RECURSO ESPECIAL Nº 1.782.191 - SP (2018/0313901-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	EDUARDO ODILON FRANCESCHI
ADVOGADOS	:	RAFAEL SERRA OLIVEIRA - SP285792
		FELIPE LONGOBARDI CAMPANA - SP373954
RECORRENTE	:	LABIB FAOUR AUAD
ADVOGADOS	:	ALBERTO ZACHARIAS TORON - SP065371
		LUIZA ALEXANDRINA VASCONCELOS OLIVER - SP235045
		MARINA HELENA DE AGUIAR GOMES - SP359250
RECORRENTE	:	OSVALDO FRANCESCHI JUNIOR
ADVOGADO	:	GUILHERME OCTÁVIO BATOCHIO - SP123000
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE	:	DALTO COSTA
ADVOGADOS	:	ANDRE GUSTAVO SALES DAMIANI - SP154782
		EDIVANIO GONÇALVES DA COSTA - SP334803
AGRAVANTE	:	HEITOR BOVER NETO
ADVOGADOS	:	MATHEUS SILVEIRA PUPO - SP258240
		ANDRE GUSTAVO SALES DAMIANI - SP154782
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por OSVALDO FRANCESCHI JUNIOR, com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, em desfavor de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia criminal contra o recorrente OSVALDO FRANCESCHI JUNIOR, imputando-lhe a prática dos delitos previstos no art. 288, *caput*, do Código Penal (associação criminosa), art. 90 da Lei Federal n. 8.666/90 (crime licitatório) e 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67 (crime de responsabilidade de prefeito). Após o recebimento da peça acusatória (fls. 2261/2262), a magistrada singular reconsiderou, rejeitando-a por ausência de justa causa e inépcia (fls. 3055/3061).

Irresignado, o *parquet* interpôs recurso em sentido estrito, que restou provido para reconhecer a nulidade da decisão e receber a denúncia criminal.

Sem ementa.

Opostos embargos de declaração (fls. 3622/3650), restaram rejeitados (fls. 3664/3676).

Na petição de recurso especial, a defesa do recorrente OSVALDO

FRANCESCHI JUNIOR aponta violação ao disposto nos arts. 141 e 1022, ambos do Código de Processo Civil e arts. 381, III e 619, ambos do Código de Processo Penal, caso esta Corte entenda como não prequestionada a matéria, e arts. 41 e 396-A, ambos do Código de Processo Penal. Sustenta, em síntese, a negativa de prestação jurisdicional ou a rejeição da denúncia por ausência da descrição individualizada da ação criminosa e em razão da possibilidade de se manter a decisão que reconsiderou o recebimento da peça acusatória (fls. 3802/3853).

Contrarrazões às fls. 3982/4014.

Admitido parcialmente o recurso (fls. 4097/4099), os autos vieram a esta Corte.

Parecer ministerial pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 4268/4272).

É o relatório. Decido.

A irresignação merece parcial provimento.

De início, reconhecido o prequestionamento da matéria dos autos, deixo de analisar o pleito de negativa de prestação jurisdicional.

O Tribunal de origem anulou decisão de primeiro grau que retratou do recebimento da peça acusatória, mediante fundamentação que ora se destaca (fls. 3554/3558):

> *Pois bem. Com todo respeito às lúcidas argumentações apresentadas nas contrarazões e por fim nas sustentações orais que motivaram a nova conclusão dos autos, levando à exclusão do julgamento do recurso na Primeira Sessão de julgamento designada,* ***r. decisão hostilizada foi mesmo equivocada, devendo ser desconsiderada.***
>
> *Sempre predominou, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que* ***a decisão que recebe a denúncia é irretratável, eis que ao admitir ação penal proposta o magistrado exaure seu poder de manifestar-se acerca das condições de ação e da justa causa a ela inerentes.***
>
> *Mas não há olvidar que as alterações trazidas pela Lei n° 11.719/2008 ao Código de Processo Penal, especialmente as previstas nos arts. 396 e 396-A, que dispõem sobre a chamada defesa preliminar, geraram o entendimento oposto, no sentido de que após a apresentação da referida manifestação, "o julgador deverá pronunciar-se mais uma vez sobre a admissibilidade ou não da acusação" (TJSP, Habeas Corpus n º 990.10.413566-4, rei. Vico Mafias, 14ª Câmara de Direito Criminal, j. 15.12.2010, coincidente com os demais precedentes citados na decisão*

ora guerreada (2903/04), ao longo dos autos e também na sustentação oral, estes do col. Superior Tribunal de Justiça).

Entretanto, a nova redação do art. 397 do Código de Processo Penal, também introduzida pela supracitada lei, ao ver deste eg. Colegiado ***só permite ao juiz, após o recebimento da resposta, absolver sumariamente o acusado e não a se retratar da decisão que recebeu a denúncia,*** *especialmente como a do caso em apreço, quando a douta Magistrada não só a recebeu, como antes a analisou e foi além, decidindo:*

(...)

A r. Decisão, portanto, não se limitou a um passar de olhos na denúncia, mas em um exame profundo dos elementos de sua constituição e propriedade para a produção dos efeitos inerentes, dando início à ação penal.

Tanto os pressupostos processuais, como as condições da ação - e estas incluíam ajusta causa - foram analisados e sumariamente dados como presentes, pelo que se operou quanto a esta fase a preclusão, ao ver deste Relator não podendo mais a respeito manifestar-se a julgadora, senão, ainda nessa fase, por algum dado excepcional com possibilidade de conduzir os acusados à absolvição sumária.

O entendimento do Tribunal de origem destoa da jurisprudência desta Corte que é firme no sentido de que "ao Juiz é lícito reconsiderar o recebimento da denúncia, quer por permissão legal, quer por uma questão de coerência com os anseios do legislador, impulsionadores da reforma do Código Adjetivo Penal, tendentes a um processo célere e fecundo. Inteligência do art. 396-A do Código de Processo Penal" (AgRg no AREsp 82.199/AL, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014).

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. RESPOSTA DO ACUSADO. RETRATAÇÃO. POSTERIOR REJEIÇÃO DA INICIAL ACUSATÓRIA. RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA APÓS A RESPOSTA DO RÉU. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

III - "O recebimento da denúncia não impede que, após o oferecimento da resposta do acusado (arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal), o Juízo reconsidere a decisão prolatada e, se for o caso, impeça o prosseguimento da ação penal." (AgRg no REsp 1.218.030/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 10/4/2014). *Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício*

para restabelecer a ilustre decisão do Magistrado de primeiro grau que rejeitou a denúncia com fundamento no art. 395, III, do CPP. (HC 294.518/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015 - Grifo Nosso).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. RESPOSTA DO ACUSADO. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. ILICITUDE DA PROVA. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. DECRETO REGULAMENTAR. TIPO LEGISLATIVO QUE NÃO SE INSERE NO CONCEITO DE LEI FEDERAL (ART. 105, III, A, DA CF) ***1. O fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o Juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal, suscitada pela defesa.*** *2. As matérias numeradas no art. 395 do Código de Processo Penal dizem respeito a condições da ação e pressupostos processuais, cuja aferição não está sujeita à preclusão (art. 267, § 3º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP). 3. Hipótese concreta em que, após o recebimento da denúncia, o Juízo de primeiro grau, ao analisar a resposta preliminar do acusado, reconheceu a ausência de justa causa para a ação penal, em razão da ilicitude da prova que lhe dera suporte. 4. O acórdão recorrido rechaçou a pretensão de afastamento do caráter ilícito da prova com fundamento exclusivamente constitucional, motivo pelo qual sua revisão, nesse aspecto, é descabida em recurso especial. 5. Os decretos regulamentares não se enquadram no conceito de lei federal, trazido no art. 105, III, a, da Constituição Federal. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp 1318180/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 29/05/2013 - Grifo Nosso).*

Assim, no caso dos autos, não se constata nulidade na decisão da magistrada que reconsiderou o recebimento da denúncia (fls. 3055/3061).

No que tange à impossibilidade do Tribunal *a quo* em analisar as hipóteses de absolvição sumária, a matéria não foi objeto de debate e discussão pelo Tribunal *a quo*, mesmo com a oposição de embargos declaratórios. Incide, na espécie, a Súmula n. 211/STJ.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA O ART. 159, § § 3º E 4º, DO CP. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE

ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. In casu, recorrente não prequestionou o tema a contento, pois a discussão na instância a quo não chegou à exaustão. Em que pese à oposição de embargos de declaração, estes foram rejeitados, sem que o Tribunal de origem tenha se manifestado acerca do tema. 2. Dessa forma, persistindo a omissão na decisão do recurso integrativo, o recorrente deve interpor recurso especial com base na violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, para que esta Corte Superior determine, ou não, o retorno dos autos à origem, a fim de sanar eventual mácula, o que não ocorreu nos autos. ***3. Assim, incide na espécie o verbete da Súmula n. 211 do STJ, verbis: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo"*** *. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1394595/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 27/03/2019 - Grifo Nosso).*

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido e restabelecer a r. sentença de fls. 3055/3061.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator