inquéritos Policiais da Capital, na esteira da manifestação ministerial, deferiu o pedido e determinou a redistribuição do inquérito à Justiça Federal.

53. No tocante a este aspecto, é imperativo observar o seguinte:

Os dois últimos motivos no presente caso a ensejar o reconhecimento da competência da Justiça Federal são: a) o fato de se tratar de empresa Administradora de Consórcios e b) a qualificação jurídica dada aos fatos (a denúncia imputa os arts. 5.º e 8.º da Lei 7.492/86). Afora isto, não há nada nos autos a indicar a competência da Justiça Federal.

53.1 Quanto ao fato de se tratar de uma empresa Administradora de Consórcios, temos que este fator, por si só, não desloca a competência para a Justiça Federal.

53.2 Isto, pelo significativo fato de que não houve nenhum prejuízo em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, ou mesmo de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, seja direto ou reflexo.

53.3 Se eventual prejuízo houve, o que se admite para argumentar, este foi somente em detrimento do Sr. Benedito Clóvis dos Santos e nunca em relação à União.

53.4 Todavia, poder-se-ia argumentar que o interesse da União reside justamente na manutenção de um Sistema Financeiro que esteja de acordo com as normas e regulamentações pertinentes e, por tal razão, a competência seria da Justiça Federal.

53.5 Neste ponto, o colendo Supremo Tribunal Federal, em aresto da lavra do eminente Célio Borja, referindo-se a um

conflito de competência relatado pelo insigne Sydney Sanches, já teve oportunidade de pontificar:

“... o interesse da União em manter a higidez do Sistema Financeiro não é, por si só, bastante para determinar a competência da Justiça Federal. Trata-se de um interesse genérico, enquanto que o interesse de que fala o art. 125, IV da CF (atual art. 109, IV) deve ser particular, específico e direto (CJ 6.646, rel. Min. Sydney Sanches, in *Lex* 107-291) — Apud: RHC 66.492-0-SP; Rel. Min. Célio Borja, v.u., in RT 644/332; obs.: ementa à p. 328).

53.6 No seu lapidar voto, o preclaro relator, Ministro Célio Borja, fez questão de salientar que o interesse da União deve ser atingido diretamente e não apenas de forma reflexa (RT 644/334).

53.7 Ora, se assim é, não é suficiente para o reconhecimento da competência da Justiça Federal o simples fato de a empresa ser uma Administradora de Consórcios, uma vez que não restou demonstrada nenhuma ofensa direta a qualquer tipo de bem ou interesse da União, sendo a melhor alternativa, neste aspecto, o deslocamento para a Justiça Estadual.

54. De outra parte, em relação à qualificação jurídica dada aos fatos — que, por sua natureza (leia-se arts. 5.º e 8.º da Lei 7.492/86) desloca a competência para a Justiça Federal, a teor do disposto no art. 26 do mesmo codex — é de se observar que ela é provisória e deve ser questionada também à luz de eventual prejuízo à União.

54.1 Neste ponto, no tocante à provisoriedade, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, em sua 1.ª Câmara Criminal de Férias, teve ocasião de assentar:

“Não é qualificação conferida pelo Delegado de Polícia à conduta ilícita, nem aquela provisória e hipotética imputação resultante da denúncia, que prevalecerá. É no curso da instrução, é no sopesar sereno de toda a prova, que

a livre convicção do Magistrado se formará e propiciará a adoção da mais adequada solução à espécie" (Rec. Crim. 107.635-3 — SP — 1.^a Câmara Criminal de Férias — Rel. Des. Renato Nalini — TJSP — j. 2.7.91 — Vídeo Texto do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo).

54.2 Em tese, o delito a ser perseguido penalmente pode muito bem ser a apropriação indébita (art. 168 do CP), uma vez que o montante do dinheiro chegou de forma lícita à Administradora — se se considerar a legalidade da cobrança da taxa de expediente — ou mesmo o estelionato (art. 171 do CP), uma vez que o consorciado foi induzido em erro ao pagar uma taxa indevida e ilegal — desde que se considere ilícita a sua cobrança.

54.3 Desta forma, ao se confrontar a provisoriedade da capitulação jurídica dada aos fatos com a necessidade da ocorrência de prejuízo à União é que se verifica a incompetência da Justiça Federal para processamento e julgamento da presente demanda.

IV — Alguns aspectos do artigo 8.^o da Lei 7.492/86

55. O legislador penal, ao dispor sobre algum dispositivo de caráter punitivo, tem como obrigação respeitar alguns mandamentos constitucionais, dentre os quais o princípio da legalidade e seus desdobramentos.

55.1 Assim, quando se analisa um tipo penal, a sua interpretação deve ser feita de maneira restritiva, sem ampliações.

55.2 Como já bem advertia o eminente Adauto Suannes, à época em que exercia sua elevada judicatura no E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Em Direito Penal, o princípio da reserva legal exige que os textos legais sejam interpretados sem aplicações ou equiparações por analogias, salvo quando *in bonam partem*. Ainda vige o aforismo

poenalia sunt restringenda, ou seja, interpretam-se restritivamente as disposições cominadoras de pena" (RT 594/355).

55.3 E nem poderia ser diferente, pois se assim fosse, abrir-se-ia margem para interpretações elásticas e extensivas, que tendem à aplicação da analogia em termos penais, o que é, como dito acima, vedado, salvo se para melhorar a situação do imputado.

55.4 Desta forma, em que pese a denúncia ter imputado o verbo "exigir" para poder se adequar no tipo previsto no art. 8.^o da Lei 7.492/86, é de se notar que, longe de ser uma exigência, o ato revelou-se uma simples cobrança.

55.5 Neste sentido, não tem a denúncia, pura e simplesmente, ao utilizar um emaranhado de frases bem arrançadas, o poder de comprovar um fato que — a olhos vistos e confirmados por todas as testemunhas — não existiu.

55.6 Mesmo porque, a exigência a que se refere o arquétipo penal é aquela fundada em temor da vítima, revestindo-se de constrangimento e lastreada em ameaça. Trata-se, pois, de uma forma de constrangimento ilegal, uma vez que impõe ao exigido a obrigação de se comportar de modo que não lhe é imposta por lei.

55.7 A corroborar este entendimento, basta se levar em consideração o simples fato de que o Sr. Benedito em nenhum momento se viu constrangido a tal ponto de não ter outra alternativa exceto o pagamento. Poderia muito bem discordar, negar-se a pagar e, enfim, poderia até se dirigir às autoridades competentes (fato, aliás, que se consumou posteriormente).

56. Com a devida licença, a denúncia parece confundir exigência com cobrança, tentando colocá-las sob o mesmo grau de igualdade.

57. Porém, tendo em vista o já mencionado princípio da legalidade (estrita), não se pode, sob pena de ocorrer

inomináveis abusos no poder de denunciar, pura e simplesmente “esquecer” as diferenças gramaticais e legais.

Mesmo porque, uma cobrança pode se dar sem que se caracterize uma exigência!

58. Em matéria semelhante, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, distinguindo os verbos “exigir” e “solicitar”, em termos de concussão e corrupção passiva, já teve oportunidade de pontificar:

“É regra de hermenêutica que a lei não pode repetir-se. Entre os arts. 316 e 317 do CP há de existir uma diferença ontológica expressa no sentido diverso dos verbos-núcleos “exigir” e “solicitar”. “Exigir” implica obrigar a alguma coisa, com pena. “Solicitar” é simples pedido. *Enquanto no primeiro caso a vítima é levada pelo medo a atender a exigência*, no segundo satisfaz o pedido livremente, recebendo ou não, em contrapartida, alguma vantagem”. (RT 564/327, rel. Des. Jeferson Perroni — grifos nossos).

59. Indaga-se: Onde, em que lugar dos autos, está comprovado o “medo” do Sr. Benedito em atender a “exigência”? Apenas — em tese — na própria denúncia. Em nenhum outro lugar se vislumbra, sequer remotamente, que a sedizente vítima não teve outra alternativa, sendo compelida a pagar a taxa cobrada.

59.1 Facilmente perceptível o excesso acusatório: Pretende-se imputar uma conduta mais grave (exigir) levando em consideração atos não penalmente puníveis (cobrar). E mais. Pretende-se imputar ao denunciado a responsabilidade pela exigência, embora não tenha sido nem ele o autor da cobrança e muito menos se tenha aferido de onde proviera a ordem de assim cobrar!

60. Porém, não foi só neste aspecto que a inicial acusatória desrespeitou o princípio da legalidade.

61. Ao entender que taxa de expediente se amolde às expressões do artigo: juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração sobre operação de crédito

ou de seguro, administração de fundo mútuo ou fiscal ou de consórcio, serviço de corretagem ou distribuição de títulos ou valores mobiliários, a denúncia extrapolou os limites legais e avançou no arbítrio, tendo como “fundamento” a tão repudiada interpretação elástica em termos de direito penal.

61.1 Não se trata de juro, pois este, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em seu novo dicionário, é “lucro, calculado sobre determinada taxa, de dinheiro emprestado; rendimento, interesse”.

61.2 Nem tampouco se trata de remuneração, uma vez que esta, segundo o mesmo compêndio, é “ato ou efeito de remunerar; Recompensa, prêmio; Gratificação em pagamento por serviço prestado; Salário, honorários, soldada, soldo, ordenado.

62. É que na espécie, como a própria testemunha Jeronimo Carlotti deixou bem evidenciado que o pagamento da taxa de expediente não gera nenhum lucro para a empresa, pois são ressarcimentos das despesas efetuadas (cf. fls. 84v.º — numeração da Justiça Federal).

63. Neste aspecto, em termos de depoimentos prestados, é imperativo observar que no tocante à finalidade da taxa de expediente, a narrativa do Sr. Antonio Mario Mazanti Ambrogi é genérica e não define muito bem o motivo da existência da taxa de expediente, limitando-se a dizer que “visava atender os atos e fatos burocráticos relativos aos custos da transferência sendo aquele valor entrado no caixa da empresa” (cf. fls. 86v.º — numeração da Justiça Federal).

63.1 Vale observar ainda que, posteriormente, os valores pagos pelo sr. Benedito foram ressarcidos (cf. depoimento do próprio sr. Jerônimo Carlotti — cf. 84v — numeração da Justiça Federal), o que poderia, até certo ponto, ser interpretado de forma desfavorável, pois se se tratava de despesas, sem gerar lucro, por qual razão teve de ser devol-

vido? Isto é matéria que deve ser melhor analisada posteriormente, com alguns esclarecimentos da parte da empresa.

63.2 De outro lado, nem se diga que é possível se reconhecer a “taxa de expediente” cobrada como “qualquer tipo de remuneração”, pois estar-se-á desrespeitando as regras de hermenêutica, já que, o legislador ao utilizar uma cláusula genérica (qualquer tipo de remuneração), já mencionou anteriormente cláusulas que restringem a aplicação analógica (juro, comissão).

64. Desta maneira, somente se pode analisar a expressão remuneração levando em conta o que está anteriormente consignado, isto é, juro ou comissão, sob pena de se aplicar indevidamente a analogia, em prejuízo do acusado.

65. Com base neste entendimento, imperioso reconhecer o excesso acusatório, a partir do momento em que deixa de interpretar restritivamente a expressão “qualquer tipo de remuneração” e passa a se utilizar da “taxa de expediente” sem relacioná-la às expressões juro ou comissão.

V — Quanto à absorção do artigo 5.º pelo artigo 8.º da Lei 7.492/86 em decorrência de exaurimento

66. A denúncia atribui ao imputado a responsabilidade de ter, na condição de sócio-gerente da Conprof, orientado seus funcionários a formularem exigência indevida de Cr\$ 40.000,00 do Sr. Benedito a título de taxa de expediente e outras.

67. Em decorrência desta “exigência”, o digno Procurador da República entendeu infringindo o art. 8.º, da Lei 7.492/86, assim redigido: “Art. 8.º — Exigir, em desacordo com a legislação juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração sobre operação de crédito ou de seguro, administração de fundo mútuo ou fiscal ou de consórcio, serviço de corretagem ou distribuição de títulos ou valores mobiliários.

68. Paralelamente a isso, entendeu ainda o ilustre representante do Parquet que a quantia paga foi indevidamente apropriada pelo Consórcio, a mando do denunciado e, por isso, estaria configurado também o delito previsto no art. 5.º da mesma Lei: “Art. 5.º — Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio”.

69. Ao reverso do que consta da denúncia se atos penalmente puníveis houve, estes redundam apenas e tão-somente em uma das imputações e nunca em ambas.

70. A se admitir o contrário, consagrando-se a tese acusatória, teríamos, se a hipótese fosse de concussão, o seguinte: havendo a exigência, o delito está consumado e, por outro lado, se ocorrer a entrega do bem, isto significará a prática de outro delito, nos moldes da apropriação indébita.

70.1 Daí já se percebe o disparate que é a imputação dos dois delitos (arts. 5.º e 8.º) em concurso material.

71. Se ilícito penal há, este é tão-somente o previsto no art. 8.º, uma vez que, nos mesmos moldes da concussão, o que basta para a consumação é a exigência, sendo certo que se o pagamento foi efetivamente realizado, tal fato se considera exaurimento.

71.1 Como bem doutrina o saudoso Manoel Pedro Pimentel, o art. 8.º “coloca uma figura delituosa assemelhada à extorsão, prevista no CP em seu art. 158, e também à concussão, descrita no art. 316 do mesmo Codex” (ob. cit., p. 72).

71.1 Ora, se assim é, ainda que se considere a ocorrência deste delito, o efetivo pagamento da quantia “exigida” nada mais é do que o exaurimento da infração prevista no art. 8.º da Lei 7.492/86. Mais uma vez socorre-nos o inolvidável Manoel Pedro Pimentel, comentando o mencionado artigo: “...

Consuma-se o crime, que é de mera conduta, com a simples exigência. Esta figura não comporta o *iter criminis*. O resultado — atendimento da exigência com a obtenção da vantagem — é estranho ao tipo pertencendo à idéia de crime exaurido” (ob. cit., p. 77).

71.2 Além do que, nunca se poderia autonomamente considerar como “apropriação” (art. 5.º), já que o ato da “exigência” e do pagamento foram simultâneos, sendo certo que apenas a ciência da não-aprovação da proposta é que foi posterior.

72. Remarque-se: o pagamento das taxas cobradas foi realizado no mesmo dia da “exigência”, isto é, 8.4.91 (cf. cópia dos depósitos bancários — fls. 7 do inquérito policial). Logo, o simples fato de o Sr. Benedito ter tomado conhecimento posteriormente (9.5.91 — cf. fls. 6v.º da cópia do inquérito) de que sua proposta havia sido recusada não tem o condão de configurar outro delito.

73. Tudo, como se vê, a indicar, quando muito, a ocorrência somente do delito previsto no art. 8.º da chamada “Lei do Colarinho Branco”.

Mas não é só.

74. Se prevalecer a tese da denúncia, impõe-se reconhecer a impossibilidade do concurso material entre os crimes descritos nos arts. 5.º e 8.º, da Lei 7.492/86, porque haveria um intolerável *bis in idem*, na exata medida em que se está tentando punir duplamente um cidadão pela prática de um só ato, qual seja, a cobrança “indevida” de taxa de expediente etc.

74.1 Sobre o assunto, calha bem à espécie o ensinamento do eminente José Frederico Marques, ao abordar o princípio da especialidade, em sua festejada obra, *Tratado de Direito Penal*: “Diz-se que há um *typus specialis* em relação ao *typus generalis*, quando o fato enquadrável em ambos apresenta circunstâncias e particularidades que o tornam adequado ao primeiro. Se a norma onde vem definido o

tipo especial tem aplicação sobre o fato, exclui-se a aplicação daquela onde se encontra descrito o tipo geral. Afasta-se, assim, o *bis in idem*, pois a conduta do agente só será incriminada em função de uma das figuras legais, muito embora também se enquadre na de caráter geral.” (Ed. Saraiva, S. Paulo, v. II/337).

No mesmo sentido da doutrina, é a jurisprudência: “No conflito aparente de normas penais, a especial abrange aspectos amplos contidos na geral, mas especifica elementos que forma um tipo *sui generis* com maior ou menor gravidade” (TRF — Rec. — Rel. Carlos Madeira, EJTFR 56/19).

75. Nessa perspectiva, mostra-se absurdo imputar ao denunciado, concomitantemente, a infringência aos arts. 5.º e 8.º, ambos da Lei 7.492/86.

Porém, caso se entenda que o delito de “apropriação” (art. 5.º) deva prevalecer, por se tratar de crime de dano — em contrapartida com o crime de perigo, que está no art. 8.º — ainda assim não pode subsistir a dupla imputação. Se não vejamos.

VI — Quanto à eventual prevalência do artigo 5.º sobre o artigo 8.º — Crime-melo/Crime-fim

76. Em tese, pode-se admitir a ocorrência do delito previsto no art. 5.º, da Lei 7.492/86, isto é, apropriação da quantia paga a título de taxa de expediente e outras, desde que na condição de crime-fim, para o meio que foi a exigência indevida.

76.1 Sim, pois da forma como vem assacada a inicial acusatória, e da forma como os fatos supostamente se deram, há apenas uma exigência com um correspondente pagamento das taxas. Desta forma, não se pode negar que a apropriação somente foi possível em decorrência da “exigência” anterior.

76.2 Assim, tendo em vista a impossibilidade de a “apropriação” ter ocorrido

sem a presença da anterior "exigência", resulta inegável que se reconheça a relação delito-fim/delito-meio entre as duas imputações, prevalecendo-se tão-somente a última que foi "desejada" pelo agente.

76.3 Seja como for, prevalecendo-se o art. 8.º ou então o art. 5.º, é imperioso observar a impossibilidade de co-existência dos dois delitos concomitantemente, pelas razões já expostas.

VII — Quanto ao art. 72 do Código do Consumidor

77. No tocante a este delito, há nos autos única e exclusivamente a palavra do Sr. Benedito Clóvis dos Santos no sentido de que lhe fora negado o direito de saber o motivo da não-aprovação de sua proposta.

78. Entretanto, de outro lado, o próprio documento de fls. 6 da cópia dos autos de inquérito, já deixa bem patente que, desde aquela oportunidade, a "vítima" havia solicitado a dispensa de possível fiador.

79. Cumpre notar, neste passo, que as pessoas ouvidas deixaram bem claro que o motivo da demora na transferência foi elevado valor do saldo devedor, bem como a não-apresentação de fiador. (Neste sentido: depoimento de Analucia Bittencourt Ambrogi — fls. 12; Jeronimo Mario Carlotti — fls. 84 e Antonio Mario Mazanti Ambrogi — fls. 86.)

80. Mesmo que assim não fosse, as eventuais informações financeiras do Sr. Benedito foram obtidas — segundo ele mesmo explica — por meio da empresa Nova Era — Organização de Informações Ltda. e deveriam ser repassadas à "Conprof".

80.1 Se alguma dúvida tivesse, o Sr. Benedito poderia muito bem solicitar diretamente da Nova-Era os esclarecimentos necessários, embora esteja claro nos autos que o motivo da não-transferência imediata tenha sido a não-apresentação de fiador.

80.2 Afora o mais, frise-se que não foi o imputado quem negou a informação e, tampouco, afirma-se que era seu dever prestá-la.

VIII — Quanto ao artigo 16 do CP e a prescrição em concreto

81. Levando-se em consideração o reconhecimento, na própria denúncia, da ocorrência do chamado arrependimento posterior, vislumbra-se, desde já, caso eventualmente haja uma condenação e, levando-se em consideração tratar-se o denunciado de primário e sem antecedentes, o possível reconhecimento da prescrição pela pena a ser teoricamente aplicada.

81.1 Explica-se: Em se tratando de acusado primário, que não ostenta antecedentes e, também, levando-se em consideração o pequeno valor da quantia "exigida", é bem provável que a condenação — caso ocorra — venha baseada no mínimo legal, por não haver maior censurabilidade na conduta do denunciado.

82. Logo, se se tomar a pior das hipóteses (ou seja, a condenação do denunciado por todos os crimes que lhe são imputados) a eventual condenação já estaria prescrita.

82.1 Com efeito, o art. 5.º, da Lei 7.492/86 prevê o mínimo de 2 anos de reclusão, o passo que o art. 8.º, 1º ano e por fim o art. 72 do Código do Consumidor, 6 meses.

82.2 Reduzindo-se, em decorrência do art. 16 do CP, 1/3 da pena aplicada (redução mínima), teríamos o seguinte: o art. 5.º resultaria numa apenação de 1 ano e 4 meses de reclusão; o art. 8.º daria 8 meses de reclusão e, por fim, o art. 72 do Código do Consumidor resultaria em 4 meses de detenção.

82.3 Entre a data dos fatos (8.4.91) até a presente data (3.3.94), transcorreram mais de 2 anos 11 meses sem que a denúncia tenha sido sequer recebida.

82.4 Assim, se eventual condenação sobreviesse, os delitos previstos nos arts.

8.º da Lei 7.492/86 e 72 do Código do Consumidor já estariam alcançados pela prescrição, sempre se considerando a expectativa da aplicação da pena no mínimo legal e também na redução de 1/3, decorrente do arrependimento posterior.

82.5 Se a redução fosse maior (isto é, 2/3), então todos os delitos estariam prescritos.

82.6 Desta forma, na pior das hipóteses, com a condenação do acusado em todos os delitos inicialmente imputados, a prescrição da pretensão punitiva antecipada (com base na expectativa da pena a ser aplicada) seria medida imperativa e, com isso, estaria extinta a punibilidade do agente, não subsistindo nenhum dos efeitos da condenação.

Em conclusão

1) Tendo em vista todo o acima exposto, a solução mais plausível para a questão em tela, caso a denúncia seja recebida, é a impetração de ordem de *habeas corpus* visando o trancamento da ação penal, por falta de justa causa;

2) Não é aconselhável a discussão pelo menos na via estreita do *habeas corpus*, sobre a competência ou não da Justiça Federal para processar e julgar os delitos e, bem assim, não se revela adequado o debate sobre o concurso material entre os arts. 5.º e 8.º da Lei 7.492/86.

Nosso entendimento é esse, salvo melhor juízo.

São Paulo, 7 de março de 1994.