

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM
RECURSO ESPECIAL N. 196.940 – DF**

(Registro n. 99.0069380-9)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Embargantes: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Ministério Público Federal

Embargado: Alcy de Souza Almeida

Advogado: Osli Barreto Camilo (defensor público)

EMENTA: Embargos de divergência em recurso especial – Direito Penal – Pena – Reincidente – Regime prisional fechado.

A teor do disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, sendo reincidente o réu condenado, impõe-se o regime inicialmente fechado para cumprimento da pena reclusiva, ainda que inferior a 4 anos.

Embargos de divergência acolhidos do Ministério Público Federal. Não conhecidos os do *Parquet* do Distrito Federal e Territórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer dos embargos opostos pelo Ministério Público Federal e os acolher, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, William Patterson e Edson Vidigal. Vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido. Ausentes, justificadamente, nesta assentada, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Hamilton Carvalhido e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 26 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 6.11.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: O Ministério Público do Distrito Federal e o Ministério Público Federal opõem embargos de divergência ao v. acórdão proferido pela egrégia Sexta Turma, assim ementado (fl. 189):

“REsp. Penal. Reincidência. O disposto no art. 33, § 2^a, alíneas a e c, do Código Penal impõe o regime inicial fechado ao réu reincidente. Há, porém, que se atender às particularidades do caso, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena. É fundamental observar os requisitos objetivos e subjetivos, mesmo quando tratar-se da reincidência. Não há por que dar ao réu que não demonstra possuir grau de culpa intensa, cuja personalidade e conduta não revelam traços de periculosidade ou de temerabilidade social, o mesmo tratamento dado a quem é participante de criminalidade de alta periculosidade.”

Com essa decisão, a egrégia Sexta Turma não conheceu de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra acórdão do Tribunal de Justiça local que, em grau de apelação, proclamou o entendimento de ser possível a imposição de regime prisional inicial semi-aberto a condenado reincidente.

Alegam os Embargantes que o aresto ora embargado divergiu frontalmente de entendimento pacífico da Quinta Turma desta Corte no sentido de que ao réu reincidente impõe-se estabelecer o regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda (REsps n. 149.263-DF, 83.856-SP e 68.136-SP).

Configurado, **prima facie**, o alegado dissídio, admiti os embargos por despacho de fl. 250, ensejando, em seguida, oportunidade para impugnação do Embargado, mediante a intimação pessoal da Defensoria Pública, que não as ofertou (fl. 255).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Têm razão os Embargantes.

Com efeito, é evidente o paralelismo entre o acórdão embargado e os julgados da Quinta Turma trazidos a confronto: ambos cuidam de idêntica

tese jurídica em torno da regra contida no art. 33 do Código Penal, relacionada à possibilidade de o réu reincidente cumprir a pena em regime diverso do fechado.

Enquanto o v. aresto embargado considerou admissível a fixação do regime semi-aberto para o inicial cumprimento da pena privativa de liberdade, os arestos paradigmáticos, em franca oposição, proclamaram tese oposta, no sentido de que ao condenado à pena reclusiva, se reincidente, deve-se impor o regime prisional inicialmente fechado.

Vê-se, assim, que o dissenso pretoriano é patente, devendo prevalecer, a meu sentir, a orientação da egrégia Quinta Turma sufragada nos acórdãos trazidos a confronto, dos quais transcrevo o voto que proferi como relator do REsp n. 149.263-DF, **verbis**:

“O julgado sob reexame está assim ementado (fls. 182/183):

‘Penal. Furto qualificado. Reincidência. Regime penitenciário.

Ao réu reincidente condenado por pena inferior a quatro anos de reclusão, aplica-se o regime penitenciário semi-aberto, por ser ele o mais favorável e compatível com a regra do § 2º, c, do artigo 33 do Código Penal.’ (fl. 152).

Consoante apontado no parecer da Dra. Márcia Dometila Lima de Carvalho, ilustre Subprocuradora Geral da República, a orientação do STJ, na espécie, é no sentido de que ao réu reincidente impõe-se estabelecer inicialmente o regime fechado. Sejam exemplos (fls. 183/184):

‘Penal. Condenação. Reincidência.

– Regime inicial da pena. Tranqüila a jurisprudência da Turma, quanto à obrigatória imposição inicial do regime fechado, em sendo reincidente o réu.’ (REsp n. 83.856-SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Dantas, DJ de 2.3.1998, p. 127).

‘Penal. Pena. Regime. Reincidência.

– A interpretação do § 2º do art. 33, letras **b** e **c**, do Código Penal, conduzem à convicção de que o réu reincidente deve cumprir a pena em regime inicial fechado.

– Precedentes do STJ.

– Recurso especial conhecido e provido' (REsp n. 77.373-SP, Sexta Turma, Rel. Min. William Patterson, DJ de 13.5.1996, p. 15.583).

E mais, à fl. 130:

'Penal. Processual. Regime prisional. Réu reincidente.

O condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da pena de reclusão sempre em regime fechado, independentemente da quantidade de pena aplicada.

Recurso conhecido e provido.' (STJ, REsp n. 66.708-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 24.6.1996).

Posto isso, conheço do recurso e o provejo para, reformando o v. acórdão, fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta.”

Ante o exposto, conheço dos embargos do Ministério Público Federal e os acolho. Não conheço dos embargos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, posto a atuação de **custos legis**, no Superior Tribunal de Justiça, recair sobre o *Parquet* Federal.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, penso que o § 2^a do art. 33 do Código Penal não permite a conclusão de que a reincidência produza, necessariamente, o regime inicial fechado.

Na verdade, o § 2^a expressa exatamente o seguinte: (lê)

“As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.”

A vedação única que existe para o reincidente nessa hipótese é a do regime aberto, mas não há impedimento legal algum que ele tenha, como regime inicial, o regime semi-aberto.

Por essas razões, desacolho os embargos.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro William Patterson: Trata-se de embargos de divergência opostos ao acórdão da Sexta Turma, lavra do ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que assim escreveu a ementa:

“REsp. Penal. Reincidência. O disposto no art. 33, § 2^a, alíneas a e c, do Código Penal impõe o regime inicial fechado ao réu reincidente. Há, porém, que se atender às peculiaridades do caso, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena. É fundamental observar os requisitos objetivos e subjetivos, mesmo quando tratar-se da reincidência. Não há por que dar ao réu que não demonstra possuir grau de culpa intensa, cuja personalidade e conduta não revelam traços de periculosidade ou de temerabilidade social, o mesmo tratamento dado a quem é participante de criminalidade de alta periculosidade.” (fl. 189).

Na assentada em que teve início o julgamento dos embargos, o digno Relator, Ministro José Arnaldo da Fonseca, entendeu configurada a divergência e deu provimento ao recurso. Assim, fez prevalecer a tese dos acórdãos paradigmas, no sentido de que ao “réu reincidente impõe-se estabelecer o regime inicialmente fechado”.

Pedi vista dos autos, para examinar os pressupostos fáticos que embasaram os diferentes posicionamentos interpretativos da norma penal.

À conclusão de satisfatoriamente demonstrada a divergência jurisprudencial, mantenho o entendimento que perfilhei no precedente a que se

reportou o eminente Relator. Trata-se do REsp n. 77.373-SP, cuja ementa está assim redigida:

“Penal. Pena. Regime. Reincidência.

– A interpretação do § 2^a do art. 33, letras **b** e **c**, do Código Penal, conduzem à convicção de que o réu reincidente deve cumprir a pena em regime inicial fechado.

– Precedentes do STJ.

– Recurso especial conhecido e provido.”

Ante o exposto, acompanho o Relator.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Foram opostos dois embargos; um do Ministério Público do Distrito Federal e o outro do Ministério Público Federal. O Sr. Ministro-Relator, genericamente, admitiu os embargos e os acolheu.

APARTE

O Sr. Ministro Vicente Leal (Presidente): Os embargos são na mesma direção.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sim. O Ministro-Relator vai conhecer do recurso e dar-lhe provimento. É o voto de S. Ex.^a, o Relator. Então, creio eu, num primeiro momento, que há a necessidade de explicitar-se que não se conhece dos embargos do Ministério Público do Distrito Federal porque o que atua na Corte é o Ministério Público Federal.

APARTE

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): E é nesse sentido a explicitação.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Mas não está nos autos. Não está

no voto de V. Ex.^a. Então, se V. Ex.^a decide assim, ou seja, que vai consignar que não conhece dos embargos do Ministério Público do Distrito Federal, acompanho o voto de V. Ex.^a nesse ponto.

APARTE

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Vou fazer consignar porque, talvez, essa questão tenha me passado implicitamente.

VOTO-VISTA (VENCIDO EM PARTE)

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Nos embargos do Ministério Público Federal que V. Ex.^a acolheu, para estabelecer, para prestigiar a letra expressa do art. 33 do Código Penal, não admitindo o regime semi-aberto para o caso, porque seria reincidente o agente, V. Ex.^a acolheu os embargos para não admitir o regime semi-aberto. Peço licença a V. Ex.^a para divergir do seu douto voto, pois, no caso concreto, em que se tratou do furto de uma bolsa de uma moça, não vejo em que a reincidência implique necessariamente regime integralmente fechado. Nesse ponto, vou divergir do voto de V. Ex.^a para rejeitar os embargos opostos pelo Ministério Público Federal, acompanhando o voto do Ministro Hamilton Carvalhido. No entanto, acompanho o voto de V. Ex.^a para não conhecer dos embargos opostos pelo Ministério Público do Distrito Federal.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 6.865 – DF

(Registro n. 2000.0024874-6)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Impetrante: Antônio Francelino Lopes
Advogado: Artur Coelho da Silva Neto
Impetrado: Ministro de Estado dos Transportes

EMENTA: Constitucional – Administrativo – Mandado de segurança – Servidor público – Ex-combatente – Suspensão dos vencimentos – Ato omissivo contínuo reconhecido – Cumulação de aposentadoria por tempo de serviço e pensão especial – Possibilidade – Art. 53, II, do ADCT.

1. A doutrina e a jurisprudência têm se posicionado no sentido de que, existindo um ato omissivo por parte da Administração, poderá este tornar-se contínuo, não podendo se falar, nestes casos, em decadência da ação mandamental. Logo, infere-se por ato omissivo todo aquele que a autoridade administrativa competente para praticá-lo deixa de fazê-lo, quer por sua própria inércia, quer por deixar de atender a requerimento do interessado. No caso **sub judice**, a autoridade coatora simplesmente deixou de pagar ao impetrante o que lhe era, a princípio, devido, renovando-se mês a mês a abusividade do ato, omitindo-se, desta forma, continuamente acerca de seu direito. Cabimento da impetração.

2. Reveste-se da natureza de benefício previdenciário a aposentadoria do servidor público (cf. STF, RE n. 236.902-DF, Rel. Min. Néri da Silveira). Assim, a teor do art. 53, II, do ADCT, pode-se cumular a pensão especial concedida a ex-combatente, correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, com a aposentadoria por tempo de serviço, porquanto a norma constitucional excepcionou os benefícios previdenciários da inacumulatividade.

3. Precedente desta Terceira Seção (MS n. 3.265-DF).

4. Preliminar de falta de materialidade do ato coator rejeitada, por ser este omissivo contínuo e, no mérito, segurança concedida para determinar o imediato restabelecimento do pagamento dos vencimentos e vantagens percebidos pelo impetrante, em virtude de sua aposentadoria por tempo de serviço.

5. Custas **ex leges**. Honorários advocatícios incabíveis, nos termos das Súmulas n. 512-STF e 105-STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Edson Vidigal, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp e Hamilton Carvalhido. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Vicente Leal e Fontes de Alencar. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília-DF, 27 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 13.11.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Antônio Francelino Lopes contra ato do Sr. Ministro dos Transportes, objetivando restabelecer o pagamento de seus proventos e vantagens de aposentadoria por tempo de serviço, suspenso em razão do percebimento em conjunto de pensão especial de ex-combatente.

O Impetrante aduz, nas suas razões, em síntese, que, na condição de funcionário público, junto ao Departamento Nacional de Estradas e Rodagem – DNER, órgão integrante do Ministério dos Transportes, trabalhou como Artífice de Mecânica, até janeiro de 1981, quando se aposentou. *Em novembro de 1992*, passou a receber do Ministério da Marinha, por ter participado em Operações Bélicas na Segunda Guerra Mundial, pensão especial paga a ex-combatente, razão pela qual teve o pagamento de sua aposentadoria por tempo de serviço interrompido. Pleiteia, com fundamento no art. 53, II, do ADCT c.c. a Lei n. 8.059/1990, a revogação do ato administrativo praticado pela autoridade acoimada de coatora, porquanto entende ser possível a cumulação desses dois benefícios. *Esclarece que não há ato concreto, mas sim omissivo contínuo, uma vez que não mais recebe tais vencimentos, juntando, para tanto, os últimos holleriths referentes aos meses de julho, agosto e setembro de 1992.*

Distribuídos os autos ao ilustre Ministro William Patterson (fl. 19), solicitou S. Ex.^a as informações de praxe, que foram prestadas às fls. 24/31.

Alega a autoridade coatora, preliminarmente, que o Impetrante não juntou aos autos a decisão ministerial impugnada que ensejou a suspensão do pagamento e, portanto, não atendeu às exigências dos elementos de convicção sobre os quais sustenta o seu pretenso direito. No mérito, explana acerca da impossibilidade da acumulação de pensão especial com rendimentos recebidos dos cofres públicos, por expressa vedação constitucional, ex-cetuando-se somente os casos referentes aos benefícios previdenciários. Esclareceu que o Impetrante, ciente da vedação legal da inacumulatividade dos

benefícios, optou pelo recebimento da pensão especial concedida ao ex-combatente e, ao assim proceder, escolheu a fonte pagadora que lhe era mais vantajosa.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina, inicialmente, pela extinção do processo sem julgamento do mérito e, uma vez ultrapassado este óbice, pela concessão da ordem (fls. 34/37). Redistribuídos os autos a esta relatoria, vieram-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezini (Relator): Sr. Presidente, conheço deste *writ* para conceder a segurança.

Inicialmente, quanto à preliminar de ausência de ato coator a legitimar a presente impetração reputo esta inconsistente. Anoto que a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado no sentido de que, existindo um ato omissivo por parte da Administração, poderá este tornar-se contínuo, não podendo se falar, nestes casos, em decadência da ação mandamental. **Carlos Alberto Menezes Direito**, in Manual do Mandado de Segurança, Ed. Renovar, RJ, 1998, 3ª edição, p. 77, neste diapasão se coloca, em consonância com julgados deste Tribunal (cf. MS n. 44.255-DF, Rel. Ministro Peçanha Martins e MS n. 6.212-DF, Rel. Ministro Fernando Gonçalves), ao lecionar, **verbis**:

“Se o ato impugnado for omissivo, em princípio, o termo inicial não tem como ser computado, inexistindo a decadência, porque não flui o prazo. Há, no caso, omissão contínua.”

Logo, infere-se por ato omissivo todo aquele que a autoridade administrativa competente para praticá-lo deixa de fazê-lo, quer por sua própria inércia, quer por deixar de atender a requerimento do interessado. No caso **sub judice**, a autoridade coatora simplesmente deixou de pagar ao Impetrante o que lhe era, a princípio, devido, renovando-se mês a mês a abusividade do ato, omitindo-se, desta forma, continuamente acerca de seu direito.

Por tais razões, *rejeito a preliminar argüida e conheço da impetração*.

Passo ao exame do mérito.

O art. 53, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que:

“Art. 53 – Ao *ex-combatente* que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei n. 5.315, de 12 de setembro de 1967, *serão assegurados os seguintes direitos:*

I – ... **omissis.**

II – *pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção.*” – grifei.

Tal disposição constitucional foi regulamentada pela Lei n. 8.059, de 4 de julho de 1990, que em seu art. 4^o normatiza, **verbis**:

“Art. 4^o – A pensão é inacumulável com quaisquer rendimentos percebidos dos cofres públicos, *exceto os benefícios previdenciários.*

§ 1^o – O *ex-combatente*, ou dependente legalmente habilitado, que passar a receber importância dos cofres públicos perderá o direito à pensão especial pelo tempo em que permanecer nessa situação, não podendo a sua cota-parte ser transferida a outros dependentes.

§ 2^o – Fica assegurado ao interessado que perceber outros rendimentos pagos pelos cofres públicos o direito de optar pela pensão ou por esses rendimentos.” – grifei.

Ora, o texto constitucional, bem como a norma legal supracitada, de forma cristalina, asseguram ao *ex-combatente* a possibilidade, apenas, de cumular o recebimento da pensão especial com os benefícios previdenciários. Desta forma, ficaria somente vedada a acumulação da referida pensão especial com outras pensões ou, ainda, com vencimentos, se o aposentado, porventura, voltasse à atividade laborativa.

Registro que o art. 40 da Constituição Federal prevê que é assegurado ao servidor público da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal regime de previdência de caráter contributivo, podendo estes ser aposentados por invalidez, compulsoriamente ou voluntariamente, por tempo de serviço. Assim, estas contribuições, apesar da natureza própria do sistema,

acarretam, *analogicamente*, as chamadas *prestações previdenciárias*, que são, nas lições de **Mozart Victor Russomano**, “vantagens que se oferece aos segurados e seus dependentes, em determinadas situações, uma vez preenchidos certos requisitos legais. As prestações se dividem em duas grandes categorias: a) benefícios; b) serviços. Os benefícios são pagamentos feitos em dinheiro, quer de uma única vez (como no caso do auxílio-funeral), quer sob a forma continuada de renda mensal (aposentadoria e pensão, por exemplo)...” (in, Curso de Previdência Social, Ed. Forense, RJ, 1988, p. 176).

Desta forma, temos que a aposentadoria por tempo de serviço, decorrente de prestações de natureza previdenciária devidamente recolhidas pelo Impetrante, enquanto servidor do Ministério dos Transportes, nada mais é que uma espécie de benefício previdenciário, sendo, nos termos do art. 53, II, do ADCT c.c. a Lei n. 8.059/1990, acumulável com a pensão especial concedida a ex-combatente, correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas.

No mesmo sentido, a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte de Justiça, assim ementadas:

“1. Recurso extraordinário. 2. Ex-combatente. 3. Pensão especial prevista no art. 53, II, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988. 4. *A referida pensão especial é acumulável com benefício previdenciário.* 5. *Reveste-se da natureza de benefício previdenciário a aposentadoria de servidor público.* 6. Mandado de segurança deferido. 7. Acórdão que se mantém. 8. Recurso extraordinário não conhecido, em conformidade com parecer da Procuradoria Geral da República.” (STF, Segunda Turma, RE n. 236.902-DF, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJU de 1.10.1999) – grifei.

“Constitucional e Administrativo. Servidor público. Ex-combatente. Aposentadoria por tempo de serviço e pensão especial. Art. 53, II, ADCT. Cumulatividade.

– O art. 53, II, do ADCT, ao excetuar os benefícios previdenciários da inacumulabilidade, permitiu seu recebimento juntamente com a pensão especial dos ex-combatentes.

– O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança. Súmulas n. 269 e 271 do STF.

– Segurança parcialmente concedida.” (STJ, Terceira Seção, MS n. 3.265-DF, Rel. Ministro Felix Fischer, DJU de 16.3.1998).

Por tais fundamentos, *rejeito a preliminar de falta de materialidade do ato coator, por ser este omissivo contínuo e, no mérito, julgo procedente o pedido para conceder a ordem e determinar o imediato restabelecimento do pagamento dos vencimentos e vantagens percebidos pelo Impetrante, em virtude de sua aposentadoria por tempo de serviço.*

Custas ex leges.

Honorários advocatícios incabíveis, nos termos das Súmulas n. 512-STF e 105-STJ.

É como voto.

