



Jurisprudência da Quinta Turma

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO
RECURSO ESPECIAL N. 490.861-RS (2002/0173366-2)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Patricia Lima Batista Rodrigues e outros

Embargados: Zila Schultz

Advogados: Míriam Winter e outros

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Descabimento. Hipóteses legais. Não-demonstração. Prequestionamento de matéria constitucional. Impossibilidade na via do recurso especial.

1. A via dos embargos de declaração não se coaduna com a pretensão do Embargante de rediscutir a questão relativa à admissibilidade do recurso especial pela dissídio jurisprudencial, sendo certo que tal matéria foi expressamente abordada na decisão ora embargada.

2. Em sede de recurso especial, é vedada a esta Corte a apreciação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento visando à futura interposição de recurso extraordinário, sob pena de invasão da competência da Suprema Corte, guardiã da Carta Magna. Precedentes.

3. Embargos de declaração rejeitados.

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, rejeitar os embargos. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 05 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, em face de acórdão da minha relatoria, que restou ementado nos seguintes termos, **litteris**:

“Processual Civil. Administrativo. Servidor público. Aposentadoria. Contagem de tempo de servidor prestado sob condições especiais com os devidos acréscimos. Possibilidade. Tese do recorrente prequestionada. Matéria de cunho constitucional e infraconstitucional. Divergência notória. Desnecessidade de cotejo. Jurisprudência desta Corte em consonância com a do Supremo Tribunal Federal.

1. É dispensável o prequestionamento explícito dos dispositivos legais tidos como violados, bastando que a tese desenvolvida em torno dos referidos dispositivos tenha sido objeto de manifestação pelo Tribunal de origem, o que ocorre no caso em tela. Precedentes.

2. Quando manifesto o dissenso jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os reiterados julgados desta Corte, mostra-se suficiente a simples transcrição de ementas com o fito de demonstrar o cabimento do recurso especial pela alínea **c**. Precedentes.

3. A matéria referente à contagem de tempo especial para efeitos de aposentadoria no regime estatutário, a despeito de também possuir conteúdo constitucional, demanda a interpretação da legislação federal infraconstitucional elencada pela Recorrente nas razões do especial, razão pela qual deve ser apreciada por esta Corte.

4. O servidor público, regido pelo regime celetista, teve incorporado ao seu patrimônio jurídico o direito à contagem do tempo de serviço prestado sob condições especiais, assim definida na legislação vigente à época do efetivo exercício, com os devidos acréscimos, para fim de aposentadoria estatutária. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental desprovido.” (fl. 170)

Nas razões dos presentes embargos, alega o INSS, em síntese, que os precedentes colacionados na decisão ora embargada não são aplicáveis na espécie, em razão da ausência de similitude fática. Pretende, ainda, provocar a manifestação desta Corte sobre a questão relativa à contagem de tempo de serviço de Professor, sob a ótica de dispositivos constitucionais.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Conforme dispõe o art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado.

In casu, observa-se que o embargante pretende, com os aclaratórios, rediscutir a questão referente ao cabimento do recurso especial pela alínea **c**, bem como provocar a manifestação desta Corte sobre a questão relativa à contagem de tempo de serviço de Professor, sob a ótica de dispositivos constitucionais.

Em primeiro lugar, esclareço que a via dos embargos de declaração não se coaduna com a pretensão do Embargante, uma vez que a questão relativa à admissibilidade do recurso especial pela divergência foi expressamente abordada na decisão ora embargada.

Em segundo lugar, é de se registrar que a Autarquia Previdenciária inova na sua argumentação, no tocante à alegação da existência de tratamento diferenciado na contagem do tempo de serviço para os professores, uma vez que tal matéria não foi tratada no Tribunal de origem, tampouco foi levantada no momento oportuno das contra-razões, já que estas sequer foram ofertadas.

Além disso, é certo que a esta Corte Superior de Justiça, em sede de recurso especial, é vedada a apreciação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento visando à futura interposição de recurso extraordinário, sob pena de usurpação da competência da Suprema Corte, guardiã da Carta Magna.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes precedentes:

“Processual Civil. Contribuição previdenciária. Autônomos. Embargos de declaração. Análise de matéria constitucional. Impossibilidade.

I - Os presentes embargos de declaração têm a finalidade única de prequestionar matéria constitucional visando à futura apreciação de recurso junto ao Supremo Tribunal Federal.

II - Como é de sabença geral, é vedado ao Superior Tribunal de Justiça, na via do recurso especial, o exame de violação a dispositivo constitucional, mesmo que para enfatizar o prequestionamento da matéria.

III - Embargos rejeitados.” (EDcl no AgRg no REsp n. 643.065-MG, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 25.04.2005)

“Processual Civil. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Ausência dos pressupostos. Tema não ventilado na instância **a quo**. Inadmissibilidade. Ausência de prequestionamento. Súmulas ns. 282 e 356-STF. Citação. Demora.

Motivos inerentes ao mecanismo do Judiciário. Reexame de matéria fático-probatória. Inviabilidade. Súmula n. 07-STJ. Prequestionamento de matéria constitucional em sede de recurso especial. Inviabilidade. Embargos de declaração rejeitados.

I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos.

II - Nos termos das Súmulas ns. 282 e 356-STF, não é cabível, em sede de recurso especial, a apreciação de matéria cujo tema não fora objeto de discussão no acórdão recorrido, tendo em vista a exigência do indispensável prequestionamento.

III - É inviável, em sede de recurso especial o reexame de matéria fático-probatória, tendo em vista o óbice contido no Verbete Sumular n. 07-STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

IV - Não é possível o prequestionamento de matéria constitucional, em sede de recurso especial, em respeito à competência delineada pela Constituição, ao designar o Supremo Tribunal Federal como seu Guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no presente recurso exorbita os limites normativos do Especial, que estão precisamente delineados no art. 105, III, da Constituição Federal.

V - Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no AgRg no Ag n. 596.129-PE, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 18.04.2005.)

“Embargos de declaração. Matéria constitucional. Impossibilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Intimação. Parte contrária. Não-ocorrência.

1. Não é possível, em sede de embargos de declaração, apreciar violação a artigos da Constituição Federal, porquanto o prequestionamento de matéria essencialmente constitucional, por esta Corte, implicaria usurpação da competência do STF

2. Continuam incólumes e íntegros os fundamentos do acórdão do agravo regimental, não havendo que se falar em ocorrência de efeitos infringentes e necessidade de respeito ao contraditório. Ainda que assim não fosse, não existe disposição legal determinando a intimação da parte contrária, quando do julgamento dos embargos declaratórios. Trata-se de mera construção pretoriana que, por isso mesmo, não tem caráter cogente, sendo a sua adoção uma faculdade e não uma obrigatoriedade.

3. Embargos rejeitados.” (EDcl no AgRg no Ag n. 585.773-RS, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 21.03.2005)

Conclui-se, portanto, que o ora Embargante não logrou êxito em demonstrar a existência de uma das hipóteses legais de cabimento dos embargos de declaração, mostrando-se, portanto, inequivocamente descabidos.

Ante o exposto, rejeito os presentes embargos.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 35.391-PE (2004/0064957-5)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Rosângela de Melo Cahu Arcoverde de Souza

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Paciente: Tanagra Rodrigues Valença Tenório Rocha

EMENTA

Habeas corpus. Crime de denúncia caluniosa. Ausência de justa causa evidenciada. Trancamento da ação penal.

1. O trancamento da ação penal pela via de **habeas corpus** é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. Não se vislumbra, na espécie, qualquer elemento indiciário de autoria da Paciente quanto à prática do delito de denúncia caluniosa, uma vez que não outorgou poder ao procurador para proceder a **notitia criminis**, que deu causa à instauração de inquérito policial contra outrem, imputando-lhe, de forma infundada, a conduta típica prevista no art. 171, do Código Penal.

3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal em relação à ora Paciente, restando prejudicada as demais alegações.

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, conceder a ordem, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 05 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 06.06.2005

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de Tanagra Rodrigues Valença Tenório Rocha, em face de decisão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Informam os autos que a ora Paciente, sócia da Empresa Tenório Empreendimentos Imobiliários, foi denunciada como incurso no art. 339, **caput**, do Código Penal, sob a acusação de ter prestado notícia-crime caluniosa, sobre sonegação fiscal contra a Empresa Cristo Rei Madeiras, com a qual a empresa da Paciente teria negociado.

Inconformada, a Defesa impetrou **habeas corpus** no Tribunal **a quo**, no entanto, a ordem foi denegada no *writ* originário, que preservou a ação penal em acórdão assim ementado:

“Direito Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Sociedade mercantil. Representação criminal realizada por procurador. Denúncia caluniosa. Índícios suficientes de autoria. Falta de justa causa e inépcia da denúncia inexistentes. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. — **In casu**, é inconteste que é de ser atribuída à paciente a autoria do delito tipificado no art. 339 do CP, porquanto é certo que o fato que resultou na abertura do inquérito policial e na conseqüente ação penal, fora praticado em nome de empresa representada pela acusada, com o fim escuso de tumultuar processo de apuração da responsabilidade tributária dizente à transação comercial efetuada entre a prefalada empresa e a sociedade mercantil denunciada. — Ordem denegada.” (fl. 142)

No presente *writ*, a Impetrante repisa os argumentos da impetração originária, alegando, em síntese, inépcia da denúncia, que “descreve condutas impessoais e genéricas, reunidas sob a mesma rubrica do Código Penal, sem individualizar a cota de participação dos acusados” (fl. 04), e falta de justa causa para instauração

de ação, diante da “ausência de indícios de autoria, bem como a materialidade do delito e finalmente a conduta atípica” (fl. 12). Sustenta, ainda, cerceamento de defesa, pois não foi a Paciente devidamente intimada na fase do inquérito. Pugna, pois, pelo trancamento da ação penal.

O pedido de liminar foi indeferido pelo então Ministro-Relator Jorge Scartezini nos termos da decisão de fl. 149.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 169/170.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 172/175, opinando pela denegação da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa:

“**Habeas corpus**. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Justa causa e ausência de inépcia da denúncia.

Consoante o disposto na jurisprudência, em se tratando de **habeas corpus**, somente é viável o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, quando desponta, primo **ictu oculi**, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade.

Outrossim, preenchidos todos os requisitos legais para o oferecimento da denúncia, não há que se falar em inépcia da peça acusatória.

Parecer pela denegação da ordem.”

Com a transferência do Relator, Ministro Jorge Scartezini, para a egrégia Segunda Seção, foram os autos a mim redistribuídos.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, cumpre asseverar que, “a teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de **habeas corpus** é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.” (RHC n. 15.639-SP, de minha relatoria, DJ de 13.09.2004)

A denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal restou assim ofertada, na parte que interessa:

“Consta dos autos de Inquérito Policial que os referidos denunciados, representantes da empresa Tenório Empreendimentos Imobiliários Ltda, ofereceram notícia-crime contra atos supostamente criminosos da empresa Cristo

Rei Madeiras. Afirmaram que receberam uma fatura para o pagamento do ICMS de uma transação que teria envolvido as referidas empresas. Entendendo não ter havido tal transação, supuseram que a madeireira estaria agindo de acordo com a tipificação do art. 171 do Código Penal Brasileiro, ou seja, praticando o crime de estelionato.

A fundamentação dessa notícia-crime seria que a empresa que visava denunciar teria provocado uma falsa transação para que a carga tributária fosse mais baixa, pois o comércio de certos produtos, se feito com uma empresa do ramo da construção civil (que é o caso da empresa dos denunciados), teria uma carga tributária mais favorável.

Apesar dessa notícia-crime que visava à investigação dos atos acima descritos, *o crime que houve a ser averiguado foi, na verdade, dos próprios representantes da empresa Tenório Empreendimentos Imobiliários Ltda.*

Na verdade, foi comprovado que houve, realmente, uma transação envolvendo as duas empresas na venda que resultou na obrigação tributária fixada no valor de R\$ 1.120,27, devido pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços — ICMS. Entretanto, essa transação foi intermediada pela empresa União Madeiras Ltda, que fez o repasse da mercadoria para os denunciados.

Assim, com uma simples intermediação que não influenciou em nada, pois os denunciados sabiam de onde essas mercadorias provieram e, mesmo assim, para se eximirem do pagamento do imposto, procuraram requerer uma investigação que, no seu entendimento, serviria mais para confundir os papéis de quem seria realmente, a empresa criminosa.

Nesse sentido, causaram embaraços aos representantes da empresa Cristo Rei Madeira por se verem envolvidos em investigações infundadas, que mais trouxeram prejuízos à imagem da empresa no comércio.

Confirmando ainda mais as suspeitas do cometimento do crime de denunciação caluniosa, tipificado no art. 339, **caput**, do CPB, os denunciados trataram logo de realizar pagamento do imposto que era devido, quando perceberam que a investigação não estava correndo no sentido que pretendiam. Tal atitude demonstrou claramente a finalidade dos atos dos denunciados, ou seja, que a notícia-crime teria sido utilizada somente para que a empresa se eximisse da obrigação tributária, hipótese prevista na Lei n. 8.137/1990 como uma supressão do tributo.

A materialidade do crime está comprovada por meio do depoimento prestado pelo motorista do ônibus que transportou a carga que continha o produto comprado pela empresa dos denunciados e pelo depoimento do representante da empresa que intermediou a aquisição dos produtos. A comprovação do pagamento do mesmo, a conduta dos denunciados, como representantes da empresa Tenório do Código Penal Brasileiro como denúncia caluniosa, por ter dado ensejo à instauração de inquérito policial para averiguação de crime que se sabia da inocência do autor imputado, no caso, a empresa Cristo Rei Madeiras, na pessoa de seus representantes.

Ante o exposto, encontram-se os denunciados incurso na pena do art. 339, **caput**, Código Penal Brasileiro, motivo pelo qual requer o Ministério Público o recebimento da presente denúncia, para que se instaure ação penal, e, ao seu término sejam os denunciados condenados na pena do dispositivo legal supracitado.” (fls. 18/20)

Como se vê, a denúncia, imputa à ora Paciente, bem como ao seu marido, Gilmar Tenório Rocha, a suposta prática do delito de denúncia caluniosa, por terem, na qualidade de representantes da empresa Tenório Empreendimentos Imobiliários Ltda, oferecido notícia-crime atribuindo, de forma infundada, a prática de fatos criminosos à empresa Cristo Rei Madeiras (estelionato), causando, com isso, embaraços aos seus representantes e prejuízos à sua imagem no ramo comercial.

O tipo penal da denúncia caluniosa assim dispõe:

“Art. 339. Dar causa a instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.”

O requerimento de abertura de inquérito policial, segundo relatório apresentado pela Delegacia de Crimes Contra a Ordem Tributária — Deccot, juntado aos autos às fls. 22/25, foi apresentado pelo procurador da empresa Tenório Empreendimentos Imobiliários Ltda, Bel. Vital Maria Gonçalves Rangel.

A procuração outorgando-lhe poderes não foi assinada pela ora Paciente, mas, tão-somente, pelo sócio-gerente, Gilmar Tenório Rocha (fl. 28).

Nesse contexto, não há como vislumbrar qualquer elemento indiciário de autoria da Paciente quanto ao delito em causa, uma vez que não outorgou poder ao procurador para proceder a **notitia criminis**, chamada nos autos de representação criminal, que deu causa à instauração de inquérito policial contra a empresa Cristo Rei Madeiras, imputando-lhe, de forma infundada, a conduta típica prevista no art. 171 do Código Penal. Em assim sendo, não vejo como imputar à Paciente o

tipo descrito no art. 339 do Código Penal, por absoluta ausência de ação para a sua caracterização.

No mesmo sentido, aliás, foi o parecer da Procuradoria de Justiça, por ocasião da manifestação do *writ* originário:

“(…)

In casu, conforme se vê da representação de fls. 32/34, o advogado Dr. Vital Rangel, na qualidade de procurador do sócio-gerente da empresa Tenório Empreendimentos Imobiliários Ltda, ofereceu representação criminal contra a empresa Cristo Reis Madeiras, imputando-lhe a conduta típica descrita no art. 171 do CP

Onde está a sua participação no crime? Baseada na sua responsabilidade objetiva pelo simples fato de ser sócia da empresa?

Tais circunstâncias não autorizam a presunção de que tenha ela contratado o referido advogado para requerer a abertura de inquérito policial, até porque não lhe conferiu quaisquer poderes, como se pode verificar do instrumento da procuração de fl. 54, nem sequer compareceu à Delegacia de Polícia para manifestar sua vontade. Daí se afirmar que a paciente deu margem à instauração de inquérito policial, vai uma grande distância.

Trata-se, portanto, de caso onde se revela a manifesta ausência de indícios de criminalidade por parte da paciente, faltando, por conseguinte, justa causa para que a paciente continue submetida aos percalços de uma ação penal.” (fl. 161)

Ante o todo exposto, concedo a ordem para determinar, com relação à ora Paciente, o trancamento da ação penal processada junto ao Juízo da Vara dos Crimes contra a Administração Pública e a Ordem Tributária da Comarca de Recife-PE, em razão da atipicidade da sua conduta, restando prejudicada a análise das demais alegações.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 38.824-RJ (2004/0143455-6)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Onir de Carvalho Peres

Impetrada: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Manuel Travessa Araújo (Preso)

EMENTA

Penal. **Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos. Violência real. Majorante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Ausência de circunstância qualificadora. Irrelevância. Concurso entre violência real suficiente para implementar o tipo penal e circunstância constante do art. 224 do CP. Ordem denegada.

1. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados hediondos, ainda que na forma simples, conforme prescreve o art. 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/1990.

2. As hipóteses de crimes de estupro e atentado violento ao pudor mediante violência presumida não foram excepcionadas pela Lei n. 8.072/1990, restando aplicáveis as regras repressivas especiais também a esses casos.

3. Reconhecer a majoração constante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990 nos casos de simples presunção de violência constituiria repudiável **bis in idem**, sendo que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real.

4. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real, seja moral ou física, que por si só ensejaria a condenação pelos crimes sexuais em tela, aliada à verificação de qualquer das circunstâncias objetivas de presunção de violência, tem-se aplicável a causa de aumento de pena retro-referida, independentemente de restarem configuradas as qualificadoras constantes do art. 223 do Código Penal.

5. Efetivamente, nesses casos, não se trata de **bis in idem**, mas da efetiva aplicação da majorante às hipóteses em que concorrem violência real suficiente para a condenação pelos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor e qualquer das causas de presunção de violência.

6. Não se pode confundir os conceitos de violência real como forma autônoma para a implementação do tipo penal, independentemente da presunção de violência, com a forma qualificada prevista no art. 223 do Código Penal.

7. O disposto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos é expresso ao determinar a incidência da majorante em todos os casos de violência real, revelada tanto pelo **caput** dos arts. 213 e 214, quanto pelas formas qualificadas consubstanciadas pela lesão grave ou morte, desde que incida também alguma das hipóteses previstas no art. 224 do Código Penal.

8. Nos termos expostos, não há falar em **bis in idem**, mas no efetivo respeito ao princípio da proporcionalidade, pelo qual condutas diversas merecem reprimendas diversas, na medida da sua reprovabilidade ou hediondez.

9. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 02 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 22.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Manuel Travessa Araújo, em que impugna acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, embora tenha dado parcial provimento ao recurso de apelação, manteve a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

Tem-se, na hipótese, que o paciente foi condenado a 26 (vinte e seis) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão, pela prática dos crimes previstos nos arts 213, c.c. 223, e 214, c.c. 71, do Código Penal, incidindo sobre ambos a majorante prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

O Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa para o fim de absolvê-lo quanto ao crime de estupro e manter a condenação quanto ao crime de atentado violento ao pudor.

Ressalte-se que o órgão colegiado entendeu que as lesões verificadas pelas provas constantes dos autos referem-se ao crime de atentado violento ao pudor, porém, não configuradoras da qualificadora constante do art. 223 do Código Penal, que exige prova específica da gravidade.

Neste *writ*, sustenta o impetrante que houve “**reformatio in pejus**” quanto à incidência do art. 224, **a**, do CPB”, pois tal constituiria qualificadora do crime de atentado violento ao pudor não reconhecida pelo Juízo de 1º grau.

Argúi, ainda, que na ausência de violência real não se aperfeiçoaria a hipótese legal de crime hediondo, devendo ser afastada a aplicação do art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

Por fim, considerados os argumentos supra, entende o impetrante que é nulo o acórdão impugnado, devendo ser o paciente colocado em liberdade.

As informações prestadas pela autoridade apontada como coatora constam das fls. 49/51, fazendo-se acompanhar dos documentos de fls. 52/77.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Francisco Dias Teixeira, entendendo que houve violência real contra vítima menor de 14 (quatorze) anos, circunstância que autoriza a incidência da majorante constante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, opinou pela denegação da ordem (fls. 79/83).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados hediondos, ainda que na forma simples, conforme prescreve o art. 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/1990, **in verbis**:

Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 — Código Penal, consumados ou tentados:

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único);

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único).

A jurisprudência consolidou-se nesse sentido após o julgamento do **Habeas Corpus** n. 81.288-SC, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, cujo Relator para o acórdão foi o Ministro Carlos Velloso, em que se considerou a relevância da partícula aditiva **e** constante da redação supra, ementado nos termos seguintes:

Penal. Crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Código Penal, arts. 213 e 214. Lei n. 8.072/1990, redação da Lei n. 8.930/1994, art. 1º, V e VI. I. Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples 3/4 Código Penal, arts. 213 e 214 — como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, **caput** e parágrafo único), são crimes hediondos. Leis ns. 8.072/1990, redação da Lei n. 8.930/1994, art. 1º, V e VI. II. — HC indeferido.

Dessa forma, aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor aplicam-se às regras atinentes aos crimes hediondos.

Além disso, as hipóteses de crimes de estupro e atentado violento ao pudor mediante violência presumida não foram excepcionadas pela Lei n. 8.072/1990, restando aplicáveis as regras repressivas especiais também a esses casos.

Considere-se, ainda, que não prospera o argumento do impetrante no sentido de que o reconhecimento da circunstância prevista no art. 224, alínea **a**, do Código Penal, constitui qualificadora do crime de atentado violento ao pudor, pois tal estabelece tão-somente a presunção de violência para a configuração dos crimes previstos nos arts. 213 e 214 do mesmo estatuto.

Com efeito, a incidência da referida circunstância serve, precipuamente, para a adequação do tipo penal nas hipóteses em que inexistente violência real.

E, para o efeito da incidência da majorante prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990 deve-se aliar a condenação por crime de estupro ou atentado violento ao pudor mediante violência real à circunstância objetivamente verificada nos autos de alguma das hipóteses de presunção de violência, nos termos constantes do art. 224 do Código Penal.

Dessa forma, não é o reconhecimento da violência real pelo Juízo da condenação que irá descaracterizar a circunstância objetiva de ser a vítima menor de 14 anos de idade, como no caso dos autos, mas tal enseja, efetivamente, a aplicação da majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos.

Essa, sem dúvida, é a interpretação que se deve dar à norma que estabelece a causa de aumento de pena, pois reconhecer a majoração nos casos de simples presunção de violência constituiria repudiável **bis in idem**, sendo que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real.

Entretanto, tratando-se de violência real, seja moral ou física, que por si só ensejaria a condenação pelos crimes sexuais em tela, aliada à verificação de qualquer das circunstâncias objetivas de presunção de violência, tem-se aplicável a causa de aumento de pena retro-referida, independentemente de restarem configuradas as qualificadoras constantes do art. 223 do Código Penal.

Efetivamente, nesses casos, não se trata de **bis in idem**, mas da efetiva aplicação da majorante às hipóteses em que concorrem violência real suficiente para a condenação pelos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor e qualquer das causas de presunção de violência.

Não obstante a jurisprudência desta Corte, entendo que não se pode confundir os conceitos de violência real como forma autônoma para a implementação do tipo

penal, independentemente da presunção de violência, com a forma qualificada prevista no art. 223 do Código Penal.

Com efeito, enquanto que o conceito de violência real refere-se à capacidade autônoma de implementação do tipo penal pelo efetivo e real constrangimento nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, as formas qualificadas previstas no art. 223 referem-se exclusivamente ao resultado excessivamente grave da ação. Exemplificadamente, tem-se os seguintes julgados: HC REsp n. 628.404-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 13.09.2004, p. 285; HC n. 36.295-PE, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 08.11.2004, p. 262; REsp n. 696.355-RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 02.05.2005, p. 403.

Aliás, o disposto no art. 9^o da Lei dos Crimes Hediondos é expresso ao determinar a incidência da majorante em todos os casos de violência real, revelada tanto pelo **caput** dos arts. 213 e 214, quanto pelas formas qualificadas consubstanciadas pela lesão grave ou morte, desde que incida também alguma das hipóteses previstas no art. 224 do Código Penal, conforme a redação seguinte:

Art. 9^o As penas fixadas no art. 6^o para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3^o, 158, § 2^o, 159, **caput**, e seus §§ 1^o, 2^o e 3^o, 213, **caput**, e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Com efeito, nos termos expostos, não há falar em **bis in idem**, mas no efetivo respeito ao princípio da proporcionalidade, pelo qual condutas diversas merecem reprimendas diversas, na medida da sua reprovabilidade ou hediondez.

Dessa forma, no caso dos autos, revela-se adequada a aplicação da majorante ao crime de atentado violento ao pudor pelo qual restou condenado o paciente, pois reconheceu-se no Juízo condenatório efetivo constrangimento para a prática dos atos libidinosos, constituindo um *plus* o fato de ter a vítima entre 8 (oito) e 11 (onze) anos, porquanto seria essa circunstância irrelevante para a adequação típica da conduta do paciente.

Pelo exposto, denego a ordem impetrada.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 39.211-MS (2004/0154726-3)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Márcio Cesar de Almeida Dutra

Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Paciente: Márcio Antônio Pereira Garcia (Preso)

EMENTA

Criminal. HC. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Disparo de arma de fogo. Nulidade do flagrante. Liberdade provisória. Excesso de prazo. Superveniência de sentença condenatória. Outro título a respaldar a custódia. Fundamentos superados. *Writ* prejudicado.

I. Evidenciada a prolação de sentença condenatória contra o paciente, restam superados os argumentos de constrangimento ilegal por nulidade do flagrante, possibilidade de concessão de liberdade provisória e excesso de prazo na formação da culpa.

II. Com o decreto condenatório, outro é o título a respaldar a custódia do réu.

III. *Writ* prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar prejudicado o pedido.”Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 676/681, **in verbis**:

“Trata-se de **habeas corpus** impetrado por *Márcio César de Almeida Dutra*, em favor de *Márcio Antônio Pereira Garcia*, contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul*, que considerou legal a prisão em flagrante do paciente e negou o pedido de liberdade provisória impetrado sob o fundamento da presença de condições pessoais favoráveis ao réu.

Consoante se extrai dos autos, o paciente foi preso em flagrante delito por policiais militares portando arma de fogo de uso permitido e proibido, uma espingarda calibre 22; 23 cápsulas de calibre 38; 1 cartucho de calibre 12; e 15 cápsulas de calibre 357, estas de uso restrito.

No momento do depoimento do paciente, a autoridade policial observou que ele tinha marcas de lesões corporais recentes ao que foi informado que essas lesões foram causadas pelos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, tendo a autoridade policial tomado o depoimento do paciente e registrado um BO identificando e qualificando tais policiais pela prática de crime do art. 129 do Código Penal.

Impetrado **habeas corpus**, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul denegou a ordem em acórdão assim ementado (fls. 668/671):

‘Ementa — **Habeas corpus** — Arts. 14, 15 e 16 da Lei n. 10.826/2003 — Alegada nulidade do flagrante — Inexistência — Confissão espontânea e na presença de advogado — Pedido de liberdade provisória — Improcedência — Necessidade de manutenção da custódia cautelar para garantia da ordem pública — Ordem denegada.

Se na lavratura do auto de prisão em flagrante ocorre a confissão espontânea, prestada na presença de advogado, não ocorre a alegada nulidade.

Mantém-se a prisão cautelar se presente um dos requisitos elencados no art. 312 do CP, qual seja, a garantia da ordem pública.’

Sobreveio **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional onde a defesa sustenta, em síntese, a nulidade do flagrante e a possibilidade de concessão do benefício da liberdade provisória, visto que possuidor de condições pessoais favoráveis, como primariedade, ocupação lícita, residência fixa e família constituída. Aduz, ainda, o excesso de prazo na instrução criminal.

A liminar foi denegada às fls. 205” (fls. 676/678).

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 681).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Márcio Antônio Pereira Garcia, visando à expedição de alvará de soltura.

O paciente foi preso em flagrante e posteriormente denunciado pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos arts. 14, 15 e 16 da Lei n. 10.826/2003.

O Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas — MS recebeu a denúncia e decretou a prisão preventiva do paciente.

Inconformada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal **a quo**, sustentando, em síntese, nulidade do flagrante e possibilidade de concessão do benefício da liberdade provisória, eis que o paciente seria possuidor de condições pessoais favoráveis, como primariedade, ocupação lícita, residência fixa e família constituída.

A ordem, contudo, foi denegada, ensejando a presente impetração, substitutiva de recurso ordinário, na qual se reitera o pleito originário de soltura do réu, repisando-se os argumentos de nulidade da prisão em flagrante e da possibilidade de concessão de liberdade provisória, inovando-se com o argumento relativo ao excesso de prazo na formação da culpa.

Pugna-se, então, pela expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Entretanto, a ordem encontra-se prejudicada.

Em consulta realizada por este Gabinete à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, verificou-se que já houve prolação de sentença condenatória em desfavor do paciente.

Com efeito, conforme a documentação anexa, por sentença datada de 22 de março de 2005, o Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas — MS julgou parcialmente procedente a denúncia, para condenar o paciente Márcio Antonio Pereira Garcia como incurso nas penas dos arts. 14, **caput**, e 15, **caput**, da Lei n. 10.826/2003, a cumprir, respectivamente, pena privativa de liberdade de 3 anos e 3 meses de reclusão e de 2 anos e 2 meses de reclusão, em regime semi-aberto.

Foi expedido alvará de transferência do paciente para estabelecimento de cumprimento de pena em regime semi-aberto.

Assim, restam superados os fundamentos da impetração, restritos à pretensão de soltura do réu.

Com o decreto condenatório, outro é o título a respaldar a custódia.

Diante do exposto, julgo prejudicado o pedido.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 39.809-SP (2004/0167126-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Francisco de Deus Duarte de Lima

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Francisco de Deus Duarte de Lima (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Sentença condenatória transitada em julgado. Inocorrência de constrangimento ilegal.

1. O defensor dativo e o apenado, embora tenham sido pessoalmente intimados da sentença condenatória, deixaram transcorrer **in albis** o prazo para interposição do recurso de apelação, o que implicou no trânsito em julgado de sua condenação. Assim, ao deixar de recorrer, a parte interessada se conforma com a decisão proferida e não pode mais obter a sua reforma, aceitando, por conseguinte, o ônus de sua inação.

2. Somente haveria nulidade a ser sanada se o defensor nomeado judicialmente e o paciente não tivessem sido intimados da sentença condenatória, o que, consoante se infere dos autos, não ocorreu na espécie.

3. 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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros

Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 24 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 20.06.2005

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, sem pedido liminar, impetrado por Francisco de Deus Duarte de Lima, em favor próprio, preso e condenado, à pena de 26 (vinte e seis) anos e 03 (três) meses, pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ambos com violência presumida, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao denegar o *writ* originário, negou-lhe o pedido de reabertura do prazo recursal, por força do advento do trânsito em julgado de sua condenação.

O Impetrante alega, em suma, que:

“Ocorre que por absoluto descaso da defesa dativa, transcorreu **in albis** o prazo para apresentação do recurso cabível, no caso apelação criminal, e da mesma forma para este paciente, que leigo, deixou a cargo do defensor constituído pelo Juízo Criminal.

Após tomar conhecimento de sua real situação, ou seja, que suas penas ‘não estavam apeladas’, requereu em forma de **habeas corpus** para o Tribunal de Justiça de São Paulo, com a finalidade de recuperar o prazo perdido e poder apelar da sentença de 1^a instância, pois inconcebível uma pena de 26 anos e 3 meses, não ter recorrida.” (Fls. 02/04)

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja reaberto o prazo recursal e, por conseguinte, afastado o trânsito em julgado da condenação a ele imposta.

As informações foram devidamente prestadas pela Autoridade Impetrada (fls. 17/44).

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 47/49).

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A impetração não merece acolhida.

Com efeito, verifica-se que o defensor dativo e o apenado, embora tenham sido pessoalmente intimados da sentença condenatória, deixaram transcorrer **in albis** o prazo para interposição do recurso de apelação, o que implicou no trânsito em julgado da condenação do paciente.

É, aliás, o que se extrai do seguinte excerto do acórdão ora atacado:

“De fato, como bem salientado pelo douto Procurador de Justiça oficiante, o alegado cerceamento de defesa só poderia ter ocorrido se o réu e seu defensor não tivessem sido regularmente intimados da r. sentença condenatória, o que não restou comprovado pelo impetrante. Publicada a r. sentença e intimadas as partes, certificou-se o trânsito em julgado para o Ministério Público em 08.10.2002 e para o paciente em 29.11.2002 (fl. 35), cumprindo-se, desta forma, todas as formalidades legais.” (Fl. 41)

Assim, ao deixar de recorrer, a parte interessada — quer queira quer não — conforma com a decisão proferida e não pode mais obter a sua reforma, aceitando, por conseguinte, o ônus de sua inação.

Por fim, impende dizer que somente haveria nulidade a ser sanada se o defensor nomeado judicialmente e o paciente não tivessem sido intimados da sentença condenatória, o que, consoante se infere dos autos, não ocorreu na espécie.

Ante o exposto, denego a ordem ora postulada.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 40.388-RJ (2004/0178410-9)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Relator p/ o acórdão: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Salvador Conti Tavares

Advogado: Aldo de Campos Costa

Impetrada: Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: José Reginaldo de Oliveira

EMENTA

Processual Penal. **Habeas corpus**. Vereador. Competência por prerrogativa de função. Foro privilegiado estabelecido pela Constituição Estadual. Possibilidade diante da simetria entre cargos nas esferas municipal, estadual e federal. Ordem concedida.

1. A redação da Súmula n. 721-STF, no sentido de que “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”, indica, claramente, a possibilidade de atribuição de foro privilegiado por prerrogativa de função estabelecido — exclusivamente — por Constituição Estadual.

2. Com efeito, prescreve o art. 125 da Carta da República, que “Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”, acrescentando, ainda, no § 1º, que “A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”.

3. A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — visto que se trata de matéria constitucional — aponta para a declaração de inconstitucionalidade ou para a suspensão, em sede de liminares, da eficácia de dispositivos de Constituições Estaduais que outorgam competência penal originária a seus tribunais para processar e julgar ações instauradas contra seus agentes públicos, cujos símiles, no âmbito federal, não detenham prerrogativas de foro conferidas pela Carta da República (ADIns ns. 2.587-2-GO, DJ de 06.09.2002; 882-0-MT, DJ de 23.06.2004 e 2.553-8-MA, DJ de 22.10.2004).

4. Assim sendo, por opção de natureza política — que comporta juízo discricionário do constituinte — matéria infensa a exame pelo Judiciário, a Constituição Estadual pode atribuir competência ao respectivo tribunal de justiça para processar e julgar, originariamente, vereador, por ser agente político, ocupante de cargo eletivo, integrante do Legislativo Municipal, o qual encontra simetria com os cargos de deputados estaduais, federais e senadores, sendo que estes, por força do disposto na própria Constituição Federal (art. 102, inciso I, letra **b**), têm foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, e aqueles perante os respectivos Tribunais de Justiça, conforme Cartas Estaduais, tendo em vista, inclusive, a regra que se contém no art. 25, parte final, da Carta da República.

5. No caso, o paciente, que exerce o cargo de vereador, foi condenado por Juízo de 1º grau, não obstante a competência originária do respectivo

Tribunal de Justiça prevista na Constituição Estadual, o que enseja a nulidade absoluta da sentença.

6. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por empate, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, que lavrará o acórdão. O Sr. Ministro Felix Fischer votou com o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima. O Sr. Ministro-Relator e a Sr^a. Ministra Laurita Vaz, denegaram a ordem. Sustentou oralmente na sessão de 05.05.2005 o Dr. Aldo de Campos Costa (p/ pacte)

Brasília (DF), 13 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator para acórdão

DJ 10.10.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de José Reginaldo de Oliveira.

Ao paciente foi imputada a prática do crime de peculato, pois, na condição de Presidente da Câmara de Vereadores de Nilópolis-RJ, teria desviado, entre novembro de 1996 a junho de 1999, valores descontados dos salários dos vereadores e servidores da Câmara Municipal a título de imposto de renda, deixando de repassá-los aos cofres públicos.

O Magistrado singular proferiu sentença condenando o acusado como incurso nas sanções do art. 312, c.c. os arts. 71 e 327, § 2^o, todos do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semi-aberto, permitido o apelo em liberdade. Nos termos do art. 92, inciso I, alínea **a**, do Estatuto Punitivo, foi decretada a perda do mandato eletivo do condenado.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, pugnando, preliminarmente, pela declaração de nulidade do processo criminal instaurado contra o paciente, por incompetência do Juízo monocrático, pois seria beneficiário de foro privilegiado por prerrogativa de função e, no mérito, pela absolvição.

O Tribunal **a quo** negou provimento ao recurso, conforme ementa de fls. 78/79, entendendo, no tocante à preliminar de incompetência, ser inconstitucional o dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que garante foro especial a vereador.

Na presente impetração, reitera-se o pleito de declaração de nulidade do processo criminal, eis que, se o paciente, à época dos fatos, era Presidente da Câmara Municipal, é detentor de foro privilegiado, em observância ao art. 161, inciso IV, alínea **d**, 3, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

A liminar foi indeferida à fl. 90.

Informações prestadas (fls. 94/96).

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 120/128).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de José Reginaldo de Oliveira, mantendo a pena de 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão a ele imposta pela prática do crime descrito no art. 312, c.c. os arts. 71 e 327, § 2^a, todos do Código Penal, bem como a perda do mandato eletivo.

Na presente impetração, pugna-se pela declaração de nulidade do processo criminal, eis que, se o paciente, à época dos fatos, era Presidente da Câmara Municipal, é detentor de foro privilegiado, em observância ao art. 161, inciso IV, alínea **d**, 3, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Contudo, não merece prosperar a irrisignação.

O dispositivo no qual se baseia a presente impetração, que confere ao Tribunal de Justiça a competência originária para processar e julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, atenta contra a Constituição Federal.

Com efeito. O art. 22, inciso I, da Carta Magna estabelece a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria penal e processual penal.

Assim, não pode a Constituição Estadual estabelecer regras de foro privilegiado para vereadores.

A matéria, inclusive, já foi decidida por esta Turma:

“Processo Penal — Trancamento da ação penal — Concussão praticada em continuidade delitiva — Vereadora — Foro privilegiado — Afronta à Constituição Federal — Cessação do mandato — Art. 84 do CPP — Inaplicabilidade — Inexistência de ato administrativo do agente — Notificação para a defesa preliminar — Desnecessidade — Crime inafiançável — Gravações telefônicas — Prova ilícita — Improcedência — Não-incidência da ‘teoria dos frutos da árvore envenenada’ — Presença de justa causa — Ordem denegada.

— O art. 161, IV, **d**, 3, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro mostra-se atentatório à Carta da República, posto que compete exclusivamente à União legislar sobre matéria processual penal e penal (art. 22, I, da Carta Política Federal), como é o caso dos autos: estipulação de foro privilegiado para vereadores. Precedentes.

— Ademais, mesmo que se considerasse válida a regra inserta na Constituição Estadual, a paciente teve seu mandato cassado antes do recebimento da denúncia. Como o Supremo Tribunal Federal cancelou a Súmula n. 394, em 25.08.1999 (Inq n. 687 QO-SP, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 09.11.2001), passou a predominar o entendimento de que cessado o exercício funcional, encerrava-se a competência especial por prerrogativa de função, sendo que o feito deveria baixar à instância singular.

— Inaplicabilidade do art. 84 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei n. 10.628/2002, visto que passou a prescrever, quando cessada a função pública, a continuidade de foro especial tão-somente para os processos criminais que envolvam ‘atos administrativos do agente’.

— Não se reputa ilegal a falta de notificação prévia para o oferecimento de defesa preliminar, se a soma das penas mínimas perfaz um **quantum** superior a 02 anos de reclusão, mostrando-se inafiançável o delito. Inteligência dos arts. 323, I, e 514, ambos do CPP.

— A gravação feita por um dos seus interlocutores exclui a ilicitude do meio de obtenção da prova, não havendo que se falar em violação constitucional ao direito de privacidade quando a vítima grava diálogo com qualquer tipo de criminoso. Precedentes do STF e do STJ.

— A teoria ‘dos frutos da árvore envenenada’ não é incidível **in casu**, posto que as gravações telefônicas não foram obtidas ilicitamente. Mesmo assim, tais elementos probatórios não constituem o único material probante que embasa a exordial acusatória. Ademais, as provas testemunhais não foram obtidas por derivação da conversa telefônica, não havendo que se falar em ‘contaminação pelo veneno’.

— O trancamento da ação penal por falta de justa causa somente deve ocorrer em situações excepcionais, ou seja, apenas quando se constata, **prima facie**, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, ou, ainda, a indiscutível deficiência da peça vestibular. Hipóteses inócurrentes no caso **sub examen**.

— Ordem denegada.”

(HC n. 29.174-RJ, Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 02.08.2004)

“**Habeas corpus** — Tráfico de entorpecentes — Vereador — Foro privilegiado — Constituição Estadual do Rio de Janeiro.

1. *Não é possível o estabelecimento de foro privilegiado a vereador por legislador estadual, uma vez que a Constituição Federal não autoriza elaborar leis sobre matéria de competência processual-penal.*

2. **Habeas Corpus** conhecido. Pedido indeferido.”

(HC n. 11.939-RJ, de minha Relatoria, Relator p/ o acórdão Ministro Edson Vidigal, DJ de 23.10.2000)

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

VOTO-VISTA VENCEDOR

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: 1. Como se viu do relatório lançado aos autos pelo Ministro Gilson Dipp, trata-se de **habeas corpus** impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que rejeitou a preliminar de incompetência do Juízo de 1ª grau para processar e julgar vereador, quando do julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa do ora paciente (AC n. 2004.050.01010), mantendo sua condenação pela prática do crime descrito nos arts. 312, c.c. 71 e 327, § 2º, todos do Código Penal.

1.1. Após o voto proferido pelo Ministro-Relator — denegando a ordem com base em precedentes desta Quinta Turma no sentido de que o legislador estadual não pode conferir foro privilegiado a vereador, tendo em vista que compete exclusivamente à União legislar sobre matéria relativa a Direito Penal e Processual, no que foi acompanhado pela Ministra Laurita Vaz —, pedi vista dos autos para melhor analisar a questão, principalmente porque, pela redação da Súmula n. 721-STF, que diz “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”,

penso ser possível a atribuição de foro privilegiado por prerrogativa de função estabelecido — exclusivamente — por Constituição Estadual.

2. A Constituição Federal prescreve:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

2.1. Em conseqüência, fazendo opção de natureza política, matéria infensa a exame pelo Judiciário, a Constituição daquele Estado estabeleceu:

Art. 161. Compete ao Tribunal de Justiça:

IV - processar e julgar originariamente:

d) nos crimes comuns e de responsabilidade:

3) os Prefeitos, os Vice-Prefeitos e os Vereadores;

3. O entendimento que a sua instituição pela Carta Estadual *não afronta a Federal* quando os destinatários forem *vereadores*, tendo em vista os termos do art. 125, § 1º, desta, parece compatível com a CF, ao prescrever que a *competência dos Tribunais de Justiça será definida na Constituição de cada Estado-Membro*.

3.1. É oportuno observar, aliás, que o Sr. Procurador-Geral da República ajuizou a ADIn n. 558-8-RJ, perante o STF, impugnando vários dispositivos da Constituição daquele Estado-Membro “(arts. 100 (em parte), 159 (em parte), 176, **caput** (em parte) e seu § 2º, V, **e e j**, 346 e 352, parágrafo único: medida cautelar deferida parcialmente, sem suspensão do texto, quanto ao art. 176, § 2º, V, **e e j**, e, integralmente, quanto aos arts. 346 e 352, parágrafo único”, *não incluindo*, contudo dentre os preceitos impugnados, ao que se infere do voto do eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, aquele que atribui tal foro aos vereadores. Quanto a estes, o item 4 da ementa alude a *imunidades*, com a seguinte redação:

4. Vereador, imunidades: impugnação à norma constitucional local que lhes estende imunidades processuais e penais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (CF, art. 53, §§ 1º, 2º, 3º, 5º e 7º) e aos Deputados Estaduais (CF, art. 27, § 1º; Const. Est. RJ, art. 102, §§ 1º, 2º, 3º, 5º e 6º), em face da competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal e Direito Processual: suspensão liminar deferida.

3.2. Como se sabe, pela CF, art. 29, VIII, os vereadores estão acobertados pela chamada *imunidade material* e, quanto à processual, como vimos, forte, basicamente, no seu art. 22, I, o STF, em liminar, considerou inadequada a sua instituição pela Constituição Estadual, por ser tal matéria de competência privativa da União

Federal. Quanto ao *foro por prerrogativa de função*, no entanto, o entendimento é *diverso*, considerando a regra do art. 125, I, e desde que haja *simetria entre os cargos* (municipal, estadual, federal), a ensejá-la, conforme mais adiante veremos.

3.3. Não fosse essa a inteligência desse dispositivo, e o mesmo não teria campo de incidência, sendo inócuo, já que, em relação, por exemplo, a *juízes estaduais* e do DF, bem como membros do MP, em crimes comuns e de responsabilidade, compete, pelo art. 96, III, da CF, aos respectivos Tribunais de Justiça *juzgá-los*.

Logo, para *vereadores* — desde que esta seja a opção política do constituinte estadual —, agentes que, pela *similitude* com agentes estaduais e federais, ensejam a instituição, para seu processo e julgamento, *originariamente*, perante Tribunal, tal foro, por prerrogativa de função, é compatível com a Constituição Federal.

4. Ao julgar o HC n. 74.125-8-PI, Relator Ministro Francisco Rezek, a Segunda Turma do STF decidiu:

A Constituição do Estado do Piauí — à vista do que lhe concede a Carta da República (art. 125, § 1º) — é expressa no dizer que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originalmente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os vereadores (art. 123, III, **d**, 4). Julgamento em primeira instância ofende a garantia do juiz competente (art. 5º, LIII). A decisão em grau de recurso não redime o vício. (“Constituição do Brasil Interpretada”, 4ª ed., Atlas, p. 735, do Professor **Alexandre de Moraes**.)

Sendo certo que, à p. 732 da obra citada, o seu autor leciona:

Em face do art. 125, § 1º, da Constituição Federal, não existirá óbice à Constituição Estadual em prever o Tribunal de Justiça como o juízo competente para os processos e julgamentos dos vereadores nas infrações penais comuns, se assim o legislador constituinte estadual preferir.

4.1. Precedente bastante específico, no ponto, resulta do RE n. 265.263-6-GO, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, com a seguinte ementa:

Ementa: Justiça dos Estados: competência originária dos tribunais locais: matéria reservada às Constituições Estaduais.

1. A demarcação da competência dos tribunais de cada Estado é uma raríssima hipótese de reserva explícita de determinada matéria à Constituição do Estado-Membro, por força do art. 125, § 1º, da Lei Fundamental da República; o âmbito material dessa área reservada às Constituições Estaduais não se restringe à distribuição entre os Tribunais Estaduais da competência que lhes atribua a lei processual privativa da União; estende-se — quando a não tenha predeterminado a Constituição Federal — ao estabelecimento de

competências originárias **ratione muneris**, assim, as relativas ao mandado de segurança segundo a hierarquia da autoridade coatora.

2. Não confiada pela Constituição respectiva a um dos Tribunais Estaduais, a competência originária para certo tipo de processo, há de seguir-se a regra geral de sua atribuição ao juízo de primeiro grau, que não pode ser elidida por norma regimental.

5. Analisando-se a jurisprudência do STF — pois a matéria é constitucional —, infere-se que ela tende a declarar inconstitucional ou a suspender, em liminares, a eficácia de dispositivos de Constituições Estaduais, enquanto se aguarda o exame do mérito de seus dispositivos que outorguem competência penal originária a seus tribunais para processar e julgar ações em desfavor de seus agentes públicos cujos *símiles, no âmbito federal, não detenham prerrogativas de foro conferidas pela Carta da República*. A propósito: ADIns ns. 2.587-2-GO, DJ de 06.09.2002; 882-0-MT, DJ de 23.06.2004, ambas relatadas pelo Ministro Maurício Corrêa e 2.553-8-MA, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 22.10.2004.

6. O caso em exame, todavia, cuida de *competência originária para o processamento e julgamento, pelo TJ/RJ, de vereador, agente político, ocupante de cargo eletivo, integrante do Legislativo Municipal, o qual encontra simetria com os cargos de deputados estaduais, federais e senadores, sendo que estes, por força da CF, art. 102, I, b, têm foro por prerrogativa de função perante o STF, e aqueles perante os TJs respectivos, conforme Cartas Estaduais, tendo em vista, inclusive, a regra que se contém no art. 25, parte final, da CF, além do seu art. 27, § 1º*.

6.1. A pedra angular, assim, para a admissão de tal foro, *consiste na existência de simetria entre os cargos, nas respectivas esferas de governo — municipal, estadual, federal*. Vale dizer, se o exercício do cargo estadual ou federal determinar, para aquele que o exerce, foro por prerrogativa de função, quando da prática, em tese, da infração penal, poderá o constituinte estadual, forte na previsão contida no § 1º do art. 125/CF também instituí-lo para aqueles que exercerem *cargos, em tese, similares, na sua esfera de legislador constituinte estadual, tal como fez a Constituição do Estado do Rio de Janeiro*.

6.2. Estabelecer tal foro para os vereadores é questão que comporta juízo discricionário do constituinte, circunscrito à avaliação política, insusceptível, assim, a exame judicial, levando-se em conta a sua conformação, com a devida vênua, com os princípios maiores, oriundos da Carta Magna. Destarte, estando em plena vigência tal regra estadual — a qual tem a seu favor a presunção de constitucionalidade —,

ela deve ser observada e aplicada, sob pena de maltrato, como na espécie, até mesmo *ao princípio do juiz natural, garantido no art. 5º, LIII, da CF*

7. Aliás, para deixar de aplicar tal regra da Carta do Estado do Rio de Janeiro, que está em pleno vigor, seria necessário, incidentalmente, declarar a sua inconstitucionalidade, competência, no caso, da Corte Especial, conforme art. 97/CF. O fato de haver o Tribunal de Justiça daquela unidade federativa, por seu órgão especial, reconhecido a inconstitucionalidade de tal preceito, não tem a chamada *eficácia erga omnes*, mas apenas *inter partes*, o que não o retira do mundo jurídico.

8. Conclusão: Ante o exposto, pedindo a máxima vênia por divergir dos respeitáveis votos antecedentes, considerando que a violação da competência **ratione personae** enseja nulidade absoluta, *concedo a ordem impetrada* para declarar nula a Ação Penal n. 1999.036.006059-7, desde o recebimento da denúncia, que resultou na condenação do paciente pelo Juízo Criminal da 1ª Vara da Comarca de Nilópolis, determinando a remessa dos autos para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *competente para processar e julgar os vereadores fluminenses, conforme instituído no art. 161, IV, d, 3, da sua Constituição, compatível com as regras e princípios da Constituição Federal, conforme procuramos demonstrar.*

É o meu voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: **Data venia**, acompanho o voto divergente do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, concedendo a ordem de **habeas corpus**.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 17.362-PA (2005/0031244-4)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Max Maia Correa

Advogado: Gerson de Oliveira Souza

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Pará

EMENTA

Criminal. RHC. Homicídios qualificados. Prisão preventiva. Prova da materialidade e autoria. Motivação inidônea a respaldar a custódia.

Possibilidade de influência a testemunhas. Interferência na regular colheita de provas. Simples suposições. Gravidade dos delitos. Circunstâncias subsumidas no tipo. Clamor público. Motivação inidônea a respaldar a custódia. Ausência de concreta fundamentação. Necessidade da custódia não demonstrada. Carência que não pode ser suprida em 2º grau de jurisdição. Recurso provido.

I - Aspectos relacionados à existência de indícios de autoria e prova da materialidade não devem ser considerados quando da avaliação dos pressupostos da prisão preventiva, pois não são suficientes para respaldá-la.

II - Conclusões vagas e abstratas, como a possibilidade de o acusado influenciar testemunhas, por serem residentes na mesma Cidade, interferindo na colheita de provas, consistem simples suposições a respeito do que o acusado poderá vir a fazer, caso permaneça solto, motivo pelo qual não podem fundamentar a medida constritiva.

III - O juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente, bem como do grau de intensidade e grandeza das lesões supostamente cometidas, e o clamor público e comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto.

IV - Aspectos que devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva.

V - As afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal

VI - Precedentes do STF e do STJ.

VII - O Tribunal não pode suprir a carência de fundamentação do decreto prisional monocrático.

VIII - Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

IX - Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que denegou ordem de **habeas corpus** anteriormente impetrada em favor de Max Maia Correa, visando à revogação da custódia preventiva contra ele decretada.

O paciente foi denunciado pela suposta prática de crimes de homicídio, nas formas tentada e consumada.

Acolhendo a representação da autoridade policial, o Magistrado singular decretou a prisão preventiva do acusado.

Inconformada, a defesa impetrou ordem de **habeas corpus** perante o Tribunal de origem, a qual foi denegada nos termos da seguinte ementa:

“Ementa — **Habeas corpus** preventivo com pedido de liminar — Liminar concedida — Apesar da forma sucinta, decreto de prisão preventiva está fundamentado, não podendo ser considerado nulo — Indícios de autoria e de materialidade delitiva demonstrados pelos depoimentos testemunhais perante a autoridade policial — Decretação da custódia preventiva antes da notificação do acusado não viola princípio da inocência — Basta que estejam presentes os requisitos autorizadores para que a prisão preventiva seja decretada — Constrangimento ilegal não configurado — Ordem denegada — Liminar cassada. Por maioria.” (Fl. 73)

Em razões, o recorrente sustenta ausência de fundamentação do decreto prisional, reiterando o pleito de soltura do paciente.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 107/111).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso ordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que denegou ordem de **habeas corpus** anteriormente impetrada em favor de Max Maia Correa, visando à revogação da custódia preventiva contra ele decretada.

Em razões, o recorrente sustenta ausência de fundamentação do decreto prisional, reiterando o pleito de soltura do paciente.

A irrisignação merece prosperar.

O Magistrado singular decretou a custódia cautelar com base nos seguintes fundamentos:

“As provas testemunhais dão conta da participação dos acusados no ilícito penal, nos dando indícios suficientes e seguros da autoria e materialidade delitivas, acrescida ainda da necessidade de esclarecer a real participação dos mesmos, no episódio, inclusive os mesmos ainda não foram interrogados, sendo temerário o depoimento das testemunhas que se objetivam coletar; que inclusive estão presentes os elementos que justificam a segregação preventiva, estabelecidas no *art. 312 do CPP*, por mais adequada no momento. Lembre-se ainda, que os acusados, a continuarem a conviver com as testemunhas, no mesmo espaço social de uma Cidade interiorana, em razão do natural pavor que passa, poderá exercer influência negativa em seus ânimos, interferindo na regular colheita das provas incriminatórias, caso permaneçam em liberdade, justificando-se assim, a prisão preventiva.” (Fls. 07/08)

O acórdão impugnado, por sua vez, confirmou a decisão constritiva nos termos a seguir:

“Apesar de fundamentada de forma sucinta, a decisão do Juízo de primeiro grau que determinou a decretação da prisão preventiva do paciente não pode ser considerada nula.

Como bem ressaltou a douta Promotora de Justiça convocada, em seu parecer, o fato de o decreto de prisão preventiva ter sido fundamentado de forma deficitária deve ser encarado como mera irregularidade e não nulidade, pois, mesmo sucintamente, a referida decisão foi fundamentada.

O decreto de prisão preventiva do acusado foi fundamentado na garantia da ordem pública, em razão da perversidade das condutas delituosas e do clamor social causado pelo crime. Além disso, o magistrado **a quo** baseou sua decisão na necessidade de assegurar a instrução criminal, já que a autoridade policial informou que os acusados vêm rondando a residência da vítima e de seus familiares, intimidando-os para que permaneçam em silêncio quanto ao delito.

Em relação ao argumento de que não estariam preenchidos os pressupostos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva do paciente, não há como ser aceito, uma vez que os depoimentos testemunhas prestados perante a autoridade policial indicam o contrário.

Quanto à alegação de que a decretação da prisão preventiva, anterior à notificação do acusado, violaria o princípio da inocência, não pode ser acatada, já que não há qualquer exigência nesse sentido na legislação processual, bastando que estejam presentes os pressupostos autorizadores para que a custódia cautelar seja decretada.” (Fls. 81/82)

Não se verifica fundamentação concreta a embasar a custódia do paciente, conforme se demonstrará a seguir.

A existência de indícios de autoria e prova da materialidade não se prestam para justificar a prisão preventiva, devendo permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da segregação, pois não são suficientes para respaldá-la.

Por outro lado, depreende-se do decreto prisional conclusões vagas e abstratas, tais como ser “temerário o depoimento das testemunhas que se objetivam coletar”, bem como a possibilidade de influência negativa aos “ânimos” das testemunhas, residentes no mesmo “espaço social de uma Cidade interiorana”, o que poderia interferir na regular colheita das provas.

As mencionadas afirmações, entretanto, não trazem vínculo com situação fática concreta, efetivamente existente. Ao contrário, configuram simples suposições a respeito do que o acusado poderá vir a fazer, caso permaneça solto, não podendo respaldar a medida constritiva.

Quanto à necessidade de garantia da ordem pública, em decorrência da perversidade dos delitos e do clamor social, destacados no aresto do Tribunal **a quo**, o juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente, bem como do grau de intensidade e grandeza das lesões supostamente cometidas, e o clamor público e comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto.

Tais aspectos, portanto, não devem ser considerados quando da avaliação dos pressupostos da prisão preventiva, cabendo salientar que as afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal.

A corroborar tais entendimentos, trago à colação julgados desta Corte e do Supremo Tribunal Federal:

“Habeas corpus. Homicídio qualificado e privilegiado. Condenação. Anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri em sede de apelação. Manutenção da prisão cautelar fundada no clamor social e na credibilidade das instituições. Excesso de prazo.

1. O clamor social e a credibilidade das instituições, por si sós, não autorizam a conclusão de que a garantia da ordem pública está ameaçada, a ponto de legitimar a manutenção da prisão cautelar do paciente enquanto aguarda novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

2. *A prisão processual, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe inequívoca demonstração da base empírica que justifique a sua necessidade, não bastando apenas aludir-se a qualquer das previsões do art. 312 do Código de Processo Penal.*

3. Hipótese, ademais, em que se configura o constrangimento ilegal pelo excesso de prazo da instrução criminal, que não pode ser atribuído à defesa.

Ordem concedida.”

(HC n. 84.662-BA, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 22.10.2004)

“Prisão preventiva — Excepcionalidade.

Em virtude do princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Deve-se interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos.

Prisão Preventiva — Suposições — Improriedade.

A prisão preventiva tem de fazer-se alicerçada em dados concretos, descabendo, a partir de capacidade intuitiva, implementá-la consideradas suposições.

Prisão preventiva — Núcleos da tipologia — Improriedade.

Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta.

Prisão preventiva — Preservação da ordem pública.

O bem a ser protegido a esse título há de situar-se no futuro, não no passado, a que se vincula a pretensão punitiva do Estado.

Prisão preventiva — Aplicação da lei penal — Postura do acusado — Ausência de colaboração.

O direito natural afasta, por si só, a possibilidade de exigir-se que o acusado colabore nas investigações. A garantia constitucional do silêncio encerra que ninguém está compelido a auto-incriminar-se. Não há como decretar a preventiva com base em postura do acusado reveladora de não estar disposto a colaborar com as investigações e com a instrução processual.

Prisão preventiva — Materialidade do crime e indícios da autoria — Elementos neutros.

A certeza da ocorrência do delito e os indícios sobre a autoria mostram-se neutros em relação à prisão preventiva, deixando de respaldá-la.

Prisão preventiva — Clamor público.

A repercussão do crime na sociedade do distrito da culpa, variável segundo a sensibilidade daqueles que a integram, não compõe a definição de ordem pública a ser preservada mediante a preventiva. A história retrata a que podem levar as paixões exacerbadas, o abandono da razão.

(HC n. 83.943-MG, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 17.09.2004)

“Criminal. HC. Homicídio qualificado. Furto. Prisão preventiva. Pronúncia. Custódia mantida. Ausência de concreta fundamentação. Motivação fulcrada em conjecturas e probabilidades. Circunstâncias referidas que já estão subsumidas no tipo. Necessidade da custódia não demonstrada. Presença de condições pessoais favoráveis. Ordem concedida.

I - Exige-se concreta motivação para a decretação da prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

II - Juízos de mera probabilidade não podem servir de motivação à custódia.

III - A possibilidade de abalo à ordem pública não pode ser sustentada por circunstâncias que estão subsumidas na gravidade do próprio tipo penal.

IV - Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional.

V - Deve ser revogada a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não

estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1ª grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

VI - Ordem concedida.”

(HC n. 40.178-RJ, de minha Relatoria, DJ de 14.03.2005)

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Homicídio tentado por duas vezes. Prisão preventiva decretada com base na gravidade do delito. Ausência dos pressupostos e fundamentos legais que autorizam a prisão preventiva. Necessidade concreta da medida restritiva de liberdade não demonstrada. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

1. *O decreto prisional cautelar exarado em desfavor dos pacientes, bem como o acórdão que manteve referida decisão, não demonstram de forma consistente a presença dos pressupostos e fundamentos que autorizam a custódia preventiva (CPP, art. 312), limitando-se a fazer referência à gravidade do delito imputado na denúncia contra eles ofertada, circunstância que não se mostra suficiente, por si só, para a decretação da referida medida restritiva de liberdade antecipada, que deve reger-se sempre pela demonstração da efetiva necessidade no caso em concreto.*

2. *A simples reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada dos fatos concretos ou baseada em meras suposições ou pressentimentos, não é suficiente para atrair a incidência do art. 312 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o referido dispositivo legal não admite conjecturas.*

3. Considerando que a denúncia não foi precedida de inquérito policial, mas apenas de procedimento administrativo instaurado no âmbito do Ministério Público Estadual, e que nem mesmo a expedição da precatória destinada à citação dos acusados — para responder à respectiva ação penal iniciada no mesmo instante em que decretada a preventiva — foi efetivada, é prematuro decretar a custódia cautelar fundada na conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, quando ausentes quaisquer fatos concretos que justifiquem tal medida preventiva, como fuga ou escusa no atendimento a chamado policial ou judicial.

4. Não se pode acolher sob o manto da ordem pública, que tem sentido muito amplo por estar voltada para a preservação de bens jurídicos essenciais à convivência social, eventual sentimento de vingança ou revolta por interesses ilegítimos contrariados.

5. Ordem concedida para revogar o decreto de prisão preventiva, ressalvada a possibilidade de decretação de nova custódia cautelar por motivo superveniente, caso fique demonstrada concretamente a necessidade da referida medida.”

(HC n. 38.397-MG, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 21.03.2005)

Quanto ao fundamento apontado pelo Tribunal **a quo** de que “os acusados vêm rondado a residência da vítima e de seus familiares, intimidando-os para que permaneçam em silêncio quanto ao delito”, cabe a ressalva de que os tribunais não podem suprir a carência dos decretos prisionais monocráticos, razão pela qual a aduzida necessidade da prisão, por tal motivo, tampouco merece prevalecer.

Sobressai, portanto, a impropriedade da decretação da prisão preventiva do paciente, bem como do acórdão confirmatório da segregação, pois a custódia deve ser fundada em fatos concretos indicadores da sua real necessidade, atendendo aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante.

Dessarte, deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 17.434-RJ (2005/0042355-9)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Leandro Amâncio de Oliveira (preso)

Advogado: Matusalém Lopes de Souza — Defensor Público

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Criminal. RHC. Tráfico de entorpecente. Execução. Livramento condicional. Prática de novo delito durante o período de prova. Ausência de manifestação contrária por parte do órgão fiscalizador. Revogação posterior ao cumprimento do benefício. Impossibilidade. Situação já

vencida pelo decurso de tempo. Incidência do art. 90 do CP. Extinção da pena. Recurso provido.

I - Alegação de submissão do recorrente a constrangimento ilegal, face à revogação de livramento condicional, que lhe fora anteriormente concedido, não obstante a expiração do período de prova.

II - Permanecendo inerte o órgão fiscalizador — quanto à suspensão ou à revogação do benefício concedido ao apenado, ainda durante a sua vigência —, não poderia ter restringido o direito do réu de ver sua pena extinta, após o cumprimento integral do favor legal, restabelecendo situação já vencida pelo decurso de tempo.

III - Praticando o beneficiário novo delito ainda durante o período de prova, caberia ao Juízo da Execução tomar as providências necessárias para a suspensão ou a prorrogação do benefício, como faculta o art. 145 da Lei de Execuções Penais, não podendo fazê-lo depois de expirado o prazo.

IV - Incidência do disposto no art. 90 do Código Penal.

V - Deve ser cassada a decisão que revogou o livramento condicional do recorrente e declarada extinta a pena relativa à CES n. 2001/06293-4, da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro.

VI - Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 35/42, **in verbis**:

“Ana Paula Calandrini Barata — Defensora Pública, impetrou ordem de **habeas corpus**, perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

Janeiro, em favor de Leandro Amâncio de Oliveira pretendendo a cassação da decisão que revogou o livramento condicional com a declaração da extinção da pena privativa de liberdade.

Dos autos, colhe-se que o Paciente foi condenado às penas de 03 (três) anos de reclusão, pelo regime fechado, mais pena pecuniária, pela prática do delito tipificado no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, pelo MM. Juiz da 2ª Vara Criminal Regional de Bangu-RJ.

Em 11 de fevereiro de 2003, o réu obteve direito ao livramento condicional, com o término do período de prova previsto para o dia 15 de novembro de 2003.

Em 23 de julho de 2003, o réu foi preso em flagrante, sendo, posteriormente, condenado como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, mais pena pecuniária (fl. 11).

No dia 30 de agosto de 2004, após oitiva do Ministério Público e da defesa, o Juízo da Vara de Execuções Penais revogou o benefício do livramento condicional concedido ao réu, em razão de haver o paciente praticado novo crime no dia 23 de julho de 2003, na vigência do benefício (fls. 13/15).

Inconformada, a defesa impetrou HC n. 2004.059-06082 pretendendo a concessão da ordem para que seja cassada a decisão que revogou o livramento condicional do paciente, sustentando, em síntese, ‘... a ilegalidade praticada pela autoridade ora apontada como coatora, o constrangimento ilegal mostrase patente, uma vez que, mantida a revogação do livramento, a pena privativa de liberdade subjacente, que deveria ter sido declarada extinta à luz do art. 90 do Código Penal, ainda está computada na planilha de cálculo de pena, com reflexos diretos nos prazos de cumprimento de pena para a obtenção dos benefícios elencados em lei.’ (Fl. 05)

Todavia, a colenda Quarta Câmara Criminal do Estado, à unanimidade, denegou a ordem impetrada, consoante ementa abaixo transcrita:

‘Habeas corpus. Paciente ao qual foi concedido o benefício do livramento condicional que vem a cometer novo crime no curso do período probatório.

Benefício revogado, oito meses após o término do período de prova, cuja decisão é hostilizada pela Defesa Pública que a tem por ilegal.

Sem razão a Defesa Pública, pois na forma da legislação, o Magistrado não pode declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença relativamente ao crime cometido na vigência do livramento.

Ordem denegada.

Diante disso, interpõe o presente recurso ordinário constitucional, objetivando a cassação da decisão proferida pelo Tribunal indigitado coator, para que seja declarada extinta a pena, em relação à primeira condenação (Processo 2001/06293-4) pelo seu efetivo cumprimento, sem interrupção válida.

A defesa alega, em síntese, constrangimento ilegal, consubstanciado no fato de ter sido revogado o livramento condicional deferido ao réu há mais de 09 (nove) meses, muito tempo depois do término do período de prova. Aduz, ainda, que o Juízo deixou de observar o mandamento insculpido no art. 145 da Lei de Execução Penal, uma vez que não foi consultado o Conselho Penitenciário, bem como, por não ter sido determinada a suspensão do livramento condicional, com fulcro no art. 145 da LEP. (Fl. 27)”

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem (fls. 35/42).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso ordinário contra acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou ordem de **habeas corpus** anteriormente impetrada em favor de Leandro Amâncio de Oliveira.

Em razões, o recorrente reitera os fundamentos da impetração originária, no sentido da ilegalidade da decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do Estado, que teria revogado o livramento condicional anteriormente deferido ao réu, não obstante expirado o período de prova.

Pugna-se, assim, pela extinção da pena referente à CES n. 2001/06293-4.

Assiste razão ao recorrente.

Nos autos do Processo n. 12.779/2000, o recorrente foi condenado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Bangu-RJ por tráfico de drogas à pena privativa de liberdade de 03 anos de reclusão, em regime fechado, além de multa.

Transitada em julgado a condenação em 28.05.2001, foi expedida a Carta de Execução de Sentença n. 2001/06293-4, sendo concedido ao recorrente o benefício do livramento condicional em 11.02.2003, com término do período de prova previsto para 15.11.2003.

Todavia, em 23.07.2003 o recorrente foi preso em flagrante, vindo a ser posteriormente condenado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Bangu, também por tráfico de drogas, à pena privativa de liberdade de 03 anos e 06 de reclusão, em regime integralmente fechado, além de multa. A sentença transitou em julgado em 18.11.2003, tendo sido expedida, em consequência, a Carta de Execução de Sentença n. 2004/01590-5.

No entanto, somente em 30.08.2004 o Magistrado singular revogou o mencionado benefício, determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do apenado (fls. 13/15).

Inconformada, a defesa impetrou ordem de **habeas corpus** perante a Corte Estadual, a qual entendeu que o prazo do livramento condicional ficaria automaticamente prorrogado caso o beneficiário viesse a cometer novo delito durante o período de prova, ratificando a decisão então impugnada.

Todavia, em diversos julgados, esta Corte, assim como o Supremo Tribunal Federal, tem se orientado no sentido de não ser automática a revogação do livramento condicional, ainda que o beneficiário pratique novo crime durante o período de prova, pois dependente de decisão judicial.

No presente caso, os autos evidenciam que, durante todo o cumprimento do período de prova imposto ao apenado, não houve qualquer manifestação contrária por parte do órgão fiscalizador.

Ou seja, ainda que no curso do benefício tenha sido demonstrado o cometimento de novo delito pelo recorrente, a revogação só veio a ocorrer após o cumprimento de todo o período estipulado, não tendo havido, sequer, a suspensão do benefício.

Se o réu praticou novo delito ainda durante o período de prova, caberia ao Juízo da Execução tomar as providências necessárias para a suspensão ou a prorrogação do benefício, como faculta o art. 145 da Lei de Execuções Penais, não podendo fazê-lo depois de expirado o prazo.

Assim, permanecendo inerte o órgão fiscalizador, não poderia restringir o direito do recorrente após o cumprimento integral do benefício — restabelecendo situação já vencida pelo decurso de tempo.

Desta forma, incide à hipótese o disposto no art. 90 do Código Penal, **in verbis**:

“Art. 90. Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.”

Nesse sentido, o seguinte precedente da Suprema Corte:

“Livramento condicional: extinção da pena com o termo final do prazo, se antes dele, não suspenso o seu curso nem revogado o benefício.

1. É compulsória a revogação do livramento condicional se o liberado é condenado mediante sentença irrecorrível a pena privativa de liberdade por crime cometido durante a vigência do benefício (C. Pen, art. 86, I).

2. *Para obstar, não obstante, a extinção da pena, pelo término do prazo do livramento condicional sem decisão judicial que o revogue, a solução legal exclusiva é a medida cautelar de suspensão do seu curso (C. Pr. Pen., art. 732; LEF, art. 145).*

3. *Não tendo havido a suspensão cautelar, corre sem óbice o prazo do livramento condicional, cujo termo, sem revogação, implica a extinção da pena.*

4. *O retardamento de decisão, meramente declaratória, da extinção da pena — ainda quando devido à falta de ciência da condenação intercorrente —, não autoriza o juiz de execução a desconstituir o efeito anteriormente consumado do termo do prazo fatal do livramento.*

(HC n. 81.879-SP, DJ de 06.08.2002, Relator Ministro Sepúlveda Pertence)

Deste Tribunal, os seguintes julgados:

“Habeas corpus. Livramento condicional. Crime praticado no período de prova. Inocorrência de suspensão do benefício. Término do livramento. Retroatividade. Revogação inadmissível. Concessão da ordem.

O livramento condicional exige do reeducando o cumprimento das restrições impostas, submetendo-o aos critérios de revogação, facultativo e obrigatório, previstos na lei penal.

Contudo, vencido o prazo de cumprimento do benefício, sem anotações de eventuais embaraços, a declaração da extinção da pena era de ser consequência imperiosa da decisão do juízo executório, não lhe permitindo a possibilidade de retroação ao tempo do período de prova para revogar o benefício, tendo em vista a definitiva condenação em crime praticado naquele momento e só depois percebido. Inteligência do art. 90 do Código Penal.

In casu, a omissão do Estado-Administração, no tocante à vigilância do cumprimento e à certificação dos óbices da extinção da pena, não pode ser argüida em desfavor do apenado.

Concessão da ordem para declarar extinta a pena.”

(HC n. 37.294-RJ, DJ de 11.10.2004, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca)

“Processo Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. *Livramento condicional. Medida cautelar. Suspensão. Extinção da punibilidade. Cometimento de novo delito no curso do benefício.*

I - Apesar de compulsória a revogação do livramento condicional, no caso de o liberado ser condenado mediante sentença irrecorrível à pena privativa de liberdade por crime cometido durante a vigência do benefício (art. 86, I, do Código Penal), necessária se faz a suspensão do seu curso, por medida cautelar (art. 732 do CPP e 145 da LEP). (Precedentes)

II - Não havendo qualquer óbice, suspendendo ou revogando o benefício, deve ser declarada extinta a pena, nos termos do art. 90 do Código Penal.

Recurso provido.”

(RHC n. 14.499-RJ, DJ de 19.12.2003, Relator Ministro Felix Fischer)

“Execução penal. Livramento condicional. Expiração do prazo. Faltas. Verificação. Novo processo.

1. Uma vez cumpridas as condições e expirado o prazo do livramento condicional sem revogação (art. 90, Código Penal) a pena é automaticamente extinta, sendo flagrantemente ilegal a subordinação da declaração da extinção à constatação da prática de eventuais delitos durante o período de prova.

2. Recurso desprovido.”

(RHC n. 8.363-RJ, DJ de 20.04.1999, Relator Ministro Fernando Gonçalves).

Assim, deve ser cassada a decisão que revogou o livramento condicional do recorrente e declarada extinta a pena relativa à CES n. 2001/06293-4, da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 651.528-PI (2004/0064700-1)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: José Alves dos Reis

Advogado: Astrogildo Mendes de Assunção Filho

Recorrido: Ministério Público do Estado do Piauí

Interessante: Município de Assunção do Piauí

Advogado: João Carlos Fortes Carvalho de Oliveira

EMENTA

Penal. Recurso especial. Art. 1º, incisos I, III e V, do Decreto-Lei n. 201/1967 e art. 89 da Lei n. 8.666/1993, c.c. arts. 69 e 71, ambos do CP Prefeito. Dissídio jurisprudencial. Transcrição de ementas. Falta de cotejo analítico. Embargos de declaração. Preliminares argüidas. Carência de ação e litispendência. Omissão. Violação ao art. 619 do CPP. Competência da Justiça Federal. Cerceamento de defesa. Documentos novos. Vista dos autos. Questão já apreciada. Recebimento da denúncia. Afastamento do cargo. Fundamentação.

I - O dissídio pretoriano deve, em regra, preencher os requisitos estabelecidos nos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC c.c. o art. 3º do CPP. É indispensável o cotejo analítico, com a demonstração da similitude fática das situações, entre o v. acórdão recorrido e o eventual paradigma colacionado (precedentes).

II - Configura **error in procedendo**, detectável de plano, a não-apreciação de questão jurídica pertinente e, em tese, relevante, suscitada em embargos de declaração (Súmula n. 211-STJ). Configurada, pois, a violação ao art. 619 do CPP.

III - Considerando-se que as questões relativas à incompetência da Justiça Estadual e ao cerceamento de defesa já foram objeto de apreciação no HC n. 32.754-PI, nestes tópicos o recurso não merece ser conhecido.

IV - A decisão que determina o afastamento do Prefeito de seu cargo deve ser concretamente fundamentada, a teor do art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967 (precedentes). **In casu**, a decisão foi fundamentada, a par da gravidade dos fatos atribuídos ao acusado, principalmente, para assegurar, durante a instrução, a imparcialidade na colheita das provas, tendo em vista a forte influência política de que é detentor, o que certamente poderia obstaculizar a elucidação dos fatos.

V - O recurso excepcional, quanto ao permissivo da alínea **a**, deve apresentar a indicação do texto infraconstitucional violado e a demonstração do alegado **error**, sob pena de esbarrar no óbice do verbete insculpido na Súmula n. 284-STF (aplicável ao apelo especial **ex vi** art. 26 da Lei n. 8.038/1990) (precedentes).

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita

Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 21.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto por José Alves dos Reis, Prefeito Municipal de Assunção-PI, com base no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da **Lex Fundamental**is, em face de v. acórdão prolatado pela Primeira Câmara Especializada Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que, à unanimidade, recebeu a denúncia e determinou o afastamento do recorrente de seu cargo.

Esta a ementa do julgado:

“Denúncia — Prefeito municipal — Crimes capitulados no art. 1º, incisos I, III e V, do Decreto-Lei n. 201/1967, e art. 89, da Lei n. 8.666/1993, na forma dos arts. 69 e 71, do Código Penal — Recebimento — Afastamento do cargo.

1. Estando a denúncia em sintonia com as exigências do art. 41 do Código de Processo Penal, e embasada em suporte probatório mínimo, impõe-se o seu recebimento.

2. Tendo a acusação requerido a oitiva de servidores públicos municipais, e, restando demonstrada a probabilidade concreta de que, no Poder, o denunciado venha a influir negativamente nos respectivos testemunhos e na colheita de outras provas, impõe-se, como medida de cautela, seu afastamento do cargo de Prefeito, durante a instrução processual” (fl. 731).

Contra essa r. decisão foram opostos embargos declaratórios que restaram parcialmente providos tão-somente para sanar erro material constante no acórdão. O julgado foi assim ementado:

“Embargos de declaração. Ação penal originária. Acórdão que recebeu a denúncia e afastou provisoriamente o denunciado do exercício do cargo de prefeito. Incompetência da Justiça Estadual: incoerência, vez que não há acusação de desvio de verbas sujeitas a prestação de contas perante órgão federal. Nulidade por supressão do direito do embargante de manifestar-se sobre documentos juntados pelo Ministério Público após a resposta à denúncia:

nulidade que não se pronuncia, eis que os aludidos documentos não influíram decisivamente no resultado do julgamento. Ausência de motivação da decisão de afastamento provisório do cargo: inoportunidade. Omissão quanto à motivação da decisão sobre preliminares suscitadas pela defesa: vício inexistente, posto que as prefaciais não foram argüidas. Ocorrência de mero erro material. Embargos conhecidos e parcialmente providos para correção do erro material existente no acórdão” (fl. 955).

Daí o presente apelo nobre. Alega-se: a) violação ao art. 619 do CPP, tendo em vista que o egrégio Tribunal **a quo** não teria se pronunciado acerca das preliminares de litispendência e impossibilidade jurídica do pedido suscitadas em sede de sustentação oral; b) a incompetência do egrégio Tribunal de Justiça para processar e julgar imputações referentes a recursos federais (no caso, segundo sustenta o recorrente, os fatos narrados na exordial acusatória estão relacionados com a aplicação de verbas de origem federal, mais precisamente com recursos do Fundef, provenientes do Ministério da Educação; logo, a competência seria da Justiça Federal. Faz menção, ainda, à Súmula n. 208-STJ); c) cerceamento de defesa, pois o recorrente não teve a oportunidade de se manifestar acerca dos documentos juntados pelo Ministério Público e que teriam influenciado diretamente no resultado do julgamento; d) ausência de fundamentação concreta da decisão que determinou seu afastamento do cargo de Prefeito, violando, assim, o art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967; e, por fim, e) que seu afastamento representará, na verdade, cassação de seu mandato, pois acredita que a instrução processual não findará antes do término de seu mandato eletivo.

Contra-razões às fls. 1.008/1.014.

Admitido na origem, ascenderam os autos a esta Corte (fls. 1.017/1.019).

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 706/711 (numeração do STJ), se manifestou pelo parcial provimento do recurso, quanto à violação ao art. 619 do CPP e no tocante à competência da Justiça Federal. O parecer ministerial restou assim ementado:

“Penal. REsp. Crimes cometidos por prefeito, incluindo desvio de verbas do Fundef. Alegação de negativa de vigência do art. 619 do CPP: Ocorrência, na medida em que manteve-se o acórdão omisso quanto ao exame de preliminares argüidas em sessão de julgamento. Alegação de incompetência da Justiça Estadual: verifica-se a incompetência, aplicando-se, **in casu**, a Súmula n. 208, do STJ. Alegação de cerceamento de defesa com juntada de documentos novos, sem oportunidade de manifestação da defesa: inoportunidade, pois inexistiu o alegado dano e o aprofundamento do tema é vedado em sede de REsp (Súmula n. 07-STJ). Alegação de infringência do art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967: inoportunidade em face da robusta

fundamentação do afastamento do prefeito. Parecer pelo conhecimento e provimento parcial do recurso especial” (fl. 706).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Alega-se no presente apelo nobre: a) violação ao art. 619 do CPP, tendo em vista que o egrégio Tribunal **a quo** não teria se pronunciado acerca das preliminares de litispendência e impossibilidade jurídica do pedido suscitadas em sede de sustentação oral; b) a incompetência do egrégio Tribunal de Justiça para processar e julgar imputações referentes a recursos federais (no caso, segundo sustenta o recorrente, os fatos narrados na exordial acusatória estão relacionados com a aplicação de verbas de origem federal, mais precisamente com recursos do Fundef, provenientes do Ministério da Educação; logo, a competência seria da Justiça Federal. Faz menção, ainda, à Súmula n. 208-STJ); c) cerceamento de defesa, pois o recorrente não teve a oportunidade de se manifestar acerca dos documentos juntados pelo Ministério Público e que teriam influenciado diretamente no resultado do julgamento; d) ausência de fundamentação concreta da decisão que determinou seu afastamento do cargo de Prefeito, violando, assim, o art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967; e, por fim, e) que seu afastamento representará, na verdade, a cassação de seu mandato, já que a instrução processual não findará antes do término de seu mandato.

Inicialmente, impende ressaltar que o dissídio pretoriano deve, em regra, preencher os requisitos estabelecidos nos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC c.c. o art. 3º do CPP. Vale dizer, é indispensável o cotejo analítico, com a demonstração da similitude fática das situações, entre o v. acórdão recorrido e o eventual paradigma colacionado. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Penal. Ausência de questionamento. Súmula n. 211 do STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Falta de similitude fática.

1. Para existir o questionamento viabilizador do recurso especial, não basta a oposição de embargos declaratórios, sendo, pois, necessário que o Tribunal **a quo** efetivamente aprecie a questão argüida, nos termos do Verbete Sumular n. 211 do STJ.

2. Não se conhece da argüida divergência jurisprudencial, porquanto não foi realizado o cotejo analítico de molde a demonstrar a exigida similitude fática entre o aresto vergastado e os acórdãos paradigmas.

3. Recurso desprovido”

(AgRg no Ag n. 568.584-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Laurita Vaz, 23.08.2004).

“Processo Penal — Embargos de divergência em recurso especial — Indeferimento liminar de seu processamento — Agravo regimental — Ausência do cotejo analítico — Acórdãos paradigmas faticamente diversos do aresto embargado — Inexistência de comprovação da divergência jurisprudencial — Arts. 255, §§ 1º e 2º, e 266 do RISTJ — Embargos não conhecidos.

1. Esta Terceira Seção, na esteira da decisão ora agravada, tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e §§, do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Como isso não ocorreu, impossível conhecer da divergência aventada.

2. Ademais, impõe-se a similitude fática do acórdão embargado e os paradigmas com tratamento jurídico diverso. No caso **sub judice**, o v. acórdão embargado manifestou-se apenas pelo não-conhecimento do recurso, face à inexistência de interesse da parte, vez que declarada a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, não havendo como confrontá-la com caso concreto diverso, em que examinou-se especificamente a questão da competência para processar e julgar o delito de tráfico internacional de crianças.

3. Precedentes (AgRg nos EREsp ns. 435.994-RJ, 460.593-RJ, 270.356-SP e EREsp n. 250.602-RN).

4. Agravo regimental conhecido, porém, desprovido”

(AEResp n. 219.841-MG, Terceira Seção, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ de 1º.07.2004).

“Recurso especial. Direito Penal. Falsidade ideológica. Acusado que declara nome falso perante a autoridade policial. Atipicidade.

Exercício de autodefesa. Direito ao silêncio. Prequestionamento.

Cotejo analítico. Inexistência. Não-conhecimento.

Não se admite o recurso especial inexistindo o necessário prequestionamento. Súmulas ns. 211 do STJ e 282 do STF.

A inexistência de cotejo analítico ou de identidade ou similitude fática e normativa balda o dissídio jurisprudencial necessário ao conhecimento do

recurso especial com fundamento na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição da República (RISTJ, art. 255, § 2º; CPC, art. 541, parágrafo único).

A mera transcrição de ementas frustra o requisito do dissenso pretoriano, porque não há cotejo analítico, impossibilitando a verificação da identidade ou da similitude fática e normativa.

É atípica a conduta do acusado que, ao ser preso em flagrante, declara, perante a autoridade policial, nome falso, haja vista a natureza de autodefesa da conduta, garantida constitucionalmente, consubstanciada no direito ao silêncio.

Recurso parcialmente conhecido e improvido”

(REsp n. 418.925-DF, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 22.09.2003).

“Processual Penal. Recurso especial. Crime contra a Administração Pública. Concussão. Erro na dosimetria da pena. Dissídio jurisprudência. Não-demonstração. Prescrição. Reconhecimento. Embargos declaratórios. Contradição. Ocorrência.

I - Ao reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal, o acórdão embargado partiu da premissa equivocada de que o acréscimo de 4 meses à pena-base (dois anos de reclusão) decorria da continuidade delitiva, em verdade inexistente.

II - A fixação da pena um pouco acima do mínimo legal (quatro meses) está devidamente fundamentada em face da existência de diversas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, como o elevado grau de culpabilidade, as circunstâncias em que foi praticado o ilícito (com premeditação), e as consequências do crime. Hipótese em que para se infirmar as conclusões a que chegou o v. acórdão **a quo** seria necessário o reexame de todo o arcabouço fático-probatório contido nos autos, o que se torna inviável nesta via eleita, ante o enunciado da Súmula n. 07-STJ.

III - Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados.

IV - A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial.

Embargos acolhidos para, afastada a prescrição e superada a prejudicialidade do recurso especial, dele não se conhecer”

(EDcl no REsp n. 252.613-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 16.06.2003).

No presente caso, o que se percebe é que o recorrente se limitou a transcrever ementas, sem proceder, contudo, ao indispensável cotejo analítico, com a demonstração da similitude fática das situações. Inviável, portanto, o conhecimento do recurso quanto à alínea **c** do permissivo constitucional.

Alega o recorrente, no tópico **a**, violação ao art. 619 do CPP, tendo em vista que o egrégio Tribunal **a quo** não teria se pronunciado acerca das preliminares de litispendência e impossibilidade jurídica do pedido suscitadas em sustentação oral.

Em sede de embargos declaratórios, o ora recorrente requereu, dentre outras, fosse suprida omissão no que tange às preliminares argüidas, pois o v. acórdão increpado não teria aduzido os motivos pelos quais foram rejeitadas.

O egrégio Tribunal **a quo**, se pronunciando acerca do recurso integrativo, no **punctum saliens**, afirmou, **verbis**:

“Resta analisar a alegação de que o aresto atacado não declinou os fundamentos da rejeição das preliminares de litispendência e impossibilidade jurídica do pedido suscitadas pelo denunciado, ora embargante.

É certo que, na certidão de julgamento e na própria conclusão do acórdão, consta que foram rejeitadas as preliminares suscitadas. Insta observar, entretanto, que o denunciado ora embargante não levantou qualquer questão preliminar nem em sua resposta à denúncia nem em sustentação oral na sessão em que este órgão jurisdicional deliberou pelo recebimento da denúncia. Trata-se, pois, de mero erro material, sanável até mesmo de ofício.

Nesse ponto, tenho por manifesta a má-fé do embargante, eis que nem mesmo nos embargos ele menciona em que oportunidade e quais os argumentos que utilizou para sustentar as preliminares que diz ter argüido” (fl. 958).

Veja-se que no v. acórdão vergastado constam que tais preliminares não foram argüidas em momento algum, havendo, portanto, erro material na certidão de julgamento ao constar “por votação unânime, rejeitaram as preliminares suscitadas”. Dessa maneira, não haveria qualquer omissão a ser sanada.

Ocorre que o ora recorrente, conforme certidão de fls. 974/976, realmente levantou as preliminares de litispendência e de carência de ação, em sustentação oral, quedando-se o egrégio Tribunal **a quo** silente acerca do tema. Note-se que mesmo em sede de embargos declaratórios, não foi suprida a omissão.

Veja-se, oportunamente, o seguinte excerto da sustentação oral realizada pelo causídico do recorrente, **verbis**:

“Quereria nesse momento alegar, ouvir, a induzir uma nova tese na defesa do denunciado. A 1ª tese, ou melhor dizendo preliminarmente, argüir ou

venho a argüir a questão da carência da ação. Mas por que carência da ação? Em razão da impossibilidade jurídica do pedido que está patente no momento em que se configura **bis in idem** em relação à denúncia que está sendo recebida aqui ou não recebida em relação à ação civil pública que tramita na Comarca de São Miguel do Tapuio. A título de esclarecimento, excelências, existe uma ação civil pública impetrada pelo órgão do Ministério Público da Comarca de São Miguel do Tapuio que resultou, que culminou no afastamento do prefeito, inclusive hoje ele encontra-se afastado. Dessa ação civil pública ele recorreu com o agravo de instrumento que foi negado a sua reintegração ao cargo. Ingressou com mandado de segurança, que se não me falha a memória, compete à Relatora eminente Desembargadora Eulália. E, também, um agravo regimental que foi requerido até a desistência. Então, patente está a carência da ação, haja vista terem o mesmo objeto, tanto é que eu dividi aqui em dois grupos que foram elencados, tanto na ação civil pública como na denúncia. Foram os seguintes fatos: o atraso salarial — consta na denúncia, consta também na ação civil pública, com emissão de duplicata, com cheque. Depois, a falsificação e assinaturas de recibos, agiotagem, não-assinatura do termo de conduta de ajuste. Grupo dois: desvio de verbas públicas na aquisição de óleo diesel, fraude em processo licitatório, contratação de empresas irregulares e devolução de cheques sem a devida provisão de fundo. Superada essa preliminar, temos uma segunda preliminar, também, aqui, argüida a questão da litispendência e, por que litispendência? Observem que as partes são as mesmas, há identidade de partes. Quem é a parte autora? Na ação civil pública é o Ministério Público, órgão uno e indivisível; na denúncia também é o M. Público, só que na pessoa do Sr. Procurador-Geral de Justiça. É patente que faz parte no pólo passivo da ação o réu, o Sr. José Alves dos Reis. É réu tanto na ação civil pública quanto na denúncia, ou seja, as partes são as mesmas, há identidade de partes, com relação à causa de pedir também, porque a causa de pedir origina-se tanto na ação civil pública quanto na denúncia, sobre questões de irregularidades, irregularidades na Administração Pública, do gestor público. Que em razão dessas acusações está sendo pedida sua condenação. Então há identidade de partes, há identidade na causa de pedir e há identidade no pedido, porque o pedido, é a condenação em razão das supostas irregularidades. Então, aqui são duas preliminares argüidas. A primeira, da carência da ação pela impossibilidade jurídica do pedido, em razão do mesmo objeto e a razão da litispendência” (fls. 974/975).

Ora, configura **error in procedendo**, detectável de plano, a não-apreciação de questão jurídica pertinente e, em tese, relevante, suscitada em embargos de declaração (Súmula n. 211-STJ). Configurada, pois, a violação ao art. 619 do CPP



Quanto aos itens **b** e **c**, tenho que o recurso não deve sequer ser conhecido, pois a matéria já foi devidamente apreciada no julgamento do HC n. 32.754-PI, de minha relatoria, publicado no DJ de 17.05.2004. Veja-se a ementa do julgado:

“**Habeas corpus**. Ação penal originária. Afastamento de prefeito. Legalidade. Direito de ir e vir. Inexistência de afronta. Via eleita. Descabimento. Verba repassada pela União e incorporada pelo Município. Competência. Justiça Estadual.

I - Foge ao âmbito do **habeas corpus** a discussão acerca do afastamento de prefeito municipal do cargo, decretado em processo criminal, quando as supostas ilegalidades apontadas não atingiram, ainda que de maneira reflexa, o direito de ir e vir do paciente. (Precedentes)

II - A verba repassada pela União Federal ao Município, mediante convênio, incorpora-se ao patrimônio municipal, razão pela qual, o foro competente para processar e julgar Prefeito acusado de desvio de tais verbas é a Justiça Estadual. (Precedentes)

III - Documentação consistente em comunicação da atual Prefeita ao membro do *Parquet* local, o qual não teve vista o paciente, mas que não se demonstrou qualquer prejuízo, não gera nulidade, haja vista que em nosso sistema processual adotou-se o princípio *pas de nullité sans grief*, não se declarando a nulidade do feito quando não restar devidamente comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente (art. 563 do CPP).

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado”

(HC n. 32.754-PI, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 17.05.2004).

No **punctum saliens**, tem-se no acórdão, **verbis**:

“Quanto às alegações de incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, bem como quanto ao argumento de cerceamento de defesa, adoto, como razões de decidir, o parecer exarado pelo culto Subprocurador-Geral da República Dr. Alcides Martins, **verbis**:

“8. Da percuciente análise dos autos, notadamente, da peça exordial de acusação proposta pelo Ministério Público Estadual (fls. 10/24), verifica-se que o paciente vem sendo acusado por vários crimes contra à Administração Pública, como por exemplo: atrasos salariais; pagamentos de servidores municipais com cheques pré-datados, com vales e parceladamente; exagerada compra de combustível; contratação de familiares para transporte de estudantes em período de férias; fracionamento de despesas; despesas sem licitações e sem notas fiscais; montagem de processo licitatório; emissão de cheques sem

provisão de fundos; aquisição de mercadoria com firmas consideradas inidôneas, entre outras irregularidades descritas na denúncia (fls.10/24).

9. Com relação à primeira argüição sustentada pelo impetrante: *incompetência do Juízo Estadual para julgamento do paciente, Prefeito Municipal, por se tratar de desvios de recursos do Fundef*, daí decorrendo, pois, interesse da União, o que deslocaria a competência, para o julgamento da causa, ao Tribunal Regional Federal competente.

10. À primeira vista, esta afirmação impressiona, entretanto não merece prosperar, conforme demonstraremos.

11. Na realidade, o paciente, montou verdadeiro esquema para desviar recursos municipais, burlando e fraudando licitações das mais diversas, inclusive aquelas referentes ao transporte escolar, forjando notas fiscais etc. Daí não se pode dizer, **a priori**, e por intermédio da via estreita do *writ*, que a questão se circunscreve apenas a recursos federais.

12. As irregularidades identificadas, em quase sua totalidade, são provenientes de desvio de *recursos municipais*, fato que vem sendo investigado tanto pelo *Parquet* Estadual e quanto pelo Tribunal de Contas do Estado. **In casu**, existe apenas uma exceção, qual seja, realização de obra sem licitação, referida na denúncia à fl. 14, porém, até mesmo esta despesa, que, aparentemente, foi realizada com auxílio de recursos provenientes do Fundef, também foram utilizadas verbas do Fundo de Participação do Município — FPM, sendo certo que, apenas este último fato autoriza a competência da Justiça Estadual para processar e julgar o Prefeito Municipal, pois deve ser averiguado desvio de recursos municipais.

13. Ademais, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando chamado a decidir o HC n. 15.899-PI (DJ de 25.06.2001, p. 212), Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, deixou claro que tendo as verbas federais se incorporado às verbas do Município é competente a Justiça Estadual para o julgamento de eventuais irregularidades, senão vejamos:

“É importante ressaltar que ainda que se tratasse de desvio de verba federal, mas já incorporada ao patrimônio municipal, a competência continuaria a ser da Justiça Estadual, consoante tem advertido a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

‘Conflito. Penal. Processual. Verba federal. Convênio com Município. Desvio. Ex-prefeito.

1. A verba que a União Federal entrega ao Município, mediante convênio, incorpora-se ao patrimônio municipal. Precedentes.

2. Incorporada a verba federal ao patrimônio municipal e ocorrendo desvio, a competência para processar e julgar o Prefeito acusado é do Tribunal de Justiça do Estado (CF, art. 29, X).

3. Não estando o Prefeito acusado no exercício do cargo, a competência para processar e julgar o feito é do Juiz de primeiro grau da Justiça Comum Estadual (Súmula n. 394-STF revogada).

4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de primeiro grau da Justiça Comum Estadual.’

(CC n. 25.138-MS, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 20.11.2000)

‘Não compete à Justiça Federal o processamento e julgamento originário de ação penal contra Prefeito Municipal por má aplicação de verbas federais repassadas ao patrimônio da municipalidade. Seu desvio ou emprego irregular é crime contra o Município em cujo patrimônio elas se incorporam. Afasta-se a incidência do art. 109 - IV da CF, que atribui competência aos juízes federais para processar e julgar infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União. Precedentes citados: RE n. 77.893 (DJ de 24.05.1974) e RHC n. 71.419 (DJ de 16.06.1995). Com esse entendimento, a Turma não conheceu do recurso extraordinário. RE n. 205.773, Relator Ministro Octavio Gallotti, 29.04.1997.’ (Noticiado no Informativo n. 69)”

14. Com relação à segunda, constrangimento ilegal suscitado pelo impetrante: *cerceamento de defesa, por não ter se manifestado sobre documentos novos acostados pelo Ministério Público*, temos que sua irrisignação não merece guarida.

15. A documentação que se refere o impetrante, acostada na fl. 39, trata-se apenas de uma comunicação enviada pela atual Prefeita para o promotor de justiça daquele Município, afirmando que o contador da gestão do antigo Prefeito, ora paciente, não apresentou a documentação relativa à contabilidade do Município e, após, pediu providências. Contudo a referida documentação não influenciou para a situação imposta ao paciente, até porque o mesmo *“já se encontrava afastado do cargo por força de provimento judicial cautelar prolatado nos autos de uma ação civil pública”* (fl. 30), denotasse, assim que tal fato *“não lhe gerou absolutamente nenhum prejuízo”*.

16. Com efeito, a defesa não logrou demonstrar a ocorrência do prejuízo sofrido pelo paciente, face à ausência de sua intimação para se manifestar

sobre o documento apresentado, não prosperando a tese de nulidade da decisão ora fustigada, vez que, em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se deduz que, somente há de se declarar a nulidade do feito quando, além de alegada **opportune tempore**, restar devidamente comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente.

17. Destarte, *não há que se falar em qualquer constrangimento ilegal face do ora paciente*, vez que, consoante sobejamente demonstrada a juntada do mencionado documento, *não implicou, no caso sub examen, em prejuízo à sua defesa*, vez que o essencial causador da manutenção do afastamento do paciente do cargo de Prefeito foram as irregularidades apontadas na peça exordial acusatória” (fls. 209/212).

Quanto ao tópico **d** (alegação de falta de fundamentação da r. decisão que afastou o recorrente do cargo, violando, assim, o art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967), tenho que a irrisignação igualmente não prospera.

Sabe-se que a decisão que determina o afastamento do Prefeito de seu cargo deve ser concretamente fundamentada, a teor do art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967 e, também, do art. 93, IX, da **Lex Fundamentalis**. Nesse sentido:

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Prefeito. Denúncia. Recebimento. Afastamento do cargo. Fundamentação.

I - A alegação de ofensa direta a texto constitucional não pode ser analisada em recurso especial, sendo de competência do Pretório excelso.

II - Inexiste violação ao art. 619 do CPP se o egrégio Tribunal, examinando os embargos de declaração, não se esquivou de enfrentar as questões levantadas na fase recursal.

III - Na via do recurso especial é incabível o reexame e cotejo do material cognitivo para ver atendida a pretensão recursal (Súmula n. 07-STJ).

IV - A decisão que determina o afastamento do Prefeito de seu cargo deve ser concretamente fundamentada, a teor do art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967.

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido”

(REsp n. 612.687-PI, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 29.11.2004).

“Recurso especial. Prefeito. Recebimento da denúncia. Afastamento do cargo. Alegação de dissenso jurisprudencial e violação a preceitos do Decreto-Lei n. 201/1967. Ausência de fundamentação.

A peça do recurso especial, no tocante à alegação de divergência jurisprudencial, deve trazer analiticamente o confronto da controvérsia, por meio do qual se permita a análise da pretensão posta e dos arestos paradigmáticos.

Não se admitem no âmbito dos recursos extraordinários discussões acerca de dispositivos de Lei Federal que não foram objeto de debate no acórdão recorrido.

O afastamento provisório da função pública, consoante previsão do art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967, exige específica motivação com os dados da causa, sendo inadmissíveis cogitações genéricas sem parâmetro na conduta pretérita ou presente do denunciado.

Recurso conhecido e provido para que o recorrente seja reconduzido ao cargo, sem prejuízo de que, motivada e concretamente, venha o Tribunal a determinar o afastamento do cargo”

(REsp n. 613.913-PI, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 28.06.2004).

“Recurso especial. Penal. Art. 619 do CPP Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. Decreto-Lei n. 201/1967. Afastamento de prefeito. Ausência de fundamentação. Recurso parcialmente provido.

1. ‘Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, Câmaras ou Turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de 2 (dois) dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.’ (Art. 619 do Código de Processo Penal)

2. Não há falar em violação do art. 619 do Código de Processo Penal quando, da simples leitura das razões dos embargos de declaração opostos, verifica-se que o embargante, sob o pretexto de que o acórdão embargado teria incorrido em omissão, contradição e obscuridades, tem o nítido propósito de obter o reexame da matéria versada nos autos, na busca de decisão que lhe seja favorável.

3. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

4. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a

simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

5. O afastamento do cargo de Prefeito é de natureza cautelar, sujeitando-se a sua decretação, não apenas em obséquio ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República, mas, também, ao próprio art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967, por indubitoso, à demonstração da sua efetiva necessidade, que em nada se confunde com razões que, não fazendo qualquer consideração relativa à efetiva e concreta probabilidade de interferência na prova, insulam-se na sua mera possibilidade. Precedentes.

6. Recurso especial parcialmente provido”

(REsp n. 568.563-PI, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 17.05.2004).

“Penal. Processual. Prefeito municipal. Recebimento da denúncia. Prazo para manifestação da defesa. Nulidade. Princípio da presunção de inocência. Violação. Exame de provas. Decreto-Lei n. 201/1967, art. 2º, II. Não-revogação. Afastamento do cargo. Fundamentação. **Habeas corpus**.

1. Os prazos, no processo penal, ‘correrão do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho’ (CPP art. 798, § 5º, c). Dispensável, portanto, a publicação do despacho que determina a juntada, aos autos, de carta de ordem devidamente cumprida. Cerceamento de defesa não reconhecido.

2. Regularmente notificada a defesa, a não-apresentação de resposta no prazo legal não anula o processo.

3. Alegada violação ao princípio da presunção de inocência que não se examina. O **habeas corpus** não é instrumento idôneo à verificação do real número de ações penais instauradas contra o paciente. As provas, nesta instância e via, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes.

4. O Decreto-Lei n. 201/1967, art. 2º, II, não foi revogado, no que concerne ao processo e julgamento dos Prefeitos Municipais quanto às infrações político-administrativas a eles atribuídas. Precedentes deste STJ e do STF.

5. A CF, art. 93, IX, exige a fundamentação de todos os decisórios judiciais, sob pena de nulidade. A decisão que determina o afastamento de Prefeito do cargo para o qual foi eleito não é exceção.

6. **Habeas corpus** conhecido; pedido parcialmente deferido, para anular o acórdão recorrido e determinar seja outro proferido, em observância às determinações legais pertinentes”

(HC n. 12.158-PA, Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 22.05.2000).

Ocorre que, no presente caso, o recorrente foi afastado de seu cargo com base em r. **decisum** concretamente fundamentado, e não de forma genérica e abstrata como quer fazer crer o suplicante.

Confira-se, oportunamente, o teor da r. decisão que determinou o afastamento do Prefeito, ora recorrente, **verbis**:

“O disposto no inciso II do art. 2^o do Decreto-Lei n. 201/1967, impõe ao julgador que se manifeste, motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal. É o que passo a fazer.

Do afastamento do denunciado do cargo de prefeito:

Os fatos expostos na denúncia, no meu sentir, evidenciam não apenas a conveniência, mas a premente necessidade do afastamento do denunciado, José Alves dos Reis, do cargo de Prefeito Municipal de Assunção. Ao denunciado, pelo que se pode observar, estão sendo imputados fatos gravíssimos, tipificados como crimes, pelo art. 1^o, incisos I, III e V, do Decreto-Lei n. 201/1967, e no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, em continuidade delitiva e em concurso material.

É certo que o denunciado já se encontra afastado do cargo por força de provimento judicial cautelar prolatado nos autos de uma ação civil pública. Todavia, analisando os argumentos expendidos pelo órgão acusador e os documentos por ele acostados à preambular, chega-se, **data venia**, à conclusão de que o retorno do denunciado ao cargo de Prefeito Municipal, pelo prestígio e autoridade inerentes ao próprio cargo e pela força do poder político de que é detentor, poderá causar sérios embaraços à imparcial colheita da prova durante a fase instrutória. Como é natural, no exercício do aludido cargo, terá ele plena liberdade de ação para dificultar a instrução processual, manipulando ou destruindo provas documentais, subornando ou intimidando testemunhas e, com isso, pondo em grave risco a revelação da verdade real e a efetiva aplicação da lei.

A propósito do tema, o Pretório excelso, intérprete maior de nossas leis, em reiteradas decisões, assim tem se manifestado:

‘Denúncia: Alegação de inépcia — Inocorrência — Prefeito Municipal: Afastamento do cargo — Inexistência de constrangimento ilegal — Decreto-Lei n. 201/1967, art. 2^o, II. I - Denúncia que atende aos requisitos

do art. 41 do CPP II - Não constitui constrangimento ilegal o afastamento pelo Tribunal, com fundamento no art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967, de Prefeito Municipal por crime previsto no art. 1º do referido diploma legal (STF — HC n. 73.938-5 — Segunda Turma — Relator Ministro Carlos Veloso — DJ de 08.11.1996)’.

Para **Hely Lopes Meirelles**, o afastamento temporário do autor do fato infringente da norma, é providência cautelar do mais alto interesse da Justiça. No exercício do cargo, o réu poderá embaraçar a marcha procedimental e criar dificuldades à elucidação dos fatos que lhes são imputados.

O afastamento temporário do réu, segundo o sempre festejado magistrado de **Rui Stoco**, é medida a que a ‘lei’ deu natureza jurídica bifronte: a) processual, sob a forma de medida cautelar; b) moralizadora, visando acautelar desmandos e preservar a moralidade pública.

Na espécie, oportuno ressaltar que a denúncia se fundou em inquérito civil que, por sua vez, foi deflagrado por delação de servidores municipais que, por isso, foram arrolados, pela acusação, como testemunhas.

Por outro lado, no expediente acostado à fl. 682, a vice-prefeita, no exercício provisório do cargo de prefeito, relata que o contador, contratado na gestão do denunciado, vem se recusando a entregar-lhe os documentos contábeis do Município, causando assim dificuldades para sua administração, inclusive quanto à prestação de contas ao TCE.

Convém ainda deixar claro que, com o afastamento do denunciado não se está suprimindo a liberdade do voto popular, que redundou na sua eleição pelos eleitores daquele Município, mas pondo em aplicação o sistema de freios e contrapesos, inerente ao princípio da separação de poderes do regime presidencialista, como o nosso.

Por todas estas razões, como medida acautelatória, manifesto-me pelo afastamento do denunciado da função que exerce, até a conclusão da instrução processual, e, por conseguinte, pela manutenção da vice-prefeita no exercício do cargo de Prefeita daquele Município, ou, caso esta já não mais esteja no exercício do cargo, pela sua convocação para, na forma da lei, reassumir a chefia do Poder Executivo, até ulterior deliberação” (fls. 736/737).

Ora, o que se constata é que o afastamento, a par da gravidade dos fatos atribuídos ao acusado, foi fundamentado, principalmente, para assegurar, durante a instrução, a imparcialidade na colheita das provas, tendo em vista a forte influência política de que é detentor, o que certamente poderia obstaculizar a elucidação dos fatos.



Por fim, quanto ao último item (e), tenho que este não merece ser conhecido. Sustenta o recorrente que seu afastamento representará, na verdade, a cassação de seu mandato, já que a instrução processual não findará antes do término de seu mandato.

Neste ponto, tenho que a irresignação, também, não merece prosperar, em face da deficiência em sua fundamentação, pois o recorrente não indicou o dispositivo supostamente violado, além de não demonstrar de que forma teria havido violação a dispositivo de lei infraconstitucional.

Desse modo, não tendo o suplicante exposto com clareza a ofensa à legislação, incide, **in casu**, o óbice da Súmula n. 284 do colendo Supremo Tribunal Federal, **in verbis**:

“É inadmissível recurso quando a deficiência de sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

“Processual Penal. Recurso especial. Apropriação indébita previdenciária. Súmula n. 284-STJ.

Impossibilidade de se conhecer do recurso pelo permissivo da alínea **a**, em face de deficiência na sua fundamentação, se nem sequer foi indicado o dispositivo legal que, eventualmente, teria sido violado. (Súmula n. 284-STF).

Recurso não conhecido”

(REsp n. 498.069-SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 16.02.2004).

“Recurso especial. Processual Penal. Homicídio qualificado. Liberdade provisória. Concessão. Falta de indicação da alínea do permissivo constitucional. Súmula n. 284 do STF.

1. O Recorrente não mencionou expressamente a alínea do permissivo constitucional que embasaria seu inconformismo; não indicou dispositivo de lei que considerasse violado; tampouco logrou demonstrar, nos moldes legais, a existência de divergência jurisprudencial. Inadmissibilidade do recurso, em consonância com o Verbete Sumular n. 284-STF.

2. Recurso não conhecido”

(REsp n. 363.177-PE, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 19.12.2003).

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Estupro e atentado violento ao pudor. Requisitos. Crimes hediondos.

I - O recurso excepcional, quanto ao permissivo da alínea **a**, deve apresentar a indicação do texto infraconstitucional violado e a demonstração do alegado

error, sob pena de esbarrar no óbice do verbete insculpido na Súmula n. 284-STF (aplicável ao apelo especial **ex vi** art. 26 da Lei n. 8.038/1990).

II - O recurso excepcional, quanto ao permissivo da alínea **c**, deve observar o cotejo exigido pelos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC c.c. o art. 31 do CPP

III - O estupro e o atentado violento ao pudor, em todas as formas de configuração, são delitos hediondos (precedentes).

Recurso não conhecido”

(REsp n. 364.461-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 14.04.2003).

Ex positis, conheço parcialmente do recurso e, nesta parte, dou-lhe parcial provimento, tão-somente no que tange à violação ao art. 619 do CPP, uma vez que o egrégio Tribunal **a quo** não se manifestou acerca das preliminares argüidas (carência de ação e litispendência).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 663.014-RS (2004/0068074-7)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Mateus Cornélio Rolim Zimmermann (preso)

Advogados: Joel Paladino e outro

EMENTA

Penal e Processual Penal. REsp. Latrocínio. Reexame de provas (Súmula n. 07-STJ). Consumação. Tentativa. Regime de cumprimento da resposta penal.

I - Se o reclamo, em relação ao uso das circunstâncias judiciais, exige o reexame da prova, tal impede a sua admissibilidade **ex vi** Súmula n. 07-STJ. Igual óbice incide, *concretamente*, em relação à agravante do art. 62, inciso I, do Código Penal.

II - A subtração tentada, com morte da vítima, tudo dentro do contexto de um atentado ao patrimônio, configura o latrocínio (Súmula n. 610 da augusta Corte).

III - Aos crimes hediondos, ressalvada expressa exceção legal, aplica-se o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Recurso parcialmente conhecido e, aí, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 14.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Versam os autos sobre recurso especial interposto pelo *Parquet*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da **Lex Fundamental**is, contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Diz a ementa do v. julgado guerreado:

“Latrocínio. Preliminar de não-conhecimento do recurso. Prova. Pena. Tentativa. Regime prisional.

Acusado que, acompanhado de co-réu, ingressa no veículo táxi da vítima e, posteriormente, mata-a com a intenção de subtraí-lo, no que foi impedido por não conseguir ligar a chave de ignição.

Conduta delituosa demonstrada — Condenação mantida.

Apelação — Conhecimento — Condenado que, estando em local incerto, respondeu o processo em liberdade.

Apenamento — Redimensionamento.

Organização de empreitada delituosa — Agravante incorrente.

Tentativa — Reconhecimento. Não-subtração de qualquer bem.

Regime de cumprimento da pena privativa de liberdade — Inicial fechado. Precedentes da Câmara.

Apelo parcialmente provido, por maioria” (fl.712).

Daí, o apelo raro em que se alega: a) negativa de vigência ao art. 594 do CPP visto que o réu apelou sem se recolher à prisão visto que foragido; b) negativa de vigência ao art. 59 do CP já que as circunstâncias judiciais eram desfavoráveis ao acusado e isto não foi considerado; c) negativa de vigência ao art. 62, inciso I, do CP; d) dissídio pretoriano acerca da **conatus** em latrocínio; e) negativa de vigência ao art. 2^a, § 1^a, da Lei n. 8.072/1990 e divergência jurisprudencial acerca do regime de cumprimento da pena.

Contra-razões apresentadas.

O recurso foi admitido.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo conhecimento parcial e, aí, pelo provimento da súplica.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Quanto à negativa de vigência do *art. 594 do CPP*, o recurso desmerece ser conhecido. O apelo foi processado apesar da restrição inicialmente explicitada na r. decisão de primeiro grau. Todavia, não houve recurso do *Parquet*. A **questio** se apresenta pois, acobertada pela preclusão.

“Direito Processual Penal.

Condenação: apelação em liberdade. Deserção.

Reformatio in peius. Nulidade. **Habeas corpus**.

1. Embora determinando o cumprimento da pena em regime fechado, a sentença condenatória deixou claro que o mandado de prisão não seria expedido de imediato, mas, sim, após o trânsito em julgado, o que possibilitou ao réu a interposição do recurso de apelação, ainda em liberdade, e que foi devidamente recebido e processado.

2. O Ministério Público não se insurgiu contra a possibilidade de apelação em liberdade, nem suscitou preliminar, a respeito, nas contra-razões, deixando claro que se conformara com o benefício concedido ao réu.

3. Apesar disso, o acórdão impugnado, tendo em conta os antecedentes e a reincidência, reconhecidos na sentença e que influíram na fixação da pena, concluiu que a apelação não poderia ser conhecida, sem que o réu apelante se recolhesse à prisão, sob pena de deserção.

4. Não há dúvida, pois, de que incidiu em **reformatio in peius**, pois a sentença, bem ou mal, possibilitara a apelação em liberdade, e, sem recurso

do Ministério Público, agravou a situação do recorrente, exigindo-lhe o recolhimento à prisão.

5. HC deferido para que, anulado o acórdão impugnado, proceda a Câmara ao julgamento da apelação, como de direito, dispensado o réu de recolhimento à prisão, para esse fim.”

(STF, HC n. 74.934-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 31.10.1997).

Habeas corpus — Embora sem cumprir a exigência do § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072 que exige que o juiz decida fundamentalmente se o réu poderá apelar em liberdade, a sentença condenatória concedeu indiretamente à ora paciente esse benefício ao determinar que somente depois do trânsito em julgado dela seria lançado o nome da sentenciada no rol dos culpados e expedido o mandado de prisão. Assim sendo, e não havendo apelado a propósito o Ministério Público, nem sendo caso de recurso necessário, não pode esse benefício, ainda que concedido sem a devida fundamentação, ser cassado pelo Tribunal, quando da apreciação da apelação do réu, para efeito de não conhecer da apelação por não se haver recolhido este à prisão. Essa questão ficou preclusa, e, portanto, não poderia ser reexaminada. **Habeas corpus** deferido”

(STF, HC n. 76.095-DF, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 19.12.1997).

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Apelação em liberdade. Recebimento do recurso pelo juiz. Falta de impugnação pelo Ministério Público.

1. Se o juiz de 1º grau recebeu a apelação da defesa processou-a e a encaminhou ao Tribunal de 2º grau, não pode este, desde que não tenha havido impugnação por parte do Ministério Público, deixar de conhecer do recurso, sob a alegação de que o réu não se recolhera à prisão, para recorrer.

II. HC deferido para que o Tribunal, afastado o motivo indicado, conheça do recurso e decida como entender de direito.”

(STF, HC n. 75.613-MG, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 06.02.1998).

Quanto à violação ao art. 59 do CP igualmente, o reclamo não pode ser acolhido. É que a redução da pena, pequena, operada em segundo grau, para ser alterada, obrigaria ao vedado reexame do material cognitivo (Súmula n. 07-STJ). Por igual, a verificação da incidência da agravante do art. 62, inciso I, do CP implicaria em pesquisa fático-probatória. Aliás, neste último ponto, o substrato em que se apóia o recurso não está claramente delineado.

Todavia, quanto à **quaestio da meta optata** do latrocínio, a exegese do egrégio Tribunal **a quo**, realmente, divergiu frontalmente da Súmula n. 610-STF (“Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não se realize o agente a subtração de bens da vítima”). Aqui, a súplica é de ser acolhida. E, na mesma linha, por violar o art. 2º, § I, da Lei n. 8.072/1990 e divergir frontalmente da orientação desta Corte, o recurso deve ser acolhido para ser reconhecido o regime integralmente fechado para a execução da pena privativa de liberdade.

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Latrocínio. Súmula n. 610-STF. Resposta penal.

I - A subtração tentada, com homicídio consumado, tudo dentro do contexto de um atentado ao patrimônio, configura o latrocínio (Súmula n. 610-STF).

II - A revisão da fixação da resposta penal, exigindo o minucioso exame da prova, é objetivo que escapa dos limites do *writ*.

Habeas corpus indeferido”

(STJ, HC n. 10.524-RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 14.02.2000).

“Penal. Recurso especial. Roubo qualificado pelo resultado morte. Consumação/tentativa. Regime inicial.

I - Aos crimes hediondos, ressalvada expressa exceção legal, aplica-se o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (precedentes).

II - No delito de roubo, em geral, se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da **res** subtraída mediante grave ameaça ou violência.

III - Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que ele saia da esfera da vigilância do antigo possuidor, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência (precedente do colendo Supremo Tribunal Federal — RTJ 135/161-192, sessão plenária).

IV - ‘Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima’ (Súmula n. 610-STF, especificamente quanto ao latrocínio).

Recurso provido”

(STJ, REsp n. 444.762-RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 14.06.2004).

Portanto, conheço parcialmente do recurso para, aí, dar-lhe provimento, reconhecendo o latrocínio consumado e, também o regime integralmente fechado (**ex vi** art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990).

RECURSO ESPECIAL N. 668.384-RS (2004/0071831-9)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Leodário dos Santos Falkembach

Advogados: Nesy Marina Ramos — Defensora Pública e outro

EMENTA

Recurso especial. Saída temporária. Necessidade de oitiva do Ministério Público.

Para que seja concedido o benefício das saídas temporárias, a lei estabelece que, previamente, além de o apenado preencher certos requisitos especiais, devem ser ouvidos, em todos os pedidos, o Ministério Público e a administração do presídio.

A automatização das saídas subseqüentes à primeira saída, sem ser ouvido o órgão fiscalizador, encontra óbices legais (arts. 122, 123 e 124, ambos da LEP).

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 14.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra decisão proferida pela

colenda Sexta Câmara do Tribunal de Justiça daquele Estado que, por unanimidade, negou provimento ao agravo em execução, estando assim ementada (fl. 29):

“Agravo da execução (art. 197 da LEP).

Viabilidade de deferimento de saídas temporárias automatizadas. Aplicação 13ª conclusão do encontro de execução penal (junho de 2000), promovido pela Corregedoria Geral de Justiça do TJ/RS. Intervenção fiscalizadora do Ministério Público, ao qual é facultado o eventual pleito de revogação do benefício concedido **in concreto**. Princípio da conveniência na administração da justiça, com preservação do devido processo legal.

Agravo improvido.”

O recorrente alega que o v. acórdão contrariou os arts. 122, 123 e 124 da Lei n. 7.210/1984, sustentando que compete exclusivamente ao juiz da execução a autorização das saídas temporárias somente após a manifestação do Ministério Público e da administração penitenciária, sendo inadmissível a forma automatizada, por subtrair do Ministério Público a função de fiscal da lei, visando, inclusive, suas garantias e prerrogativas constitucionais.

Contra-razões às fls. 52/63.

Admitiu-se o regular processamento do feito.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adoto, como razões de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Moacir Mendes Sousa, **verbis** (fls. 75/80):

“Contrariamente ao que sustenta a parte Recorrida, interposto com base nas alíneas **a** e **c**, o apelo comporta conhecimento, visto que contrariados os dispositivos legais e demonstrada a divergência pelo Recorrente.

Nem se diga que a matéria não foi prequestionada, porque os arts. 122, 123 e 124 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais) não foram explicitamente citados no v. acórdão recorrido, para inviabilizar o reclamo, certo que à luz deles, mormente do segundo dispositivo, é que a matéria foi decidida, confirmando a medida permissiva das saídas temporárias automatizadas, sem a prévia audiência do Ministério Público e sem levar em conta a situação particular de cada beneficiário, como o exige o art. 123 da Lei de Execuções Penais.

Tais questões somente são tratadas nos dispositivos legais mencionados, daí estar evidenciado que foi em vista deles que a matéria foi decidida. (AGE n. 290040666, Câmara de Férias Criminal do Tribunal de Alçada do RS, Relator o então Juiz de Alçada Érico Barone Pires, j. em 19.07.1990)

Aliás, ficou expressamente consignado no voto do Relator, por refletir o seu pensamento, a transcrição de trecho do voto proferido pelo eminente Juiz de Alçada Érico Barone Pires, em julgamento do Agravo n. 290040666, pela Câmara de Férias Criminal do Tribunal, a saber:

‘(...) 2. É bem de ver que, no caso em exame, a decisão recorrida ainda notícia o preenchimento, por parte do agravado, dos requisitos prescritos no art. 123 da Lei n. 7.210/1984, para a concessão do benefício de saída temporária, quais sejam o bom comportamento e o cumprimento de um sexto de sua pena, além de parecer favorável no laudo de exame criminológico, **verbis**:

‘O apenado recebeu parecer favorável no laudo de exame criminológico, cumpriu mais de 1/6 da pena no regime fechado e possui boa conduta carcerária’

Por outro lado, nas razões do recurso, o Ministério Público não suscita, aponta ou refere qualquer fato objetivo e/ou subjetivo que impeça a concessão do benefício ao agravado, a fim de derruir os termos da bem lançada decisão recorrida. No ponto, vale a transcrição do seguinte precedente jurisprudencial, **verbis**:

‘(...) No caso, o agravante ainda não provou a respeito do desatendimento das exigências da lei, resultando do exame da inicial que a inconformidade se refere apenas contra a automatização. Inteligência dos arts. 123, 124 e 125 da Lei de Execução Penal. Agravo de instrumento improvido por maioria’ (AGE n. 290040666, Câmara de Férias Criminal do Tribunal de Alçada do RS, Relator o então Juiz de Alçada Érico Barone Pires, j. em 19.07.1990)

3. Ademais disso, a concessão automática de saídas temporárias não obstaculiza a dedução de posterior pedido de alteração ou revogação do benefício, por parte do Ministério Público, se assim entender necessário. Da mesma forma, o deferimento do benefício não importa em impossibilidade de fiscalização futura do comportamento do agravado, que poderá ter o benefício cassado na hipótese de cometer alguma das faltas enunciadas na legislação. Ademais disto, ao Juízo da execução também cabe a revisão de ofício do deferimento de saídas temporárias.

Neste sentido, colaciono o seguinte precedente jurisprudencial, **verbis**:

‘Direito penitenciário. Licença para presos. Critério de conveniência. As licenças prolongadas não são recomendáveis. Melhor será diferir-se licenças mais seguidamente, com prazos reduzidos. A automação de licenças confere com o critério de conveniência, nada obstando que o MP pleiteie alguma alteração, mesmo a cassação, ou que o Juiz revise de ofício. Recurso desprovido.’ (AGE n. 690003264, Primeira Câmara Criminal do TJ/RS, Relator Desembargador Décio Antônio Erpen, j. em 07.03.1990)’

O questionamento implícito, por sua vez, é admitido por essa augusta Corte, como se pode ver do acórdão proferido no REsp n. 444-RJ (Registro n. 89.0009188-3), em que foi Relator o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Surgindo, na discussão da matéria, a questão relacionada ao questionamento, porque não se fez referência expressa, no acórdão, ao dispositivo legal tido como contrariado pelo recorrente, assim se manifestou o Ministro Barros Monteiro:

Assume relevo na espécie, como tema central em debate, a natureza da renúncia à doação formulada por Alberto Abulafia, conforme escritura pública constante de fls. 33/34 dos autos.

De anotar-se, por primeiro, que a matéria restou devidamente questionada nas razões de recurso extraordinário, ora convertido em recurso especial. O que importa — segundo ponderou o preclaro Ministro Costa Leite — ‘é que a questão federal emerge da decisão recorrida, ainda que implicitamente’ (‘Recurso especial: admissibilidade e procedimento’, palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, no dia 03 de maio de 1989). Saliente-se, ainda, por oportuno, que, conquanto não indicado o preceito do art. 1.165 do Código Civil no primitivo rol que declinou o recorrente, ao depois, nas mesmas razões recursais, ele considerou-o como infringido e passível de incorreta aplicação pelo julgado recorrido (cf. fl. 651).

(...)

Inocorrente a aceitação oportuna, indubitoso é que a doação segunda (de Alberto Abulafia para Linda Antongini de Freitas Bastos) não se perfectibilizou e, nesses termos, certo é que o **decisum** objurgado contrariou o art. 1.165 do Código Civil, assim como os arts. 145, n. IV, e 146 e seu parágrafo único, do mesmo diploma legal.’ (RSTJ 15/253. Sem destaque no original)

Assim, embora não se tenha feito referência expressa aos arts. 122, 123 e 124, da Lei n. 7.210/1984, foi devido às disposições neles contidas,

contrariando-as, é bem verdade, que se decidiu a questão, pelo que satisfeito o requisito do prequestionamento.

Induvidoso é que dito óbice, portanto, não pode ser invocado.

No mérito, o recurso merece ser provido.

A saída temporária permitida aos apenados que cumprem pena em regime semi-aberto, nos casos indicados no art. 122 da referida lei, será autorizada por ato motivado do Juiz das Execuções, ouvidos o Ministério Público e a Administração Penitenciária, mediante a satisfação dos requisitos elencados nos três incisos do art. 123 da Lei n. 7.210/1984.

Desse modo, a portaria questionada, além de malferir os citados dispositivos legais, subtrai atribuições próprias e inerentes às funções do Juiz e do Ministério Público, transferindo-as para a Administração Prisional, ao dispor que o apenado possa sair do estabelecimento penal três dias por mês, sem justificar os motivos de sua saída, dada a previsão, na Portaria, de saídas temporárias automatizadas posteriores, realizadas ao desabrigo da fiscalização do Ministério Público e sem a prática de ato decisório e motivado do Juiz da Execução, consoante é a regra imposta pelo dispositivo legal violado.

Com efeito, a novidade introduzida pela portaria mencionada não apenas fere os arts. 122, 123 e 124 da Lei de Execuções Penais, mas, sobretudo, põe em risco a própria Política Prisional, pois, retiradas das Autoridades Judiciárias e do Ministério Público atribuições que são imanentes ao exercício de suas funções, transferindo-as ao crivo de autoridade administrativa, permite que os atos sejam, sucessivamente, praticados longe do imperioso acompanhamento do Estado Juiz, responsável pelo bom andamento da execução penal e da adequada reinserção do apenado no seio da sociedade, propiciando-lhe a necessária reeducação.

A alegação de que as saídas temporárias automatizadas têm sido utilizadas com êxito nas VECs com grande número de apenados e não significa 'delegação de jurisdição', conforme a 13ª conclusão do Encontro de Execução Penal (junho de 2000), promovido pela egrégia Corregedoria Geral de Justiça do TJ/RS, não guarda qualquer compatibilidade com a noção de responsabilidade que é conferida ao Estado, através de seus agentes, Juiz de Direito e Promotor de Justiça, que, no particular da saída temporária, dando curso à execução penal, devem observar para a autorização: o primeiro, a motivação do ato e, o segundo, ser ouvido por ocasião do pedido.

Não se deve esquecer que, segundo norma inserta no art. 123 da Lei n. 7.210/1984, 'A autorização será concedida por *ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:*

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto, se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.' (Grifamos)

Por conseguinte, mostra-se evidente que a lei condiciona, para a concessão do benefício das saídas temporárias, que, além da necessidade do apenado preencher certos requisitos especiais, previamente, devem ser ouvidos, em todos os pedidos, o Ministério Público e a Administração Penitenciária.

Disso resulta que as saídas automatizadas, sem a indispensável ouvida do Ministério Público, no cumprimento de seu mister fiscalizador, encontram impedimentos legais no art. 123 da Lei de Execuções Penais.

A respeito do tema em debate, essa colenda Corte já se pronunciou, nos termos do julgado abaixo transcrito:

'Recurso especial. Saída temporária. Necessidade de oitiva do Ministério Público.

'Para que seja concedido o benefício das saídas temporárias, a lei estabelece que, previamente, além de o apenado preencher certos requisitos especiais, devem ser ouvidos, em todos os pedidos, o Ministério Público e a administração do presídio.'

'A automatização das saídas subseqüentes à primeira sem ser ouvido o órgão fiscalizador, encontra óbices legais (arts. 67 e 123, ambos da LEP).'

Recurso conhecido e provido'. (REsp n. 571.479-RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 02.02.2004)

Os aludidos dispositivos legais, em assim sendo, foram flagrantemente contrariados.

De igual modo, demonstrada, satisfatoriamente, a divergência jurisprudencial. Nesse sentido, recente julgamento dessa colenda Turma:

'Criminal. REsp. Execução. Saída temporária automatizada. Delegação ao administrador do presídio, acerca da conveniência. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido.

I - A Lei de Execuções Penais é clara ao definir a competência do Juízo da Execução para a concessão, por decisão motivada, de saída temporária — a qual deverá obedecer aos requisitos objetivos e subjetivos — atribuindo, ao Ministério Público, o poder de fiscalização.

II - A delegação, ao Administrador do Presídio, da avaliação sobre a conveniência da saída temporária do preso, nega vigência aos termos da Lei de Execuções Penais.

III - Irresignação que merece ser provida para, cassando-se o acórdão recorrido, determinar-se ao Juízo da Execução que se manifeste, nos termos da Lei de Execuções Penais, acerca do pedido de saída temporária do preso.

IV - Recurso conhecido e provido.’ (REsp n. 626.219-RS, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.08.2004)”

À vista do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 705.635-SP (2004/0166877-9)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Ronaldo Guimarães Gallo e outros

Recorrente: Pedro Sérgio Galhardo

Advogado: Clóvis Márcio de Azevedo Silva

Recorridos: Os mesmos

Advogados: Os mesmos

EMENTA

Recurso especial. Previdenciário. Lei n. 9.032/1995. Art. 86 da Lei n. 8.213/1991. Auxílio-acidente. 50%. Lei previdenciária mais benéfica. Segurado. Retroatividade. Cumulatividade. Auxílio-acidente. Aposentadoria. Possibilidade. Acórdão confirma moléstia anterior. Juros. Citação.

O percentual de 50%, referente ao auxílio-acidente, estabelecido pela Lei n. 9.032/1995, que altera o § 1º do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, tem aplicação imediata, aplicando-se sobre os benefícios concedidos sob o pálio da legislação anterior.

A lei previdenciária nova, mais benéfica, pode ser aplicada a fatos pretéritos, mesmo que o evento tenha ocorrido sob o pálio da lei anterior.

Esta Corte já pacificou o entendimento de que o benefício acidentário, anteriormente indenizatório e vitalício, devido independentemente de qualquer outra verba percebida pelo segurado, com a edição da Lei n. 9.528/1997, passou a ser inacumulável com o benefício da aposentadoria.

Entretanto, conforme o entendimento assentado neste Tribunal, quando o acórdão recorrido confirmar que a moléstia ocorreu antes do advento da lei que vedou a cumulação é possível perceber, conjuntamente, os referidos benefícios.

É pacífico o entendimento de que a incidência dos juros de mora, nas ações previdenciárias, ocorrerá a partir da citação.

Recurso do obreiro conhecido e provido.

Recurso do INSS conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: Retificação de resultado de julgamento: por unanimidade, conhecer do recurso interposto pelo INSS, mas lhe negar provimento e conhecer do recurso de Pedro Sérgio Galhardo, dando-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 11.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recursos especiais fundamentados nas alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, interpostos por Pedro Sérgio Galhardo e pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, contra acórdão que, por unanimidade, deu provimento à apelação para determinar a concessão de auxílio-acidente no percentual de 40%, sob o entendimento de que o segurado era portador da moléstia antes da vigência da Lei n. 9.032/1995, em atenção ao princípio do **tempus regit actum**.

Sustenta o primeiro recorrente, Pedro Sérgio Galhardo, violação do § 1º do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, com a nova redação dada pela Lei n. 9.032/1995, uma vez que o percentual de 40 % do auxílio-acidente deve ser elevado para 50%, em virtude do princípio do **tempus regit actum**.

Por sua vez, sustenta a Autarquia previdenciária a impossibilidade de cumular aposentadoria com auxílio-acidente, tendo em vista o advento da Lei n. 9.528/1997, que vedou tal percepção, bem como que os juros devidos devem incidir a partir da apresentação do laudo em juízo, e não da citação.

Não houve apresentação de contra-razões.

O feito foi regularmente admitido.

É o relatório do necessário.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): De início, faz-se oportuno analisar o recurso especial interposto por Pedro Sérgio Galhardo.

Sustenta o recorrente que o acórdão vergastado, ao determinar o auxílio-acidente no percentual de 40%, violou frontalmente a Lei n. 9.032/1995, que altera o § 1º do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, o qual determina o percentual de 50%.

Assiste razão ao recorrente, uma vez que o entendimento estampado nesta Corte é que a referida alteração tem aplicação imediata, ainda que o evento tenha ocorrido na vigência da lei pretérita.

Vejamos os seguintes precedentes:

“Previdenciário. Auxílio-acidente. Lei nova mais benéfica. Incidência.

1. O percentual de 50%, referente ao auxílio-acidente, estabelecido pela Lei n. 9.032/1995, que altera o § 1º do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, tem aplicação imediata, incidindo, inclusive, sobre os benefícios concedidos sob a égide da legislação anterior a partir da sua vigência.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 480.554, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 07.04.2003)

“Previdenciário. Embargos de divergência. Auxílio-acidente. Benefício concedido antes da Lei n. 9.032/1995. Alteração.

1. Consoante entendimento da Terceira Seção a retroatividade da lei previdenciária mais benéfica abrange também as situações consolidadas.

2. O percentual de 50% (cinquenta por cento) estabelecido pela Lei n. 9.032/1995, que altera o § 1º do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, se aplica aos benefícios já concedidos sob a égide da legislação anterior.

3. Nova orientação pretoriana.

4. Embargos de divergência conhecidos e rejeitados.” (EResp n. 324.380-SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 03.06.2002)

A razão de ser para o deferimento do presente recurso é que a lei previdenciária nova, mais benéfica, pode ser aplicada a fatos pretéritos, mesmo que o evento tenha ocorrido sob o pálio da lei anterior.

Para tanto, vale salientar os seguintes precedentes:

“Previdenciário. Honorários advocatícios. Súmula n. 111-STJ. Auxílio-suplementar. Lei nova mais benéfica.

Nas ações previdenciárias, inclusive nas acidentárias, aplica-se a Súmula n. 111-STJ, que determina a incidência dos honorários advocatícios apenas sobre as prestações vencidas, não podendo se estender a qualquer espécie de débito vincendo, considerando-se como termo final para seu arbitramento, a prolação da sentença monocrática.

A lei nova que estabelece condições mais favoráveis àqueles que usufruem de benefícios acidentários aplica-se de imediato a todos os benefícios, inclusive sobre os já concedidos definitivamente. — Agravo de instrumento conhecido, para dar parcial provimento ao recurso especial.” (Agravo de Instrumento n. 560.174-RJ, Relator Ministro Paulo Medina, in DJ de 11.06.2004)

“Previdenciário. Benefício acidentário. Lei nova mais benéfica. Aplicabilidade.

A lei nova que estabelece condições mais favoráveis àqueles que usufruem de benefícios acidentários, tal como, **v.g.**, o acréscimo do percentual do auxílio-acidente, aplica-se de imediato a todos os benefícios, inclusive sobre os já concedidos definitivamente, e não apenas aos futuros e pendentes. (Precedentes da Terceira Seção: EREsp n. 324.380-SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves.). Recurso desprovido.” (REsp n. 338.107-SC, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 05.08.2002)

Passo agora à análise do recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS.

Esta Corte já pacificou o entendimento de que o benefício acidentário, anteriormente indenizatório e vitalício, devido independentemente de qualquer outra verba percebida pelo segurado, com a edição da Lei n. 9.528/1997, passou a ser inacumulável com o benefício da aposentadoria.

Entretanto, conforme o entendimento assentado neste Tribunal, quando o acórdão recorrido confirmar que a moléstia ocorreu antes do advento da lei que vedou a cumulação é possível perceber, conjuntamente, os referidos benefícios, o que é a hipótese dos autos, pois relata o acórdão que o segurado era portador da moléstia em data anterior à edição da Lei n. 9.528/1997.

É de ver-se em reiterados precedentes:

“Previdenciário. Embargos de divergência em recurso especial. Perda auditiva. Cumulação de aposentadoria e auxílio-acidente. Moléstia consolidada antes da norma proibitiva. Possibilidade. Termo inicial. Ausência de requerimento administrativo. Laudo pericial.

1. Embora o laudo pericial que diagnosticou a moléstia tenha sido produzido quando já vigorava a Lei n. 9.528/1997, o fato gerador do benefício teve origem antes da referida norma, conforme concluiu o acórdão recorrido, sendo possível a cumulação dos benefícios de aposentadoria e auxílio-acidente.

2. O termo **a quo** do auxílio-acidente é a data da juntada do laudo pericial em Juízo, não havendo, nos autos, postulação em âmbito administrativo, nem a concessão de auxílio-doença.

3. Embargos de divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, dar parcial provimento ao recurso especial, tão-somente para determinar a data da apresentação do laudo pericial em Juízo como termo inicial do benefício.” (EREsp n. 351.291, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 11.10.2004)

“Recurso especial. Previdenciário. Ação acidentária. Aposentadoria e auxílio-acidente. Cumulação. Definição da lei aplicável. Data do acidente.

1.1. Na concessão do benefício previdenciário, a lei a ser observada é a vigente ao tempo do fato que lhe determinou a incidência, da qual decorreu a sua juridicização e conseqüente produção do direito subjetivo à percepção do benefício. Precedentes da Terceira Seção. 2. Para se decidir a possibilidade de cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, em face do advento da Lei n. 9.528/1997, deve-se levar em consideração a lei vigente ao tempo do acidente causa da incapacidade para o trabalho, incidindo, como incide, nas hipóteses de doença profissional ou do trabalho, a norma inserta no art. 23 da Lei n. 8.213/1991. 3. Em havendo o acórdão recorrido reconhecido que o tempo do acidente causa da incapacidade para o trabalho é anterior à vigência da Lei n. 9.528/1997, é de se reconhecer a possibilidade da cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, incidindo a Lei n. 8.213/1991, na sua redação original, por força do princípio **tempus regit actum**. 4. Incidência analógica da Súmula n. 359 do STF e orientação adotada pela Terceira Seção

nas hipóteses de pensão por morte devida a menor designado, antes do advento da Lei n. 9.032/1995.’ (REsp n. 373.890-SP, da minha Relatoria, **in** DJ de 24.06.2002)

2. Recurso provido.” (REsp n. 648.752, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 13.12.2004)

“Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço e auxílio-acidente. Cumulação.

1. Diante do disposto na Lei n. 9.528/1997, a verificação da possibilidade de cumulação do auxílio-acidente com aposentadoria tem de levar em conta a lei vigente ao tempo do infortúnio que ocasionou a incapacidade laborativa.

2. Não mencionando o acórdão impugnado que a incapacidade tivesse ocorrido em data anterior, não há como reconhecer o direito à pleiteada cumulação.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 471.334, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 27.09.2004)

Quanto ao termo inicial para incidência dos juros de mora, este Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a incidência dos juros de mora, nas ações previdenciárias, ocorrerá a partir da citação.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

“Previdenciário — Juros moratórios — Dívida de natureza alimentar. Percentual. Citação. Súmula n. 204-STJ. Correção monetária. Atualização. IPC de Janeiro/1989. 70,28%. 42,72%.

‘Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida’. (Súmula n. 204-STJ)

— Nas prestações atrasadas, de caráter eminentemente alimentar, os juros moratórios deverão ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês.

Precedente da Terceira Seção (REsp n. 58.337-SP, Relator p/ o acórdão Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 22.09.1997).

São aplicáveis no cálculo da correção monetária, por ser mera atualização do benefício, os índices do IPC.

O percentual que melhor retrata a variação inflacionária do período de janeiro de 1989 é o de 42,72%, e não o do IPC divulgado (70,28%). Precedente da Corte Especial (REsp n. 43.055-0, DJ de 20.02.1995).

Recurso parcialmente conhecido e, aí, provido.” (REsp n. 180.742-PE, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 19.10.1998)

“Processual e previdenciário. Correção monetária. Juros. Termo inicial.

Nas ações previdenciárias, a correção monetária incide desde quando devida cada parcela, no entendimento simultâneo das Súmulas ns. 148 e 43-STJ.

Os juros de mora, no **quantum** de 1%, incidem a contar a citação válida.

Recurso parcialmente conhecido e provido.” (REsp n. 164.231-PB, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 18.12.1998)

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Pedro Sérgio Galhardo e lhe dou provimento e nego provimento ao recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 710.406-MA (2004/0176974-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorridos: José Luzardo Teixeira e outro

Advogados: Aroaldo Santos e outro

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Art. 168-A do Código Penal. Pagamento integral do débito. Aplicação do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. Extinção da punibilidade.

Restando devidamente comprovado nos autos o pagamento integral do débito, inclusive acessórios, é de se aplicar a causa supralegal de extinção da punibilidade prevista no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. Determinando-se, por conseguinte, o trancamento da **persecutio criminis in iudicio**.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Gilson

Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 1ª.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da **Lex Fundamental**is pelo *Parquet* em face de v. acórdão prolatado pela colenda Terceira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O retrospecto restou delineado às fls. 180/183, a saber:

“Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que extinguiu a punibilidade dos recorridos, em face do pagamento total dos débitos junto à Fazenda Pública após o recebimento da denúncia.

Consoante se extrai dos autos, os recorridos foram condenados às penas de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e multa, com substituição por duas restritivas de direito, por incursão no art. 168-A, do Código Penal.

Irresignados, os réus interpuseram apelação, tendo a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, julgado prejudicado o recurso e declarado extinta a punibilidade dos agentes, nos termos do acórdão de fls. 128/141, assim ementado:

‘Penal e Constitucional. Não-recolhimento de contribuição previdenciária. Art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991. Materialidade comprovada. Estado de necessidade não demonstrado. Extinção da punibilidade. Art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.

I - Pratica o delito previsto no art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 (hoje com redação dada pela Lei n. 9.983/2000, que inseriu o art. 168-A no Código Penal Brasileiro), o empregador que desconta contribuição previdenciária de seus empregados e deixa de recolhê-la aos cofres da Previdência.

II - Dolo manifestado na vontade livre e consciente de não repassar as contribuições recolhidas dos contribuintes à Previdência Social. Desnecessidade de dolo específico.

III - Inexistência de provas cabais quanto à alegada dificuldade econômica da empresa administrada pelos acusados para possibilitar o reconhecimento do estado de necessidade.

IV - Nos termos da nova interpretação dada à questão da extinção da punibilidade pela Lei n. 10.684, de 30.05.2003, ela se dará ainda que o pagamento integral da dívida tenha ocorrido após o recebimento da denúncia.

V - Extinta a punibilidade, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.

VI - Apelo prejudicado”.

Foram opostos embargos de declaração, rejeitados pela Terceira Turma do TRF/1ª Região, nos termos do acórdão de fls. 152/157, que espelha a seguinte ementa:

“Embargos de declaração. Sonegação fiscal. Quitação do débito. Lei n. 10.684/2003, arts. 5º e 9º extinção da punibilidade. Ocorrência. Omissão. Inexistência.

I - Pratica o delito previsto no art. 95, d, da Lei n. 8.212/1991 (hoje com redação dada pela Lei n. 9.983/2000, que inseriu o art. 168-A no Código Penal Brasileiro), o empregador que desconta contribuição previdenciária de seus empregados e deixa de recolhê-la aos cofres da Previdência.

II - O art. 5º da Lei n. 10.684/2003 se refere ao prazo para parcelamento de débitos referentes às contribuições patronais, que não é o caso dos autos.

III - A extinção da punibilidade se dá mediante o pagamento integral do débito (art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003).

IV - Embargos rejeitados”.

Daí o presente recurso especial, por negativa de vigência ao art. 168-A do Código Penal e aos arts. 5º e 9º da Lei n. 10.684/2003 e ao art. 7º da Lei no 10.666/2003, ao argumento de que a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito não é aplicável aos crimes de apropriação indébita previdenciária.

O recurso especial foi admitido na origem, conforme despacho de fls. 173/175 (fls. 180/183).

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo provimento do apelo nobre em parecer assim ementado:

“Recurso especial. Crime de apropriação indébita previdenciária. Quitação de dívida após o recebimento da denúncia. Impossibilidade de aplicação da

Lei n. 10.684/2003. Ausência de previsão legal. Inconstitucionalidades formal e material.

Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial” (fl. 180).
É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Busca-se no presente apelo excepcional afastar a aplicação do disposto no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.

Para melhor delimitar a **questio**, confira-se o teor da peça acusatória:

“O órgão do Ministério Público Federal, pelo Procurador da República que a esta subscreve, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, vem oferecer denúncia contra:

José Luzardo Teixeira de Melo, brasileiro, casado, comerciante, RG PA/165.675 SSP-PA, CPF 056.330.102-30, sito na Rua Ceará, 515, Bairro Juçara, Imperatriz-MA e Francisco Evilásio Teixeira de Melo, brasileiro, casado, comerciante, CPF 057.167.212-49, sito na Rua Sergipe, 171, Juçara, Imperatriz-MA, pelos fatos e fundamentos jurídicos que passa a expor:

Revela-se nos autos em anexo que no mês de outubro de 1996 a fiscalização do INSS procedeu diligências no âmbito da empresa Papelaria Líder Ltda, pela qual são co-responsáveis os denunciados, com o intuito de apurar possíveis irregularidades na arrecadação ou repasse de contribuição previdenciária.

Nesse mister, os trabalhos foram concentrados no exame das folhas de pagamento, recibos de férias e recibos de rescisões contratuais dos trabalhadores daquela empresa, onde se constatou que os proprietários da mesma deixaram de recolher à Previdência o **quantum** descontado dos salários compreendidos entre agosto 1989 e julho de 1996.

Em decorrência, foi lavrada a NFDL — Notificação Fiscal de Lançamento de Débito n. 32.331.312-4, onde foi perfeito o montante da dívida, à época, R\$ 10.585,07 (dez mil quinhentos e oitenta e cinco reais e sete centavos).

Ao deixarem de recolher à Seguridade Social no momento próprio, os valores correspondentes às contribuições retidas dos seus praticaram o delito tipificado no art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991.

Isto posto, recebida a presente, requer seja ordenada a citação dos réus para responderem aos termos desta ação penal, que espera ver, afinal, julgada procedente, com a conseqüente condenação dos acusados” (fls. 03/04).

No **punctum saliens**, restou dito no douto voto condutor do increpado acórdão:

“Por outro lado, embora a denúncia tenha sido recebida em 03.07.1997, observa-se que a empresa dos acusados liquidou seu débito em 14.10.1997, conforme se depreende dos documentos acostados à fl. 27.

Com o advento da Lei n. 10.684 de 30.05.2003, tal situação tem uma interpretação diferente da que tinha na lei anterior, à medida que o art. 9º da nova lei não fez qualquer ressalva quanto ao momento em que se deu o pagamento integral do débito: se antes ou depois do recebimento da peça acusatória para fins de extinção da punibilidade dos réus. Dispõe o art. 9º da referida lei, **verbis**:

‘Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 — Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.’

Conclui-se, portanto, que não havendo qualquer restrição na lei, a extinção da punibilidade se dará ainda que o pagamento integral da dívida tenha ocorrido após o recebimento da denúncia.

Havendo na hipótese em questão a devida comprovação desse pagamento integral da dívida, julgo extinta a punibilidade dos réus, com espeque no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. E julgo prejudicado o apelo” (fls. 137/138).

E, no corpo do v. acórdão que julgou o incidente de esclarecimento restou consignado:

“O Ministério Público opôs embargos de declaração sob a alegação de que não houve explicitação acerca do art. 5º da Lei n. 10.684/2003, tendo em vista que houve a extinção da punibilidade dos acusados em razão da quitação da dívida, nos termos do art. 9º da citada lei. Pois bem, vejamos.

Os arts. 5º e 9º da Lei n. 10.684/2003 dispõem que:

‘Art. 5º Os débitos junto ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, oriundos de contribuições patronais, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, serão objeto de acordo *para pagamento parcelado* em até cento e oitenta prestações mensais, observadas as condições fixadas neste artigo, desde que requerido até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da publicação desta lei.’

‘Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 — Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º *Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios’* (grifo nosso).

Assim, conforme reconhecido pelo próprio Ministério Público, o art. 5º *somente prevê a possibilidade de realização do parcelamento das contribuições patronais*, já o art. 9º se refere aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal que dizem respeito às contribuições previdenciárias recolhidas dos contribuintes.

No caso dos autos, houve a quitação do débito junto à autarquia previdenciária e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade, conforme previsto no § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003.

Assim, não há que se falar em explicitação do art. 5º da referida lei, vez que a denúncia versa sobre o não-recolhimento ao INSS das contribuições previdenciárias descontadas do salário dos empregados, delito previsto no art. 168-A do Código Penal e não sobre prazo para parcelamento de contribuições patronais” (fls. 154/155).

Na presente hipótese não merece qualquer reparo o v. acórdão atacado, posto que o pagamento integral do débito nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003 funciona como causa suprallegal de extinção da punibilidade ainda que tal tenha se dado após o recebimento da proemial acusatória.

Nesse sentido o seguinte precedente do Pretório excelso:

“Ação penal. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei Federal n. 10.684/2003, c.c. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário”.

(STF HC n. 81.929-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 27.02.2004),

E, também desta Corte:

“Criminal. HC. Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. Art 95, d, da Lei n. 8.212/1991 e art 168-A do Código Penal. Trancamento da ação penal. Lei n. 10.684/2003. Pagamento integral do débito. Comprovação. Extinção da punibilidade. Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Ordem concedida.

Hipótese em que os pacientes foram denunciados pela suposta prática do crime previsto no art. 95, alínea d, § 1º, da Lei n. 9.249/1995 (art. 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal).

Comprovado o pagamento integral do débito previdenciário, incide, à hipótese dos autos, o § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003.

Tratando-se de norma penal mais benéfica, deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Precedentes do STF e desta Corte.

Deve ser cassado o acórdão impugnado, determinando-se o trancamento da ação penal instaurada contra os pacientes.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator”

(HC n. 36.199-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 07.03.2005).

“Recurso especial. Penal. Contribuição previdenciária. Apropriação indébita. Violação ao art. 9º, § 2º e art. 5º da Lei n. 10.684/2003. Inocorrência. Deficiência. Fundamentação. Súmula n. 284-STF

É perfeitamente aplicável a Lei n. 10.684/2003 ao art. 168-A, § 1º do Código Penal, tendo em vista que o parágrafo é parte integrante do próprio artigo a que pertence.

Sendo a espécie quitação de débito, quitado este, não há razão para excluir a extinção da punibilidade.

Impossibilidade de se conhecer do recurso pelo permissivo da alínea **a**, em face de deficiência na sua fundamentação. (Súmula n. 284-STF)”

(REsp n. 656.621-RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.11.2004).

“Criminal. HC. Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. Art 168-A do Código Penal. Trancamento da ação penal. Lei n. 10.684/2003. Pagamento integral do débito. Comprovação.

Extinção da punibilidade. Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Ordem concedida.

Hipótese em que os pacientes foram denunciados pela suposta prática do crime previsto no art. 168-A, c.c. art. 71, ambos do Código Penal.

Comprovado o pagamento integral do débito previdenciário, incide, à hipótese dos autos, o § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003.

Tratando-se de norma penal mais benéfica, deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Precedentes do STF e desta Corte.

Deve ser cassado o acórdão impugnado, determinando-se o trancamento da ação penal instaurada contra os pacientes.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator”

(HC n. 37.627-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 07.03.2005).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.
