

RECURSO ESPECIAL Nº 1.388.440 - ES (2013/0199670-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE : ISRAEL ANDRADE
RECORRENTE : WAGNER LUIZ DE PAULA FREITAS
ADVOGADO : FABRÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS
ADVOGADA : CONCEIÇÃO APARECIDA GIORI
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. EXPOR À VENDA MERCADORIAS IMPRÓPRIAS AO CONSUMO. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. SENTENÇA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DOLOSA PARA CULPOSA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 384, *CAPUT*, DO CPP. *MUTATIO LIBELLI*. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. SUPERVENIÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Não importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação contrária aos interesses da parte, mas suficiente ao deslinde da controvérsia.
2. O fato imputado aos réus na inicial acusatória, em especial a forma de cometimento do delito, da qual se infere o elemento subjetivo, deve guardar correspondência com aquele reconhecido na sentença, a teor do princípio da correlação entre a acusação e a sentença.
3. Encerrada a instrução criminal, concluindo-se que as condutas dos recorrentes subsumem-se à modalidade culposa do tipo penal e ausente a descrição de circunstância elementar, atinente ao elemento subjetivo do injusto na denúncia, imperativa a observância da regra inserta no art. 384, *caput*, do CPP, ainda que a nova modalidade de delito comine pena inferior, baixando-se os autos ao Ministério Público para aditar a inicial, sob pena violação ao princípio da ampla defesa e contraditório.
4. Transcorrido o prazo prescricional de 4 anos (art. 109, V, c/c 110, § 1º, do CP), desde o recebimento da denúncia até a presente data, considerando-se a inexistência de outro marco interruptivo em face da anulação da sentença condenatória, verifica-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado.
5. Recurso parcialmente provido para anular a sentença condenatória e julgar extinta a punibilidade dos recorrentes.

ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de março de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.388.440 - ES (2013/0199670-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE : ISRAEL ANDRADE
RECORRENTE : WAGNER LUIZ DE PAULA FREITAS
ADVOGADO : FABRÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS
ADVOGADA : CONCEIÇÃO APARECIDA GIORI
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

ISRAEL ANDRADE e WAGNER LUIZ DE PAULA FREITAS interpõem recurso especial em face de acórdão assim ementado:

DENÚNCIA, CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA ARTIGO 7º, INCISO II, DA LEI N. 8137/90 SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. 1) PRELIMINAR DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E SENTENÇA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CULPA NA DENÚNCIA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO INSTITUTO DA MUTATIO LIBELLI PARA RECONHECIMENTO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 7º DA LEI N. 8137/90. NÃO ACOLHIMENTO. 2) PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO MENCIONADO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 7º DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL. NÃO ACOLHIMENTO 3) MÉRITO: ABSOLVIÇÃO. 3.1) AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS RECORRENTES. INOCORRÊNCIA 3.2) IMPOSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO POR SE TRATAR DE CRIME FORMAL. NÃO ACOLHIMENTO. 3.3) AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. INOCORRÊNCIA. 4) DOSIMETRIA FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA, ISOLADAMENTE. NÃO ACOLHIMENTO. 5) RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Preliminar: violação ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença O réu se defende dos fatos lançados na denúncia e não da capitulação jurídica atribuída pelo Ministério Público, sendo imprescindível que tenha prévio conhecimento dos fatos para que possa se defender, em conformidade com o princípio do contraditório e ampla defesa. Em específico, nos delitos contra as relações de consumo, nos termos do parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 8137/90, o reconhecimento da modalidade culposa não impõe nova definição jurídica, apenas se restringe à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo único do citado artigo 7º da legislação extravagante. Lado outro, a defesa teve nos autos ampla ciência dos fatos imputados a oportunidade de se manifestar, donde se conclui que a hipótese narrada se subsume ao que propõe o instituto do emendado libelli (artigo 383, do CPP), por conter a denúncia todos os fatos que recaem sobre os réus, razão pela qual se revela desnecessária a

Superior Tribunal de Justiça

produção de novas provas. Rejeito a preliminar.

2. Preliminar de inconstitucionalidade do parágrafo único, do artigo 7º da Lei 8.137/90 conhece da alegação de inconstitucionalidade em razão do preceito secundário previsto para os delitos contra as relações de consumo, na modalidade culposa, não estabelecer parâmetros mínimo e máximo, atendo-se a estabelecer a fração de 1/3 (um terço) para redução da pena. Isso porque, a ordem jurídica interna apenas estabelece, segundo o artigo 18 do Código Penal, que a modalidade culposa esteja previamente estabelecida no tipo penal, não existindo comando normativo impondo a definição, em específico, sobre seu preceito secundário. Rejeito a preliminar.

3. Mérito. Os gerentes do estabelecimento comercial respondem pelo delito contrário às relações de consumo, uma vez, caracterizado o nexo de causalidade entre o resultado danoso apresentado e o comportamento negligente, por se omitirem quanto ao dever de fiscalização das mercadorias apreendidas, ao concorrerem para exposição a venda em desacordo com as determinações legais, confirmando-se nos autos a responsabilidade subjetiva e a adequação da conduta narrada ao postulado normativo incluído na legislação penal especial, prevista no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8137/90

4. Mérito. Ao admitir a punição na modalidade culposa, nos termos do parágrafo único do atado artigo 7º da Lei n. 8137/90, por via reflexa, o legislador infraconstitucional tornou possível a subsunção de uma conduta negligente (portanto omissiva) ao postulado normativo previsto no suscitado artigo 7º - como na hipótese dos autos.

5. Mérito. Para a caracterização da conduta delitiva em exame, incluída no inciso II do artigo 7, basta a comprovação da prática comercial mediante a violação das prescrições legais, que podem ser identificadas, mediante uma interpretação sistemática, na exegese que se extrai do artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, sendo prescindível a prova do efeito dano à coletividade

6. Dosimetria: A legislação extravagante, ao estabelecer o preceito secundário da espécie delitiva em exame, possibilitou margem liberdade ao magistrado para aplicar umas das sanções impostas, seja pena privativa de liberdade ou multa, inexistindo direito subjetivo do agente à imposição da sanção mais branda. Desta feita atua com proporcionalidade e razoabilidade o magistrado primevo ao optar pela pena privativa de liberdade, ponderando ser a mais eficaz para prevenção e repressão da conduta ao identificar no arcabouço probatório a apreensão habitual de produtos em situação irregular no estabelecimento comercial, que se encontra sob a gestão dos recorrentes

7. Recurso improvido.

Nas razões do especial, fulcrado na alínea *a* do permissivo constitucional, alegam os recorrentes ofensa aos arts. 535, II, do CPC e 619 do CPP, por ausência de manifestação do Tribunal *a quo* sobre a tese de incompatibilidade do art. 31 do CDC

Superior Tribunal de Justiça

como norma integrativa do art. 7º, II, da Lei 8.137/90.

Sustentam, outrossim, ausência de correlação entre a denúncia que lhes imputou conduta dolosa e a sentença que a desclassificou para a modalidade culposa, em afronta ao art. 384, *caput*, do CPP. Argumentam que, *se a denúncia foi estruturada sob a premissa de que o agente laborou com dolo, tendo se defendido por toda a instrução criminal da não ocorrência do delito, e a sentença sobrevém com a condenação fundada não no dolo, mas na culpa do agente, há ofensa ao princípio da congruência devida entre a sentença e a denúncia* (fl. 609).

Aduzem que a responsabilidade penal dos recorrentes pelo mero exercício da atividade de gerência viola o art. 13 do CP. Asseveram que a responsabilidade penal por omissão *exige que o imputado (a) tenha obrigação legal de cuidado ou vigilância; (b) tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado ou (c) tenha incrementado o risco de ocorrência do resultado* (fl. 619), sendo inadmissível a responsabilidade por omissão imprópria nos delitos formais. Afirmam que *a omissão relevante do ponto de vista dos crimes omissivos impróprios só é compatível com crimes que geram algum tipo de resultado* (fl. 618).

Alegam, ainda, violação aos arts. 31 do CDC e 7º, II, da Lei n. 8.137/90, porquanto o dispositivo legal do Código de Defesa do Consumidor, que indica os dados elementares e orientadores das informações básicas ao consumidor, não se presta a integrar o inciso II do art. 7º da Lei n. 8.137/90, norma penal em branco, que tipifica o delito de *vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial*.

Asseveram, outrossim, violação ao art. 59, I, do CP, ao argumento de que, tendo a sentença reconhecido a prevalência de todas as circunstâncias judiciais favoráveis, no momento da escolha do tipo de sanção, pena de multa ou privativa de liberdade, não poderia optar pela mais gravosa. Afirmam que, ao justificar a aplicação da pena corporal com base em pretérita autuação administrativa contra a pessoa jurídica, negou vigência à Súmula 444/STJ.

Requerem o provimento do recurso especial para reconhecer a violação ao art. 535, II, do CPC, ou, subsidiariamente, para anular o processo desde a instrução criminal, absolver os recorrentes ou aplicar exclusivamente a pena de multa.

Contra-arrazoado (fls. 697/700) e admitido (fls. 708/720), nesta instância, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso especial, com fundamento nas Súmulas 7 e 83 do STJ, ou pelo seu improvimento (fls. 769/774).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.388.440 - ES (2013/0199670-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Apontam os recorrentes violação aos arts. 535, II, do CPC e 619 do CPP, por ausência de manifestação do Tribunal *a quo* sobre a tese de incompatibilidade do art. 31 do CDC como norma integrativa do art. 7º, II, da Lei 8.137/90.

O voto condutor do acórdão apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, inexistindo quaisquer das hipóteses previstas no art. 619 do CPP, a serem sanadas em embargos de declaração, que não constituem veículo próprio para o exame das razões atinentes ao inconformismo da parte, tampouco meio de revisão, rediscussão e reforma de matéria já decidida.

Vale ressaltar que a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais não impõe ao magistrado o dever de responder a todos os questionamentos das partes, nem utilizar os fundamentos que entendem elas serem os mais adequados, mas apenas os suficientes ao deslinde da questão, como ocorreu na hipótese.

Ausente a alegada negativa de prestação jurisdicional, pertinente o exame da ofensa ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença na desclassificação da conduta dolosa para culposa. Tratando-se de questão eminentemente jurídica, que prescinde de reexame probatório obstado pela Súmula 7/STJ, afasto a preliminar suscitada nas contrarrazões recursais.

Reporto-me aos fatos descritos na inicial acusatória (fl. 2):

Consta do Inquérito Policial integrante da presente denúncia que, no dia 04/11/2006, no horário da manhã, o PROCON de Vitória realizou uma fiscalização na empresa DMA DISTRIBUIDORA, que tem como nome fantasia EPA SUPERMERCADO, em Jardim da Penha, nesta capital.

As irregularidades encontradas no interior do estabelecimento foram à comercialização de mercadorias com a validade vencida, ou até mesmo sem a especificação de data ou de qualquer procedência, e produtos deteriorados, segundo os fiscais responsáveis pela fiscalização.

WAGNER LUIZ DE PAULA FREITAS e ISRAEL ANDRADE, Subgerente e Gerente regional do estabelecimento, respectivamente, e, portanto, responsáveis pelas irregularidades, admitiram as infrações.

Consta mais que as mercadorias expostas a venda naquele supermercado estariam sendo comercializadas em gondolas num balcão de frios onde seria bem mais fácil lesar o consumidor, haja vista que, no balcão referido os produtos ali expostos dificilmente poderiam ser identificados por não conterem nos mesmos as embalagens próprias e nem etiquetas de vencimento, tornando-se assim, mercadoria fácil de vender como própria

Superior Tribunal de Justiça

para o consumo. **Desta forma demonstrado está claramente a vontade e o dolo dos responsáveis para vender mercadorias impróprias ao sofrido e desavisado consumidor.**

Autoria e materialidade evidenciadas pelo ofício de fls. 06/07; pelo auto de infração de fls. 09/10, pelos depoimentos de fls. 37, 38, 45, 66.

Pelo exposto, tendo os denunciados WAGNER LUIZ DE PAULA FREITAS e ISRAEL ANDRADE infringido o comando normativo descrito no art. 7º, incisos II e IX da Lei 8.137/90, c/c com o artigo 29 do CP.

Dispõe o art. 7º, incisos II e IX, da Lei 8.137/90:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

[...]

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação dos recorrentes como incurso no art. 7º, II, e parágrafo único, da Lei 8.137/90, modalidade culposa, e pela absolvição, por ausência de laudo pericial, quanto à imputação do inciso IX do mesmo dispositivo legal.

Na oportunidade, a defesa requereu a aplicação do instituto da *mutatio libelli*, com a abertura de prazo para a produção de novas provas, ou pela absolvição quanto à imputação remanescente.

Designada audiência para a proposta de suspensão condicional do processo, a defesa recusou-a, ratificando as alegações finais apresentadas.

Sobreveio sentença condenatória, impondo-lhes a pena de 1 ano e 4 meses de detenção, substituída por duas penas restritivas de direitos, como incurso no art. 7º, inciso II, e parágrafo único, da Lei n. 8.137/90.

Em apelação, assim se pronunciou o acórdão combatido, no que pertine ao presente recurso:

Fundamenta a defesa vício de nulidade no procedimento de 1º grau, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal de Vitória, diante da ausência de correlação entre a acusação e o delito admitido na sentença primeva, ad argumentandum:

"(...) a denúncia, ainda que com formulação escassamente clara, atribuiu (impondo responsabilidade objetiva) aos

Superior Tribunal de Justiça

dois apelantes a violação dos dispositivos dos incisos II e IV do artigo 7º da Lei n. 8137/90, no que, por óbvio, restou a imputação consignada em sua forma dolosa

Com o término da instrução processual, em sede de memoriais finais, o MPES admitiu que não ocorreu conduta dolosa, requerendo, imediatamente, a aplicação da sanção prevista no parágrafo único do art 7º II, da Lei n. 8137/90 (...) como hipótese de conduta totalmente distinta daquela consignada na pretensão inicial (...)" (fl. 350, negrito nosso).

Em suma, suscita a defesa a ausência de menção na denúncia acerca da elementar subjetiva referente à culpa, prevista no parágrafo único do art. 7º, inciso II, da legislação extravagante, posto que somente restou consignada nos autos após a instrução criminal, por meio do parecer ministerial. Desta feita, pugna pela imediata aplicação nos autos do instituto do mutatio libelli, incluído no artigo 384 do Codex de Processo Penal, para que seja aditada a denúncia e oportunizada produção de provas.

Como premissa lógica para o reconhecimento do instituto jurídico suscitado, impõe-se reconhecer que o réu se defende dos fatos lançados na denúncia e não da capitulação jurídica atribuída pelo órgão Ministerial.

Em outros termos, é importante que o réu tenha prévio conhecimento dos fatos para que possa se defender, em conformidade com o princípio do contraditório e ampla defesa.

Quadra registrar que a matéria ora abordada fora suscitada em 1º grau, decidindo o preclaro magistrado por indeferir o requerimento de aditamento da peça preambular, valendo-se de lúcida fundamentação, da qual tenho por necessário transcrevê-la, in verbis:

"(...) Quadra realçar que, no delito em exame, o reconhecimento da 'modalidade culposa' não impõe nova definição jurídica dos fatos, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o delito de receptação (artigo 180, caput, e §1º, receptação dolosa e artigo 180, §3º, receptação culposa).

Por certo, nos delitos contra as relações de consumo, o reconhecimento da culpa somente impõe a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo único do artigo 7º da legislação extravagante.

Neste diapasão, concluo que o vertente caso se perfaz ao que propõe o instituto do emendatio libelli (artigo 383, do CPP), por conter a denúncia todos os fatos que recaem sobre os réus, razão pela qual se revela imprescindível a produção de novas provas. Desta feita, deixo de atender ao requerimento da defesa, como matéria preliminar (...)" (fls. 310/311).

Superior Tribunal de Justiça

Desta feita, não vislumbro - na hipótese dos autos - incompatibilidade entre os fatos narrados na denúncia e a sentença de fls. 324/332, ao reconhecer terem os réus incidido em delito contra as relações de consumo, mediante uma conduta culposa, mormente diante da ausência de comprovação de qualquer sacrifício ao exercício do direito de defesa, amplamente exercido, diante da combativa defesa técnica, posto que obteve ciência dos fatos imputados e se opôs, pontualmente, contra todas as elementares que circundam o delito investigado.

O fato imputado aos réus na inicial acusatória, em especial a forma de cometimento do delito, da qual se infere o elemento subjetivo, deve guardar correspondência com aquele reconhecido na sentença, a teor do princípio da correlação entre acusação e sentença, corolário dos princípios do acusatório e do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA POR LESÕES CORPORAIS GRAVES. CONDENAÇÃO POR DELITO DE TORTURA. MUTATIO LIBELLI. CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES DO CRIME DE TORTURA NÃO DESCRITAS NA INICIAL ACUSATÓRIA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OITIVA DE TESTEMUNHAS DO JUÍZO APÓS AS ALEGAÇÕES FINAIS. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DAS PARTES SOBRE A PROVA PRODUZIDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. É certo que o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, não de sua capitulação legal. Contudo, se circunstâncias elementares do tipo penal de tortura não foram descritas na denúncia, que imputava ao paciente a prática de lesões corporais graves, fica afastada a hipótese de emendatio libelli. Trata-se de mutatio libelli, a qual depende da estrita observância do procedimento previsto no art. 384 do Código de Processo Penal.

2. Embora o magistrado, analisando as provas produzidas, tenha concluído que a conduta do paciente amolda-se àquela descrita no tipo penal de tortura, não poderia tê-lo condenado por tal crime se algumas de suas circunstâncias elementares não estavam descritas na inicial acusatória. Era imprescindível que se ouvisse o Ministério Público acerca do interesse em aditar a denúncia, sob pena de evidente violação do devido processo legal.

4. Hipótese em que o Juiz singular, após a apresentação das alegações finais pelas partes, converteu o feito em diligência para a oitiva de testemunhas do juízo e, em seguida, proferiu sentença condenatória. Se não se oportunizou que as partes se manifestassem sobre a prova produzida, fica evidente a nulidade por cerceamento de defesa e por violação do princípio do contraditório.

Superior Tribunal de Justiça

5. *Habeas corpus* concedido para anular a ação penal, desde a prolação da sentença, devendo ser ouvido o Ministério Público acerca do interesse em aditar a denúncia, nos termos do art. 384 do Código de Processo Penal. Caso não seja aditada a inicial acusatória, devem as partes se manifestar sobre a oitiva das testemunhas do juízo previamente à prolação de nova sentença.

(HC 160.940/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2010, DJe 26/04/2010)

Assim, encerrada a instrução criminal, evidenciando-se elementares do tipo não descritas sequer implicitamente na denúncia, aplica-se o instituto da *mutatio libelli*, previsto no art. 384 do CPP, o qual, após as modificações promovidas pela Lei n. 11.719/2008, assim dispõe:

Art. 384. *Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*

Após o advento da Lei 11.719/2008, qualquer alteração do conteúdo da acusação depende da participação ativa do Ministério Público, não mais se limitando à situações de imposição de pena mais grave, como previa a redação original do dispositivo.

Na hipótese, consignou a inicial acusatória estar demonstrado *claramente a vontade e o dolo dos responsáveis para vender mercadorias impróprias ao sofrido e desavisado consumidor* (fl. 2). Finda a instrução criminal, concluiu a sentença *pela atuação negligente dos réus, ao deixarem de fiscalizar com rigor as mercadorias existentes no DMA Distribuidora S/A, cujo nome fantasia é EPA, por motivos outros, como excesso de clientela e administração de outro estabelecimento* (fl. 408).

Assim, não descrevendo a denúncia sequer implicitamente o tipo culposos, a desclassificação, ainda que represente aparente benefício à defesa, a quem seria imposta pena mais branda, deve observar a regra inserta no art. 384, *caput*, do CPP.

O dolo direto, apontado na inicial, é a vontade livre e consciente de realizar a conduta descrita no tipo penal: *vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial* (art. 7º, II, da Lei n. 8.137/90). Enquanto a culpa, imputada na sentença, decorre da violação ao dever objetivo de cuidado, causadora de perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Na lição de Bitencourt, *no momento de se determinar se a conduta do autor se ajusta ao tipo de injusto culposo é necessário indagar, sob a perspectiva ex ante, se no momento da ação ou da omissão era possível, para qualquer pessoa no lugar do autor, identificar o risco proibido e ajustar a conduta ao cuidado devido (cognoscibilidade ou conhecimento do risco proibido e previsibilidade da produção do resultado típico)* (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 364).

Dessa forma, a prova a ser produzida pela defesa, no decorrer da instrução criminal, para comprovar a ausência do elemento subjetivo do injusto culposo e doloso são diversas. Nesse diapasão, a alteração da modalidade culposa para dolosa, na sentença condenatória, tal como ocorreu, mostra-se ofensiva à regra da correlação entre a acusação e a sentença.

Sobre a matéria, pondera BADARÓ:

Na verdade, o que faz com que uma imputação por ato doloso dê origem a uma sentença por delito culposo é a descoberta de novos fatos que indicam que o agente não teve consciência e vontade do resultado, mas, sim, que sua maneira de agir representou uma violação do dever de cuidado a todos imposto.

Assim, não se pode admitir alteração do elemento subjetivo do delito sem que ocorra uma alteração da imputação, com a possibilidade de reação defensiva. Embora o elemento subjetivo, em si, não integre o fato processual, somente a alteração dos fatos lançados no processo é que permitirá concluir pela alteração do elemento subjetivo (BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 225) .

Assim, encerrada a instrução criminal, concluindo-se que as condutas dos recorrentes subsumem-se à modalidade culposa do tipo penal e ausente a descrição de circunstância elementar, atinente ao elemento subjetivo do injusto na denúncia, imperativa a observância da regra inserta no art. 384, *caput*, do CPP, baixando-se os autos ao Ministério Público para aditar a inicial, sob pena violação ao princípio da ampla defesa e contraditório.

Anulada a sentença condenatória, inegável a superveniência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Os recorrentes foram condenados, como incurso no art. 7º, II, e parágrafo único da Lei 8.137/90, à pena de 1 ano e 4 meses de detenção. Sendo o recurso especial exclusivo da defesa, a majoração da pena, por sentença condenatória superveniente, encontra óbice no princípio da *ne reformatio in pejus* indireta.

Prescreve em 4 anos a pretensão punitiva estatal, se a pena é igual a 1 ano ou,

Superior Tribunal de Justiça

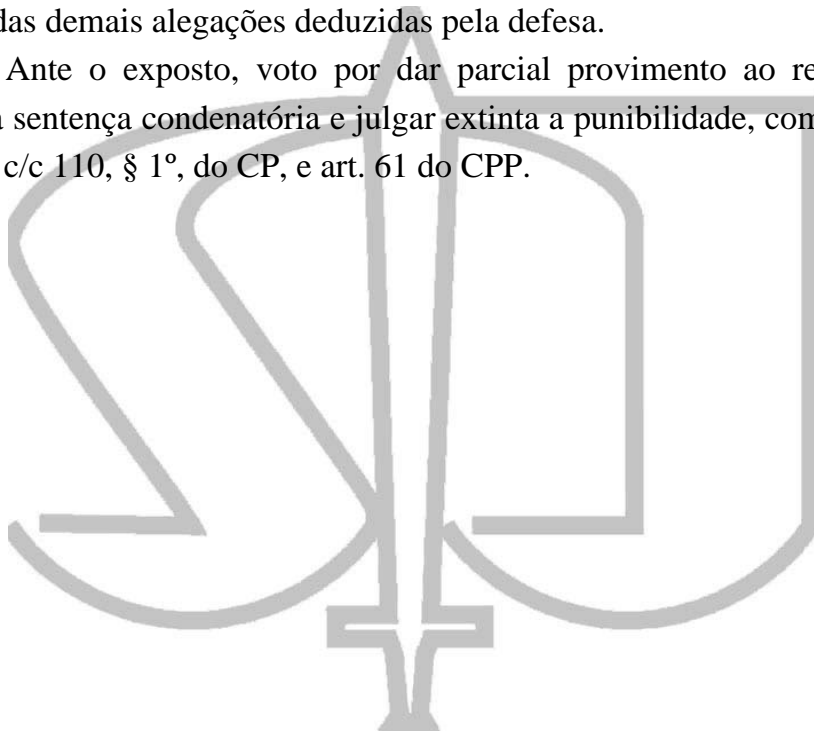
sendo superior, não excede a 2 (art. 109, V, do CP).

Os fatos datam de 4/11/2006 (fl. 2), sendo a denúncia recebida em 7/7/2010 (fl. 139).

Transcorrido o prazo prescricional de 4 anos (art. 109, V, c/c 110, § 1º, do CP), desde o recebimento da denúncia até a presente data, considerando-se a inexistência de outro marco interruptivo em face da anulação da sentença condenatória, é de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, que ora declaro, com fundamento no art. 61 do CPP.

Reconhecida a extinção da punibilidade dos recorrentes, fica prejudicado o exame das demais alegações deduzidas pela defesa.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso especial para anular a sentença condenatória e julgar extinta a punibilidade, com fundamento no art. 109, V, c/c 110, § 1º, do CP, e art. 61 do CPP.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2013/0199670-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.388.440 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 024080296783 02408029678320130014 24080296783 296781420088080024

PAUTA: 05/03/2015

JULGADO: 05/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ISRAEL ANDRADE

RECORRENTE : WAGNER LUIZ DE PAULA FREITAS

ADVOGADO : FABRÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS

ADVOGADA : CONCEIÇÃO APARECIDA GIORI

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra as Relações de Consumo

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **JOAQUIM PEDRO DE MEDEIROS RODRIGUES**, pelas partes RECORRENTES: **ISRAEL ANDRADE** e **WAGNER LUIZ DE PAULA FREITAS**

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 unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schiatti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.