

QUINTA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 2.854-6 — PB

(Registro nº 94.0028218-4)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Impetrantes: *Antonio Pereira de Almeida Filho e outro*

Impetrado: *Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba*

Paciente: *Paulstein Aureliano de Almeida*

EMENTA: Penal. Processual. Ação penal. Escuta telefônica. Trancamento. Habeas corpus. Substitutivo de recurso.

1. Controversos os fatos, não se tranca Ação Penal. Inviável, no caso, o habeas corpus.

2. Habeas Corpus conhecido; pedido indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas e Assis Toledo. Ausente, justificadamente, o Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 09 de novembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 28-11-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: *Pede-se o trancamento da Ação Penal por exploração de prestígio (CP, art. 357, par. único) a que responde o advogado Paulstein Aureliano de Almeida porque a denúncia baseou-se*

em sindicância decorrente de escuta telefônica e a defesa acha que isso não pode, é ilegal.

O Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba está assim ementado:

“Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Existência de crime em tese. Impossibilidade do pleito.

Denúncia e sindicância — Nulidade — Inexistência das eivas apontadas — Denegação do writ.

— Se há crime em tese a ser apurado em sumário de culpa, em razão de sindicância e denúncia regulares, não há que falar-se em trancamento da Ação Penal, nem na nulidade de providências legalmente encetadas.”

Apontando omissão no Acórdão quanto à questão da escuta telefônica a defesa interpôs Embargos Declaratórios, os quais, acolhidos parcialmente tiveram ementa assim:

“Embargos de declaração — Escuta telefônica tida como ilícita — Decisão omissa a esse respeito. Recurso acolhido em parte.

— Se a escuta telefônica se fundou em dispositivo constitucional de aplicação imediata, tem-se-ná como legal, denegando-se, também, por esse aspecto o writ.

— Interpretação do art. 5º, inciso LXVIII e seu parágrafo 1º, de nossa Carta Magna.

Esta impetração substitutiva de Recurso Ordinário insiste na ilegalidade da escuta telefônica.

O Ministério Público Federal, nesta instância, opina pelo indeferimento do pedido.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, o telefone interceptado foi o da Penitenciária, portanto do poder público; não foi telefone particular. Diante de fundadas suspeitas de que o telefone da penitenciária estava servindo para prática de crimes, o Juiz autorizou a escuta.

E nesta hipótese, reservando-me, pela exigüidade do tempo, para abordar o tema mais amplamente em outra oportunidade, tenho como incensurável a atitude do Juiz autorizado a escuta, em razão do interesse maior, que é o da sociedade.

Trancar a Ação Penal por isso não é prudente, considerando-se inclusive que, não obstante a firmeza com que o ilustre impetrante sustenta sua tese, os fatos descritos são controvertidos, inviáveis de exame no **habeas corpus**.

Por isso, mantendo a decisão recorrida e de acordo com o Parecer do Ministério Público Federal, conheço da impetração como substitutiva de Recurso Ordinário mas indefiro o pedido.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.375-2 — ES

(Registro nº 95.0015497-8)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Impetrante: *Sebastião Geraldo de Oliveira*

Impetrada: *Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*

Paciente: *Carlos Magno de Jesus Veríssimo (preso)*

EMENTA: *HC — Advogado — Prisão domiciliar — Incabimento.*

— **Estando o paciente, profissional de Direito, recolhido em estabelecimento militar, cujas acomodações estão de acordo com o estatuto da OAB, não há porque deferir-lhe o benefício da prisão domiciliar.**

— **Ordem denegada.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 10 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 12-06-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de ordem

originária de **habeas corpus**, substitutiva de recurso próprio não interposto, contra o v. acórdão da E. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que denegou ordem impetrada com o fito de obter prisão domiciliar para o paciente.

Conforme consta dos autos, o paciente foi condenado a dezoito (18) anos de reclusão por crime de homicídio, encontrando-se recolhido em dependência do 3º Batalhão da Polícia Militar da Comarca de Alegre/ES.

O benefício da prisão domiciliar foi negado por entender a Corte a **quo** que o paciente se encontra recolhido em local que atende a exigência do Estatuto da OAB.

Solicitadas as informações, vieram as mesmas para os autos (fls. 22/31),

indo os autos à douta Subprocuradoria Geral da República que opinou pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, não há constrangimento ilegal a ser reparado.

Das informações (fls. 22/23), colhe-se **verbis**:

“O recente Estatuto dos Advogados contempla a hipótese de que não havendo a possibilidade de outro estabelecimento prisional que acolha o profissional de Direito, deve o mesmo ficar recolhido em sala de Estado Maior.

O jurista Paulo Luiz Neto Lobo, comentando o Estatuto dos Advogados, define o que é sala de Estado Maior, **in verbis**:

“Por esta deve ser entendida toda sala utilizada para ocupa-

ção ou detenção eventual dos Oficiais Integrantes do quartel militar respectivo.”

O paciente encontra-se recolhido ao 3º Batalhão da Polícia Militar da Comarca de Alegre, onde as acomodações que lhe foram destinadas estão de acordo com o Estatuto dos profissionais de Advocacia.

Releva-se, ainda, o fato de que o Impetrante durante a instrução criminal, esteve foragido causando prejuízo à instrução criminal e à aplicação da lei, sendo assim, o benefício da prisão domiciliar não daria nenhuma garantia à Justiça.”

Ademais, a inspeção levada a efeito pela OAB, Subseção da Comarca de Alegre, juntada por cópia às fls. 12, dá contas de que o paciente está preso em cela individual em perfeito estado de asseio e bem arejada, inexistindo, por isso, razão para a concessão da prisão domiciliar.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.347-9 — RJ

(Registro nº 94.0000230-0)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Roskilde Gomes de Oliveira Filho*

Recorrido: *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*

Paciente: *Roskilde Gomes de Oliveira Filho (réu preso)*

Advogados: *Drs. Jair Leite Pereira e outro*

EMENTA: Processual. Penal. Execução penal. Prisão albergue.

1 — Benefício da prisão domiciliar ante a alegação de falta de casa de albergado ou estabelecimento similar no Estado. Alegação não comprovada, além do que esta Turma indeferiu pleito idêntico, formulado por co-réu no mesmo processo (HC 2.229-7/RJ).

2 — Condenado, divorciado, que possui a guarda de filhos menores.

O benefício do art. 117, III, da LEP, dirige-se à mulher com filho menor ou deficiente físico. Sua pretendida extensão ao homem, em situações excepcionais, por aplicação analógica, é matéria cujo exame, em primeira mão, deve ser remetido para a execução da sentença (art. 66, III, da LEP).

Recurso de habeas corpus a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Ministros Edson Vidigal, Jesus Costa Lima, José Dantas e Flaquer Scartezini.

Brasília, 23 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

Publicado no DJ de 14-03-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Em favor do médico Roskilde

Gomes de Oliveira Filho, condenado à pena de três anos e nove meses de reclusão, em regime aberto, pela prática de estelionato (art. 171, § 3º, c/c 29 e 71, do CP), impetrou-se ordem de **habeas corpus** objetivando o benefício da prisão domiciliar, sob fundamento de que no Estado do Rio de Janeiro não há estabelecimento adequado ao cumprimento de pena em regime aberto e que o paciente possui a guarda de três filhos menores, além de ser o tutor de um irmão adotivo.

Apreciando o pedido, a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região denegou a ordem em acórdão que assim aprecia a matéria:

“O presente **Habeas Corpus** foi impetrado em favor de réu condenado a 03 (três) anos de 09 (nove) meses de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa, sem direito a recorrer em liberdade, sob

pretexto de péssimos antecedentes, postulando-se em razão de se tratar de detentor do pátrio poder de 03 (três) filhos menores e não haver neste Estado “Casa de Albergado”, a conversão do regime prisional aberto em domiciliar.

A MMA. Juíza da 4ª Vara Federal em suas informações, às fls. 103, item 4, esclarece que:

“4 — Segundo o entendimento deste Juízo, a convalidação do regime aberto em domiciliar só poderá ser efetivada após ficar comprovado que o réu não está recolhido em ala especial do estabelecimento carcerário, apartado dos demais presos, o que ainda não ocorreu até a presente data.”

Ora, cabendo ao Juiz a modificação das condições estabelecidas (L.E.P., arts. 65 e 116) e como esclarecido nas informações, ainda não comprovada a não concretização dos efeitos da sentença, a teor do § 1º do art. 36 do Código Penal, a mera afirmação de inexistência da “Casa do Albergado” (L.E.P., arts. 93 a 95), não autoriza a conversão do regime prisional estabelecido para o domiciliar. Ao depois, a igualdade de direitos constitucionalmente prevista (C. Federal, art. 5º, inciso I) não tem o condão de reconhecer ao condenado a conversão do regime, nos termos do inciso III do art. 117 da Lei de Execução Penal, sobretudo porque as cláusulas 5 (cinco) e 8

(oito) do Divórcio Consensual, homologado em 01/03/92 (fls. 33 e 42), foram acordadas após a denúncia no Juízo Criminal, ocorrida em 14/03/90 (fls. 08).

Assim sendo, os fatos descritos, os fundamentos da impetração e a documentação acostada, em que pesem arestos os trazidos à colação e o douto Parecer do órgão do *Parquet*, não retratam, em minha ótica, constrangimento ilegal.

Pelo exposto, denego a ordem.” (Fls. 112/113).

Inconformados, recorrem os impetrantes, reiterando as alegações da inicial.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer do Dr. Fávila Ribeiro, opina pelo improvimento do recurso, assim resumindo na ementa o parecer:

“A inexistência de edificação de Casa do Albergado não é razão suficiente à transposição ao regime domiciliar. A reserva de ala prisional isolada e o tratamento dispensado cria situação compatível. A continuidade do exercício de clínica médica na Previdência Social mais evidencia o alcance da fruição de liberdade pelo Paciente. Parecer pelo desprovimento do recurso em **Habeas Corpus**.” (Fls. 133).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Segundo o acórdão re-

corrido, os recorrentes não comprovaram fatos importantes para justificar a concessão excepcional de prisão domiciliar.

Esta Turma, ao julgar o HC 2.229-7-RJ, impetrado pelo co-réu Norberto Rodrigues Primiano, contendo pedido idêntico, indeferiu a ordem em acórdão assim ementado:

“Execução penal. Prisão albergue.

Tendo o Estado destinado local que, mesmo não sendo o ideal, procura atender a situações de emergência, não cabe a transformação da prisão albergue em domiciliar, que tem sido deferido ante a absoluta ausência de local adequado.

Recomendação ao Juízo da Execução Penal para que promova

gestão junto ao Departamento do Sistema Penal do Estado a fim de que seja feita a separação dos condenados em regime aberto dos que se encontram em regime semi-aberto.

Habeas corpus indeferido.”
(DJ 13/12/93).

O benefício do art. 117, III, da LEP, dirige-se à mulher com filho menor ou deficiente físico. Sua pretendida extensão ao homem, em situações excepcionais, por aplicação analógica, é matéria cujo exame, em primeira mão, deve ser remetido para a execução da sentença (art. 66, III, f, da LEP).

Ante o exposto, acolhendo o parecer, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.928-0 — SP

(Registro nº 94.0028847-6)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Eduardo Paschoal Dias*

Advogados: *Maria Rita Vaz de Arruda Corsini e outros*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *Eduardo Paschoal Dias (preso)*

EMENTA: Penal. Unificação de penas (CP, art. 71 — crime continuado). Habeas corpus. Recurso.

1. Não se conhece do pedido já apreciado em primeira e em segunda instância que não contenha fato novo.

2. Recurso conhecido mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas e Assis Toledo. Ausente, justificadamente, o Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 21 de setembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 24-10-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: O pedido de unificação das penas de Eduardo Paschoal Dias que pretendia, por extensão, os mesmos benefícios concedidos a co-réu em processos que dizia comuns, na forma do CPP, art. 580, não foi conhecido pelo juiz da Vara das Execuções Penais de São Paulo, Capital, que entendeu tratar-se de mera reiteração de pedidos anteriores, sem fatos novos.

Em **habeas corpus** o Tribunal de Justiça do Estado manteve a decisão do Juiz lembrando Acórdão do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Moreira Alves (RT 649/341) segundo o qual “a instância inferior não po-

de estender benefício que concede a co-réu que já o teve especificamente negado instância superior”. No caso, os pedidos anteriores do ora paciente já haviam sido indeferidos na primeira e na segunda instância. (Fls. 112)

“De qualquer modo — consigna ainda o Acórdão recorrido — a extensão de decisão, segundo o disposto no art. 580, do Código de Processo Penal, se dá na hipótese da interposição de recurso por um dos réus caso em que a decisão poderá aproveitar a có-réu que não tenha recorrido.

No caso presente, o impetrante e paciente também recorreu à instância superior e teve a sua pretensão de ver unificadas as penas denegada.

Nem por isso se pode sustentar vício constrangedor ao impetrante e paciente.

A nossa legislação processual penal admite o recurso a incidentes de execução em processos distintos, daí poder ocorrer decisões antagônicas, como já advertiu o eminente Ministro Moreira Alves, sem que se possa reconhecer a presença de qualquer nulidade corrigível por via de **habeas corpus**. (Fls. 112/113).

O recurso sustenta em que há constrangimento ilegal porque o recorrente teve vedada a análise de um pedido de unificação formulado sob um novo enfoque.

O Ministério Público Federal, nesta instância, opina pelo improviden-
to do Recurso.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, ao demonstrar a inexistência de fato novo ou circunstância nova, ocorridos após a decisão que indeferiu o pedido inicialmente formulado, o Juiz da Vara das Execuções Penais, registrou na decisão ensejadora do **habeas corpus** de cujo Acórdão aqui se recorre:

“O pedido não pode ser conhecido por este Juízo, pois já foi objeto de pedido anterior, de março de 1990, que envolveu diversos outros processos, entre os quais os três objetos do atual pedido.

Tal pedido foi indeferido por decisão de 25.06.90 (fls. 233v./234), confirmada pelo v. Acórdão de fls. 253/257, que é de 07 de março de 1991, transitado em julgado.

Como o próprio sentenciado afirma em seu requerimento de fls. 259 e seguintes, a unificação foi concedida ao co-réu Hermínio Rodrigues Dantas por v. Acórdão de 03 de novembro de 1976 (fls. 254/267).

Ou seja, quando ele requereu pela primeira vez a unificação (em março de 1990) fazia mais de 13 anos que o co-réu já alcançara o benefício. Poderia ter alegado isso à época e restringido seu pedido, na ocasião, à extensão do benefício alcançado por Hermínio.

Não se trata, pois, de fato novo ou circunstância nova, ocorridos após a decisão que contrarie o v. Acórdão de fls. 253/257.

Ante o exposto, não conheço do pedido de fls. e seguintes”. (fls. 12).

O Acórdão recorrido, portanto, enfrentou a questão corretamente. Por isso, de acordo com o Ministério Público Federal e adotando os fundamentos do Acórdão recorrido, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 4.569-8 — SP

(Registro nº 95.0022385-6)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Ângelo Ghiotto Grava*

Advogados: *Ângelo Ghiotto Grava e outro*

Recorrido: *Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo*

Paciente: *Rubens Miguel Kairalla*

EMENTA: RHC — Alienação fiduciária — Depositário infiel.

— No contrato de alienação fiduciária, o devedor fiduciante equipara-se à figura do depositário, de vez que, embora não proprietário, fica de posse do bem, tornando-se infiel se não paga o débito e não o devolve, sujeitando-se igualmente, a prisão prevista no dispositivo constitucional (art. 5º, LXVII).

— Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, Edson Vidigal, Assis Toledo e José Dantas.

Brasília, 21 de junho de 1995 (data do julgamento).

Ministro ASSIS TOLEDO, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 28-08-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso ordinário constitucional impetrado em favor de Rubens Miguel Kairalla, contra o v. acórdão da E. Quinta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que, por votação unânime denegou a ordem ali interposta.

Neste recurso, são desenvolvidas das mesmas razões da inicial, em

que se alega que em ação de depósito oriunda de contrato de alienação fiduciária não comporta imposição de pena de prisão ao depositário reconhecido como infiel.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos e nesta Superior Instância a douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo improvimento do mesmo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, entende o recorrente que sendo depósito oriundo de contrato de alienação fiduciária, descabe a pretendida pena de prisão, posto que não se trata de depósito puro, razão pela qual, a atual Constituição Federal impede a prisão em casos que tais, nos termos do art. 5º, LXVII.

A respeito do assunto, em voto que proferi quando do julgamento do RHC nº 3.218-9/MG, assim me expressei, **verbis**:

“Com a devida vênia, não entendo contrária à Constituição a nor-

ma que equipara o devedor alienante ao depositário, conforme pretende fazer crer o ora recorrente.

Quando a Constituição estabelece a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, está se referindo, salvo melhor juízo, a todo aquele que, como depositário de um bem torna-se infiel ao compromisso de guardá-lo e restituí-lo, quando licitamente reclamado.

Da mesma forma, no contrato de alienação fiduciária, o devedor fiduciante equipara-se à figura do

depositário, de vez que, embora não proprietário, fica de posse do bem, tornando-se infiel se não paga o débito e não o devolve, sujeitando-se, igualmente, à prisão prevista no dispositivo constitucional.” (Julg. 01.12.1993)

Desta forma, atento a que o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal efetivamente permite a prisão do depositário infiel, sem nada definir ou distinguir, conheço do recurso e lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.100-4 — RS

(Registro nº 93.0014820-6)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Inez Beatriz Baseggio Marques*

Advogados: *Drs. Antonio Pinheiro Machado Neto e outros*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul*

Impetrado: *Presidente do Conselho de Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrido: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogado: *Dr. Caio Martins Leal*

EMENTA: *Ofício de registro público. Provimento por remoção. Concurso público.*

— Mandado de Segurança. Carência de direito líquido e certo de terceiro a opor à remoção do serventuário habilitado a concomitante previsão legal de concurso público para provimento de tal Ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Cid Flaquer Scartezzini, Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima.

Brasília, 06 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

Publicado no DJ de 20-02-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de mandado de segurança impetrado ao fito de impedir a remoção do serventuário do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Palmeira das Missões para igual ofício da 5ª Zona de Porto Alegre; isso suplicado a título do direito líquido e certo que a ora recorrente teria a habilitar-se no concurso público para tal Ofício, única forma de provimento prevista pela Lei Estadual que o criou (Lei 8.509/88, art. 3º); e também porque o preenchimento por remoção dependia da regulamentação prevista no art. 236 da C.F.

Denegou-se a segurança por acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança — Direito líquido e certo — Descaracterização — Lei futura, não editada.

Direito líquido e certo, porque subjetivo, deve calcar-se em norma expressa em lei. Inexistente esta, aquele não será identificável.

Segurança denegada.” — fls. 72.

Daí o presente recurso insistir na arguição do direito da impetrante a ter submetido a concurso o preenchimento do aludido ofício de justiça, consoante o voto vencido proferido pelo Des. Gervásio Barcellos, nestes tópicos:

“Eu compreendi o pensamento do eminente Relator. O eminente Relator fica numa espécie de carência de ação mandamental no caso, porque ela não teria o direito subjetivo. **Data venia**, eu entendo que tem esse direito. Então, eu admitiria, aí, em parte, a concessão da segurança para autorizar a realização do concurso.”

.....
“Então, baseado nesses precedentes lá do Pleno, é que eu daria em parte a segurança para determinar que se fizesse concurso.” — fls. 82.

Nesta instância, o parecer do Subprocurador-Geral Paulo Campos é pelo desprovimento do recurso, conforme fundamentos assim ementados:

“Ementa: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Adminis-

trativo e Constitucional. Provi-
mento de Serventia de Notas ou
Registro. Art. 236 da Constituição
Federal. Enquanto não editada a
lei que regulamentará a regra ju-
rídica constitucional, o preenchi-
mento de vaga pode ocorrer por
remoção, **ex vi** do § 3º, do artigo
supracitado. Pelo desprovimento.”
— fls. 100.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS
(Relator): Senhor Presidente, acen-
tuado o fato de tratar-se de acórdão
antigo (13/11/92), tenho que ao caso
não vem a Lei 8.935, de 18 de no-
vembro, do ano p.p., editada em re-
gulamentação do art. 236 da Cons-
tituição; e mais, se viesse, não ser-
viria à pretensão da recorrente, já
que dita lei também prevê o provi-
mento dos cargos setoriais por meio
de remoção (art. 16).

De qualquer forma, há considerar-
se que, em matéria de mandado de
segurança, o direito a proteger há de
patentear-se pela sua natureza sub-
jetiva, com a qual não condiz a alea-
tória alusão a ver submetido a con-
curso esse ou aquele cargo público.

Daí que bem se houve o v. acór-
dão recorrido, em denegar o *writ*, ba-
seando-se em assertivas que me pa-
recem irretorquíveis; textuais:

“No mérito, o anelo não encon-
tra agasalho, na medida em que à
impetrante não assiste qualquer
direito líquido e certo. E é ela pró-

pria quem esclarece buscar alicer-
ce legal do pedido em lei que de-
verá ser editada, mas que ainda
não o foi. Ora, direito líquido e
certo amparável por **mandamus**
é aquele direito subjetivo ancora-
do, concretamente, em norma le-
gal e que lhe propicie o necessário
alento. E faz-se evidente que não
é o caso em foco a lei invocada, de
âmbito federal, conquanto de edi-
ção prometida, e até programada,
ainda inexistente. Lei por conse-
guinte, futura e, como tal, em
princípio, aleatória, e assim, de
transparente inaptidão para dar
suporte ao desiderado da impe-
trante.

Aliás a própria impetrante não
pode eximir-se de tal indigência,
ao asseverar como direito líquido
e certo o estar, em *tese* habilitada
para inscrever-se em concurso que
vier a ser aberto para prover o
cargo do Cartório da 5ª Zona da
Capital. E nesta afirmação desnuda-
se toda a fragilidade de sua
pretensão mandamental. Habili-
tação nunca constitui direito líqui-
do e certo para prestar concurso,
e muito menos daquele que venha
a ser aberto, e sim, não mais que,
mera viabilidade, mas nunca cer-
teza concreta, material.

Portanto, sequer remotamente
identificado o direito líquido e cer-
to esgrimido pela impetrante, faz-
se despiciendo, a esta altura, o
exame da espécie à luz do art. 3º
e seu § único da Lei Estadual nº
8.509, de seis (6) de janeiro de
1988, por ela evocada.” — fls. 75.

Pelo exposto, nego provimento ao
recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 28.961-4 — SP

(Registro nº 92.0028091-9)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *FEPASA — Ferrovia Paulista S/A*

Advogados: *Maria Lucia Ohl Rozante e outros*

Recorrido: *Joel Prado*

Advogados: *Silvio Pereira e outros*

EMENTA: *Administrativo. Proventos. Correção monetária. Recurso especial.*

1. Em débito de natureza alimentar relativo a complementação de aposentadoria aplicam-se juros e correção monetária desde a data em que se evidenciou a dívida.

2. Recurso conhecido mas improvido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas e Assis Toledo. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 31 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 05-12-94.

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Em Ação Sumaríssima promovida por funcionário aposentado contra a Ferrovia Paulista S/A — FEPASA, pedindo fosse computado na complementação de seus proventos, valores correspondentes às médias anuais do adicional noturno e das horas extras que recebia com habitualidade quando na ativa, o processo foi julgado extinto, com base no Código de Processo Civil, art. 267, VI, pelo Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública.

Inverteu-se a situação no Tribunal de Justiça do Estado pelo que, apela a Fazenda Estadual contra decisão que condenou a ré a computar no cálculo de complementação os va-

lores relativos à média dos últimos doze meses do adicional noturno e das horas extras, recebidos na ativa, diferenças vencidas desde 30 de julho de 1987, acrescidas de juros e correção monetária, além das custas e honorários advocatícios.

Parcialmente provido o recurso, assentou o acórdão que aquelas diferenças devidas seriam pagas com acréscimo de juros de mora à taxa de 1% (um por cento), ao mês, nos termos do Decreto-lei 2.322/87.

Inconformada, apresentou a vencida Recurso Especial fundado na Constituição Federal, art. 105, III, a e c, alegando contrariedade à Constituição Federal, art. 40, § 4º e ao CPC, art. 1.062, além de divergência jurisprudencial.

Contra-razões às fls. 262/272.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, cumpre assinalar que, fundada a irresignação da recorrente no art. 40, § 4º da Constituição Federal, viável seria o apelo extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Impróprio o apelo especial, que só conhece de violação a norma infraconstitucional. Nesse sentido: REsp 6.788, rel. Min. Dias Trindade; REsp 7.557, rel. Min. Ilmar Galvão; REsp 9.968, rel. Min. Hélio Mosimann.

Deficiente a fundamentação do recurso porque, dispositivo algum foi apontado como violado, o que impede a exata compreensão da controvérsia. Incidência da Súmula 284, STF. A propósito, AGA 44.906-RJ, de minha relatoria; AGA 43.393-SP, rel. Min. Anselmo Santiago; REsp 8.847-CE, rel. Min. Nilson Naves.

Quanto ao dissídio alegado, desatendeu-se aos requisitos procedimentais estampados na Lei 8.038/90, art. 26 (§ único e inciso II), haja vista não ter o agravante feito a demonstração analítica do confronto a que estava obrigado por lei. Assentando-se as decisões judiciais em situações fáticas concretas, somente mediante a adequada demonstração destas circunstâncias poder-se-á aferir ou não a existência de dissenso. Precedentes: AGA 10.288, rel. Min. Barros Monteiro; AGA 10.639, rel. Min. Sálvio de Figueiredo; AGA 13.818, rel. Min. Demócrito Reinaldo.

Ademais, a teor da Súmula 13, desta Corte, a maioria dos julgados não se presta à caracterização da divergência porque do mesmo Tribunal.

Pretende, ainda, a recorrente discutir, em sede de apelo especial, direito eminentemente local, esbarrando assim na vedação da Súmula 280, STF.

Por fim, ao contrário do sustentado, o acórdão combatido não violou os preceitos legais apontados no recurso, porque em perfeita harmonia com entendimento esposado neste Superior Tribunal: REsp 39.426-SP,

rel. Min. Pedro Aciole; REsp 13.528-SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; REsp 7.116-SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, e, REsp 238-SP, rel. Min. Geraldo Sobral:

“Administrativo. FEPASA. Natureza jurídica do débito de complemento de aposentadoria. Juros moratórios. Correção monetária.

I — É de caráter alimentar e privilegiado o débito relativo à complementação de aposentadoria. Precedentes deste Tribunal.

II — Incidência de juros de 1% ao mês e correção monetária ampla desde o momento em que deveria ser feito o pagamento.

III — Recurso Especial não conhecido”.

“FEPASA. Complementação de proventos. Juros moratórios.

I — Embora decorra de disposição estatutária, o débito relativo à complementação de aposentadoria reveste-se de caráter alimentar sujeitando-se aos juros moratórios de 1% ao mês.

II — Ofensa ao art. 467 do C.P.C. e art. 1.062 do C. Civ. não caracterizada.

III — Recurso especial não conhecido.”

Recurso especial — FEPASA — Natureza jurídica do débito de complementação de aposentadoria. Conta de liquidação homologada. Juros moratórios. Correção mone-

tária. Alegação de violação ao art. 5º, XXXVI, C.F., e pretendida contrariedade do art. 467, CPC. Negativa de vigência do art. 1.062, Código Civil.

1. O direito não fica alheio às realidades sociais, nem se divorcia do bom senso, devendo a sua compreensão ser ajustada a justiça de normas. Não pode ser desajustado, nem injusto.

2. A natureza jurídica do débito de complementação de aposentadoria. Embora não tenha origem em relação trabalhista, mas estatutária, por homenagem ao seu caráter alimentar e privilegiado, sob os auspícios do art. 5º, Lei de Introdução ao Código Civil, beneficia-se de interpretação magnânima, a fim de que os juros moratórios devidos sejam calculados a taxa de 1% ao mês mais correção monetária ampla.

3. Recurso desprovido.”

“Previdenciário. Ferroviários aposentados. Correção monetária. Lei nº 6.899/81. Débitos de natureza alimentar.

I — Nos casos de débitos de natureza alimentar, a correção monetária é devida desde a época em que deveria ter sido paga.

II — Recurso não conhecido.”

Pelo exposto conheço do recurso mas lhe nego provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.012-2 — SP

(Registro nº 93.0006899-7)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Antônio Benedicto da Silva (réu preso)*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Cláudio de Luna e outro*

EMENTA: Crime continuado.

Duplo homicídio contra vítimas diferentes. Possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, diante da norma expressa do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, acrescentado pela reforma penal de 1984 (Lei 7.209/84).

Matéria de competência do Juiz, não dos jurados, razão pela qual não deve ser objeto de quesitação.

Pena. A aplicação do critério do parágrafo único do art. 71 não pode elevar a pena além do máximo do concurso material e, por razão lógica, não deve igualmente rebaixá-la aquém do que seria cabível pelo concurso formal, na hipótese de designios autônomos, dada a identidade de situações.

Recurso especial da defesa conhecido e provido para, reconhecida a continuidade delitiva, reduzir-se a pena aplicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reduzir a pena a vinte e sete anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Jesus Costa Lima, José Dantas e Flaquer Scartezzini.

Brasília, 20 de outubro de 1993
(data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO,
Relator.

Publicado no DJ de 28-02-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: A 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou sentença do Tribu-

nal do Júri que condenou o réu Antônio Benedicto da Silva à pena de trinta anos de reclusão pela prática de dois crimes de homicídio (art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 69 do CP).

Inconformado com essa decisão, ingressa o réu com recurso especial pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional. Sustenta negativa de vigência ao parágrafo único do art. 71 do Código Penal, além de divergência jurisprudencial com acórdãos que cita.

O recurso foi admitido por força de provimento a agravo.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer da Dra. Laurita Hilário Vaz, opina pelo não conhecimento e pela concessão de **habeas corpus** de ofício para que seja reconhecida a continuidade delitiva na espécie.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso ante a demonstração do dissídio com acórdão do Supremo Tribunal Federal, assim ementado:

“Crime continuado. Direito Penal Intertemporal. Tentativa de homicídio qualificado contra vítimas diferentes. Reconhecimento da continuidade delitiva pelo acórdão recorrido segundo a lei da

época de sua prolação (art. 51, § 2º, do CP de 1940). Recurso extraordinário do Ministério Público visando ao afastamento da continuidade e conseqüente majoração da pena, pelo reconhecimento de concurso material de delitos, segundo a jurisprudência contemporânea do STF. Superveniência, porém, da Lei 7.209, de 11.7.84 (art. 71, parágrafo único). Recurso conhecido pela letra **d** mas improvido, diante do Direito superveniente e do acréscimo que se fixara no aresto recorrido. Em face da Lei 7.209, de 11.7.84, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal de 1940 (art. 71, parágrafo único), é possível o reconhecimento de continuidade delitiva em hipótese de tentativa de homicídio contra vítimas diferentes.” (RE 103.315, Rel. Min. Sydney Sanches, RT 617/409).

Destaco que, apesar de não ter sido objeto de quesitação a continuidade delitiva, a matéria não se encontra preclusa por constituir mero critério de aplicação de pena, de competência do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, conforme lição de **Adriano Marrey** e outros autores:

“Quando se atribua ao réu a prática de *crime continuado*, não deve tal circunstância ser objeto de questionário submetido ao Conselho de Sentença, pois constitui apenas critério para aplicação da pena, sujeito à revisão, nos termos do art. 593, **c**, do CPP.

Assim decidiu o STF no HC 53.175, j. 13.5.75, rel. Min. Thompson Flores, DJU 15.8.75, pág. 5.737.

Segundo escólio de **Damáσιο E. de Jesus**, “a defesa no Plenário, pode sustentar a tese do delicto continuado, quando cabível, endereçando-a ao Juiz Presidente, e não aos jurados. O nexo de continuidade pertence ao tema do concurso de penas, de competência do Juiz de Direito”. V. retro, item 15.7.1 (“pronúncia e crime continuado”).” (*Teoria e Prática do Júri*, Ed. RT, 4ª ed., pág. 240).

Para a caracterização do crime continuado é necessária a pluralidade de ações, pluralidade de crimes da mesma espécie, unidade de tempo, lugar e maneira de execução, além de certa ligação para que o crime ou crimes subsequentes possam ser havidos como continuação do primeiro. E isso ocorre na espécie, como facilmente percebe-se pela descrição da denúncia, mais adiante examinada.

No caso em exame, o Tribunal a quo adotou a tese de que não se aplica a continuidade delitiva nos crimes dolosos contra a vida, **in verbis**:

“II.a. Não se desconhece a possibilidade de reconhecimento de continuidade entre homicídios (STF, RE 103.315 — RT 1.617/410, TJSP, Ap 33.846, RJTSP 93/385, TJRS, Ap 685.033.912, RT 604/402, **in Celso Delmanto**, “Código Penal Comentado”, pág. 71).

Partilha-se, contudo, da orientação jurisprudencial que afasta a hipótese, calcada na realidade de que “a vida humana, seja de quem for, da criatura mais humilde ao mais poderoso dos potentados, é bem de tão inestimável valia que, num caso de duplo homicídio doloso, com pluralidade de desígnios criminosos, a morte da segunda vítima jamais deverá ser considerada continuação da morte da primeira” (TJSP — Rel. Marino Falcão, RJTJSP 97/454).

Poder-se-ia reconhecer na espécie o concurso formal, de que não resultaria redução na pena. E observe-se que, na espécie dos autos, os delitos resultaram de atuação autônoma, pois o réu poderia ter desistido de atirar contra qualquer das vítimas, todavia optou por alvejá-las ambas. Mesmo após a mais jovem estar caída ao chão, tornou ao local e estorou seus miolos, atirando contra sua boca.

Foram dois homicídios, portanto, e o cúmulo material não representou decisão contrária à evidência dos autos, muito ao inverso. Afasta-se, portanto, o primeiro dos argumentos defensivos.” (Fls. 389/390).

Todavia, com o advento da Lei 7.209/84, que reformou a Parte Geral do Código Penal Brasileiro, o legislador pátrio dirimiu dúvidas existentes a respeito da continuidade delitiva nos crimes dolosos contra vítimas diferentes, cometidos com vio-

lência à pessoa, ao prever a hipótese expressamente no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, com pena exacerbada.

Diante da inovação legislativa ocorrida, o Supremo Tribunal Federal modificou anterior entendimento adotado em relação à matéria (Súmula 605/STF), passando a admitir a continuidade delitiva nos crimes dolosos contra a vida, conforme se decidiu no RE Criminal 103.315-SP, já transcrito no início deste voto.

No mesmo sentido, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido na Apelação Criminal 33.846-3, in RJTJSP 93/385.

Mirabete, discorrendo sobre o tema, assim analisa a questão:

“Discute-se na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de reconhecer ou não a continuidade delitiva em crimes que atingem *bens personalíssimos* (vida, integridade corporal, honra, liberdade sexual etc.). Sob a égide da lei anterior, o Supremo Tribunal Federal não reconhecia a continuação nessas hipóteses, quando se tratava de vítimas diversas, como nos casos de estupro, lesões corporais, etc., chegando a editar a Súmula 605 com o seguinte teor: “Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.”

Em orientação mais ampla, porém, tribunais estaduais não têm excluído a possibilidade de continuação, ainda que os crimes atinjam exclusivamente bens persona-

líssimos de vítimas diversas. Essas decisões fundamentam-se no fato de não existir na lei referência expressa à exclusão dos delitos que atingem bens jurídicos de caráter pessoal e na dispensabilidade da existência de unidade de desígnio para a caracterização do crime continuado tal qual se apresenta o dispositivo referente ao assunto.

A nova lei, porém, embora não adotando expressamente uma dessas correntes, inclinou-se para a segunda orientação, determinando no artigo 71, parágrafo único: “Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do artigo 70 e do artigo 75 deste código.” A essa espécie de continuação deu-se o nome de crime continuado *específico*. Referindo-se o texto a vítimas diferentes e a crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, consagrou o legislador a continuidade delitiva em crimes que atingem bens personalíssimos, indistintamente.” (*Manual de Direito Penal*, Atlas, 6ª ed., págs. 300/301).

Afasto, pois, a tese adotada pelo acórdão recorrido, passando à hipótese dos autos.

Não sendo o recurso especial adequado ao exame aprofundado da prova, colho dos fatos narrados na denúncia, que foram julgados provados pela sentença, o seguinte trecho:

“Segundo restou apurado na fase inquisitorial, o ora denunciado e a primeira viveram por algum tempo em ostensivo concubinato, rompido, posteriormente por Regina, em virtude de ter o ora denunciado tentado abusar sexualmente de sua enteada e segunda vítima.

Inconformado com a separação e disposto a vingar-se de ambas, resolveu eliminá-las. No dia dos fatos, foi até a casa onde ambas residiam, pretexto trivial conversação. Mal obteve uma primeira resposta, sacou de um revólver, calibre 38, desferindo um disparo contra a primeira vítima, que se pôs em fuga, alvejando-a pelas costas. Ato contínuo, desferiu um balço contra a jovem, atingindo-a no braço, prostrando-a ao solo para, em seguida, dela se acercar e desferir-lhe dois tiros contra o rosto, quando já desfalecida e sem qualquer chance de reação.” (Fls. 05/06, 1º vol.).

Essa versão foi acolhida pelo Júri.

Verifica-se, assim, que os requisitos objetivos de pluralidade de ações e crimes, bem como unidade de tempo, lugar e maneira de execução, encontram-se presentes, além da ligação subjetiva entre o primeiro crime e o subsequente.

Reconheço, pois, a ocorrência de continuidade delitiva.

Passo ao exame da fixação da pena.

O Juiz, em função das respostas aos quesitos, estabeleceu as penas de cada delito em 15 anos de reclusão, com a compensação entre agravante e atenuante. Com o reconhecimento do concurso material, tornou-se definitiva em 30 anos de reclusão.

Tomando, como ponto de partida, a pena de 15 anos para o segundo delito — o mais grave, com duas qualificadoras (fls. 337, segunda série) — e aplicando-se a regra do parágrafo único do art. 71, acrescento mais 12 anos para o primeiro delito — o menos grave, ao ver dos jurados —, em relação ao qual não há agravantes, mas apenas atenuantes.

O critério acima levou em conta que a continuidade delitiva, se não pode exceder o máximo do concurso material, não deve igualmente, por uma razão lógica, ser inferior, no caso, à que seria cabível pelo concurso formal, ante a caracterização de desígnios autônomos, dada a identidade de situações.

Em conclusão, conheço do recurso, por ambos os fundamentos, e dou-lhe provimento para reduzir a pena total a vinte e sete anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS:
Senhor Presidente, como sempre,

os votos do Sr. Ministro Assis Toledo, no campo do direito penal e das perplexidades que a lei possa oferecer, são brilhantes. A construção que S. Exa. acaba de fazer parece-me perfeita, salvo num ponto sobre o qual me ocorre dúvida.

A continuidade delitiva constitui-se de critérios objetivos e, desde aí, parece-me, com a devida vênia da compreensão de S. Exa. (forrada, aliás, em precedentes do Supremo Tribunal Federal), que não se pode excluir do júri a quesitação dos critérios objetivos como fatos que são e que influam na pena.

Expressões como estas (lê):

“Mediante *mais de uma ação* ou *omissão prática dois ou mais crimes da mesma espécie. E, pelas*

condições de tempo, lugar, maneira de execução...”,

como circunstâncias elementares do fato, deveriam ter sido, necessariamente, quesitadas perante o júri para se chegar à conclusão da continuidade.

Todavia, isso é apenas uma dúvida que me ocorre; pelo que defrontada em face da jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal citada por S. Exa., no caso presente, resolvo a dúvida em favor do recorrente, embora não me comprometa com a tese de que tais critérios objetivos devam escapar ao exame do conselho de jurados.

Com estas considerações, acompanho inteiramente o voto do Sr. Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.180-7 — PR

(Registro nº 93.0033078-0)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorridos: *Andres Barry Rhys (réu preso) e Ramon Cardozo (réu preso)*

Advogado: *Dr. Washington Luiz Stelle Teixeira*

EMENTA: Penal. Entorpecente. Tráfico internacional. Consumo.

Réus presos na zona de fiscalização aduaneira brasileira, transportando grande quantidade de tóxicos.

Crime de ação múltipla que já se havia consumado na forma de transportar e trazer consigo, pois a conduta em foco contém todos os elementos do tipo incriminador em exame (art. 14, I, do CP).

Recurso do Ministério Público conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Ministros Edson Vidigal, Jesus Costa Lima, José Dantas e Flaquer Scartezzini.

Brasília, 21 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

Publicado no DJ de 14-03-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Os argentinos Andres Barry Rhys e Ramon Cardozo foram condenados pelo Juiz Federal de Foz do Iguaçu a seis anos de reclusão pela prática dos crimes previstos no art. 12 c/c 18, I, da Lei 6.368/76.

Inconformados, recorreram os réus, tendo a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria de votos, dado parcial provimento aos apelos para reconhecer a tentativa (art. 14, II, do CP) e reduzir as penas impostas na sentença, tornando-as definitivas em dois anos de reclusão e multa.

O acórdão ficou assim ementado:

“Penal. Entorpecentes. Tráfico internacional. Tentativa. Se o tráfico internacional de entorpecentes supõe a entrada clandestina destes no território nacional, não passa de tentativa o ato que teve essa finalidade obstada pela fiscalização aduaneira. Apelação provida em parte.” (fls. 120).

Contra essa decisão, recorre o Ministério Público Federal, pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência ao art. 14, I, do CP, além de divergência com acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos, proferido na Apelação Criminal 6.536-SP.

Admitido o recurso (fls. 154/156), subiram os autos e, nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer da lavra da Dra. Rilda Saraiva, opina pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso pela letra **c**, já que o acórdão trazido à colação, da lavra do Ministro Flaquer Scartezzini (TFR, ACr 6.536), considerou consumado o crime de tráfico internacional (art. 12 c/c 18, I, da Lei 6.368/76), mesmo quando o réu tenha sido surpreendido na zona de fiscalização alfandegária, ao contrário do que decidiu o acórdão recorrido.

No mérito, esta Turma já teve oportunidade de apreciar a matéria

quando do julgamento do REsp 36.580-5-PR, no qual proferi voto de mérito nos seguintes termos:

“A sentença condenou o réu nas penas do art. 12, ressaltando que o fazia sob a modalidade de adquirir, importar, transportar e trazer consigo substância entorpecente.

Neste caso, mesmo que a prisão tenha ocorrido na zona de fiscalização aduaneira brasileira, o crime já havia se consumado na forma de transportar e trazer consigo, pois a conduta praticada contém todos os elementos do tipo em exame (art. 14, I, do CP).

E tendo o próprio réu confessado que a droga era de origem uruguaia, correta a aplicação da ma-

yorante prevista no art. 18, I, da Lei de Tóxicos.

Poder-se-ia cogitar de crime tentado se a conduta fosse punida somente na modalidade de importar e exportar, tal como ocorre com o crime de contrabando (art. 334 do CP). O tipo em exame, porém, é mais abrangente, por se tratar de crime de ação múltipla.” (DJ de 04/10/93).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para considerar consumado o delito de tráfico internacional, impondo aos réus a pena de quatro anos de reclusão e multa, tal como fixada no acórdão (fls. 116), extirpando-se da dosimetria somente a redução de um meio pela tentativa, mantido o regime fechado.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 49.241-6 — SP

(Registro nº 94.0016287-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Maurício Flávio de Paula Júnior*

Advogado: *Dr. José Nicodemos da Silva*

EMENTA: *Criminal. Lei de tóxicos. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade.*

— **Substituição por multa. Sua inviabilidade, quer sob o aspecto de tratar-se de lei especial, de regência incompatível com tal favorecimento (Cód. Penal, arts. 12 e 60, § 2º), quer sob o aspecto da combinação cumulativa de espécies de penas.**

— **Precedente do Superior Tribunal de Justiça.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal e Jesus Costa Lima. Votou vencido o Ministro Assis Toledo. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Flaquer Scartezzini.

Brasília, 17 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

Publicado no DJ de 21-11-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Com fulcro na letra c do permissivo, o Ministério Público paulista recorre do acórdão que, provendo apelação do réu ora recorrido, substituiu a pena de seis meses de detenção pela de dez dias-multa — fls. 133. Sustenta-se a inviabilidade dessa substituição, tanto porque inaplicável a regra do art. 60, § 2º, do Cód. Penal, aos casos regidos por lei especial que dispuser em contrário (Ap 20.234-TJ-MG, RT 631/338), como porque também inaplicável quando prevista para o delito a dupla sanção privativa da liberdade e multa (TA-Cri-SP, Ap 588.155/9; e STJ, 5ª T.,

REsp 32.161-SP, Rel. Min. Flaquer Scartezzini em 12/5/93).

O parecer do Subprocurador-Geral Jair Bolzani é pelo improvimento do recurso, colacionando o acórdão deste Eg. Tribunal no mesmo sentido do acórdão recorrido (REsp 40.940-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 11/4/94).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, na verdade, servem ao conhecimento do recurso os precedentes colacionados, inclusive aquele proferido por esta Turma, sob relatoria do Sr. Min. Flaquer Scartezzini, com esta elucidativa ementa:

“Recurso especial — Lei de tóxicos — Conversão da pena privativa de liberdade em multa — Impossibilidade.

— A Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76) por ser legislação especial, e prevendo, para os condenados por crime previsto no seu art. 16, penas de detenção e multa, impossibilita a substituição da mesma em pecuniária.

— Inaplicável, portanto, o art. 12 e 60, § 2º, do Código Penal.

— Recurso a que se nega provimento.” — REsp 32.161, in DJ de 31/5/93.

Ao tempo desse pronunciamento unânime desta Turma, também a Eg.

Sexta Turma se pronunciou a propósito; acórdão da relatoria do Sr. Min. Vicente Cernicchiaro houve-se em recusar o obstáculo de tratar-se de lei especial, por si mesmo inconseqüente, mas acatou o óbice da inviabilidade da substituição quando se cuide da cominação cumulativa de espécies de pena, textual:

“Em sendo assim, se a cominação é pena privativa do exercício do direito da liberdade cumulada com multa, como a aplicação projetada **in concreto** a cominação, o Juiz não pode transformar a cumulação (cumulação de espécies) em identidade de espécies (ainda que cumuladas).

O magistrado, se assim o fizesse, teria transformado a pluralidade de espécies em unidade de espécies, malgrado a soma aritmética do valor da(s) multa(s).

Em breve, o Juiz não estaria aplicando a pena dentro da cominação legal, em frontal oposição ao princípio constitucional da “prévia definição legal”.

É certo. O Código Penal enseja a substituição da pena privativa do exercício do direito de liberdade por multa (art. 60, § 2º).

Diferente, no entanto, se a cominação da pena for cumulativa. Neste caso, a lei impôs pluralidade de sanções (espécies diferentes), entendendo que a infração penal impunha maior rigor.

Em se fazendo unificação (de espécie) alterar-se-á própria comi-

nação. Em outras palavras aplicar-se-á ao delito mais grave, pena menos severa. Evidente contradição lógica.” — REsp 36.797-SP, in DJ de 11/10/93.

É bem verdade que, muito recentemente, voltando a examinar a matéria aquela Turma adotou orientação oposta, conforme acórdão da lavra do Sr. Min. Adhemar Maciel, de cujo voto destacam-se os tópicos que se seguem:

“Como se vê, esse dispositivo, que foi inserido na parte geral do CP depois do advento da Lei de Tóxicos, não exige, para a substituição da pena privativa de liberdade pela de multa, seja a multa a única imposta.

A própria Exposição de Motivos da Lei n. 7.209/84 dá sua razão política, pois se preocupa com a ressocialização do condenado à pena privativa de liberdade de pequena monta.”

.....

“Poder-se-ia contra-argumentar que a Lei de Tóxicos, por ser “lei especial”, não é atingida por lei geral (Lei n. 7.209/84). **Data venia**, tal argumento seria falaz. Ao comentar o § 2º do art. 2º da LICC, ensina **Oscar Tenório**:

“A aparição de uma lei não importa necessariamente, em modificação ou revogação da anterior.”

.....

“As disposições anteriores, sejam gerais, sejam especiais, não perdem a vida quando são compatíveis com a lei posterior. Frequentemente, a norma geral nova é incompatível com a norma geral precedente. Dá-se a revogação, desde que tal incompatibilidade se verifique” (“Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, Borsóí, 2ª ed., pág. 90).

Ora, no caso concreto as duas leis não são incompatíveis. A **lex specialis** só prevaleceria se dissesse, expressamente, que não se poderia substituir a pena privativa de liberdade pela de multa.” — REsp 40.940-SP, in DJ de 11/4/94 (não participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli e Vicente Cernicchiaro).

Destas anotações bem se vê a razoabilidade dos três posicionamentos em que estão postos os precedentes do Tribunal, por suas Turmas Criminais, numa espécie de amadurecimento reflexivo da melhor interpretação que, logo mais, certamente encontrará seu ponto de harmonia.

Daí que, **si et in quantum**, permaneço em apoio ao precedente desta própria Turma.

Pelo exposto, conheço do recurso e o provejo para restabelecer a sentença de primeiro grau.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Maurício Flávio de Paula Jr. foi

condenado, pelo crime do art. 16 da Lei de Tóxicos, a seis meses de detenção e vinte dias-multa (fls. 88), em primeira instância.

Apelou e teve seu recurso parcialmente provido pelo Tribunal de Justiça, nestes termos:

“Pelo exposto, nega-se provimento à apelação de Dalmo Albino da Silva, dando-se-o parcialmente ao apelo de Maurício Flávio de Paula Júnior, para substituir a pena detentiva por dez dias-multa ao valor unitário mínimo, calculado segundo as normas da Parte Geral do Código Penal.” (Fls. 133).

O acórdão é totalmente omissivo quanto à questão de ser, ou não, acumulável a multa substitutiva com a pena pecuniária cominada ao crime.

A apelação também silenciou-se a respeito, versando apenas matéria relacionada com o pedido de absolvição.

Assim, o tema do recurso especial não foi prequestionado nem houve interposição de embargos declaratórios.

Por isso, com a máxima vênia, preliminarmente não conheço do recurso.

No mérito, acaso superada a preliminar, devo dizer que, mais uma vez pedindo vênia, convenci-me de que as controvérsias surgidas em torno da possibilidade de substituição, na hipótese do art. 16 da Lei de

Tóxicos, e de cumulatividade das penas de multa, a melhor solução está, segundo penso, com a conclusão afirmativa, tal como consigna o voto do Ministro Adhemar Maciel, citado no voto do Ministro-Relator (REsp 40.940-SP, DJ 11/4/94).

No sistema do Código Penal a acumulação de penas da mesma espécie é admitida expressamente (art. 44, parágrafo único, e art. 72).

Celso Delmanto é dessa opinião, salientando:

“O que o art. 60, § 2º, manda substituir é a “pena privativa de liberdade” e não a eventual multa. Além disso, não é estranha à sistemática do CP a acumulação de duas multas da mesma espécie.”

(*Código Penal Comentado*, Renovar, 2ª ed., pág. 60).

Há inúmeros precedentes jurisprudenciais nesse sentido, como se pode constatar *in Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, **Alberto Silva Franco** e outros, RT, 4ª ed., pág. 373.

Em conclusão, meu voto é pelo não conhecimento do recurso; se conhecido, pelo seu improvimento.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, peço vênha ao Eminentíssimo Ministro Assis Toledo para acompanhar o Eminentíssimo Ministro José Dantas.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 63.761-9 — SP

(Registro nº 95.0017695-5)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Tereza Marlene F. Meirelles e outros*

Recorrida: *Adalgisa Altina Vicente*

Advogados: *José Abud Victor Filho e outros*

EMENTA: Previdenciário — Trabalhador rural — Aposentadoria por velhice — Requisitos.

— Para efeito de obtenção de benefício previdenciário, não se prestam à comprovar atividade rural, prova exclusivamente testemunhal.

— Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 17 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 05-06-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, interpõe recurso especial, com espeque no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região que, em ação de benefício previdenciário julgada procedente (fls. 27/30), acolheu pedido de aposentadoria por velhice, entendendo suficiente à comprovação da qualidade de rurícola, a prova exclusivamente testemunhal.

Em sua súplica, sustenta o Instituto-recorrente negativa de vigência dos artigos 25, 48, 106 e 143 da Lei 8.213/91, art. 57 do Dec. 83.080/79 e art. 5º da LC 16/73, ao argumento de que a prova exclusivamente teste-

munhal não se presta à comprovação de atividade laborativa de trabalhador rural (fls. 46/49).

Sem contra-razões (fls. 52), o recurso foi admitido (fls. 54/55).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, a matéria é bastante conhecida da Turma.

Cuida-se, a hipótese, de valorar a prova exclusivamente testemunhal, para obtenção de benefício previdenciário rural.

Embora sensível a dificuldade do trabalhador rural na obtenção de prova escrita do exercício de sua profissão, na hipótese dos autos valorou-se, unicamente, a prova oral, com violação do invocado art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91.

Assim, fora os depoimentos de fls. 23/25, não se tem nenhuma outra prova da qualidade rurícola da requerente, o que contraria o entendimento que temos adotado, no sentido de que simples depoimentos testemunhais, sem qualquer início de prova material, não se prestam a demonstrar tempo de serviço ou mesmo exercício de atividade rural.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes, a teor de suas elucidativas ementas:

“Previdenciário. Trabalhador rural. Aposentadoria por idade. Requisito.

— Aposentadoria da trabalhadora rural aos cinqüenta e cinco anos de idade de que trata o inciso I do artigo 202 da Constituição supõe prova dessa atividade, a qual não pode resultar de simples testemunhos, na forma prevista no Regulamento de Benefícios da Previdência. (REsp 59.404-9/SP, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ de 10.04.95).”

“Previdenciário. Trabalhador rural. Aposentadoria por idade. Exigências legais.

— Valoração da prova. Inexistindo qualquer início de prova documental tocante à atividade rurícola do beneficiado, ainda que seja pela sua qualificação profissional em atos do registro civil, no mister não cabe valorar a “prova exclusivamente testemunhal”. (REsp 49.371-4/SP, Rel. Min. José Dantas, DJ de 01.08.94).”

“Previdenciário — Trabalhador rural — Aposentadoria — Requisitos.

1. A valoração da prova exclusivamente testemunhal, da atividade de trabalhador rural, só é válida

se apoiada em indício de prova material.

2. Recurso provido. (REsp 58.166-4/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 27.03.95).”

“Previdenciário — Trabalhador rural — Aposentadoria por velhice — Requisito.

— Para efeito de obtenção de benefício previdenciário, não se prestam a comprovar atividade rural, prova exclusivamente testemunhal.

— Recurso provido. (REsp 46.828-0/SP, Rel. Min. Flaquer Scartezini, DJ de 12.12.94).”

Em que pesem as lúcidas considerações do v. acórdão impugnado, não posso concordar, **data venia**, com suas conclusões, em face da uníssona jurisprudência desta Corte no sentido da necessidade de um mínimo de prova material, a amparar a testemunhal.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação, sem ônus, por se tratar de Justiça Gratuita.

É como voto.