

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 167.659 - MS (2010/0057781-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : SANDRA REGINA SANTOS DE VASCONCELOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : VALDEIR TIAGO FERREIRA

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ENTREGA DE BEBIDA A MENOR. TIPIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL OU ART. 242 DO ECA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 243 E 81 DO ECA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. ENQUADRAMENTO: ART. 63 DA LCP. ILEGALIDADE PATENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Nos moldes do § 2.º do art. 74 do Código de Processo Penal, não é apropriado falar-se em prorrogação de competência entre juízo comum e juizado de primeiro grau, dado inexistir entre eles relação jurisdição mais graduada.

3. A entrega a consumo de bebida alcoólica a menores é comportamento deveras reprovável. No entanto, é imperioso, para o escorreito enquadramento típico, que se respeite a pedra angular do Direito Penal, o princípio da legalidade. Nesse cenário, em prestígio à interpretação sistemática, levando em conta os arts. 243 e 81 do ECA, e o art. 63 da Lei de Contravenções Penais, de rigor é o reconhecimento de que neste último comando enquadra-se o comportamento em foco.

4. Ordem não conhecida, expedida *habeas corpus* de ofício, a fim de restabelecer a decisão de primeiro grau, que declinou da competência em favor do juizado especial para apreciar a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 07 de fevereiro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 167.659 - MS (2010/0057781-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : SANDRA REGINA SANTOS DE VASCONCELOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : VALDEIR TIAGO FERREIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de VALDEIR TIAGO FERREIRA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Recurso em Sentido Estrito n.º 2009.030854-9/0000-00).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado por infração ao artigo 243 da Lei n.º 8.069/90, pela suposta venda de bebidas alcoólicas a adolescente.

O magistrado de primeiro grau desclassificou a conduta do paciente para aquela descrita no artigo 63 da Lei das Contravenções Penais, remetendo os autos para o Juizado Especial Criminal.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, tendo o Tribunal *a quo* provido o recurso ministerial, determinando o processamento do feito perante a justiça comum, nos seguintes termos (fls. 49/51):

Analisando as razões apresentadas, tenho que razão assiste ao *Parquet*.

Primeiro, porque, mesmo que fosse correta a desclassificação operada na decisão recorrida, tal providência ocorreu após todo o trâmite processual, caracterizando-se a prorrogação de competência, pois a Justiça comum é mais graduada do que o Juizado Especial Criminal.

Logo, há de incidir no caso a regra inscrita no art. 74, § 2º, do Código de Processo Penal, de acordo com o qual, *verbis*:

(...)

Em segundo lugar, entendo que a desclassificação não decorreu da melhor interpretação sobre a adequação típica, porquanto, muito embora o art. 63, I, da Lei das Contravenções Penais, estabeleça como contravenção penal punida com prisão simples forçoso é reconhecer que tal dispositivo legal está derogado desde a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), uma vez que a novel lei tratou inteiramente desta matéria, dispondo:

(...)

Ora, não há sustentabilidade na tese de que pratica a contravenção do art. 63, I, da Lei das Contravenções Penais, e não o crime do art. 243, do

Superior Tribunal de Justiça

Estatuto da Criança e do Adolescente, quem vende, fornece ou entrega bebida alcoólica a criança ou adolescente.

O simples fato do art. 243, da Lei n.º 8.069/90, não ter explicitado que a “bebida alcoólica” fazia parte do tipo incriminador não é suficiente para excluir a sua aplicação, uma vez que não há a menor dúvida que ela é produto que “causa dependência física ou psíquica”. Pensar o contrário, *permissa venia*, é o mesmo que exigir que o legislador explicithe todos, e absolutamente todos os produtos existentes na natureza, e mais aqueles produzidos pelo homem, para proibir o ilícito sobre tais.

(...)

Não faria sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecer como crime a conduta de fornecer produto que cause dependência física ou psíquica a criança ou adolescente, e, ao mesmo tempo, considerarmos que a conduta de vender bebida alcoólica a tais pessoas em desenvolvimento constitua apenas uma contravenção penal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso (...), determinando o seu processamento perante a justiça comum, nos moldes prefaciais acusatórios.

Daí o presente *mandamus*, em que a impetrante alega que deve ser mantida a tipificação descrita na sentença e a competência do juizado especial, tendo em vista que "conforme disposição da Agência Nacional Sanitária, as bebidas alcoólicas não integram o rol de produtos que causam dependência física ou psíquica" (fl. 4).

Sustenta que não há justa causa para a propositura da ação penal, já que se trata de fato atípico.

Requer, liminarmente, "o trancamento da ação penal, suspendendo-se os efeitos da decisão combatida até o final julgamento deste *writ*" (fl. 7). No mérito, pugna pela desconstituição do acórdão, com o trancamento da ação penal.

A liminar foi indeferida, fls. 62-63.

Foi requerida a intimação pessoal da DPU da data da sessão de julgamento.

As informações foram prestadas às fls. 89-104, 106-108, 124-142 e 151.

A DPU, fl. 113, requereu a abertura de vista ao MPF, para apresentação de parecer, o que veio a ocorrer, fls. 115, da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco D. Teixeira, opinando pela denegação da ordem.

Segundo as últimas informações, o juízo de primeiro grau aguarda o desfecho do presente *writ*, a fim de evitar decisões conflitantes.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 167.659 - MS (2010/0057781-4)

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ENTREGA DE BEBIDA A MENOR. TIPIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL OU ART. 242 DO ECA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 243 E 81 DO ECA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. ENQUADRAMENTO: ART. 63 DA LCP. ILEGALIDADE PATENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Nos moldes do § 2.º do art. 74 do Código de Processo Penal, não é apropriado falar-se em prorrogação de competência entre juízo comum e juizado de primeiro grau, dado inexistir entre eles relação jurisdição mais graduada.

3. A entrega a consumo de bebida alcoólica a menores é comportamento deveras reprovável. No entanto, é imperioso, para o escorreito enquadramento típico, que se respeite a pedra angular do Direito Penal, o princípio da legalidade. Nesse cenário, em prestígio à interpretação sistemática, levando em conta os arts. 243 e 81 do ECA, e o art. 63 da Lei de Contravenções Penais, de rigor é o reconhecimento de que neste último comando enquadra-se o comportamento em foco.

4. Ordem não conhecida, expedida *habeas corpus* de ofício, a fim de restabelecer a decisão de primeiro grau, que declinou da competência em favor do juizado especial para apreciar a ação penal.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma

Superior Tribunal de Justiça

vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

De início, merece ser rechaçada a afirmação constante do acórdão de que o juízo comum dispõe de jurisdição mais graduada diante daquela operacionalizada pelos juizados especiais.

Ora, tanto não se encontram em graus distintos que o trâmite dos feitos de um não passam, em segundo grau, para o exame do outro. Trata-se de situação a envolver juízes e Tribunais, magistrados e Turma Recursal.

Pois bem, assim não se mostrou equivocada, a princípio, a providência processual de se declinar da competência em favor do juizado diante da desclassificação da imputação para infração penal de menor potencial ofensivo.

Passa-se, então, à espinhosa tarefa de apurar qual é o enquadramento típico da conduta de entregar bebida alcoólica a consumo de menores.

O Tribunal local entendeu que se trata de comportamento descrito na seguinte norma do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. (Redação dada pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003)

O magistrado de primeiro grau, por seu turno, compreendeu amoldar-se a ação no seguinte artigo da Lei de Contravenções Penais:

Art. 63. Servir bebidas alcoólicas:

I – a menor de dezoito anos;

II – a quem se acha em estado de embriaguez;

III – a pessoa que o agente sabe sofrer das faculdades mentais;

IV – a pessoa que o agente sabe estar judicialmente proibida de

Superior Tribunal de Justiça

frequentar lugares onde se consome bebida de tal natureza:

Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

Fê-lo, assim:

Converto o julgamento em diligência.

Verifico que a parte ré foi denunciada pelo crime previsto no art. 243 da Lei nº 8.069/90 (ECA), pela venda de bebidas alcoólicas a menores de idade.

No entanto, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritários, a conduta de fornecer bebida alcoólica a menores de idade não deve ser tipificada como crime, mas sim como contravenção penal, prevista no art. 63 da Lei das Contravenções Penais.

Esclarecem Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo e Thales Cezar de Oliveira, na obra "Estatuto da Criança e do Adolescente", 4ª ed., ed. Atlas, p. 352:

"Conflito aparente de normas

A venda de bebidas alcoólicas para criança ou adolescente configura a contravenção prevista no art. 63 da Lei das Contravenções Penais (Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941).

Cury, Garrido e Marçura (2002, p. 208), a respeito do tema, ensinam que "a norma em questão é corolário da proibição contida no art. 81, III, não estando compreendidas no tipo legal as bebidas alcoólicas tratadas separadamente no inciso II, razão pela qual permanece em vigor a contravenção capitulada no art. 63,1, da LCP."

Nesse sentido há precedente do C. STJ:

(...)

Assim, nos termos do art. 383, § 2º do CPP, por ser a conduta atribuída à parte ré contravenção penal, remetam-se estes autos ao Juizado Especial Criminal desta Comarca. (fls. 107-108).

O caso é daqueles que gera inquietação. A entrega de bebida alcoólica a menores é comportamento deveras reprovável. *In casu*, os menores, após o consumo, promoveram vandalismo em estado de embriaguez.

Ademais, entendendo-se que o álcool não se encaixa no art. 242 do ECA, tal tipo resta deveras esvaziado. Tanto assim, que existe corrente doutrinária a entender que se encontraria abrangido o fornecimento de drogas lícitas: KOSOWSKY, Esther. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1102.

Todavia, conforme assentado em primeiro grau, por mais que a tutela possa se mostrar um insuficiente, existe um outro valor a ser ponderado - a legalidade. Esta Turma já teve oportunidade de decidir que a dimensão positiva da proporcionalidade, por mais que preciosa na contribuição para a concretização de políticas públicas, pode

Superior Tribunal de Justiça

representar, na esfera penal, instrumento de insegurança jurídica, pondo em cheque a pedra angular do Direito Penal - o *nullum crimen, sine praevia lege*:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. UM PAR DE SANDÁLIAS. BEM RECUPERADO. VALOR: R\$ 49,90. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. (1) INSIGNIFICÂNCIA E REINCIDÊNCIA. MAIOR REPROVABILIDADE. ASPECTO LIGADO À CULPABILIDADE. APRECIÇÃO PROFUNDA. IMPROPRIEDADE DO HABEAS CORPUS. (2) COMPARAÇÃO COM O FURTO PRIVILEGIADO. PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL, DA ISONOMIA E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENAL. CATEGORIAS DIVERSAS (COTEJO DE FATO TÍPICO PRIVILEGIADO E CONDUTA ATÍPICA). COMPARAÇÃO. INVIABILIDADE. (3) PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIÉS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE. INCIDÊNCIA NO PLANO PENAL. INADMISSÃO.

1. Aspectos pessoais, como a reincidência, não têm sido considerados para o fim de se afastar a insignificância (Precedentes). A análise de suposta maior reprovabilidade, traço da culpabilidade, por envolver exame profundo, refoge aos lindes do habeas corpus.

2. Não há falar em malferimento dos princípios da reserva legal, da isonomia e da individualização da pena, quando se promove a comparação de situações distintas. Descabe cotejar um fato atingido pela atipicidade material com, outro, típico, que, preenchendo uma série de requisitos, faz-se privilegiado.

3. O princípio da proporcionalidade tem ampla aplicação na seara penal - a fim de abrandar os rigores punitivos. Todavia, a sua dimensão de proibição da proteção deficiente não se justifica no Direito Penal, bastando contemplar a realidade e ter em linha de consideração o crescente recrudescimento legislativo.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 170.092/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Nessa esteira, a decisão de primeira instância invocou, penso, a melhor interpretação acerca do ordenamento jurídico. A exegese, pautada pelo caráter sistemático, invocou o art. 81 do ECA, *verbis*:

Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:

I - armas, munições e explosivos;

II - bebidas alcoólicas;

III - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida;

IV - fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;

V - revistas e publicações a que alude o art. 78;

VI - bilhetes lotéricos e equivalentes. (destaquei).

Nota-se que o próprio Estatuto, ao tratar dos produtos cuja venda seria

Superior Tribunal de Justiça

proibida, promoveu significativo discrimen, dissociando o tratamento de bebidas alcoólicas dos *produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida*. Trata-se, pois, de locução reveladora de elemento normativo, cujo preenchimento encontra limite interpretativo na Lei 8.069/90.

Acerca do tema, aliás, há precedente desta Corte, remoto, mas valioso:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. OFENSA AO ART. 243 C/C ART. 81 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ART. 243 DO ECA. EXCLUSÃO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS.

"Não esbarra no óbice da Súmula 07/ STJ a pretensão recursal que visa o reconhecimento de que o art. 243 do ECA proíbe, de forma genérica, a venda de bebidas alcóolicas a crianças e adolescentes.

A exegese do aludido dispositivo revela que, ao estabelecer as condutas delituosas em espécie, o legislador excluiu, deliberadamente, a venda de bebidas alcóolicas." Recurso conhecido, mas desprovido.

(REsp 331794/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 24/03/2003, p. 262)

Portanto, a despeito da erronia do emprego do *habeas corpus*, havendo patente ilegalidade, tem-se lastro bastante para o conhecimento extraordinário deste *writ* substitutivo.

Para que não parem dúvidas, não há falar em prescrição, tendo em vista que a pena máxima cominada à contravenção em foco é de um ano. Com o refazimento do procedimento, em atenção ao novo rito (Lei 11.719/08), o recebimento da denúncia ocorreu em 20/02/2009 - fl. 99.

Ante o exposto, não conheço da ordem, mas expeço *habeas corpus* de ofício a fim de restabelecer a decisão de primeiro grau, que declinou da competência em favor do juizado especial para apreciar a ação penal.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2010/0057781-4

HC 167.659 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090308549 7060017674

EM MESA

JULGADO: 07/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : SANDRA REGINA SANTOS DE VASCONCELOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : VALDEIR TIAGO FERREIRA
CORRÉU : DANIEL DIAS LEMES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes Previstos no Estatuto da criança e do adolescente

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.