



Jurisprudência da Quinta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 684.077 — RJ (2004/0141342-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Vinícius de Carvalho Madeira e outros

Agravado: Fabian Schwab Falconi (menor)

Representado por: Celia Werneck

Advogado: Carlos Augusto Chagas Caldas

EMENTA

Previdenciário. Menor sob guarda. Parágrafo 2º, art. 16 da Lei n. 8.231/1991. Equiparação a filho. Fins previdenciários. Lei n. 9.528/1997. Rol de dependência. Exclusão. Proteção ao menor. Art. 33, parágrafo 3º, da Lei n. 8.069/1990. ECA. Guarda e dependência econômica. Comprovação. Benefício. Concessão. Possibilidade. Precedentes do STJ. Agravo interno desprovido.

I - A redação anterior do § 2º do artigo 16 da Lei n. 8.213/1991 equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei n. 9.528/1997 modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do artigo 16 e parágrafos esse tipo de dependente.

II - Todavia, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

III - Neste contexto, a Lei n. 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente — prevê, em seu artigo 33, § 3º, que: “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.”

IV - Desta forma, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do STJ.

V- Agravo interno 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 unani-

midade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer.

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

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 21.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de agravo interno interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, contra decisão que negou seguimento ao recurso especial por este aviado, nos seguintes termos:

“A redação anterior do § 2^a do artigo 16 da Lei n. 8.213/1991 equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei n. 9.528/1997 modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do artigo 16 e parágrafos esse tipo de dependente.

Todavia, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

Neste contexto, a Lei n. 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente — prevê, em seu artigo 33, § 3^a, que ‘a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.’

Desta forma, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Quanto ao tema esta Corte, **mutatis mutandis**, já se manifestou anteriormente. Ilustrativamente:

‘Administrativo. Ex-combatente. Pensão por morte. Menor dependente sob guarda do avô. Lei n. 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e desprovido.

I - A Lei n. 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente — prevê, em seu artigo 33, § 3^a, que ‘a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.’ Não obstante na legislação aplicável à hipótese — Lei n. 8.059/1990 — não conste a neta no rol de beneficiários de pensão por morte do ex-combatente, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

II - Neste contexto, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

III - Recurso conhecido e desprovido.’ (REsp n. 380.452/PR, de minha relatoria, DJ de 04.10.2004)

‘Recurso especial. Previdenciário. Menor. Guarda judicial. Pensão. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 33, § 3º da Lei n. 8.069/1990.

Sendo a recorrida avó do menor para o qual pleiteou a inclusão no Ipec para fins de benefício previdenciário, detentora da guarda judicial do mesmo, assiste-lhe o direito pretendido.

Aplicação do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990.

Violação não caracterizada.

Precedentes.

Recurso desprovido.’ (REsp n. 401.147/CE, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 02.06.2003)

‘Previdenciário. Menor sob a guarda e responsabilidade judicial. Dependência econômica. Pensão por morte.

*Tem direito à pensão por morte da guardiã, ex-funcionária pública, a menor que vivia sob sua guarda e responsabilidade, situação esta deferida judicialmente. Interpretação sistêmica da legislação de amparo ao menor (Lei n. 8.069/1990, art. 33, § 3º) e da Lei n. 8.112/1991 (art. 217, II, **b**).*

Recurso conhecido, mas desprovido.’ (REsp n. 237.414/RS, de minha relatoria, DJ de 04.06.2001)

‘Recurso em mandado de segurança. Menor. Guarda. Avó. Art. 33, § 3º, Lei n. 8.069/1990.

A existência de guarda deferida à avó por decisão judicial confere, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990, direitos ao menor, inclusive previdenciários.

Recurso provido.’ (ROMS n. 10.463/MT, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 08.03.2000)

‘REsp — Previdenciário — Pensão — Neto — Dependência econômica — Prova — Quando comprovada a dependência econômica, há que se garantir o benefício da pensão para aquele que dependa economicamente do instituidor, no caso, o avô do beneficiário.’ (REsp n. 186.208/RN, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 07.12.1998)

Ademais, com relação à alínea **c**, constata-se que o recorrente colacionou paradigma de minha relatoria, datado de 2002, encontrando-se, portanto, superado pela evolução da jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.” (Fls. 159/162)

No presente recurso, o agravante aduz não se encontrar a matéria em debate pacificada no âmbito deste egrégio Tribunal. Aduz, ainda, que há outros precedentes em sentido contrário ao adotado pela decisão hostilizada. Ao final, pugna pela reforma da decisão, dando-se provimento ao recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Deve-se manter a decisão por seus próprios fundamentos, pois não assiste razão à autarquia.

A redação anterior do § 2º do artigo 16 da Lei n. 8.213/1991 equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei n. 9.528/1997 modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do artigo 16 e parágrafos esse tipo de dependente.

Todavia, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

Neste contexto, a Lei n. 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente — prevê, em seu artigo 33, § 3º, que: “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.”

Desta forma, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Quanto ao tema esta Corte, **mutatis mutandis**, já se manifestou anteriormente. Ilustrativamente:

“Administrativo. Ex-combatente. Pensão por morte. Menor dependente sob guarda do avô. Lei n. 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e desprovido.

I - A Lei n. 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente — prevê, em seu artigo 33, § 3º, que ‘a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.’ Não obstante na legislação aplicável à hipótese — Lei n. 8.059/1990 — não conste a neta no rol de beneficiários de pensão por morte do ex-

combatente, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

II - Neste contexto, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor; como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

III - Recurso conhecido e desprovido.’ (REsp n. 380.452/PR, de minha relatoria, DJ de 04.10.2004)

“Recurso especial. Previdenciário. Menor. Guarda judicial. Pensão. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990.

Sendo a recorrida avó do menor para o qual pleiteou a inclusão no Ipec para fins de benefício previdenciário, detentora da guarda judicial do mesmo, assiste-lhe o direito pretendido.

Aplicação do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990.

Violação não caracterizada.

Precedentes.

Recurso desprovido.’ (REsp n. 401.147/CE, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 02.06.2003)

“Previdenciário. Menor sob a guarda e responsabilidade judicial. Dependência econômica. Pensão por morte.

Tem direito à pensão por morte da guardiã, ex-funcionária pública, a menor que vivia sob sua guarda e responsabilidade, situação esta deferida judicialmente. Interpretação sistêmica da legislação de amparo ao menor (Lei n. 8.069/1990, art. 33, § 3º) e da Lei n. 8.112/1991 (art. 217, II, b).

Recurso conhecido, mas desprovido.’ (REsp n. 237.414/RS, de minha relatoria, DJ de 04.06.2001)

‘Recurso em mandado de segurança. Menor. Guarda. Avó. Art. 33, § 3º, Lei n. 8.069/1990.

A existência de guarda deferida à avó por decisão judicial confere, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990, direitos ao menor; inclusive previdenciários.

Recurso provido.’ (ROMS n. 10.463/MT, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 08.03.2000)

‘REsp — Previdenciário — Pensão — Neto — Dependência econômica — Prova — Quando comprovada a dependência econômica, há que se garantir o

benefício da pensão para aquele que dependa economicamente do instituidor, no caso, o avô do beneficiário.” (REsp n. 186.208/RN, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 07.12.1998)

Ademais, quanto aos precedentes colacionados, verifica-se não evidenciarem o entendimento atual da egrégio Terceira Seção.

Conclui-se, assim, não existir qualquer fundamento relevante que justifique a interposição do presente agravo, ou que venha infirmar as razões contidas na decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 22.408 — SP (2002/0058218-1)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: Renata Lev

Impetrado: Desembargador-Relator do Inquérito n. 794.870 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Severino Gonçalves de Farias Filho

EMENTA

Habeas corpus. Competência originária de Tribunal de Justiça. Fase preliminar. Atuação do Ministério Público. Alegação de constrangimento ilegal. Violação ao art. 4º da Lei n. 8.038/1990 e norma regimental. Prerrogativa constitucional do **dominus litis**. Ordem denegada.

Consoante previsão constitucional e demais normas pertinentes, o **dominus litis** tem ampla prerrogativa no transcurso da persecução penal, incluindo a sua fase inicial apuratória, mesmo que se trate de procedimento originário dos Tribunais.

Em virtude disso, o fato de o Ministério Público ter sido convocado pelo Relator, em procedimento vinculado à previsão do art. 4º da Lei n. 8.038/1990, antes de oferecida a denúncia, não configura constrangimento ilegal, até mesmo porque fazia-se necessária a sua atuação para requerer providências úteis a formar a opinião sobre o delito.

Norma de regimento interno de Tribunal não pode ferir o comando de previsão de Lei Federal, segundo a pirâmide hierárquica constitucional.

Ordem denegada, porém com recomendação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para seguir o procedimento da Lei n. 8.038/1990.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, porém recomendando ao Tribunal de Justiça o cumprimento do disposto na Lei n. 8.038/1990. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 09.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Diz a impetração quanto aos fatos (fls. 2/3):

O Paciente era Juiz de Direito Titular da Comarca de Nova Granada, de Primeira Entrância, tendo sido promovido para a 2ª Vara da Comarca de Mogi Mirim, de Segunda Entrância, da qual continua sendo titular.

Ocorre que o Senhor Delegado de Polícia da Cidade e Comarca de Nova Granada, houve por bem instaurar procedimento de natureza investigatória, envolvendo suposta conduta atípica do Paciente, com base em falsa **notitia criminis**, encaminhando o expediente ao Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante determina o artigo 33 da Lei Orgânica da Magistratura.

Em seu despacho inicial, o ilustre Desembargador Presidente determinou extração de cópias do expediente, para remessa à Corregedoria Geral da Justiça, bem como que se procedesse à autuação pelo Departamento competente, e a conseqüente distribuição pelo Órgão Especial do egrégio Tribunal.

O feito foi distribuído como inquérito, recebendo o n. 79.487.0-00, figu-

rando como Relator o Desembargador Vallim Bellocchi, segundo a inclusa Guia de Distribuição cuja cópia segue anexa.

Despachou então o Relator, no sentido de determinar a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, como se vê:

“Dê-se vista dos autos à douta Procuradoria Geral de Justiça.”

Após o que, o Procurador-Geral aventou a necessidade de oitiva do Paciente, Severino Gonçalves de Farias Filho.

O *writ*, então, visa restabelecer o caminho natural do procedimento, **ex vi** do art. 4º, da Lei n. 8.038/1990, já que o Ministério Público não poderia ter tido vista dos autos naquela fase do procedimento. Em caráter liminar, pretendeu a suspensão do procedimento e, no mérito, a anulação dos atos, desde o recebimento das peças informativas.

Autos instruídos, veio o parecer do *Parquet*, pelo indeferimento e, **incidenter tantum**, pela inconstitucionalidade de norma do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Pelo contexto dos fatos, a **persecutio criminis** ainda se encontrava na fase preliminar, onde se buscavam os elementos informativos para oferecimento da peça acusatória.

Não obstante a previsão da Lei n. 8.038/1990, artigo 4º, referir-se à denúncia ou queixa, e o chamamento ministerial ter ocorrido antes deste momento, não se pode concluir que houve constrangimento ilegal. Cabe lembrar que a Constituição Federal e as normas pertinentes conferem ao Ministério Público o comando da promoção criminal, incluindo o seu marco primeiro na condução apuratória. Esta visão, por sinal, muito bem a tratou o parecer do ilustre Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, no qual se colhe (fls. 371/372):

“7. Queda, pois, *improficuo* o primeiro argumento da impetração, que extraiu do **caput** do art. 314, tenha o Ministério Público, na investigação criminal originária nos Colegiados, *mera postura passiva*, que se esgota no tão-somente ter ciência de instauração do procedimento.

8. *A titularidade plena* do Ministério Público ao exercício da ação penal pública, como preceitua o *inciso I* do art. 129 da *Constituição Federal*, necessariamente legitima a atuação concreta do Ministério Público na atividade investigatória, daí a razão de ser dos preceitos normativos postos nos § § 1º e 2º, **b**, da Lei n. 8.038/1990.”

Portanto, o fato de o órgão acusatório ter sido convocado a atuar na fase inicial, confirma as prerrogativas de sua função na linha de formação da **opinio delictae**. Demais disso, observa-se que a origem do inconformismo se deu justamente quando o procedimento chegou às mãos do investigado, quando não podia, pois ainda pendente a denúncia, fato que por si só comprova a existência de benefício, e não, a indicação de prejuízo.

Quanto ao descumprimento do art. 314, parágrafo único, do Regimento Interno da Corte Estadual, apontar fundamentos similares aos do parecer me parece contraproducente, sobretudo porque singela a preponderância da norma federal. Lá a questão restou assim demarcada (fls. 372/375):

9. Na perspectiva do segundo fundamento — inobservância do parágrafo único do artigo 314 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, está dito nas informações que, **verbis**:

‘Ouidas essas testemunhas (fls. 190/402 e 444/462), os autos retornaram ao *Parquet* que assim se manifestou:

‘3. Tendo em vista que a vítima Adil Maximiano da Silveira deixou de ofertar a competente representação, relativa ao crime de ameaça tratado no boletim de ocorrência n. 02/2001 (fl. 19), não havendo, assim, condição de procedibilidade para a instauração de ação penal quanto aquele ilícito, bem como inexistindo testemunhas do relatado abuso de autoridade que teria sido praticado contra Adil, fica, desde logo, promovido o arquivamento no tocante a tais fatos e também com relação à ameaça perpetrada contra Iara da Silva Frassão.

4. Considerando que os delitos descritos na denúncia são apenados com detenção de, no máximo, seis meses ou multa, mesmo levando-se em conta o aumento exigido pelo concurso de crimes, e considerando que o crime de abuso de autoridade, embora sujeito inicialmente, de acordo com a lei, a procedimento especial, no presente caso, diante da conexão com outro crime e da prerrogativa de foro em razão da função do denunciado, deverá observar o rito dos procedimentos criminais de competência originária, inexistindo, assim, prejuízo aos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, preconizados no artigo 62 da Lei n. 9.99/1995’ (fls. 469/470).

5. Ao ilustre paciente foi concedido prazo de 15 dias, de acordo com o artigo 514 do Código de Processual Penal, para que oferecesse defesa prévia, cumprida às fls. 480/487; em seguida os au-

tos voltaram à douda Procuradoria Geral da Justiça, vindo, a sugerir, a transação penal ou, se recusada, que fosse recebida a denúncia, então apresentada, contra o ilustre Doutor Severino Gonçalves de Farias Filho (Magistrado). (vide: *fls. 34/35*)

10. Mais uma vez, pelo trecho que se vem de transcrever, observou-se o quanto a propósito dispõe o *artigo 4º* da Lei n. 8.038/1990, **verbis**:

‘*Artigo 4º*: Apresentada a denúncia ou queixa ao Tribunal far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de 15 (quinze) dias.’

11. É certo que as informações, no trecho acima transcrito (*item 9*), mencionam o artigo 514 do CPP quando o preceito a incidir na espécie é o do artigo 4º, retrotranscrito, porque norma especial, mas ambos os preceitos, *instituindo o contraditório prévio*, à defesa fixam o mesmo prazo: 15 dias. Não há, pois, qualquer prejuízo.

12. Tudo assim estabelecido, tem-se que o parágrafo único do artigo 314 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de S. Paulo sobre *inobservar* os preceitos de regência insertos na Lei n. 8.038/1990, *é inconstitucional*.

13. Com efeito, por ele tem-se que, **verbis**:

“Encerada a investigação e feito o relatório, os autos serão postos em Mesa: se o Órgão Especial, em votação secreta, concluir pela existência de crime em tese, remeterá o feito ao Ministério Público para o procedimento cabível. Se concluir pela inconsistência da imputação, determinará, com relação ao magistrado, o arquivamento dos autos, dando ciência ao Chefe do Ministério Público e à autoridade que iniciou as investigações, para que esta, se for o caso, prossiga contra os demais indiciados.” (*Fl. 4*)

14. De plano, a lei de regência, Lei n. 8.038/1990 *é taxativa*, no ponto, **verbis**:

‘Art. 3º Compete ao Relator:

I - Determinar o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, *quando o requerer o Ministério Público*, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal.’ (Grifamos)

15. É o que condiz, aliás, com o que dispõe o *artigo 28, do CPP*, vale dizer: a deliberação judicial sobre o arquivamento do inquérito policial *nunca é ex officio*, mas *sempre precedida* de manifestação do Ministério Público neste sentido, da qual o Juiz, inclusive, pode discordar, encaminhando, então,

os autos à Chefia da Instituição ou à Câmara Criminal que, por lei, disto se encarrega (confira-se: *artigo 62, IV, da Lei Complementar n. 75/1993*).

16. E por que assim conduzem-se ditos preceitos?

17. Porque no *sistema processual penal acusatório*, consagrado no *artigo 129, I*, da Constituição Federal a conclusão sobre o quadro investigatório encerrado, se a caber o ajuizamento da denúncia (juízo positivo sobre o fato) ou se a caber arquivamento (juízo negativo sobre o fato) é de *atribuição exclusiva* do Ministério Público — ‘*compete privativamente*’.

18. Ao Poder Judiciário, na plenitude do que decide, confere-se o juízo de admissibilidade sobre a peça acusatória produzida, ou o procedimento de controle sobre o arquivamento, como dito no *item 15*, retro.”

Por fim, sendo o procedimento de **habeas corpus** instrumento inadequado para a declaração de inconstitucionalidade, bem assim, a sua promoção exigir o transcurso perante o Órgão Especial, a teor do que dispõe o art. 97 da Constituição Federal, c.c. os arts. 199 e 200, do RISTJ, por esse sentido, divirjo da sugestão ministerial de fls. 375/376.

Ante o exposto, denego a ordem, porém recomendo ao Tribunal de Justiça o cumprimento do disposto na Lei n. 8.038/1990.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 22.658 — SP (2002/0063787-7)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrantes: Nigson Martiniano de Souza e outro

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Antônio Carlos da Cruz

EMENTA

Habeas corpus. Regime prisional. Discussão prejudicada. Extinção da punibilidade. Prescrição. Ordem concedida de ofício.

Não havendo marco interruptivo, consoante disposição do art. 117 do Código Penal, o Réu apenado com oito meses de reclusão tem em seu favor como prescrição da ação o tempo de dois anos, a correr entre a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou.

Ordem concedida, de ofício, para declarar extinta a punibilidade pela prescrição.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, de ofício, para declarar extinta a punibilidade pela prescrição intercorrente. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de Antônio Carlos da Cruz, tendo por coator o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

Condenado a 8 (oito) meses de reclusão, mais multa, o Paciente teve fixado o regime semi-aberto para cumprimento inicial da pena privativa, fixação advinda de provimento de recurso de apelação ofertado pela acusação, julgado perante a Oitava Câmara do Tribunal paulista.

Daí este *writ*, requerendo a fixação do regime aberto, na linha da fundamentação de constrangimento ilegal.

Informações prestadas, a liminar foi deferida.

Ouvido o órgão do *Parquet*, veio opinião no sentido da prejudicialidade da pretensão, pois prescrita a pretensão punitiva.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Ao se pronunciar acerca da causa, o insigne Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, assim entendeu (fl. 87):

“O pleito está prejudicado.

O juiz sentenciante condenou o ora recorrido a uma pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, em 13.03.2001 (fl. 15), por infração ao artigo 171, **caput**, do Código Penal.

Dando parcial provimento ao apelo do réu, a Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo *reduziu-lhe a pena para 08 (oito) meses de reclusão e 7 (sete) dias-multa (fl. 24)*. E, ainda, dando provimento ao recurso do Ministério Público, estabeleceu o regime semi-aberto para o cumprimento da pena.

Ocorre que, transcorrido o biênio legal, concluiu-se que o *pleito queda prejudicado* pela extinção da punibilidade, por advento da *prescrição da pretensão punitiva*.”

Acresça-se à acurada opinião que, entre a sentença condenatória (de 13.03.2001) e o trânsito em julgado (26.03.2002 — fl. 38), não houve marco interruptivo da prescrição, consoante disposição do art. 117 do Código Penal.

Diante do exposto, prejudicada a pretensão heróica, decreto, de ofício, a extinção da punibilidade, pela prescrição intercorrente.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 28.555 — SP (2003/0086117-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Christovan Ramos Neto

Advogado: Wladimir Valler

Impetrada: Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Christovan Ramos Neto

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Revogação. Primariedade e bons antecedentes. Insuficiência. Alegada ausência dos pressupostos do art. 312 do CPP. Improcedência. Fuga do distrito da culpa. Garantia da aplicação da lei penal. Precedentes do STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a primariedade e os bons antecedentes do acusado, não são

garantias, por si sós, para afastar a prisão preventiva, quando existentes nos autos outros elementos que recomendem, efetivamente, a referida prisão.

2. Não há se falar em constrangimento ilegal pela ausência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, porquanto, **in casu**, conforme bem observado no acórdão hostilizado, o réu evadiu-se do distrito da culpa, sendo, portanto, necessário para a garantia da aplicação da lei penal a imposição da medida constritiva.

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 José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com a Sra. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado por Christovan Ramos Neto, em benefício próprio, denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 12, **caput**, da Lei n. 6.368/1976, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao não conhecer do *writ* anteriormente impetrado, manteve a prisão preventiva decretada em seu desfavor.

Sustenta o Impetrante-Paciente que, além de ser primário, com profissão definida e possuidor de residência fixa, o decreto prisional “utilizou-se, tão-somente, de *argumentação genérica* apontando, apenas, a *gravidade do delito*, o que consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial *caracteriza constrangimento ilegal*, na medida em que a *decisão não foi suficientemente fundamentada*, não estando, por conseguinte, preenchidos os requisitos para a segregação cautelar, apenas ‘*como resguardo à ordem social*’.” (Fls. 07/08)

Requer, assim, a concessão da ordem para que lhe seja assegurado o direito de “responder o processo em liberdade, ainda que se faça a ressalva da possibilidade da decretação de nova custódia por motivo superveniente”. (Fl. 19)

A liminar pleiteada foi indeferida às fls. 123/124.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa, **in verbis**:

“**Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Tráfico de entorpecentes. Crime equiparado ao hediondo. Prisão preventiva. Aplicação da lei penal e garantia à ordem pública. Réu foragido. Denegação da ordem.

A evasão do réu, por si só, justifica a preventiva decretada à garantia à ordem pública e aplicação da lei penal.

O simples fato de ser o paciente denunciado por crime previsto como equiparado ao hediondo, já impede, por si só, a liberdade provisória, **ex vi** do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990.

Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 127)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Conforme se extrai do relatório, o Impetrante-Paciente pretende obter a revogação da prisão preventiva decretada em seu desfavor, alegando, para tanto, condições pessoais favoráveis consubstanciadas na sua primariedade e seus bons antecedentes, além, ainda, de sustentar a ausência dos pressupostos autorizadores da medida restritiva de liberdade.

Entendo, todavia, que a ordem não merece ser concedida.

Inicialmente, cumpre asseverar que esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que a primariedade e os bons antecedentes do Paciente não são garantias, **per si**, para afastar a prisão preventiva, quando existentes nos autos outros elementos que recomendem, efetivamente, a referida prisão.

Ao requerer a decretação da preventiva do Paciente, expressou o Promotor de Justiça da Comarca a seguinte justificativa:

“Trata-se de caso em que deve ser decretada a prisão preventiva do denunciado Christovan Ramos Neto.

Inicialmente, tangenciando o mérito, verifico que a prova produzida nos autos do inquérito policial em seu desfavor é robusta.

Afinal à fl. 180 foi juntada aos autos a transcrição de diálogo por meio do qual Christovan encomendou a compra de entorpecentes dizendo expressamente que forneceria a droga para um amigo de Santa Cruz das Palmeiras. Além disso, 'Neto Brown' disse que já pagaria ao traficante Luiz Carlos Marciano por 'aquela de domingo' e Luiz disse para Christovan que se encontrassem 'naquele lugar que você catou aquele dia', comprovando a grande frequência dos negócios ilícitos que realizavam.

Assim, tudo está a indicar ser o investigado Christovan Ramos Neto autor do crime de tráfico de substância entorpecente.

Trata-se de infração penal gravíssima, crime hediondo, principal causa dos delitos violentos que vêm assolando a ex-pacata Cidade de São Simão, que tem recebido severa reprimenda do Poder Judiciário e que exige uma resposta rápida e enérgica do Estado.

Evidente, pois, que sua liberdade coloca em risco a ordem pública e a aplicação da lei penal.

Ante ao exposto, presentes os requisitos previstos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, *requero seja decretada a prisão preventiva do denunciado Christovan Ramos Neto.*" (Fl. 101)

Tais fundamentos foram reforçados pelo magistrado ao proferir o despacho de prisão (fls. 102/103).

Ademais, não há como ser revogada a prisão preventiva do ora Paciente, com base na falta dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, já que o acórdão ora hostilizado deixou muito bem demonstrado a necessidade da manutenção da custódia cautelar como forma de garantia da aplicação da lei penal, uma vez que "o paciente evadiu-se do distrito da culpa tão logo foi colocado em liberdade em razão da classificação provisória dada pela autoridade policial (fl. 63)." (Fl. 115)

Tal circunstância, consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, justifica, por si só, o segregamento cautelar como garantia de cumprimento da lei penal.

Confira-se:

"Ementa: Criminal. HC. Atentado violento ao pudor. Três ações delituosas. Ação penal pública condicionada à representação, que foi devidamente oferecida pelas famílias das vítimas. Inexistência de forma rígida. Condição de miserabilidade. Atestado dispensável. Prisão preventiva. Decreto fundamentado. Inexistência de vínculo entre o paciente e o distrito da culpa. Eva-

são. Necessidade de garantia da aplicação da lei penal. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada.

[...]

IV - Deve ser mantida a decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

V - A inexistência de vínculos entre o paciente e o distrito da culpa é suficiente para manter a sua segregação, com o fim de garantir a aplicação da lei penal. Precedentes do STJ.

VI - O fato de o paciente ter se evadido, permanecendo em situação de foragido da justiça, revela a sua intenção de furtar-se à aplicação da lei penal, o que é suficiente para impedir a revogação da custódia.

VII - Condições pessoais favoráveis do réu não são garantidoras de eventual direito à revogação da prisão, se a manutenção da custódia é recomendada por outros elementos dos autos.

VIII - Ordem denegada. (HC n. 27.632/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 22.09.2003, p. 349)

“Ementa: Processual Penal. **Habeas corpus**. Prisão preventiva. Revogação. Primariedade e bons antecedentes. Insuficiência. Alegada ausência dos pressupostos do art. 312 do CPP e falta de fundamentação. Improcedência. Fuga do distrito da culpa. Garantia da aplicação da pena. Fundamentação adequada. Ordem denegada.

1. Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que a primariedade e os bons antecedentes do Paciente, não são garantias, por si sós, para afastar a prisão preventiva, quando existentes nos autos outros elementos que recomendem, efetivamente, a referida prisão.

2. Não há que se falar em constrangimento ilegal pela ausência dos requisitos do art. 312 do CPP e pela falta de fundamentação do decreto prisional, já que, **in casu**, o réu evadiu-se do distrito da culpa, sendo, portanto, necessário para a garantia da aplicação penal, a imposição da medida constritiva, conforme efetivamente demonstrado pelo Magistrado em sua decisão.

3. Ordem denegada.” (HC n. 26.328/CE, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 07.04.2003, p. 306)

“Ementa: RHC. Prisão preventiva. Fundamentação. Homicídio qualificado. Réu foragido. Revelia decretada.

A fuga do réu, **de per si**, justifica o decreto de prisão preventiva.

Primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita. Circunstâncias que, isoladamente, não inviabilizam a custódia preventiva, quando presentes os pressupostos do art. 312 do CPP

Recurso desprovido.”

(RHC n. 13.684/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 24.03.2003, p. 243)

Aliás, nesse mesmo sentido é o parecer ministerial, conforme se vê do excerto a seguir transcrito, **litteris**:

“[...]

É certo, pois, que o simples fato de o paciente não ter sido encontrado para responder ao processo, leva a crer que ele não pretende colaborar com a investigação criminal e intenta furtar-se de eventual aplicação da lei penal. Assim, não há coação a ser corrigida.” (Fl. 131)

Ante o todo exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 29.944 — SP (2003/0148307-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: Artur Eugênio Mathias

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Aldo Henrique de Souza (Preso)

EMENTA

“Penal. Roubo qualificado. Artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. Artigo 70 e artigo 157, § 2º, I e II, na forma do artigo 69, do Código Penal.”

A alegada falta de prova para embasar a condenação não pode ser apreciada e decidida na via do **habeas corpus**, por demandar exame aprofundado de provas, providência incompatível com a via mandamental.

“Sendo duas as vítimas abordadas, em um único contexto fático e, tendo o acusado ciência de que investia contra o patrimônio de pessoas diversas, ensejando danos patrimoniais absolutamente distintos, aplicável a regra do concurso formal.”

O emprego de arma de brinquedo no delito de roubo não se presta para fazer incidir a causa especial de aumento de pena prevista no tipo do crime. Cancelamento da Súmula n. 174 desta Corte.

“Regime inicial de cumprimento da pena. Impossibilidade de concessão do regime mais brando, tendo em vista o **quantum** da pena aplicada.”

Writ parcialmente conhecido e nesta parte concedido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder a ordem para que a Corte **a quo** refaça a dosimetria da pena, sem a agravante de porte de arma. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de **habeas corpus** originário impetrado em favor de Aldo Henrique de Souza, impugnando acórdão da Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo interposto pelo ora Paciente, mantendo-se a sentença de primeiro grau que o condenou à pena de 11 (onze) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, por infringência ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, por duas vezes, c.c. artigo 70 e artigo 157, § 2º, incisos I e II, tudo na forma do artigo 69, todos do Código Penal (fls.103/111).

A impetração assenta-se na seguinte alegação (fl.155):

“(…) não haver provas no processo que autorizem a condenação do ora Paciente, motivo pelo qual pleiteia a anulação do v. acórdão vergastado. Alternativamente, requer o afastamento da qualificadora do emprego de arma; o reconhecimento de crime único quanto às vítimas Danilo e Marcelo; o reconhe-

cimento de crime continuado quanto à vítima André; e, por fim, a fixação do regime semi-aberto para início do cumprimento de pena, caso a condenação venha a ser mantida.”

Não houve pedido de liminar.

Devidamente instruídos os autos, dispensei as informações da Corte impetrada.

Com vistas, o Ministério Público Federal pronunciou-se pela concessão parcial da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adoto, integralmente, como razões de decidir, o judicioso parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República, Dr^a Irene Coifman Branchtein, com remissão à jurisprudência desta Corte, **verbis** (fls.155/160):

“4. **Ab initio**, é de se registrar que o *writ* não merece prosperar no tocante à alegação de insuficiência probatória para a condenação. Isto porque, não obstante a decisão hostilizada ter demonstrado a autoria e materialidade das infrações imputadas ao Paciente, eventual análise das alegações do Impetrante visando à desconstituição do julgado, ensejaria incursão em seara probatória, o que é vedado na via angusta do **habeas corpus**. Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

Processual Penal. **Habeas corpus**. Extorsão mediante seqüestro. Sentença condenatória. Nulidade. Insuficiência de provas. Matéria não debatida no Tribunal **a quo**. Supressão de instância. Precedentes. Análise do alegado. Necessidade de exame aprofundado de provas. *Writ* não conhecido.

1. No que diz respeito à alegada falta de prova para embasar a condenação, pelo crime de seqüestro, observa-se que o Tribunal **a quo**, em nenhum momento, discutiu tal questão, razão pela qual não pode ser conhecida por esta Corte, sob pena de ocorrer proibida supressão de instância.

2. Ainda que assim não fosse, há de se ressaltar, a título de reforço, que a análise de tal matéria ensejaria a necessária incursão na seara probatória dos autos, o que é inviável na angusta via do **habeas corpus**.

3. *Writ* não conhecido.

(HC n. 26.268/SP DJ de 04.08.2003, p. 342, Relatora Ministra Laurita Vaz)

Criminal. **HC**. Estupro. Trancamento da ação penal. Insuficiência de provas para a condenação. Autoria e materialidade demonstradas. Ilegalidades não evidenciadas de pronto. Impropriedade do meio eleito. Questões controvertidas. Dilação probatória. Nulidade do processo-crime. Necessidade de queixa. Im procedência da alegação. Crime praticado mediante violência. Ação penal pública incondicionada. Súmula n. 608/STF. Adequação da classificação jurídica do delito, feita pelo Tribunal **a quo**, que não altera os fatos dos quais o réu deve se defender. Inocorrência de **mutatio libelli**. Ausência de representação. Desnecessidade de rigor formal. Manifestação de vontade da mãe da ofendida que demonstrou o inequívoco interesse de ver apurada a responsabilidade penal do paciente. Comprovação da miserabilidade. Desnecessidade de atestado de pobreza. Procuração a advogado. Irrelevância. Trânsito em julgado do decreto condenatório. Revisão criminal, como meio adequado. Ordem denegada.

(...) A via estreita do **habeas corpus** não se presta para a análise das alegações que visem à desconstituição do decreto condenatório, tais como a apontada incerteza quanto à autoria do delito, em razão da necessidade de dilação de fatos e provas, inviável na via eleita. Precedente.

Necessidade de dilação probatória, vedada em **habeas corpus**.

(...) Ordem denegada.

(HC n. 20.899/PE, DJ de 12.05.2003, p. 313, Relator Ministro Gilson Dipp)

Habeas corpus. Atentado violento ao pudor com violência presumida. Incompetência para julgamento de apelação. Inexistência. Insuficiência probatória. Reexame de prova. Regime integralmente fechado para cumprimento da pena. **Habeas corpus** de ofício.

(...) 2. Faz-se estranha ao âmbito de cabimento do remédio heróico a alegação de insuficiência probatória a ensejar condenação, por demandar profunda incursão no campo fático-probatório.

(...) 5. *Writ* parcialmente conhecido e denegado nesta extensão. Concessão de **habeas corpus** de ofício.

(HC n. 15.780/SP, DJ de 03.09.2001, p. 263, Relator Ministro Hamilton Carvalhido).

5. Relativamente à tese de que teria havido crime único quando do roubo do veículo Fiat/Palio, de propriedade de Marcelo, e do roubo da carteira, de

propriedade de Danilo, melhor sorte não assiste ao Impetrante. Na verdade, sendo duas as vítimas abordadas, em um único contexto fático e, tendo o acusado ciência de que investia contra o patrimônio de pessoas diversas, ensejando danos patrimoniais absolutamente distintos, aplicável a regra do concurso formal, prevista no artigo 70 do CP, e não a do crime único. Nessa esteira de entendimento, é o pensamento dessa colenda Turma, do qual, por exemplificativo, transcrevo o seguinte julgado:

Penal. Recurso especial. Roubos majorados e roubo qualificado. Concurso material e concurso formal.

I - A mera reiteração criminosa, **de per si**, não configura automaticamente a continuidade delitiva. Para alcançar o benefício contido na ficção jurídica apontada, os requisitos legais devem estar preenchidos.

II - Quando o roubo é praticado contra vítimas diferentes, objetivando patrimônios distintos, tem-se o concurso formal e não o crime único.

III - Alteradas as penas dos delitos e não tendo havido impugnação, as regras de concurso - material e formal - incidem sobre as respostas penais estabelecidas.

Recurso parcialmente provido.

(REsp n. 331.107/SP, DJ de 10.03.2003, p. 276, Relator Ministro Felix Fischer).

6. De outro lado, não há como se reconhecer a continuidade delitiva pretendida pelo Impetrante, relativamente ao roubo do veículo Fiat/Palio, com o roubo do veículo Daewoo, de propriedade de André. Nesse aspecto, aplicável o fundamento constante do v. acórdão impugnado, que assim asseverou: 'Apesar de semelhantes as condições de tempo, lugar e da maneira de execução das infrações, nada comprova a unidade de desígnios. A inexistência de um nexos subjetivo entre os crimes inviabiliza o benefício por evidenciar que decorreram de desígnios autônomos.' (Fl. 141)

7. No entanto, razão assiste ao Impetrante quando requer o afastamento da qualificadora do emprego de arma. Nesse particular, é de se consignar que o laudo de exame de peças, constante de fl. 71, atestou tratar-se de uma pistola de brinquedo, sendo réplica de pistola semi-automática. A moderna jurisprudência, por seu turno, fixou entendimento no sentido de que a majoração da pena no crime de roubo, decorrente do uso de arma de brinquedo, viola vários princípios do Direito Penal, dentre eles o da legalidade e da proporcionalidade da pena. Por outro lado, há que se lembrar o cancelamento

da Súmula n. 174 desse egrégio Superior Tribunal de Justiça, o que evidencia a plausibilidade jurídica do inconformismo. A esse respeito, transcrevo os seguintes julgados dessa colenda Turma, **verbis**:

“**Habeas corpus**. Roubo. Gravidade do delito. Regime prisional inicial. Emprego de arma de brinquedo. Qualificadora. Cancelamento da Súmula n. 174/STJ. Concessão da ordem.

— O emprego de arma de brinquedo para exercer grave ameaça no crime de roubo não faz incidir a qualificadora prevista no inciso I, § 2º, do art. 157.

— Cancelamento do enunciado da Súmula n. 174/STJ, com o advento da Lei n. 9.437/1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.

(...)

Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto e exclusão da qualificadora do uso de arma, com nova dosimetria.

(HC n. 27.320/SP DJ de 04.08.2003, p. 347, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca)

Criminal. REsp. Roubo qualificado. Arma de brinquedo. Incidência da causa especial de aumento de pena. Impossibilidade. Cancelamento da Súmula n. 174 desta Corte. Recurso desprovido.

O emprego de arma de brinquedo no delito de roubo não se presta para fazer incidir a causa especial de aumento prevista no Código Penal.

Cancelamento da Súmula n. 174 desta Corte.

Recurso desprovido, nos termos do voto do Relator.

(REsp n. 332.780/SP DJ de 22.04.2003, p. 253, Relator Ministro Gilson Dipp)

8. Por fim, quanto ao regime prisional inicial para o cumprimento da reprimenda, não merece reforma o **decisum** proferido pelo Tribunal **a quo**. Isto porque, no caso em tela, o ora Paciente fora condenado à pena de 11 anos e 11 meses de reclusão, extrapolando o limite de oito anos para a concessão do regime inicial semi-aberto. Assim, tendo a imposição do regime mais gravoso para o cumprimento da pena observado o critério estabelecido no artigo 33, § 2º, **a**, do Código Penal, não há que se falar em constrangimento ilegal passível de correção pela via do **habeas corpus**.

9. Nem se alegue que a alteração do **quantum** da pena pelo Tribunal **a quo** possibilitará a concessão de regime mais brando, eis que a qualificadora

decorrente do uso de arma foi aplicada na razão de 1/3, donde se deduz que, mesmo havendo a sua desconsideração, continuará a pena a ter limite superior a 8 anos, impossibilitando, assim, a concessão do regime inicial semi-aberto.”

Nada há que se acrescentar à manifestação do *Parquet* Federal, que expôs de forma completa a **quaestio** ora debatida.

Ante o exposto, conheço parcialmente do pedido e nesta parte lhe concedo a ordem para que a Corte **a quo** refaça a dosimetria da pena, sem a agravante de porte de arma.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 31.368 — PR (2003/0193730-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrantes: Antônio Carlos de Andrade Vianna e outros

Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Maria Sueli Costa Moura

EMENTA

Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 121, § 2º, IV, do Código Penal. Nulidade. Quesitação. Causa de diminuição de pena do art. 26, parágrafo único, do CP, fixada no mínimo, malgrado terem sido favoráveis as circunstâncias do art. 59 do mesmo diploma. Impossibilidade de se considerar o delito como hediondo, por ter sido reconhecida a semi-imputabilidade da paciente pelo Tribunal do júri. Direito à progressão de regime, posto que a r. sentença condenatória não vedou expressamente tal benesse.

I - Não se evidenciando, **prima facie**, qualquer prejuízo à defesa no que se refere à redação dos quesitos, não há que se falar em declaração de nulidade — princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP). (Precedentes desta Corte e do *Pretório excelso*).

II - Encontra-se devidamente fundamentada a incidência da causa de redução de pena do art. 26, parágrafo único, do CP em seu patamar

mínimo (um sexto), posto que a gradação dessa minorante se dá em razão da maior, ou menor, incapacidade do réu de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, e não com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (Precedente).

III - O fato de ter sido reconhecida pelo Tribunal do Júri a semi-imputabilidade da paciente, não exclui a natureza hedionda do delito. Ao contrário do homicídio qualificado-privilegiado, no qual esta Corte tem reconhecido não se tratar de crime hediondo, por constituir o privilégio circunstância inserida na esfera de vontade do agente, a semi-imputabilidade se dá por circunstância alheia à vontade daquele.

IV - A ausência do advérbio “integralmente” no dispositivo que fixou o regime para o cumprimento da pena imposta, não garante à paciente o direito à progressão de regime, eis que se trata de crime hediondo, ao qual se fez menção expressa quando da mencionada fixação. (Precedentes desta Corte e do *Pretório excelso*).

Writ denegado.

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 Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 11 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 1º.07.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Maria Sueli Costa Moura, atacando v. acórdão prolatado pela colenda Segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na Apelação Crime n. 125.310-9, que restou assim ementada:

“Apelação-crime. Júri. Eventual irregularidade na formulação dos quesitos. Não argüida em plenário. Matéria preclusa. Semi-imputabilidade. Art. 26, parágrafo único. Redução fundamentada no laudo de insanidade mental. Irreparável. Semi-imputabilidade. Diminuição da culpabilidade. Qualificado-

ras do homicídio. Motivos ou meios empregados no delito. Compatibilidade de teses. Homicídio qualificado. Crime hediondo. Lei n. 8.072, art. 2º, § 1º, cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Eventual nulidade de quesitos, submetidos à votação dos jurados, não argüidas em tempo oportuno em plenário, está preclusa.

Declarada a semi-imputabilidade pelos jurados, a redução de 1/3 da pena, conforme o art. 26, parágrafo único, do CP, fundamentada e embasada no laudo de insanidade mental, não merece reparo. Inexiste incompatibilidade entre a semi-imputabilidade que pressupõe a diminuição da culpabilidade e as qualificadoras do homicídio que versam sobre os motivos ou sobre os meios empregados pelo agente no ilícito. Teses compatíveis. Homicídio qualificado, sendo crime hediondo, é de rigor o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990” (fls. 162/163).

Retratam os autos que a paciente foi condenada pelo Tribunal do Júri, como incurso no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, à pena de doze anos de reclusão, tendo sido essa reduzida em um terço, em face do disposto no art. 26, parágrafo único, do mesmo diploma, resultando em uma reprimenda de oito anos de reclusão, em regime fechado, levando-se ainda em consideração a hediondez do delito, quanto ao regime. Irresignada, a defesa manejou recurso de apelação, que foi desprovido. Muito embora o impetrante tenha asseverado que interpôs recurso especial, os registros informatizados desta Corte registram tão-somente o Ag n. 357.441/PR, ao qual foi negado seguimento por ser intempestivo (DJ de 28.03.2001).

Daí o presente **mandamus**, pelo qual se alega, em síntese: 1) nulidade absoluta da r. sentença penal condenatória, eis que os quesitos, por terem sido formulados de forma eminentemente técnica, causaram perplexidade aos jurados; 2) que a redução da pena em razão do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, não poderia ser fixada no patamar mínimo, por terem sido as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, favoráveis à paciente; 3) que em razão de ter sido reconhecida a semi-responsabilidade da paciente quando da prática do delito, não pode esse ser considerado hediondo; 4) supressão de instância, posto que o eminente Magistrado Presidente do Tribunal do Júri se esquivou de apreciar os embargos de declaração interpostos pela defesa, rejeitando-os por constituir a alegação de incompatibilidade entre dois quesitos formulados aos jurados (semi-responsabilidade e homicídio qualificado), tese nova e complexa, bem como por ser impossível conferir efeitos modificativos aos embargos; 5) que a r. sentença penal condenatória não vedou a progressão de regime.

Sem pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 195, acompanhadas dos documentos de fls. 196/217.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela denegação do *writ* (fls. 219/224).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Nas razões do presente **mandamus**, alega-se, em síntese: 1) nulidade absoluta da r. sentença penal condenatória, eis que os quesitos, por terem sido formulados com expressões técnicas, causaram perplexidade aos jurados; 2) que a redução da pena em razão do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, não poderia ser fixada no patamar mínimo, por terem sido as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, favoráveis à paciente; 3) que em razão de ter sido reconhecida a semi-responsabilidade da paciente quando da prática do delito, não pode esse ser considerado hediondo; 4) supressão de instância, posto que o eminente Magistrado Presidente do Tribunal do Júri se esquivou de apreciar os embargos de declaração interpostos pela defesa, rejeitando-os por constituir a alegação de incompatibilidade entre dois quesitos formulados aos jurados (semi-responsabilidade e homicídio qualificado), tese nova e complexa, bem como por ser impossível conferir efeitos modificativos aos embargos; 5) que a r. sentença penal condenatória não vedou a progressão de regime.

Preambularmente, aduz o impetrante nulidade absoluta, uma vez que os quesitos formulados, por conter expressões técnicas, causou perplexidade aos jurados.

Vejam os quesitos:

1º Quesito: No dia 22 de novembro de 1996, por volta das 15:00 horas, no 2º andar, sala 27, no prédio situado na rua Piauí, n. 211, nesta Cidade e Comarca, a ré Maria Sueli Costa Moura, fazendo uso de uma pistola marca Taurus, calibre 6.35, disparou contra a cabeça da vítima Jacqueline Carneiro Lobo, causando-lhe os ferimentos descritos no Laudo de Exame Cadavérico de fls. 103/104?

2º Quesito: Esses ferimentos foram a causa da morte da vítima?

3º Quesito: A ré Maria Sueli Costa Moura ao tempo da ação, em virtude de perturbação da saúde mental, possuía incompleta capacidade de entender o caráter ilícito do fato?

4º Quesito: A ré Maria Sueli Costa Moura ao tempo da ação, em virtude de perturbação da saúde mental, possuía incompleta capacidade de determinar-se de acordo com entendimento do caráter ilícito do fato?

5ª Quesito: A ré Maria Sueli Costa Moura, agiu impelida por motivo de relevante valor social ou moral?

6ª Quesito: A ré Maria Sueli Costa Moura, utilizou-se de recurso que tornou impossível a defesa da vítima?

7ª Quesito: Existem circunstâncias atenuantes em favor da ré?” (Fl. 126)
Vejam, outrossim, o resultado da votação desses quesitos:

“1ª Quesito: Sim (7x0); 2ª Quesito: (7x0) Sim; 3ª Quesito: 5x2 (Não); 4ª Quesito: 4x3 (Sim); 5ª Quesito: 5x2 (Não); 6ª Quesito: 7x0 (Sim); 7ª Quesito: 7x0 (Sim)” (fl. 127).

Com efeito, a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que, *como regra*, a ausência de protesto no momento oportuno, quanto aos quesitos formulados acarretam preclusão. Nesse sentido:

“Habeas corpus. Processual Penal. Júri. Condenação. Nulidade na quesitação. Vício na formulação dos quesitos. Inexistência. Matéria preclusa. Precedentes. Expedição do mandado de prisão antes do trânsito em julgado da condenação. Inexistência de constrangimento ilegal face à possibilidade de interposição de recursos especial e extraordinário que, como cediço, não possuem efeito suspensivo. Precedentes.

Erro na quesitação. Inexistência. Concordando a defesa com a formulação dos quesitos, não lançando qualquer protesto em ata, ocorre a preclusão da argüida nulidade, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do **status libertatis** do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ.

Ordem denegada.”

(HC n. 29.724/PE, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 25.02.2004)

Deve ser ressaltado, entretanto, que nem todas as argüições acerca dos quesitos, se não forem feitas em momento oportuno, geram preclusão. Com a devida **vênia** dos entendimentos em sentido contrário, não se pode generalizar o tema, afirmando-se que os vícios na quesitação tratam sempre de nulidade relativa. Esta de fato é a regra, porém ocorrem casos, como a formulação de quesitos que possam

causar perplexidade aos jurados, em que poderá haver nulidade absoluta, podendo ser argüida a qualquer tempo.

In casu, o impetrante alega ter havido tal perplexidade dos jurados, pois segundo esse, os quesitos foram formulados com termos técnicos. Tal fundamento, a meu ver, não deve prevalecer.

Com efeito, a alegação genérica, quanto ao fato de constar termos técnicos como “caráter ilícito do fato”, “relevante valor social ou moral”, “recurso que tornou impossível a defesa da vítima” e “circunstâncias atenuantes”, não é causa suficiente para se auferir que os quesitos causaram perplexidade aos jurados.

Justamente pelo fato de o conselho de sentença ser composto, em regra, por leigos, é que o Código de Processo Penal dispõe que:

“Art. 478. Concluídos os debates, o juiz indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se precisam de mais esclarecimentos.

Parágrafo único. Se qualquer dos jurados necessitar de novos esclarecimentos sobre a questão de fato, o juiz os dará, ou mandará que o escrevam o dê, à vista dos autos.

Art. 479. Em seguida, lendo os quesitos, e explicando a significação legal de cada um, o juiz indagará das partes se têm requerimento ou reclamação que fazer, devendo constar da ata qualquer requerimento ou reclamação não atendida.” (Grifei)

Conforme bem ressaltado pelo v. acórdão reprochado, os quesitos foram lidos e devidamente explicados, não tendo havido qualquer argüição dos jurados e nem da acusação e da defesa quanto a estes. (Fl. 170)

Ora, não sendo possível pela via eleita se detectar, de plano, a alegada perplexidade em razão de haver alguns termos considerados técnicos nos quesitos, os quais foram devidamente explicados aos jurados, sem qualquer argüição, até mesmo da defesa, não há que se falar em declaração de nulidade.

De todos os quesitos formulados, o impetrante ataca apenas um *de forma específica*, qual seja, “4º Quesito: A ré Maria Sueli Costa Moura ao tempo da ação, em virtude de perturbação da saúde mental, possuía a incompleta capacidade de determinar-se de acordo com entendimento do caráter ilícito do fato?” (Fl. 186), aduzindo que:

“No entanto, com relação ao reconhecimento da semi-responsabilidade, o resultado da votação foi *pela apertada maioria de quatro votos a três reconhecendo a semi-responsabilidade*.

A prova na perplexidade existente nos autos encontra-se no seguinte fato: *se não havia qualquer elemento de prova que indicasse o contrário — o que levou inclusive a acusação em plenário a também adotar a tese —, com base no que a quase maioria (três) dos jurados rejeitou a semi-responsabilidade?*

A resposta é óbvia.

Num contexto fático em que todas as provas e todas as partes encontraram um ponto de convergência de entendimentos, a quase maioria dos jurados... divergiu!!!

Data vênia, é evidente que os jurados dissidentes se encontravam em erro quando votaram” (fl. 20).

Em que pese o esforço do impetrante, em demonstrar o perplexidade dos jurados quanto a esse quesito, o prejuízo à defesa não restou evidenciado. Isto pois, conforme asseverado pela própria defesa, a votação se deu em favor do paciente (4 x 3 — fl. 187).

Segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, evidenciado no art. 563 do CPP, não há que se falar, em declaração de nulidade, se não estiver *concretamente* demonstrado o prejuízo.

Julio Fabbrini Mirabete, in “Código de Processo Penal Interpretado” (7ª ed., Atlas, 2000, p. 1.166), assim se manifesta acerca do tema:

“O primeiro princípio a reger os atos processuais é o da tipicidade das formas, que pode ser assim formulado: o Código prevê quais os atos que devem ser praticados e como devem ser praticados, devendo esse modelo ser respeitado (Cf. **Greco, Vicente**. Ob. cit. p. 264). Mas, negando o excesso de formalismo, com fundamento no princípio da instrumentalidade das formas, a lei estabeleceu o sistema de prevalência dos impedimentos de declaração ou de argüição de nulidades. Sua regra básica é enunciada no art. 563. É o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não se declara nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Na verdade, não é correto dizer-se que sem prejuízo não há nulidade. A ausência de prejuízo apenas impede a declaração da nulidade existente (...)”

Paulo Rangel, in “Direito Processual Penal” (7ª ed., Lumen Juris, 2003, p. 699), ressalta que “o princípio do prejuízo significa dizer que não há que se declarar a nulidade de um ato se, de sua imperfeição, ou defeito, enfim, de sua atipicidade, não resultar prejuízo à acusação ou à defesa. Diz a doutrina francesa *pas de nullité sans grief*. Há que se ter relação de causalidade entre o ato imperfeito e o

prejuízo alegado pelas partes, pois, se, não obstante o ato for imperfeito, mas não houver prejuízo para as partes, atingindo o ato, desta forma, seu fim, não se deve declarar a nulidade em nome dos princípios da economia e celeridade processual.”

Colaciono alguns precedentes desta Corte no mesmo sentido:

“**Habeas corpus**. Júri. Nulidades. Quesitação. Complementação do número de jurados. Irregularidades não argüidas **opportune tempore**. Preclusão.

1. 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**, comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente.

2. Em se tratando de nulidades do Júri, o inciso VIII do artigo 571 do Código de Processo Penal determina sejam elas suscitadas logo depois de ocorridas.

3. Não enseja nulidade a complementação do número regulamentar mínimo de 15 jurados, por suplentes do mesmo Tribunal do Júri (Precedentes).

4. A ausência de resposta a quesito referente à falsidade de uma testemunha, ainda mais quando se trata do último da relação, por em não influir na verdade da causa, não enseja nulidade do feito.

5. Ordem denegada.”

(HC n. 20.221/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 23.06.2003).

“Processual Penal — Homicídio — Tribunal do Júri — Defeito de quesitação — Nulidade — Não-ocorrência — Preclusão.

— Conforme entendimento desta Corte, não havendo perplexidade ou prejuízo para a defesa, que não fez consignar em ata qualquer requerimento ou reclamação, não se declara a nulidade de julgamento. Preclusão que se opera ante o silêncio da defesa.

— Ordem denegada.”

(HC n. 17.166/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ de 18.11.2002).

“Criminal. Recurso especial. Júri. Nulidades. Manifestação pessoal de testemunha, que teria chorado. Inocorrência. Ausência de assinatura da defesa na ata de julgamento incapaz de gerar nulidade. Falso testemunho, ocorrido no júri. Deficiência de quesitação. Nulidade relativa. Falta de argüição em momento oportuno e de demonstração de prejuízo. Recurso desprovido.

(...).

IV - Não se justifica a anulação do julgamento quando não demonstrado efetivo *prejuízo* à defesa.

V - Recurso desprovido.”

(REsp n. 265.171/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 03.06.2002)

“Processual Penal. Tribunal do Júri. Legítima defesa. Excesso. Inexistência de defeito na quesitação. Defesa que não se manifesta no momento oportuno. Preclusão.

1. Reconhecido o excesso doloso, prejudicada está a quesitação acerca da modalidade culposa.

2. Não havendo perplexidade ou *prejuízo* para a defesa, que não fez consignar em ata qualquer requerimento ou reclamação, não se declara nulidade de julgamento.

3. Operação da preclusão, antes o silêncio da defesa.

4. Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 108.775/DF, Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 03.11.1998)

Confira-se posicionamento do Pretório excelso sobre o tema:

“(…)

Homicídio qualificado — Motivo fútil — Inexistência de quesito — Nulidade.

É de se afastar a argüição de nulidade quando a pena fixada ficou no mínimo previsto para o tipo e, sob o ângulo do homicídio qualificado, houve a quesitação quanto ao fato de o então acusado haver dificultado ou impossibilitado a defesa pela vítima.

A nulidade pressupõe o prejuízo.”

(HC n. 72.689/PE, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 17.05.1996)

Alega o impetrante, por outro lado, que a causa de diminuição de pena constante do art. 26, parágrafo único, do CP, não deveria ter sido aplicada em seu patamar mínimo (um terço), muito embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo, sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP

Quanto a esse fundamento, melhor sorte não socorre o paciente.

De início, cabe ressaltar que, ao contrário do que alega o impetrante, as circunstâncias judiciais do art. 59 não foram *inteiramente* favoráveis à paciente, confira-se:

“(...) sua conduta social merece reparos, especialmente face ao desenvolvimento em outros delitos.” (Fl. 57)

Dispõe o art. 26, parágrafo único, do CP, que “a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Diferentemente da pena-base, que é fixada em estrita observância às circunstâncias do art. 59 do CP, a mencionada causa de diminuição de pena, tem como referência o grau de perturbação da saúde mental ou do desenvolvimento mental do acusado, e não o art. 59 do Código Penal.

Julio Fabbrini Mirabete, in “Código Penal Interpretado” (Atlas, 2000, pp. 223/224), acerca do tema, entende que “a percentagem da redução deve levar em conta a maior ou menor intensidade da perturbação mental ou, quando for o caso, pela graduação do desenvolvimento mental, e não pelas circunstâncias do crime, já consideradas na fixação da pena antes da redução.”

César Roberto Bitencourt, in “Manual de Direito Penal” (6ª ed., Saraiva, 2000, p. 308), ressalta que “a culpabilidade diminuída dá como solução a pena diminuída, na proporção direta da diminuição da capacidade”.

Damásio Evangelista de Jesus, in “Código Penal Anotado” (13ª ed., Saraiva, 2002, pp. 124/125), entende que “atendendo à circunstância do agente, em face dessas causas, não possuir a plena capacidade intelectual e volitiva, o Direito Penal atenua a sua severidade, diminuindo a pena ou somente impondo medida de segurança.”

No tocante a esse ponto, o v. acórdão reprochado deve ser mantido por seus próprios fundamentos, **in verbis**:

“Com relação ao segundo tópico, a redução da pena em razão da semi-imputabilidade da apelante, a sentença está correta ao ter o Doutor Juiz diminuído a pena em 1/3 (um terço), pois considerou que o mal mental da apelante era de pouca intensidade, aliás e é o que contém do Laudo de Insanidade Mental constante dos autos n. 71/1996, onde está recomendado à apelante apenas o tratamento ambulatorial e consta daquele laudo à fl. 44 o seguinte: “O seu quadro psicológico (certa descompensação emocional) recomenda, para o momento, tratamento ambulatorial, visando à reestruturação pessoalística da acusada”.

Portanto, a redução da pena no patamar mínimo posto no art. 26, parágrafo único, do Código Penal está perfeita, não comportando qualquer correção.” (Fl. 170)

Confira-se precedente desta Corte no mesmo entendimento:

“Penal. Processual. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282 e Súmula n. 356/STF. Inexistência de violação ao CP, arts. 26 e 77, II.

1. O recurso especial não se presta a apreciação de matéria que não tenha sido objeto de exame nas instâncias ordinárias.

2. *Sendo livre o julgador para apreciar o laudo psiquiátrico e formar o seu convencimento, inexistente ofensa ao CP, art. 26, na decisão do acórdão em manter a diminuição de 2/3, fixada na sentença, pela semi-imputabilidade prevista no parágrafo único do referido dispositivo.*

3. O fato de o juiz haver registrado, quando do exame do art. 59, que o seu réu e portador de maus antecedentes, não impede a concessão de **sursis** pelo Tribunal **a quo**, mormente se ele e primário e as circunstâncias judiciais não são de todo desfavoráveis.

4. Recurso não conhecido.”

(REsp n. 98.085/DF; Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 16.12.1996)

A tese de que o homicídio em que incide a causa obrigatória de diminuição de pena constante do art. 26, parágrafo único, do CP, da mesma forma que o homicídio privilegiado-qualificado, não pode ser considerado hediondo, não merece ser acolhida.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte tem reconhecido a impossibilidade do crime qualificado-privilegiado ser considerado hediondo, confira-se:

“**Habeas corpus**. Direito Penal. ‘Homicídio qualificado-privilegiado’. Regime prisional. Progressividade no cumprimento da pena. Possibilidade. Regime inicial semi-aberto. Deferimento.

1. O ‘homicídio qualificado-privilegiado’ é estranho ao elenco dos crimes hediondos.

2. Em se cuidando de pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, autoriza a lei penal o deferimento do regime semi-aberto ao réu não reincidente, que deve ser estabelecido, se favoráveis as circunstâncias judiciais e se trata de homicídio privilegiado.

3. Ordem concedida.”

(HC n. 23.408/MT; Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 1º.03.2004)

“Execução penal — Homicídio qualificado — Privilegiado — Progressão de regime prisional — Possibilidade — Inexistência de incompatibilidade.

— Conforme jurisprudência desta Corte e do Pretório excelso, ante a inexistência de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos crimes hediondos, sendo possível, portanto, a progressão de regime.

— Ordem concedida para que seja possibilitada a progressão.”

(HC n. 17.064/RJ; Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ de 20.05.2002)

“Processual Penal. Homicídio qualificado-privilegiado. Regime prisional. Crime hediondo.

1. Ante a inexistência de previsão legal, bem como o menor desvalor da conduta em comparação ao homicídio qualificado, consumado ou tentado, o homicídio qualificado-privilegiado não pode ser considerado como crime hediondo. Precedente.

2. Pedido de **habeas corpus** deferido, para reconhecer ao paciente o direito à progressão do regime prisional.”

(HC n. 13.001/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 09.10.2000)

Esse entendimento, entretanto, não se aplica à hipótese do art. 26, parágrafo único, do CP Isso pois a mera (*tão-só*) minorante (causa legal de diminuição de pena) do art. 26, parágrafo único, não é capaz de retirar a natureza hedionda do delito. Ao contrário do homicídio qualificado-privilegiado, no qual esta Corte tem reconhecido não se tratar de crime hediondo por constituir o privilégio circunstância inserida na esfera de vontade do agente, a semi-imputabilidade, assim como a tentativa, se dá por circunstância alheia à vontade daquele.

Esta Corte tem entendido ser possível de existência do delito hediondo mesmo estando presente a semi-imputabilidade, confira-se:

“Recurso especial. Penal. Latrocínio. Progressão de regime. Impossibilidade. Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Laudo pericial. Aplicação do art. 26, parágrafo único, do CP. Súmula n. 07 do STJ. Dissídio pretoriano não demonstrado.

1. O art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Controvérsia superada. Precedentes.

2. Não se conhece da argüida violação ao art. 182 do Código de Processo Penal porquanto aferir a semi-imputabilidade do Réu, analisando o laudo pericial, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via especial, a teor da Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Dissídio pretoriano não configurado.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.”

(REsp n. 613.408/MG, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 05.05.2004)

Diante disso, perde relevância a alegação de não ter o eminente Juiz Presidente do egrégio Tribunal do Juri deixado de apreciar os embargos de declaração oferecidos pela defesa, em que se pretendia esclarecer se havia, ou não, incompatibilidade entre os quesitos referentes ao homicídio qualificado e o reconhecimento da semi-responsabilidade.

Ao final, não merece prosperar a alegação de que a r. sentença condenatória não vedou a progressão de regime.

Vejamos o que consta do trecho desse **decisum** sobre a **quaestio**:

“Dessa maneira, *resta em definitiva a pena de oito (8) anos de reclusão*, que deverá ser cumprida em regime fechado, face ao crime ser considerado hediondo.” (Fl. 58)

Com efeito, a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que, se a condenação foi por crime de natureza hedionda, o que é o caso, malgrado tenha a sentença omitido o advérbio “*integralmente*”, assim deverá ser compreendido, em consonância com o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, ainda mais quando do trecho transcrito percebe-se a menção expressa a tal norma. Esta é a regra; caso o magistrado houvesse entendido de forma diversa, deveria mencionar expressamente o advérbio “*inicialmente*”, o que não ocorreu.

Colaciono alguns precedentes desta Corte que bem respaldam este entendimento:

“**Habeas corpus**. Penal. Crime hediondo. Regime prisional. Progressão. Descabimento. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º.

Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o fechado, descabendo progressão (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990). Fixando a sentença condenatória que o cumprimento da pena dar-se-á em regime fechado, não é concebível que seja apenas inicialmente, mas, sim, atendo-se ao preceito de lei, integralmente.

Quisesse o magistrado prolator da sentença condenatória admitir a progressão de regime, teria fixado o regime inicial fechado, o que não ocorreu.

Ordem denegada.”

(HC n. 14.077/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 23.10.2000)

“Penal. Crime hediondo. Regime. Integralmente fechado. Falta de especificação. Progressão. Impossibilidade.

1. Se há condenação por crime hediondo e fixação na sentença que o regime será o fechado, ainda que não haja expressa indicação que seja o integralmente, assim deverá ser entendido, em obediência ao comando do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sendo, pois, descabida a progressão.

2. Segundo entendimento do STF, acompanhado por esta Corte, o estupro, seja em sua forma simples ou não, vale dizer, com ou sem violência real, é considerado hediondo.

3. Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 429.683/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 30.09.2002)

“**Habeas corpus**. Crime hediondo. Sentença condenatória que estabelece ‘regime fechado’. Ausência de especificação se inicial ou integralmente. Irrelevância. Impossibilidade de progressão de regime.

1. A jurisprudência desta colenda Corte, em perfeita consonância com a do excelso Pretório, já pacificou a orientação no sentido de que se há condenação por crime hediondo, com a imposição do cumprimento da pena em regime fechado, ainda que a sentença tenha omitido o advérbio específico ‘integralmente’, assim deverá ser compreendido, em obediência ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

2. Ordem denegada.”

(HC n. 29.904/RJ, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 24.11.2003)

“Penal. **HC**. Regime prisional. Progressão. Ausência. Ilegalidade. Abuso de poder. Crime hediondo.

1. Fixado na sentença o cumprimento da pena em regime fechado, entende-se que seja integralmente e não inicialmente, máxime quando há expressa referência à Lei n. 8.072/1990. Precedentes.

2. Ordem denegada.”

(HC n. 13.048/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 04.09.2000)

Esta é, aliás, a orientação do *Pretório excelso*, confira-se:

“**Habeas corpus**. Condenação por crime hediondo. Progressão do regime prisional. Omitindo a sentença condenatória o advérbio ‘integralmente’, não significa que tenha assegurado, em favor do paciente, direito à progressão do regime de execução da pena, uma vez que se reportou à Lei n. 8.072/1990, que determina o cumprimento integral da pena aplicada em razão dos chamados crimes hediondos em regime fechado. **Habeas corpus** indeferido.”

(HC n. 80.023/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 09.06.2000)

“Em relação aos crimes hediondos, por força de disposição legal, a pena deve ser cumprida necessariamente em regime fechado. O fato de a sentença não se haver referido à expressão ‘integralmente’ não significa que tenha assegurado a progressividade do regime da pena.”

(HC n. 78.976/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 18.06.1999)

“I - Crime hediondo: regime fechado integral: imposto por lei — que a maioria do Tribunal tem por constitucional — não basta a autorizar a progressão que, na sentença, se haja limitado o juiz a determinar o regime fechado, sem adjetivá-lo de integral.

II - Condenação cumulativa às penas de reclusão, por crime hediondo, e a detenção, por infração comum: cabimento, quanto à execução da última, do regime inicial semi-aberto.”

(HC n. 80.732/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 20.04.2001)

Colho outrossim, trecho do voto proferido no mencionado HC n. 78.976/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, no ponto em que trata especificamente da **quaestio, verbis**:

“(…)

Certo que, em relação aos crimes qualificados como hediondos, por força de expressa disposição legal, a pena deve ser cumprida necessariamente em regime fechado, não havendo espaço para progressividade que, no caso, contrariamente ao entendido pelo impetrante, não foi assegurada pela sentença de primeiro grau.

Com efeito, a circunstância de não haver a sentença aludido à expressão ‘integralmente’ não significa, no entanto, que assegurou ela a possibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena.

Não há dúvida de que a sentença não limitou o regime fechado ao período inicial da execução. Aí, sim, se poderia entender que determinara ela que o regime fechado fosse observado somente para o início do cumprimento da pena.”

Diante do exposto, denego o *writ*.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 31.783 — SE (2003/0206758-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: José Cláudio dos Santos

Impetrada: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Paciente: Antônio Francisco Sobral Garcez Júnior (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Crime de homicídio duplamente qualificado. Prisão cautelar. Vereador municipal. Cella especial. Impetração contra decisão indeferitória de liminar. Art. 295, § 2º, do CPP. Ilegalidade não evidenciada em juízo de cognição sumária.

1. Na esteira da jurisprudência desta Corte, não se admite **habeas corpus** contra decisão proferida em sede liminar pelo Relator do *writ* na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância, salvo situações absolutamente excepcionais, onde restar claramente evidenciada a ilegalidade do ato coator, o que não se demonstra na hipótese vertente.

2. A teor do disposto no art. 295, § 2º, do Código de Processo Penal (“Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento”), inexistente, **in casu**, em juízo de cognição sumária como exige a situação dos autos, o alegado constrangimento ilegal, cuja análise acurada caberá ao Tribunal de origem.

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 José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com a Sra. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 22.03.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado por José Cláudio dos Santos, em favor de Antônio Francisco Sobral Garcez, atualmente preso na Penitenciária Estadual de São Cristóvão, no Estado de Sergipe, contra decisão indeferitória de provimento urgente proferida pelo Desembargador-Relator, nos autos do HC n. 0247/2003 (fls. 97/99).

O Impetrante sustenta, em suma, que o Paciente encontra-se sofrendo constrangimento ilegal, porquanto, na qualidade de Vereador Municipal, não foi segregado cautelarmente em prisão especial.

Requer, assim, a concessão do benefício legal.

O pedido liminar foi indeferido.

As informações foram devidamente prestadas pela autoridade impetrada às fls. 110/207. Noticiou, ainda, que “o paciente Antônio Francisco Sobral Garcez Júnior, se encontra recolhido em cela separada que foi adaptada com a finalidade de recebê-lo em reserva devido à sua condição de preso especial (conforme cópias de fotografias anexas)” (fl. 115).

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo não-conhecimento da ordem (fls. 209/212).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A impetração não merece ser conhecida.

Na esteira da jurisprudência desta Corte, não se admite **habeas corpus** contra decisão proferida em sede liminar pelo Relator do *writ* na instância de origem,

sob pena de indevida supressão de instância, salvo situações absolutamente excepcionais, onde restar claramente evidenciada a ilegalidade do ato coator, o que não se demonstra na hipótese vertente.

Com efeito, após o exame dos autos, observo que o paciente, a teor das informações prestadas pela autoridade impetrada, encontra-se segregado em cela individual, separado do convívio dos demais custodiados, tendo sido o local inclusive adaptado pelo Diretor do Presídio para recebê-lo.

Portanto, a teor do disposto no art. 295, § 2º, do Código de Processo Penal (“Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento”), inexistente, **in casu**, em juízo de cognição sumária como exige a situação dos autos, o alegado constrangimento ilegal, cuja análise acurada e retida caberá ao Tribunal de origem.

Nesse sentido, confira-se:

“Ementa: Processual Penal. **Habeas corpus**. Indeferimento de liminar em outro writ. Ilegalidade flagrante. Inexistência.

1. Não cabe, sob pena de supressão de instância, a impetração de **habeas corpus** contra decisão indeferitória de liminar em outro writ, no Tribunal de origem, quando ausente ilegalidade flagrante, como é o caso em análise. Precedentes desta Corte.

2. Ordem não conhecida.” (HC n. 22.507/BA, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 14.10.2002)

“Ementa: Criminal. **HC**. Writ contra ato de desembargador. Indeferimento de liminar. Flagrante ilegalidade não demonstrada. **Habeas corpus** não conhecido.

I - Não cabe **habeas corpus** contra indeferimento de liminar, a não ser que reste demonstrada flagrante ilegalidade no ato atacado, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

II - Não evidenciada, de pronto, a estreita **exceptio**, a melhor análise da controvérsia trazida nos autos reclamaria o exame do mérito, inviável na presente situação.

III - Writ não conhecido.” (HC n. 17.902/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 16.09.2002) (grifei)

Ante o todo exposto, *denego* a ordem postulada.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 35.220 — RS (2004/0061814-6)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Fernando Martins da Silva

Advogado: Juarez Torres — Defensor Público

Impetrado: Terceiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Fernando Martins da Silva (Preso)

Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Estupro e atentado violento ao pudor. Continuidade delitiva. Concurso material. Quadrilha armada e roubo majorado pelo emprego de arma. **Bis in idem**. Inocorrência.

I - Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de **praeludia coiti**, é de se reconhecer o concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. A continuidade delitiva exige crimes da *mesma espécie e homogeneidade de execução*.

II - A ofensa a bens personalíssimos, contra vítimas diferentes, desde que os crimes sejam da mesma espécie, *pode ensejar* o crime continuado na forma preconizada no parágrafo único do art. 71 do Código Penal. Os requisitos devem ser examinados pelo órgão julgador (*de estupro para estupro e atentado violento ao pudor para atentado violento ao pudor*).

III - Na há que se falar em **bis in idem** na condenação por quadrilha ou bando armado e roubo majorado pelo emprego de arma, porquanto além de delitos autônomos e distintos, no primeiro o emprego da arma está calcado no *perigo abstrato* e, no segundo no *perigo concreto* (*Precedentes do STJ e do Pretório excelso*).

Habeas corpus parcialmente concedido.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Rela-

tor. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 08.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Fernando Martins da Silva em face de v. acórdão prolatado pelo colendo Terceiro Grupo Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos autos da Revisão Criminal n. 696.120.245.

O retrospecto restou exaustivamente delineado às fls. 96/110, **in verbis**:

“Neste Tribunal, Fernando Martins da Silva, através do Dr. Defensor Público, requereu, com fundamento no artigo 621, I, II e III, do CPP, a revisão criminal do processo, tendo o Terceiro Grupo Criminal, por maioria, *indeferido o pedido* revisional, vencidos o Desembargador Paulo Moacir Aguiar Vieira, Relator, que julgava parcialmente procedente para reduzir as penas impostas ao réu Fernando Martins da Silva para um total de 58 anos e 08 meses de reclusão e os Desembargadores Alfredo Foerster e Luís Gonzaga da Silva Moura que julgavam parcialmente procedente para reduzir a pena para 69 anos e 08 meses.

O Desembargador Paulo Moacir Aguiar Vieira, Relator/vencido, votou no sentido de deferir, em parte, o pedido revisional para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados na mesma ocasião.

Após negar provimento à revisional na parte em que embasou o pedido nos incisos I, II e III, do artigo 621, do CPP, asseverou:

‘Tem razão, contudo, o ilustre Dr. Defensor Público quando verbera contra o excesso condenatório decorrente da exagerada retribuição punitiva imposta ao requerente.

O acórdão confirmatório da condenação apenas ratificou o inteiro teor da sentença e não teceu nenhuma consideração, em especial, sobre o apenamento imposto.

Esse aspecto dá ensejo a que se reexaminem alguns dos temas que envolvem o referido apenamento.

Defiro a revisão para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados na mesma ocasião, estabelecendo para tanto quatro séries de crimes contra os costumes:

a) Estupros e atentados violentos ao pudor praticados em junho de 1988 (primeira série);

b) Estupro e atentados violentos ao pudor praticados em maio de 1989 (segunda série);

c) Estupro e atentados violentos ao pudor praticados em maio de 1990 (terceira série);

d) Estupros e atentados violentos ao pudor praticados em abril de 1991 (quarta série).

Para mim há inequívoca continuidade delitiva entre os crimes contra os costumes praticados dentro de cada uma das séries.

Considero que a sentença e o acórdão negaram vigência, nesse particular, ao disposto no art. 71 e parágrafo único do CP, contrariando, assim, texto expresso de lei, e com isso, autorizando a propositura da ação revisional, em face do que dispõe o art. 621, I, do CPP.

Não vejo, portanto, nenhum óbice para o conhecimento do pedido em razão desse ponto da controvérsia.

Afrontando o dispositivo de lei que disciplina o crime continuado, que foi criado para que se evite o notório e desnecessário excesso punitivo, enseja revisão o apenamento imposto.

Ainda que respeite as opiniões em contrário, não posso deixar de externar, e o faço com toda a veemência, o meu pensamento a respeito desse palpitante tema.

Ensina **Celso Delmanto** que 'são delitos de igual espécie os que se assemelham pelos mesmos elementos objetivos e subjetivos, ainda que não estejam descritos no mesmo artigo de lei'. Considera o insigne doutrinador que este é o entendimento mais adequado 'não só porque o instituto do crime continuado, originariamente, visa ao benefício do réu, como, principalmente, em razão das expressões que o legislador emprega nos arts. 69 e 70. Neles, fala em crimes 'idênticos ou não', enquanto neste art. 71 refere-se a 'crimes da mesma espécie' e prevê, expressamente, a possibilidade de serem as penas idênticas ou a 'mais grave', o que mostra que os delitos não precisam estar previstos no mesmo tipo' ('Código Penal Comentado', 1986, p. 113).

Assim tem decidido o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, Ap n. 9.658, RJTJSP 77/400; Ap n. 9.495, RJTJSP 76/332; Ap n. 9.700, RT 558/294)

A matéria acha-se pacificada na Quinta Câmara Criminal, que tem considerado que ‘se é que existem crimes da mesma espécie, são esses’ (estupro e atentado violento ao pudor).

Acrescente-se: estupro e atentado violento ao pudor são delitos que têm a mesma pena prevista. Acham-se inseridos no mesmo capítulo (Capítulo 1: ‘crimes contra a liberdade sexual’) do mesmo título (Título VI: ‘crimes contra os costumes’), da Parte Especial do Código Penal.

Penso que as hipóteses têm tudo para serem enquadradas na esfera de abrangência do art. 71 do CP:

Mesmas condições de tempo (mesmo período); mesmas condições de lugar (mesmo lugar); mesmo modo de execução (crime sexual).

Negar vigência a dispositivo de lei é o mesmo que contrariar texto expresso de lei.

Por outro lado, tem razão a defesa quando chama a atenção para o quantitativo injustificável em que foi graduada a pena-base de cada um dos crimes contra os costumes cometidos antes da vigência da Lei n. 8.072, de 26 de julho de 1990, em contraste com a pena-base (estabelecida no mínimo cominado) de cada um dos delitos praticados em abril de 1991 (sob o império da nova lei), como forma de garantir uma punição mais rigorosa para aqueles.

O que importa considerar é que o exame das circunstâncias judiciais elaborado pela magistrada (comemorativos do art. 59 do CP) foi exatamente o mesmo (*tanto para os crimes cometidos antes, como para os crimes cometidos depois da mencionada lei*). Nada diferencia as circunstâncias judiciais de uns ou de outros.

Se assim acontece, não há qualquer razão para que, num caso, a pena-base se afaste do mínimo cominado, enquanto no outro, levando-se em conta os mesmos vetores, com ele se confunda, nele permanecendo.

Esse aspecto do apenamento também enseja revisão.

Não pode o juiz substituir-se ao legislador, impondo, retroativamente, uma solução punitiva mais rigorosa a um fato ocorrido no passado, quando estava em vigor uma legislação mais branda.

Verifique-se, agora, quais foram as circunstâncias judiciais atinentes a cada um desses crimes (consideradas de modo idêntico para todos os crimes sexuais praticados por Fernando).

O réu é primário e sem antecedentes.

Pouco se sabe, na verdade, sobre a sua personalidade ou conduta social anterior.

O dolo desse tipo de crime é sempre intenso.

Motivos também próprios do crime.

O comportamento das vítimas não contribuiu para os fatos.

Conseqüências, de igual sorte, inerentes à prática delitiva (prejuízos emocionais para as vítimas, todas elas estudantes universitárias).

Desse modo, como a pena-base dos crimes cometidos sob a vigência da Lei dos Crimes Hediondos, tendo por sustentáculo a análise dos mesmos vetores, foi graduada no mínimo, também a pena-base dos delitos praticados antes da referida lei deve ser estabelecida no mínimo cominado (pela legislação de então).

Autorizada, portanto, a revisão por esses aspectos, passo a recalcular as penas impostas.

Primeira série: Crimes sexuais praticados em junho de 1988 (total cinco delitos: dois crimes de estupro e três crimes de atentado violento ao pudor).

Estabeleço a pena-base do crime mais gravemente apenado na época (estupro) no mínimo legal: 3 anos, tendo em vista a fundamentação acima expandida. A magistrada, sem fundamentar a discrepância com relação aos crimes praticados em 1991, após a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos, fixou-a em 5 anos de reclusão (dois anos acima do mínimo previsto na época), aplicando a regra do concurso material para todos os crimes.

Como são cinco os crimes cometidos dentro da mesma série, obediente à regra do art. 71, parágrafo único, do CP, aplico em dobro a pena imposta (3 anos x 2), para fixar em 6 anos de reclusão o apenamento desses delitos.

Segunda série: Crimes sexuais praticados em maio de 1989 (total três delitos: um crime de estupro e dois crimes de atentado violento ao pudor).

Também aqui, estabeleço a pena-base do crime mais gravemente apenado na época (estupro) no mínimo legal: 3 anos, tendo em vista a fundamentação acima expandida. A magistrada, sem fundamentar a dis-

crepância com relação aos crimes praticados em 1991, após a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos, fixou-a em 5 anos de reclusão (dois anos acima do mínimo previsto na época), aplicando a regra do concurso material para todos os crimes.

Como são três os crimes cometidos dentro da mesma série, observando a regra do art. 71, parágrafo único, do CP, elevo de dois terços a pena imposta (2 anos), para fixar em 5 anos de reclusão o apenamento desses delitos.

Terceira série: Crimes sexuais praticados em maio de 1990 (total três delitos: um crime de estupro e dois crimes de atentado violento ao pudor).

Também aqui, estabeleço a pena-base do crime mais gravemente apenado na época (estupro) no mínimo legal: 3 anos, tendo em vista a fundamentação acima expendida. A magistrada, sem fundamentar a discrepância com relação aos crimes praticados em 1991, após a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos, fixou-a em 5 anos de reclusão (dois anos acima do mínimo previsto na época), aplicando a regra do concurso material para todos os crimes.

Como são três os crimes cometidos dentro da mesma série, fazendo valer a regra do art. 71, parágrafo único, do CP, elevo de dois terços a pena imposta (2 anos), para fixar em 5 anos de reclusão o apenamento desses delitos.

Quarta série: Crimes sexuais praticados em abril de 1991 (total cinco delitos: dois crimes de estupro e três crimes de atentado violento ao pudor).

Para os crimes praticados nesse período, o legislador estabeleceu penas iguais. Mantenho a pena-base estabelecida pela magistrada para um dos crimes, no mínimo legal (6 anos de reclusão).

Como são cinco os crimes cometidos dentro da mesma série, invocando, novamente, a regra do art. 71, parágrafo único, do CP, aplico em dobro a pena imposta (6 anos x 2), para fixar em 12 anos de reclusão o apenamento desses delitos.

Total das penas retributivas dos crimes contra os costumes:

1ª série (junho de 1988): 6 anos de reclusão;

2ª série (maio de 1989): 5 anos de reclusão;

3ª série (maio de 1990): 5 anos de reclusão;

4ª série (abril de 1991): 12 anos de reclusão.

Total das penas dos crimes sexuais: 28 anos de reclusão.

No que pertine aos crimes de roubo majorados pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes, nada há a revisar, nesta sede.

A pena-base para cada um foi corretamente fixada, pela Drª. Juíza de Direito, em 5 anos de reclusão.

As penas foram aumentadas de um terço (1 ano e 8 meses de reclusão), em face das majorantes em referência e concretizadas, cada uma, em 6 anos e 8 meses de reclusão.

Cada multa foi fixada em 20 dias-multa, no valor unitário mínimo de lei. Total: 80 dias-multa.

Correta a aplicação da regra do concurso material.

Cada roubo foi cometido com intervalo de cerca de um ano entre um e outro (junho de 88, maio de 89, maio de 90 e abril de 91).

Não faz jus o condenado, nesse caso, ao benefício do crime continuado. O lapso temporal entre um e outro é muito afastado para que se reconheça o elo da continuação.

Ficam mantidas, portanto, integralmente essas penas, num total de 26 anos e 8 meses de reclusão, e 80 dias-multa, no valor unitário mínimo de lei.

No que condiz com o delito de bando ou quadrilha, tem razão a defesa.

Verificou-se, sem dúvida, verdadeiro **bis in idem**, caracterizador do excesso punitivo, passível de ser corrigido pela via revisional.

O STF já decidiu:

‘Não pode haver concurso entre quadrilha e roubo, ambos qualificados, por concurso de pessoas ou emprego de armas, pois redundaria em dupla qualificação pelo mesmo fato (STF, HC n. 61.858, RT 594/441; HC n. 62.563, DJ de 30.08.1985, p. 14.346; HC n. 62.570, DJ de 1ª.04.1985, p. 4.282; HC n. 62.598, DJ de 26.04.1985, p. 5.890).’

A majorante do emprego de arma foi imposta cumulativamente aos crimes de roubo e de quadrilha, diante dos mesmos fatos.

Para corrigir o excesso, basta que se retire a parte dobrada do apenamento do crime de quadrilha (parágrafo único do art. 288), reduzindo-se a pena desse crime para 2 anos de reclusão (respeitada a pena-base estabelecida pela magistrada e concretizada, portanto, a pena, nesse patamar).

Pena do crime de bando ou quadrilha: 2 anos de reclusão.

Total das penas reclusivas já revisadas: 58 anos e 8 meses de reclusão.

O regime da sentença é o inicialmente fechado, estabelecido pela sentença. Não houve apelo acusatório.

Em resumo, com fundamento no art. 621, I, do CPP, acolho parcialmente o pedido revisional formulado por Fernando Martins da Silva para reduzir as penas a ele impostas no Processo Criminal n. 1.336-082, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Viamão, para um total de 58 anos e 8 meses de reclusão.”

Discordando do Relator quanto às penas fixadas, assim se pronunciou o Desembargador Alfredo Foerster, Revisor:

“Concordo com o colega Des. Paulo Moacir no referente a reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados na mesma ocasião e o estabelecimento de quatro séries de crimes contra os costumes. Também entendo injustificável o quantitativo em que foi graduada a pena-base de cada um dos crimes contra os costumes cometidos antes da vigência da Lei n. 8.072, de 26 de julho de 1990, em contraste com a pena-base (estabelecida no mínimo cominado) de cada um dos delitos praticados em abril de 1991 (sob o império da nova lei), como forma de garantir uma punição mais rigorosa para aqueles.

Observa-se que o exame das circunstâncias judiciais elaborado pela magistrada (art. 59 do CP) foi exatamente o mesmo, tanto para os crimes cometidos antes, como para os delitos praticados depois da mencionada lei. Portanto, a pena-base deve ficar no mínimo legal para todos os delitos contra os costumes.

No entanto, é possível um maior aumento pela continuidade delitiva, em relação a cada uma das séries estabelecidas pelo Relator, porque assim permite o parágrafo único do art. 71 do CP, como a seguir veremos.

Primeira série: pena-base de 3 (três) anos, aumentada do triplo (em razão de serem cinco fatos), fixando-a em 9 (nove) anos a pena para esses delitos.

Segunda série: pena-base de 3 (três) anos, elevada do dobro (por serem três fatos), estabelecendo-a em 6 (seis) anos para esses crimes.

Terceira série: pena-base de 3 (três) anos, acrescida do dobro (por serem três fatos), ficando em 6 (seis) anos para esses delitos.

Quarta série: pena-base de 6 (seis) anos — crimes praticados em abril de 1991, na vigência da Lei n. 8.072/1990 — aumentada do triplo (em virtude de serem cinco chegando a 18 (dezoito) anos.

Assim, teríamos as seguintes penas para os crimes contra os costumes:

1ª série (junho de 1988) — 9 anos de reclusão;

2ª série (maio de 1989) — 6 anos de reclusão;

3ª série (maio de 1990) — 6 anos de reclusão;

4ª série (abril de 1991) — 18 anos de reclusão.

Total das penas para os crimes contra os costumes: 39 (trinta e nove) anos de reclusão.

Quanto aos crimes de roubo majorados pelo emprego de arma e concurso de agentes, como refere o colega Relator, nada há a revisar, vez que adequadas as penas fixadas no total de 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e multa.

Todavia, divirjo do Relator em relação à pena para o delito de bando ou quadrilha, pois entendo não haver **bis in idem**.

Conforme entendimento do STF, roubo qualificado e quadrilha qualificada: ‘São suscetíveis, em tese, de acumulação, a qualificadora do roubo, pelo emprego de armas (art. 157, § 2º, I, do CP), com a figura qualificada da quadrilha armada (art. 288, parágrafo único)’ (RTJ 128/325).

Também, nesse sentido:

TJSP: Pode haver concurso entre roubo e quadrilha, ambos qualificados pelo uso de armas, porque o porte de arma, que qualifica a quadrilha (perigo abstrato), não é equivalente ao emprego efetivo de arma, que qualifica o roubo (perigo concreto)’ (RT 752/567).

Assim, a pena para o delito de bando ou quadrilha fica em 4 (quatro) anos de reclusão.

Por esse caminho, a pena final para o requerente fica em 69 (sessenta e nove) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Desse modo, dou parcial provimento ao pedido revisional para fixar a pena do requerente em 69 (sessenta e nove) anos e 8 (oito) meses de reclusão.”

O voto que negou provimento à ação revisional, da lavra do Desembargador Newton Brasil de Leão, restou assim fundamentado:

“Imperativo o improvimento da revisão criminal intentada por Fernando Martins da Silva.

O pedido revisional não encontra amparo legal, posto não atendido nenhum dos incisos do artigo 621, do Código de Processo Penal (em especial, o primeiro, único, em tese, cabível).

A ação em testilha não se presta para discutir apenamento, pois, para esse fim, há recurso específico, o qual, aliás, foi utilizado pelo requerente, tendo esta Corte decidido pelo seu improver. Ademais, dissídio jurisprudencial não comporta revisão, pois, na realidade, estar-se-ia tratando de nova apelação.

Por outro lado, como se vê nos autos originais do processo, foi em data anterior, interposta outra revisão criminal, por motivos análogos aos apresentados no pedido ora apreciado, que restou julgada improcedente. Por isso, não deveria, em tese, ser a presente sequer conhecida, e, muito menos, provida. (...)

De acrescer que o requerente, inclusive, resultou beneficiado, pela não-aplicação do artigo 226, inciso I, do Código Penal, que determina aumento de 1/4 da pena, quando os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são cometidos em concurso de agentes, caso dos autos.

Nega-se, dessarte, provimento à revisão criminal.”

O Desembargador Sylvio Baptista Neto, acompanhando o Desembargador Newton na improcedência da revisão, acrescentou:

“O colega Relator já chama a atenção em seu voto que a decisão, ora atacada, não fere nem um dos dispositivos do art. 621: ‘Não se verifica ter configurado a sentença (e o acórdão confirmatório) a hipótese prevista no art. 621, I, do CPP (julgamento contrário à evidência dos autos), atropelando a prova produzida... Não prospera a revisional na parte em que embasou o pedido nos incisos II e III, do art. 621, do CPP (alegação de que se fundou a sentença em depoimentos que não condizem com a realidade). Tampouco é feita qualquer alusão à descoberta de ‘novas provas de inocência do condenado.’”

Portanto, o caminho da concessão da revisão não passaria pelo ferimento de dispositivos legais. E nem pela questão do dissídio jurisprudencial, pois, como salientou o colega Luiz Gonzaga, além da impossibilidade de se basear

o recurso nesta hipótese (“A divergência jurisprudencial ou doutrinária não rendeu ensejo ao pedido de revisão criminal (TJRS, RJTJERGS 174/71). Limitando-se o julgamento a optar por uma corrente hermenêutica em detrimento de outra, ainda que respeitável, inibida fica a possibilidade de revisão, mesmo que a tese contrária venha, de futuro, prevalecer (TARS, RT 732/633).” (“Código de Processo Penal Interpretado”, Atlas, p. 1.352), o entendimento a respeito da continuidade entre estupro e atentado violento ao pudor é minoritário.

No caso, repetindo, as questões foram discutidas na sentença e no acórdão confirmatório, tanto pela colega de primeiro grau quanto pelos desta Corte. Tem-se que, respeitando a coisa julgada, fazê-lo em relação ao juiz natural. Já foi dito que a revisão não pode servir de voto de censura aos magistrados. Se o acusado é julgado por um Juiz mais rigoroso, “mão pesada”, isto faz parte da democracia, “do jogo”.

Finalizando, também penso que o princípio da proporcionalidade na punição é fundamental, tanto que o art. 59 finaliza, dizendo: “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Contudo, quem garante que a pena de mais de cem anos para o recorrente não é justa. Trata-se de uma questão subjetiva e eu, como o colega Newton, por exemplo, pensamos que ela foi proporcional aos acontecimentos. Durante algum tempo, o condenado, a pretexto de dar carona a estudantes, levava-as a um lugar ermo e, com o concurso de outros, estupravam-nas, praticavam atentados ao pudor e as roubavam.

As vítimas, moças ingênuas de acharem que recebiam um favor, foram submetidas a toda sorte de humilhações: violentadas, roubadas etc. Será que elas não estão mortas mentalmente? Será que elas não sofreram lesões mentais de natureza tão grave que jamais se recuperarão? Faço as perguntas, porque o Relator faz uma comparação da pena em discussão com o latrocínio por lesão grave e por morte.

Assim, não vejo como afirmar que a sentença, e o acórdão confirmatório, não adequaram a punição aos fatos. Foram, insisto, inúmeros crimes, mal momento de sua vida, em um mês ou dois, pratica vários delitos, merecendo o benefício da continuidade. É alguém que durante anos veio, reiteradamente, praticando crimes gravíssimos.

Desta forma, também julgo improcedente a revisão.”

Assim, por maioria, o Terceiro Grupo Criminal, indeferiu o pedido revisional. O acórdão transitou em julgado em 30 de outubro de 2002”.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela concessão parcial do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Busca-se na presente impetração a redução da pena aplicada sob os seguintes argumentos: a) a caracterização da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor e b) **bis in idem** na condenação por crime de quadrilha armada e roubo majorado pelo emprego de arma.

Em primeiro lugar, quanto ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor *praticados contra vítimas diferentes*, predomina, na **vexata quaestio**, a antiga ensinança de **Nelson Hungria** para quem, não sendo o ato de libidinagem desvio da conjunção carnal classificável como **praeludia coiti**, haverá, entre este e o estupro, o concurso material e nunca o crime continuado. É que estes delitos são do mesmo *gênero* mas não da mesma *espécie*. Aliás, entre a conjunção carnal, de um lado, e o sexo anal ou, ainda, o sexo oral, não se pode vislumbrar homogeneidade quanto ao modo de execução. E este entendimento é pacífico no *colendo Supremo Tribunal Federal*:

“Concurso material de crimes. Atentado violento ao pudor (coito anal e **fellatio** ou **irruminatio in ore**) e tentativa de estupro.

Quando os atos libidinosos não são daqueles que precedem ao coito normal (**praeludia coitus**), há concurso material de atentado violento ao pudor com tentativa de estupro, ainda que praticados contra a mesma vítima, e isso porque não são eles crimes da mesma espécie, requisito esse indispensável à configuração de crime continuado, que, por esse motivo, não ocorre.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(STF, RE n. 100.788/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 11.10.1984)

“Criminal. Atentado violento ao pudor e tentativa de estupro contra a mesa pessoa. Se a tentativa de estupro não foi precedida apenas de atos preparatórios ao cometimento de tal crime, (**praeludia coitus**) mas o agente, além deles, outros, é que se caracterizam automaticamente como de atentado violento ao pudor, tendo-se em conta que o crime de estupro e o de atentado violento ao pudor, embora praticados contra a mesma pessoa não são crimes da mesma espécie, não há como caracterizar-se apenas a continuidade deliti-

va, aí se tendo o concurso material. Se a própria vítima declara que apenas um dos dois recorridos praticou, além do estupro, o crime de atentado violento ao pudor, em relação ao outro não é possível agravar-se-lhe a pena, como propõe o Ministério Público, recorrente. Recurso extraordinário a que se dá provimento apenas em parte, para aumentar a pena do co-réu Edson Batista dos Santos, restabelecendo-se, em relação a este, a sentença material que decidiu haver, no caso, concurso material e não crime continuado. Precedentes.”

(STF, RECR n. 111.083/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 15.04.1987)

“**Habeas corpus**. Pena. Inocorrência de **bis in idem**. Estupro e atentado violento ao pudor. Impossibilidade de absorção de um delito pelo outro. Hipótese de concurso material.

Na cominação da pena o julgador considerou fatores que influíram na individualização. A alegação de **bis in idem**, fundada na suposição de que houve duplo aumento tanto pela violência real quanto pela ficta, não se justifica face ao descrito no acórdão.

É pacífico o entendimento no Supremo Tribunal Federal no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material de delitos.

Habeas corpus indeferido.”

(STF, HC n. 74.630/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 07.03.1997)

“Direito Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Crimes hediondos: estupro e atentado violento ao pudor. Concurso material. Penas: fixação. Nulidade.

1. Estando correta, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a orientação adotada pelo acórdão impugnado, no sentido de que, nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, mesmo praticados em seqüência, configura-se concurso material de delitos — e não crime continuado — acertada e a cumulação das penas.

2. E fixadas estas em grau mínimo, não procede a argüição de nulidade, seja pela fundamentação de cada uma, seja pela cumulação.

3. **HC** indeferido.”

(STF, HC n. 71.399/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 30.09.1994)

“**Habeas corpus**. Pena. Estupro e atentado violento ao pudor. Impossibilidade de absorção de um delito pelo outro. Hipótese de concurso material.

É pacífico o entendimento no Supremo Tribunal Federal no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material de delitos.

Habeas corpus indeferido.”

(STF, HC n. 71.802/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 26.04.1996)

Também predominante nesta Corte:

“Penal. Concurso material de crimes.

— Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não discrepa, nem ofende o direito federal, a decisão que repele continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor.

— Recurso especial não atendido.”

(STJ, REsp n. 208.632/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Fontes de Alencar, DJ de 20.08.2001).

“Penal. Estupro. Atentado violento ao pudor. Crimes de espécies diversas. Concurso material. CP, art. 69. Continuidade delitiva. Inocorrência.

— Para a configuração do **delictum continuatum**, na moldura do art. 71 do Código Penal, além da pluralidade de ações e do nex temporal e circunstancial, exige-se a homogeneidade dos delitos.

— O estupro e o atentado violento ao pudor, embora do mesmo gênero, são crimes de espécies diferentes, o que afasta a idéia de continuidade delitiva para o enquadramento como **concursum delictorum realium** (CP, art. 69).

— Recurso especial conhecido e provido.”

(STJ, REsp n. 208.015/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 18.02.2002)

“Recurso especial. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor cometidos contra a mesma vítima. Crimes de espécies diferentes. Configuração do concurso material de crimes e não do crime continuado.

Se o ato libidinoso diverso da conjunção carnal não configura elemento constitutivo, conduta inicial ou meio para a realização do crime de estupro, deve o agente responder por este e pelo crime de atentado violento ao pudor. Nesse caso, por se tratarem de crimes de espécies diferentes, aplica-se a regra

do concurso material (art. 69 do CP), ainda que cometidos contra a mesma vítima. Precedentes deste Tribunal e do STF

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 550.267/SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 17.11.2003)

“Criminal. **HC**. Atentado violento ao pudor. Estupro. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Delitos de espécies distintas. Execução. Forma básica. Violência real. Delitos hediondos. Regime integralmente fechado de cumprimento de pena. Art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Constitucionalidade. Lei n. 9.455/1997. Exclusividade aos crimes de tortura. Ordem denegada.

Não se aplica a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, eis que, apesar de serem delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie, possuindo elementos objetivos e subjetivos distintos.

A obrigatoriedade de determinação do cumprimento da pena em regime integralmente fechado, vedada a progressão, como previsto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, incide em condenação por crimes de atentado violento ao pudor e estupro, nas suas formas básicas, com violência real, delitos alcançados pelos incisos V e VI do art. 1º da r. lei.

Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos já afirmada pelo egrégio STF

A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional. Precedentes.

Ordem denegada. (HC n. 16.830/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 17.09.2001)

“Processual Penal. Desclassificação de condutas. **Habeas corpus**. Via eleita imprópria. Estupro e atentado violento ao pudor. Concurso material e não continuidade delitiva. Violência presumida. Não-configuração de crime hediondo. Progressão de regime. Possibilidade.

1. Operar desclassificação de condutas é intento não condizente com a via eleita, pois demanda inegável dilação probatória, inviável de ser levada a cabo no estreito veio de conhecimento do **habeas corpus**, angusto por exce-lência.

2. A jurisprudência iterativa desta Corte é no sentido de que entre estupro e atentado violento ao pudor há concurso material e não crime continuado.

3. Nos termos do art. 1^o, inciso V, da Lei n. 8.072/1990, somente o estupro praticado com violência real (lesão corporal grave ou morte) é considerado hediondo, motivo pelo qual, perpetrado o delito com violência presumida, há possibilidade de progressão do regime prisional. Precedentes do STF e do STJ.

4. Ordem concedida parcialmente.” (HC n. 16.710/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 13.08.2001)

“Penal — Atentado violento ao pudor — Estupro — Concurso material — Possibilidade.

— Há concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor se, além da conjunção carnal, for praticado outro ato de libidinagem que não se amolde aos classificados de **praeludia coiti**. Para a ocorrência de continuidade delitiva, os crimes devem ser de mesma espécie e sua execução homogênea.

— Recurso provido para reconhecer a ocorrência do concurso material.” (REsp n. 228.604/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 18.12.2000)

No caso, o réu praticou, além da conjunção carnal, outros atos de libidinagem que não se ajustam aos classificados de **praeludia coiti**, sendo de se reconhecer, então, o concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor, *praticados contra a mesma vítima*.

Todavia, nos crimes praticados contra diferentes vítimas, em tese, é possível a continuidade delitiva quanto aos crimes da mesma espécie (*v.g.*, de estupro para estupro e de atentado violento ao pudor para atentado violento ao pudor), mas frise-se, entre estupro e atentado violento ao pudor há concurso material. Portanto, a continuidade delitiva específica deve incidir sobre os atentados e também sobre os estupros, que entre si (atentado e estupro) configuram concurso material.

Em relação ao segundo tópico, a quaestio não merece solução da tradicionalmente adotada.

De acordo com a jurisprudência desta Corte não há que se falar em **bis in idem** na condenação por quadrilha ou bando armada e roubo majorado pelo emprego de arma, porquanto além de delitos distintos e autônomos, o emprego da arma no delito contra o patrimônio está calcado no *perigo concreto* e, no caso do delito contra a paz, no *perigo abstrato*, o que afasta, aí, o pretendido **bis in idem** (nesta linha no plano doutrinário: **Alberto Silva Franco** e **Rui Stoco** in “Código Penal e sua interpretação jurisprudencial — Vol. 2”, Ed. RT, 7^a ed., 2001, p.

3.529; **Julio Fabbrini Mirabete**, in “Código Penal Interpretado”, Ed. Atlas, 3ª ed., 2003, p. 1.875; **Luíz Regis Prado**, in “Comentários ao Código Penal”, Ed. RT, 2ª ed., 2003, p. 985; **Guilherme de Souza Nucci**, in “Código Penal Comentado”, Ed. RT, 4ª ed., 2003, p. 802; **Fernando Capez**, in “Curso de Direito Penal — Vol. 3”, Ed. Saraiva, 2004, p. 261; **Cezar Roberto Bitencourt**, in “Código Penal Comentado”, Ed. Saraiva, 2ª ed. 2004, p. 1.036).

Nessa linha os seguintes precedentes desta Corte:

“Criminal. **HC**. Condenação por roubo qualificado pelo uso de arma e quadrilha armada. **Bis in idem**. Inocorrência. Ordem denegada.

I - Não resta configurado **bis in idem**, na condenação por crime de quadrilha armada e roubo qualificado pelo uso de armas e concurso de pessoas, tendo em vista a autonomia e independência dos delitos. Precedentes do STJ e do STF.

II - Ordem denegada.” (HC n. 33.029/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 14.06.2004)

“Penal. Processual. Sentença condenatória e denúncia. Tipificação. Roubo e quadrilha. Concurso material. Possibilidade. **Habeas corpus**.

1. Não é nula a sentença que condena o acusado por fatos narrados na denúncia mas erroneamente tipificados, se permitido o livre exercício da ampla defesa. O acusado defende-se dos fatos narrados na denúncia, e não de sua capitulação.

2. Concurso material entre os crimes de roubo qualificado e quadrilha armada admitido pela jurisprudência. Precedentes do STJ e do STF.

3. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.” (HC n. 10.126/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 13.12.1999)

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Roubo em concurso e emprego de arma. Quadrilha armada. Exame de provas (Súmula n. 07/STJ).

I - Se a pretensão recursal, para ser acolhida, exige o cotejo analítico da prova, então, o recurso esbarra no óbice da *Súmula n. 07/STJ*.

II - O emprego de arma no crime de roubo está calcado no perigo concreto e, no caso de quadrilha, no perigo abstrato, o que afasta, aí, o pretendido **bis in idem**.

III - O concurso de agentes no roubo praticado por integrantes do bando não pode ensejar a majorante do primeiro delito pois, neste caso, é inegável o **bis in idem**.

Recurso parcialmente conhecido e provido.” (REsp n. 184.370/SP, Quinta Turma, DJ de 12.04.1999)

E, do Pretório excelso:

“Quadrilha (ou quadrilha armada) e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes: compatibilidade ou não: análise das variações da jurisprudência do STF: opção pela validade da cumulação da condenação por quadrilha armada, sem prejuízo do aumento da pena do roubo por ambas as causas especiais. A condenação por quadrilha armada não absorve nenhuma das duas cláusulas especiais de aumento da pena de roubo previstas no art. 157, § 2^a, I e II, do Código Penal: tanto os membros de uma quadrilha armada podem cometer o roubo sem emprego de armas, quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando.” (HC n. 76.213/GO, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 22.05.1998)

E, no corpo do aresto tem-se:

‘O tema do **habeas corpus** ainda divide a jurisprudência do País (cf. **Silva Franco, et alii**, “Código Penal”, ed. RTJ, 2/3.329 ss.) e tem sofrido variações na do Supremo Tribunal.

Acórdão da lavra autorizadíssima de **Nélson Hungria**, HC n. 34.088, de 13.06.1956, reproduzido nos seus “Comentários ao Código Penal” (Forense, 1959, IX/180, nota 6), afirmou a compatibilidade da condenação em cúmulo material por quadrilha e outro crime qualificado pela prática em concurso de agentes:

‘A quadrilha ou bando é crime *per se stante*, consistente no associarem-se mais de três pessoas, não acidentalmente, para a prática de um crime determinado, mas estável ou permanentemente para a prática de crimes não previamente determinados ou individuados. Tanto não se identifica com a participação criminosa que, enquanto por ele respondem todos os associados, já pelo crime efetivamente praticado, dentro no plano genérico da associação, respondem tão-somente os respectivos agentes. Se, para a prática do crime que atende ao programa da associação, não é necessário o concurso de todos os associados, podendo mesmo ser praticado por um só deles, é claro que a reunião de todos ou de alguns para esse crime individuado é circunstância que não se identifica com a anterior associação para delinquir. Reconhecendo-se, portanto, concurso material entre o crime ou bando ou quadrilha e o subsequente crime qualificado pela pluralidade de agentes, não há o **bis in idem**

alegado pelo impetrante. O crime qualificado pelo concurso de agentes não absorve ou exclui o crime de quadrilha ou bando, pela singela razão de que não é necessária a precedência deste para a prática de determinado crime, não dependendo esta última ação, necessariamente, da primeira.”

O raciocínio do saudoso mestre parece conduzir, **mutatis mutandis**, a também negar o **bis in idem** entre a quadrilha armada e a causa especial de aumento da pena de ser o roubo cometido com emprego de arma.

A orientação contrária, no entanto, prevaleceu em diversas decisões da antiga Primeira Turma, na primeira metade dos anos 1980.

Começa essa jurisprudência com o HC n. 58.928, 05.06.1981, do saudoso Ministro Clovis Ramalhete (RTJ 99/1.097), onde se afirma constituir **bis in idem** a condenação por quadrilha e a exarcebação da pena do furto pelo concurso de agentes.

Seguem-se diversos julgados, a respeito do concurso entre a quadrilha armada (Código Penal, art. 288, parágrafo único) e o roubo, todos no sentido da inadmissibilidade de agravar-se a pena deste tanto pela pluralidade de agentes quanto pelo emprego de armas (CP, art. 157, § 2º, I e II): cf. HC n. 61.859, 19.08.1984, Néri, RTJ 110/1.067; HC n. 61.858, 31.08.1984, Néri, RTJ 120/1.042; HC n. 62.564, 09.04.1985, Néri, DJ de 28.06.1985; HC n. 62.570, 1º.03.1985, Oscar, DJ de 29.03.1985.

A virada parcial vem com a decisão plenária do HC n. 64.772, 1º.04.1987 (RTJ 128/1162), da lavra do eminente Ministro Octavio Gallotti, que, fundado em brilhante parecer do então Subprocurador-Geral Assis Toledo, mantém a tese da incompatibilidade entre a quadrilha e a majorante do concurso de agentes no roubo, mas não entre a quadrilha armada e a agravante especial do emprego de armas; o entendimento foi reiterado, nesta Turma, no RE n. 107.773, 03.03.1989, vencido o eminente Ministro Néri da Silveira, Relator originário, Redator do acórdão o Ministro Gallotti.

De minha parte — vencendo embora minha animosidade em relação às penas exageradas —, a convicção me leva a tomar, no problema a posição mais severa, a rigor, jamais adotada nos acórdãos ora pesquisados, mas que parece implícita na do grande **Hungria**: estou em que a condenação por quadrilha armada não afasta nenhuma das duas causas especiais discutidas de aumento da pena do roubo.

Quanto à do emprego de armas, no parecer acolhido no HC n. 64.772, é irresponsável, **data venia**, a demonstração do douto Ministro Assis Toledo (RTJ 128/1.165 ss.)

Depois de mostrar, como é do consenso doutrinário, a possibilidade de concurso material entre a participação na quadrilha e qualquer outro crime praticado por um ou mais dos membros do bando, prosseguiu o ilustre penalista (RTJ 128/1.167):

‘Fixadas essas premissas, parece-nos perfeitamente possível ocorrer, entre outras, estas duas situações:

a) configuração de quadrilha armada e roubo praticado por seus membros, sem emprego de arma (p. ex.: assalto a uma pessoa idosa, para o qual se julgou suficiente o emprego da força muscular);

b) configuração de quadrilha armada e roubo praticado por seus membros, com emprego de arma (p. ex.: caso dos autos).

Na hipótese sob a teremos uma quadrilha armada em concurso material com roubo simples (não houve efetivo emprego de arma). Na hipótese sob b, o concurso será de quadrilha armada com roubo qualificado pelo emprego de arma. O porte de arma que qualifica a quadrilha (perigo abstrato) não é equivalente ao emprego efetivo de arma que qualifica o roubo (perigo concreto).’

Claro, assim, ao contrário do que asseveram os julgados afirmativos do **bis in idem**, que essa agravante especial do roubo não integra o fato típico constitutivo da quadrilha qualificada”.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para que o egrégio Tribunal **a quo** verifique a aplicabilidade do crime continuado específico na forma acima indicada.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 35.527 — MS (2004/0068192-3)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Mário Sérgio Rosa

Impetrada: Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

Paciente: Rogério Freitas de Oliveira (Preso)

EMENTA

Processual Penal. **Habeas corpus**. Arts. 121, § 2º, incisos I e IV c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal. Exacerbação da pena-base sem a devida fundamentação. Sentença que considerou uma das qualificadoras como agravante genérica. Possibilidade. Perda da função pública. Impropriedade do *writ*.

I - Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, resta devidamente fundamentado o r. **decisum** condenatório ao fixar as penas-base acima do mínimo legal. (Precedentes).

II - Reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do Código Penal, mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea **c** da **Lex Fundamentalis**), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP) (Precedentes do STJ e do STF).

III - “O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a pretendida reintegração em cargo público, pois tal questão não diz respeito à liberdade de ir e vir” (RHC n. 12.170, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 22.04.2002). Ainda assim, a r. sentença condenatória encontra-se devidamente fundamentada, nos termos do art. 92, I, **b**, do Código Penal.

Writ denegado.

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

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

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 03.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Rogério Freitas de Oliveira, em face de v. acórdão prolatado pela egrégia

Segunda Turma Criminal do colendo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos da Apelação Criminal n. 2001.010709-0/0000-00, que à unanimidade entendeu por negar provimento ao apelo do réu e prover o recurso ministerial, nos seguintes termos:

“Tentativa de homicídio duplamente qualificado — Recurso da acusação — Pedido de alteração da pena-base — Desentendimentos no trânsito — Agente que atira contra o carro da vítima, deixando-a tetraplégica — Personalidade fria, calculista e voltada para o crime — **Quantum** aumentado — Provido.

Aumenta-se a pena-base acima do mínimo legal se restou evidenciado, pelas atitudes do réu, dolo extremamente acentuado, personalidade fria, calculista, voltada para o mundo do crime e se o crime praticado também se apresenta de extrema gravidade, ficando a vítima tetraplégica.

Apelação criminal — Decretação da perda da função pública — Policial militar — Crime comum — Aplicação do Código Penal — Efeito da condenação — Improvido.

Não se tratando de crime militar, mas sim de crime comum, deve ser aplicado o Código Penal que é expresso no art. 92, I, **b**, ao dispor que a perda do cargo ou função pública é efeito da condenação quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos” (fl. 203).

Alega-se no presente *writ* que o vergastado acórdão é nulo em razão da falta de fundamentação na fixação da pena e da inobservância do critério trifásico. Aduz, ainda que a perda do cargo público como efeito da condenação somente pode se dar quando o delito for cometido no exercício da função, o que, **in casu**, não ocorreu.

A liminar pleiteada restou indeferida à fl. 196.

As informações encontram-se acostadas à fl. 201, devidamente acompanhadas dos documentos de fls. 202/211.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 213/218, se manifestou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Rogério Freitas de Oliveira, em face de v. acórdão prolatado pela egrégia Segunda Turma Criminal do colendo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

A súplica, a meu ver, não merece prosperar.

Inicialmente, quanto ao argumento de falta de fundamentação na fixação da pena-base, não vislumbro qualquer irregularidade.

Assim consta no v. acórdão recorrido:

“O Ministério Público e o Assistente de Acusação pugnam pela exasperação da pena-base e pela incidência de uma das qualificadoras, sendo a outra considerada como elementar do crime.

O réu pede a reforma da sentença recorrida quanto à declaração da perda da função pública, sob o argumento de que o magistrado não a fundamentou.

Merece prosperar os recursos do Ministério Público e do Assistente de Acusação.

É que as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal são por demais desfavoráveis ao apelado, não demonstra que a quantidade de pena aplicada seja suficiente para a reprovação ou prevenção do delito.

Segundo consta, o crime ocorreu em decorrência de um desentendimento no trânsito, tendo o réu disparado vários tiros contra o carro da vítima.

O dolo do apelado demonstra-se extremamente intenso, primeiramente pela sua atitude diante de uma simples briga de trânsito e também pela sua frieza após a prática do crime, pois retornou a sua casa, deixou o carro na garagem e saiu de moto, retornando ao local dos fatos (fl. 157), na tentativa de afastar de si as prováveis provas.

Ora, tais atitudes evidenciam também possuir o réu personalidade fria, calculista e voltada para o crime, tendo em vista que no início das investigações sempre negou a autoria do crime, apenas admitindo-a quando quase todas as provas dos autos apontavam em seu desfavor, pois houve o reconhecimento da vítima e o exame de Confronto Microbalístico constatou convergências entre o projétil extraído do corpo da vítima e a arma apreendida.

Ainda contra a personalidade delinqüente do réu consta nos autos que ele responde a um processo de tentativa e a dois de homicídio, também está sendo processado por crime de furto e porte ilegal de arma (fls. 121/124).

A conduta social do apelado também lhe apresenta desfavorável, pois os policiais que fizeram as investigações narram que algumas testemunhas ficaram receosas de prestar declarações porque o apelado era violento e conhecido como justiceiro, sem contar que tinha o hábito de consumir excessivamente bebidas alcoólicas.

Por fim, quanto às circunstâncias e conseqüências do crime, trata-se de um delito de extrema gravidade, tendo em vista a forma como tudo ocorreu, o réu foi atirando contra o carro da vítima sem que desse tempo desta se defender, sem contar que ela não estava esperando tal reação e a intensidade da lesão produzida, uma vez que, conforme é sabido, a vítima ficou tetraplégica.

Por essas razões, entendo que deve ser reformado o **quantum** da pena-base, para fixá-lo, ainda acima do mínimo legal em 15 (quinze) anos de reclusão, permanecendo o aumento estabelecido na sentença, referente à segunda qualificadora, ou seja, 2 (dois) anos, passando a pena para 17 (dezesete) anos e, por fim, mantendo a diminuição de um terço referente à tentativa, passando-a para 11 (onze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a qual torno definitiva.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença quanto à fixação da pena-base, fixando em definitivo a pena do réu em 11 (onze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão” (fl. 205).

Conforme se observa, a exasperação da pena-base foi concretamente fundamentada, seguindo os critérios estatuídos no art. 59 do Código Penal, considerando as peculiaridades da causa, como a personalidade fria, conduta social desfavorável, conseqüências do crime, deixando a vítima tetraplégica etc.

Desta forma, reconhecida no r. **decisum** condenatório circunstância judicial desfavorável ao paciente, resta devidamente fundamentada a exarcebação da pena-base acima do mínimo. Nesse sentido:

“**Habeas corpus**. Penal. Individualização da pena. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal. Fundamentação suficiente. Art. 59, CP.

Não há falar em nulidade da sentença condenatória por ausência de fundamentação na fixação da reprimenda se o MM. Juiz sentenciante — atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal — justificou satisfatoriamente, embora de maneira sucinta, a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Ordem denegada”

(HC n. 34.681/MT, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.06.2004).

“Criminal. **HC**. Peculato. Lavagem de dinheiro. Evasão de divisas. Nulidades. Funcionário público. Sociedade de economia mista. Equiparação. Entendimento anterior à Lei n. 9.983/2000. Dosimetria. Pena-base. Motivação suficiente. Circunstâncias judiciais negativamente valoradas. **Bis in idem**. Inocorrência. Majorante da ‘habitualidade’ aplicada ao delito de lavagem de

capitais. Reiteração de condutas configurada. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

I - São considerados funcionários públicos para efeitos penais os empregados de sociedade de economia mista, entendimento esposado pela jurisprudência pretoriana mesmo antes do advento da Lei n. 9.983/2000, que inseriu no Código Penal a referida equiparação. Precedentes.

II - Não há ilegalidade na dosimetria da pena, no que se refere à majoração da pena-base, se esta se deu de maneira devidamente fundamentada e com base em relevantes circunstâncias judiciais negativamente valoradas.

III - É imprópria a alegação de deficiência na fixação da reprimenda, se a mesma foi correta e fundamentadamente dosada, atendendo aos moldes do sistema trifásico de aplicação da pena e da jurisprudência dominante.

IV - O posicionamento desta Corte é no sentido de que é descabida qualquer análise mais acurada da dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, assim como a verificação da sua justiça, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade do meio eleito.

V - Não há que se falar em **bis in idem** na aplicação da pena-base se, para a sua majoração, o julgador monocrático procedeu ao correto exame das circunstâncias judiciais, destacando as que foram reputadas favoráveis ao paciente, e considerando as peculiaridades concretas dos delitos pelos quais foi condenado em questão, tais como o objetivo de lucro fácil e enriquecimento ilícito, aspectos caracterizadores das referidas práticas criminosas e que não são inerentes ao tipo penal.

VI - Evidenciado que o paciente investia na prática delituosa de lavagem de capitais de forma reiterada e freqüente, não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente do aumento da reprimenda em razão da majorante da habitualidade.

Ordem denegada”

(HC n. 19.902/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 10.03.2003).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Fixação da pena. Fundamentação. Participação. Cotejo de provas. *Writ* de ofício. Continuidade delitiva. Número de crimes.

I - A sentença condenatória, levando em conta os ditames do art. 59 do CP, apresentou concreta fundamentação quando da fixação da *pena-base* pouco acima do mínimo legal.

II - A inocorrência de participação no evento teria que ser verificada após amplo cotejo de provas, o que é vedado na via do **habeas corpus**.

III - A agravante prevista no art. 62, I, do CP não pode ser aplicada, **in casu**, pois evidenciado, **prima facie**, nos autos que o paciente não exercia sobre os demais qualquer liderança que justificasse a incidência dessa norma.

IV - O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, em razão do número de delitos praticados. Como foram dois os crimes, o aumento se deve dar no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto).

Writ concedido, de ofício, para adequação da pena”

(HC n. 10.444/MG, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 13.12.1999).

Busca, ainda, o impetrante demonstrar nulidade quanto ao critério de fixação da pena, entretanto, não há, no presente caso, qualquer irregularidade.

Como pode-se observar no voto anteriormente transcrito, a pena-base foi fixada além do mínimo legal, em razão das fortes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Depois, exasperada em razão da segunda qualificadora.

No HC n. 11.337/MS, do qual fui Relator, a questão foi colocada a debate, constando assim do meu voto condutor do acórdão:

“Em nosso sistema jurídico-penal, os denominados tipos qualificados são derivados do básico (**caput**). Os dados acrescidos a este último e que originam aquele não são, e nem poderiam ser, *elementares* mas, isto sim, *circunstâncias qualificadoras*. Isto é relevante, também, no concurso de pessoas (art. 30 do CP). As qualificadoras de caráter pessoal, *por serem circunstâncias e não elementares*, não se comunicam (veja-se a diferença, **v.g.**, nos casos do art. 316 e do art. 150, § 2º, ambos do Código Penal). Nesta linha, tem-se as observações de **Damásio** (“Direito Penal”, vol. I), **H. C. Fragoso** (“Lições de Direito Penal”) e **J. F. Mirabete** (“Manual”, vol. I). Hodiernamente, existem autores, inclusive, da *teoria social* (**H. H. Jescheck**) e alguns da *teoria finalista* (**v.g. E. R. Zaffaroni**) que consideram certas qualificadoras (como as referentes às motivações mais censuráveis) como *elementos especiais da culpabilidade* e não como integrantes do tipo. Seriam dados alinhados na descrição legal que exterioriza o tipo, *mas que não o integram*, em situação similar às excepcionais condições objetivas de punibilidade (aqui, art. 164 do CP ‘...desde que do fato resulte prejuízo’). De qualquer modo, qualificadoras, tal como as majorantes e as minorantes, *são circunstâncias e nunca elementares*.

Pois bem, a *dogmática jurídico-penal*, por mais aberta que seja às ingerências das observações criminológicas (tal como preconizado por **Bustos**

Ramirez), não pode ser dispensada na busca da aplicação justa e equitativa da lei penal sob pena de se estimular a incontrolável e inaceitável improvisação, destituída de alicerces axiológicos ou jurídicos. Daí, ainda que se reconheça a existência de polêmica, não se pode igualar, **concessa venia**, na fixação da resposta penal, *quando tecnicamente possível o adequado tratamento diferenciado*, hipóteses com distintos graus de censurabilidade. Como, **in casu**, os Srs. Jurados reconheceram duas qualificadoras, não convence que pudesse o Juiz-Presidente do Tribunal Popular fixar a pena ignorando a vontade do Conselho de Sentença. *Uma qualificadora formou*, é certo, o tipo derivado. *A outra*, indicando, por igual, acentuado *desvalor de ação* — e não sendo, por óbvio, situação de alternatividade ou de fungibilidade, **v.g.**, inciso IV, ‘traição, emboscada, ...’ — uma vez acolhida, não poderia mesmo ser desprezada na dosimetria da sanção penal. *Em princípio*, é inconvincente, ensejando até perplexidade, dizer-se que um homicídio dupla ou triplamente qualificado possa ser o mesmo que um homicídio qualificado. *Conseqüentemente*, reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do CP, mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea **c** da **Lex Fundamentalis**), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como *circunstância negativa*, seja como agravante (se como tal prevista), seja, conforme o caso, como circunstância judicial (residualmente, art. 59 do CP). Vale dizer, a segunda qualificadora pode, **ex hypothesis**, ter a sua incidência total, ou parcialmente, neutralizada por atenuante (ou atenuantes) ou, se considerada circunstância judicial, neutralizada por outras circunstâncias (judiciais ou atenuantes). Entretanto, o puro e sistemático afastamento antecipado da segunda qualificadora é que, respeitando conclusões contrárias, carece de respaldo lógico, jurídico e axiológico.

O *Pretório excelso*, no julgamento do HC n. 71.293-2/RJ, Relator eminente Ministro Celso de Mello, já se manifestou sobre a matéria. O v. aresto foi assim ementado quando de sua publicação na RT 726/555:

‘Ementa da redação: Concorrendo várias as qualificadoras em um mesmo tipo penal, só uma delas deve incidir como causa de aumento. A outra, ou as demais, apenas devem servir como circunstância agravante — e mesmo assim — quando enquadráveis nas hipóteses previstas pelos arts. 61 e 62 do CP’

Do voto condutor do v. acórdão destaca-se:

‘(...) Bem por isso, assevera **Celso Delmanto** (‘Código Penal Comentado’, p. 111, 3ª ed., 1991, Renovar) que, ‘concorrendo várias qualificadoras em

um mesmo tipo penal, entendemos que só uma delas deve incidir como causa de aumento. A outra, ou as demais, apenas devem servir como circunstância agravante — e mesmo assim — quando enquadráveis nas hipóteses previstas pelos arts. 61 e 62 do CP' (grifei).

De inteira procedência, pois, a pretensão dos impetrantes quanto à errônea fixação da pena reclusiva imposta ao ora paciente.

Assim sendo, defiro, em parte, o pedido, para, mantida a condenação invalidar o acórdão do Tribunal apontado com coator e a sentença proferida pelo magistrado de 1ª instância no ponto em que ambos, ultrapassando o limite máximo fixado pelo art. 157, § 2º, do Código Penal impuseram ao ora paciente sanção penal excessiva, estendendo os efeitos desta decisão aos demais co-réus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, que também é aplicável aos processos de **habeas corpus** (RTJ 141/864, Relator Ministro Celso de Mello). Em consequência, o juízo de 1ª grau deverá, em novo ato sentencial, limitar-se à definição do **quantum** penal a ser imposto ao paciente e aos demais co-réus (Processo Crime n. 46.144/1993, 20ª Vara Criminal), eis que a concessão deste *writ*, como já assinalado, não implicou invalidação da condenação judicial proferida.'

Esta Corte também se pronunciou sobre a questão:

'Penal. Pena. Fixação. Critérios.

A reforma penal de 1984, expressamente, estabeleceu o critério trifásico para a fixação da pena. De tal sorte, se a sentença estabeleceu a pena-base um pouco acima do mínimo considerando as circunstâncias judiciais, nada impedia que, concorrendo duas causas especiais de aumento, o Juiz considerasse apenas uma delas e transformasse a outra em circunstância agravante. Portanto, as três fases foram obedecidas, sendo valorada uma só das qualificadoras especiais do artigo 157, § 2º do Código Penal e na quantidade mínima, transformada que foi a outra em circunstância agravante.'

(RHC n. 3.549/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jesus da Costa Lima, DJ de 02.05.1994)

'Penal. Homicídio duplamente qualificado.

— Dosimetria da pena. Ocorrendo o reconhecimento de mais de uma qualificadora do delito, uma só deve forrar a fixação da pena-base, remetendo-se as demais ao campo das agravantes consideradas para encontro da pena definitiva.'

(REsp n. 139.908/DF, Quinta Turma, Relator Ministro José Dantas, DJ de 18.05.1998)

‘REsp — Homicídio duplamente qualificado — Pena reduzida ao patamar mínimo — Recurso que pretende restabelecer a decisão de primeiro grau considerando uma das circunstâncias como qualificadora e outra, como agravante genérica — Precedentes.

Incidindo sobre a ação delituosa, duas qualificadoras, uma servirá como tal e a outra como agravante genérica, se prevista na norma específica, como ocorre no caso presente (art. 61, II, **a** e **c**, do CP)

Recurso provido.’

(REsp n. 151.963/DF, Sexta Turma, Relator Ministro Anselmo Santiago, DJ de 03.08.1998)

A jurisprudência pátria se mostra rica em decisões quanto à fixação da pena quando reconhecidas várias qualificadoras, destacando-se ainda os seguintes julgados: RT 564/377, RT 614/281, RT 624/290.’

Corroborando este entendimento destaco o seguinte precedente:

‘Criminal. Homicídio qualificado. Qualificadora considerada como agravante genérica. Possibilidade. Recurso desprovido.

I - A Quinta Turma desta Corte firmou o entendimento que diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes (se previstas como tal) ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal. Precedentes do STJ e do STF

II - Recurso desprovido”

(REsp n. 613.796/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.08.2004)

Por fim, quanto à perda do cargo público, inicialmente há que se destacar que tal decretação não acarreta em violência à liberdade de ir e vir do paciente, não sendo pois, em princípio, passível de conhecimento em sede de **habeas corpus**.

Neste sentido:

“Criminal. RHC. Extorsão qualificada. Pena acessória de perda da função pública. Pedido de reintegração ao quadro de servidores públicos. Impropriedade do *writ*. Recurso desprovido.

I - O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a pretendida reintegração em cargo público, pois tal questão não diz respeito à liberdade de ir e vir.

Recurso desprovido”

(RHC n. 12.170/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 22.04.2002).

Também o *excelso Pretório* comunga do mesmo entendimento:

“Ementa: **Habeas corpus**. Penal militar. Nulidades: Fundamentos do acórdão que agravou a pena e do que aplicou a pena acessória de perda da função publica.

PoliciaI militar condenado a 1 ano e 6 meses de detenção por excesso culposo nas excludentes de estrito cumprimento do dever legal e de legítima defesa nos crimes de homicídio e lesão corporal grave, em concurso material e de agentes. Sentença reformada para condenar o paciente à pena de 7 anos de reclusão pelos crimes dolosos de homicídio e lesão corporal grave, art. 205, parágrafo 2º, e VI, 209, parágrafos 1º e 2º, do Código Penal Militar, com desclassificação de homicídio qualificado para simples. Perda da graduação imposta após o trânsito em julgado do acórdão condenatório. O não-establishimento da pena-base, por inobservância do critério trifásico para aplicação da pena, arts. 59 e 68 do CP, não implica em nulidade quando a condenação e o aumento pelas qualificadoras são aplicados nos mínimos legais, porque não há prejuízo para o réu. Só há nulidade quando a pena-base ou as qualificadoras são aplicadas acima do mínimo legal sem fundamentação. A pena de exclusão da Polícia Militar, art. 102 do CPM, não é restritiva de liberdade nem afeta o direito de locomoção, ou a liberdade de ir e vir, não podendo ser revista em **habeas corpus**, que é instituto destinado a garantir o direito à liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder. Contra a pena acessória a lei prevê toda uma cadeia recursal, existindo ainda remédio constitucional célere para os casos de violação de direito líquido e certo. **Habeas corpus** conhecido em parte, e nesta parte indeferido”

(HC n. 70.884/CE, Segunda Turma, Relator Ministro Paulo Brossard, DJ de 23.09.1994).

Ainda que assim não fosse, a decisão encontra-se bem fundamentada, e com respaldo no art. 92, I, **b**, do Código Penal, **verbis**:

“Como efeito desta condenação e acatando o que estabelece o art. 92, inciso I, letra **b**, do Código Penal, tendo em vista que o réu praticou o crime com arma da Corporação da Polícia Militar e tendo em vista ainda estar sendo processado por vários outros crimes nessa comarca, sendo a sua conduta incompatível com a função da Polícia Militar, declaro a perda da sua função pública de policiaI militar, com a sua exclusão das fileiras da Polícia Militar” (fl. 133).

O v. acórdão reprochado, por sua vez, quanto a esse aspecto, assim se manifestou:

“Na hipótese presente não se trata de crime militar, mas sim de crime comum, devendo, portanto, ser aplicado o Código Penal que é expresso no art. 92, I, **b**, ao dispor que a perda do cargo ou função pública é efeito da condenação quando foi aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos” (fl. 206).

Com razão o culto Subprocurador-Geral da República, Dr. Eduardo Antônio Dantas Nobre, em seu bem lançado parecer, do qual se faz oportuno transcrever o seguinte trecho:

“É certo que são necessários, para a declaração da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo: (I) condenação igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; ou (II) condenação por tempo superior a quatro anos, nos demais casos, nos termos do artigo 92, inciso I, do Código Penal.

A esse respeito, a antiga redação do inciso I deste art. 92 previa a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com *abuso de poder ou violação de dever* para com a Administração Pública, quando a pena aplicada fosse superior a quatro anos.

A nova redação do inciso I, dada pela Lei n. 9.268, de 1^a.04.1996, passou a aplicar a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo para as condenações iguais ou superiores a um ano, aos mesmos crimes, ou seja, praticados com abuso de poder ou violação de dever (alínea **a**).

De outra parte, a antiga redação do inciso I não previa a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo para crimes praticados sem abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

Já a nova redação passou a prever estes efeitos da condenação também para os crimes praticados sem tal abuso ou violação, ou seja, para os demais crimes do Código Penal, desde que a pena seja superior a quatro anos (alínea **b**).

Neste passo, tendo em vista que os fatos pelos quais foi condenado o Paciente ocorreram posteriormente à edição da Lei n. 9.268, de 1996, tenho que o v. acórdão hostilizado, neste específico ponto, não merecer reforma” (fls. 217/218).

Feitas essas considerações, denego o *writ*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 38.774 — SP (2004/0142161-8)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Waldir Gomes Magalhães

Impetrada: Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Selma Baptista Barreto de Campos (presa)

EMENTA

Criminal. **HC**. Peculato. Apelação parcialmente provida. Expedição de mandado prisional antes do trânsito em julgado. Recursos especial e extraordinário sem efeito suspensivo. Art. 675 do CPP. Inaplicabilidade. Custódia do réu. Mero efeito da condenação. Ordem denegada.

I - Tanto o recurso especial quanto o extraordinário não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a eventual interposição destes não é hábil a impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado prisional contra o réu para o início do cumprimento da pena. Precedentes do STJ e do STF

II - A regra do art. 675 do Código de Processo Penal, que prevê a expedição de mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da condenação, aplica-se apenas no caso de recurso com efeito suspensivo, hipótese não verificada **in casu**. Precedente da Suprema Corte.

III - 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 Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer.

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

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 21.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do

Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Selma Baptista Barreto de Campos, visando à transferência para estabelecimento prisional de regime semi-aberto ou aguardar o julgamento do recurso especial interposto pela defesa em liberdade.

A ementa do aresto possui o seguinte teor:

“Processo Penal — *Writ* impetrado para obter transferência de estabelecimento prisional ou garantir a liberdade da paciente até o julgamento do recurso especial — Súmula n. 267 do STJ — Aplicabilidade — Possibilidade de execução provisória do julgado em virtude de os recursos excepcionais (extraordinário e especial) não serem dotados de efeito suspensivo — Competência do juízo das execuções penais para apreciar, originariamente, pedido de transferência de estabelecimento prisional — Ordem denegada.

1. Em virtude de os recursos excepcionais não serem dotados de efeito suspensivo (art. 637 do CPP e art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990), uma vez proferida — ou confirmada — decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, é imperativo que, desde aquele instante, o réu inicie o cumprimento da pena, ainda que em caráter provisório. Exceção é a possibilidade de os Tribunais Superiores, mediante provocação, outorgarem efeito suspensivo ao recurso, postergando o início da execução.

2. Ressalte-se que diversa é a situação do magistrado de primeiro grau que permite ao condenado apelar em liberdade, pois o próprio Código de Processo Penal, no art. 594, prevê tal possibilidade. Precedentes do STJ.

3. Efetuada a prisão, inicia-se a competência do Juízo das Execuções Penais, ao qual cabe apreciar a transferência para estabelecimento que comporte o regime determinado no **decisum** condenatório, conforme determina o art. 66, inciso VI, da LEP. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada.” (Fls. 134/135)

A paciente foi condenada à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto, pela prática do delito previsto no art. 312, § 1º, c.c. o art. 29, art. 30 e art. 71, todos do Código Penal, sendo-lhe permitido recorrer em liberdade.

Irresignados, apelaram a defesa e o Ministério Público, tendo o Tribunal **a quo** majorado a reprimenda para 07 anos e 06 meses de reclusão, pela prática do mesmo delito descrito na sentença condenatória, mantendo o regime prisional.

Posteriormente, foi decretada a prisão da paciente, tendo o mandato sido cumprido em 21.05.2004.

Irresignada, a defesa impetrou a ordem originária, a qual foi denegada, pois a prisão seria efeito da condenação, já teria terminado a fase ordinária e os recursos especial e extraordinário não possuiriam efeito suspensivo (fls. 127/133).

Daí a presente impetração, por meio da qual se aponta a ocorrência de constrangimento ilegal, decorrente da custódia da paciente antes do trânsito em julgado da condenação, o que configuraria ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Alega-se, ainda, a ausência dos requisitos para a prisão preventiva, bem como a existência de condições pessoais favoráveis à paciente.

A liminar foi indeferida à fl. 145.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 57).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Selma Baptista Barreto de Campos, visando à transferência para estabelecimento prisional de regime semi-aberto ou aguardar o julgamento do recurso especial interposto pela defesa em liberdade.

A paciente foi condenada à pena de 07 anos e 06 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto, pela prática do delito previsto no art. 312, § 1º, c.c. o art. 29, art. 30 e art. 71, todos do Código Penal.

Em razões, sustenta-se, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, em razão da insuficiência de fundamentos para a custódia do paciente antes do trânsito em julgado da condenação, pois pendente de julgamento recurso especial defensivo.

Não merece prosperar a irresignação.

A paciente foi condenada à pena de 07 anos e 06 meses de reclusão, sendo a decisão mantida pelo Tribunal **a quo**.

Posteriormente, foi decretada a prisão da paciente, tendo o mandato sido cumprido em 21.05.2004.

Considerando que o apelo defensivo restou parcialmente provido, por votação unânime, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o referido aresto foi impugnado por recurso especial.

Diante disso, o impetrante pretende a concessão da ordem a fim de que a paciente possa aguardar solta o trânsito em julgado da condenação.

Contudo, não vislumbro ilegalidade na imediata custódia do paciente.

É cediço que tanto o recurso especial quanto o extraordinário não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a eventual interposição destes não é hábil a impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado prisional contra a ré para o início do cumprimento da pena.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado do STF:

“Habeas corpus.

2. Paciente condenado em ambos os graus, a três anos de detenção, em regime aberto.

3. *Expedição de mandado de prisão determinada pela Corte a quo. É da jurisprudência do STF que não constitui constrangimento ilegal a determinação de expedição de mandado de prisão contra o réu condenado em segundo grau, pois os eventuais recursos interponíveis (especial ou extraordinário) não possuem efeito suspensivo.*

4. Regime aberto para o início do cumprimento da pena que deverá ser observado. Ao Juiz das Execuções Penais caberá, à evidência, adotar as providências para que o cumprimento da pena imposta, nesses termos, não se venha a fazer de forma mais gravosa ao réu.

5. Habeas corpus indeferido.”

(HC n. 74.832/SP, DJ de 22.09.2000, Relator Ministro Néri da Silveira)

No mesmo sentido, o precedente desta Corte:

“Criminal. HC. Entorpecentes. Acórdão que reformou sentença absolutória. Expedição de mandado prisional. Custódia do réu. Efeito da condenação. Embargos de declaração, recursos especial e extraordinário sem efeito suspensivo. Mero efeito da condenação. Improriedade do writ. Ordem denegada.

I - A prisão decorrente de mandado prisional expedido após a condenação proferida em 2ª grau, com a possibilidade de início de cumprimento da pena, constitui-se em mero efeito da condenação, não se cogitando, entretanto, de qualquer violação ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.

II - Tanto o recurso especial quanto o extraordinário não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual sua eventual interposição não tem o condão

de impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado de prisão contra o réu para o início do cumprimento da pena. Precedentes do STJ e do STF

III - Entendimento que se aplica aos embargos declaratórios.

IV - O **habeas corpus** não é a via adequada para se atribuir efeito suspensivo a recurso especial ou recurso extraordinário, pedido que normalmente é veiculado por medida cautelar inominada e só é acolhido em casos excepcionalíssimos, o que é condicionado ao recebimento do recurso na origem.

V - Não obstante a impropriedade do meio, se os embargos declaratórios, bem como os apelos excepcionais, sequer foram interpostos e admitidos na origem, não há por que se impedir a execução do aresto impugnado.

VI - Ordem denegada.”

(HC n. 27.422/SP, DJ de 22.09.2003, de minha relatoria)

A regra do art. 675 do Código de Processo Penal, que prevê a expedição de mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da condenação, aplica-se apenas no caso de recurso com efeito suspensivo, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC n. 69.039/PE, da relatoria do Ministro Carlos Velloso:

“Processual Penal. Penal. Réu condenado pelo júri. Apelação em liberdade. Condenação confirmada pelo Tribunal de Justiça em decisão unânime. Mandado de captura: expedição imediata.

I - A regra do art. 675, CPP, ao exigir o trânsito em julgado da sentença para o fim de ser expedido o mandado de captura, só tem cabimento no caso da existência de recurso com efeito suspensivo. Na hipótese, se fosse caso de embargos infringentes, o mandado de prisão não poderia ser expedido sem que transitasse o acórdão em julgado. Tendo sido unânime a decisão, nada impedia a expedição imediata do mandado de prisão, dado que os recursos cabíveis — especial e extraordinário — não têm efeito suspensivo.

II - HC indeferido.”

(HC n. 69.039/PE, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 10.04.1992)

Por outro lado, consta dos autos que o recurso especial interposto não foi admitido na origem (fls. 97/108), tendo a decisão sido impugnada através de agravo regimental a esta Corte (fls. 109/115).

Entretanto, cabe ressaltar que não prosperaram o agravo de instrumento e o conseqüente agravo regimental interpostos pela defesa, que visavam à subida do apelo extremo a esta Corte.

Assim, esgotada a instância ordinária, restam superados os fundamentos da impetração no tocante ao pleito de sustação da execução provisória, mais ainda quando evidenciada a impossibilidade de modificação do julgado, pois o apelo especial interposto não será apreciado em seu mérito, tendo em vista ter sido barrado no exame de sua admissibilidade.

Deste modo, a prisão ora atacada constitui-se em mero efeito da condenação, não se cogitando, entretanto, de qualquer violação ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 538.232 — RS (2003/0092767-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Advogados: Siegfried Antônio Ghilardi Ritta e outros

Recorrido: Pedro Genuino Lazzaretti

Advogado: Ricardo Alexandre Sauer

EMENTA

Previdenciário. Tempo de serviço rural. Regime de economia familiar. Lei n. 8.213/1991. Contribuições. Dispensa. Período anterior. Abrangência. Início razoável de prova material. Documentos em nome dos pais. Validade.

1. A Lei n. 8.213/1991, ao conceder a isenção das contribuições previdenciárias, não fez qualquer referência ao conceito de segurado existente na legislação revogada, tampouco direcionou a dispensa aos antigos filiados ao Funrural. Sendo assim, é de se concluir que a intenção do legislador foi a de dispensar da indenização todos aqueles que se enquadravam na condição de segurado trabalhador rural conforme conceito inserto no próprio diploma legal nascente.

2. Segundo a vigente lei previdenciária, são segurados especiais os produtores rurais que “exerçam suas atividades em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 anos ou a ele equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo.” (Art. 11, inciso VII)

3. A idade mínima de 14 (catorze) anos foi imposta em obediência à redação original do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Contudo, consoante reiterada jurisprudência deste Tribunal, se as Cartas Magnas anteriores autorizavam o labor em idade inferior, não pode ser o trabalhador prejudicado.

4. Impossibilidade de antecipação do **dies a quo** da contagem do tempo de labor em observância à proibição de **reformatio in pejus**.

5. É sedimentado o entendimento das Turmas que integram a egrégia Terceira Seção no sentido de que “as atividades desenvolvidas em regime de economia familiar, podem ser comprovadas através de documentos em nome do pai de família, que conta com a colaboração efetiva da esposa e filhos no trabalho rural.” (REsp n. 386.538/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 07.04.2003)

6. Existência de documentos também em nome do Autor.

7. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com a Sra. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do

permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado, **in verbis**:

“Previdenciário. Averbação de tempo de serviço rural. Desempenho de atividade urbana por um dos membros do grupo familiar. Não-ocorrência. Idade mínima. Sucumbência recíproca. AJG. Custas.

1. Constitui início de prova material para fins de averbação de tempo de serviço rural Certificado do Ministério do Exército, Certidão do Incra e diversas notas fiscais emitidas no período postulado.

2. O produtor rural também não perde a condição de segurado especial ainda que alguns membros do grupo exerçam atividade remunerada, ainda mais quando tal renda não dispensa a continuidade na exploração das lidas agrícolas pelos demais membros.

3. O trabalhador rural somente ostenta a condição de segurado especial a partir dos 14 anos.

4. Havendo sucumbência recíproca e litigando o autor com AJG, cada parte deve arcar com os honorários da outra. A exigibilidade quanto ao requerente deverá atender ao disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

5. Decaindo de parte do pedido na Justiça Estadual e havendo o rateio das custas judiciais, o INSS é responsável pela metade das custas a que foi condenado, ou seja, 1/4 do valor devido, nos termos da Súmula n. 2 do TARS.

6. Apelação do autor parcialmente provida.” (Fl. 92)

Sustenta o Recorrente violação ao art. 55, §§ 1ª, 2ª e 3ª, da Lei n. 8.213/1991, além de divergência jurisprudencial, argumentado que:

a) antes do advento da Lei n. 8.213/1991, apenas o chefe de família era considerado como segurado trabalhador rural, sendo que o referido diploma legal não garantiu filiação retroativa aos dependentes que laboraram em regime de economia familiar no período anterior à sua edição, razão pela qual o direito à contagem desse interregno, para fins previdenciários, está condicionado à indenização das respectivas contribuições;

b) os documentos existentes em nome de terceiros não podem ser considerados como início razoável de prova material.

Sem contra-razões, e admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A Lei n. 8.213/1991, na redação original do art. 96, inciso V, dispôs que “o tempo de serviço do *segurado trabalhador rural*, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado sem que seja necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes, desde que cumprido o período de carência.”

Assevera o Recorrente que o aproveitamento do *tempo de serviço rural* sem o recolhimento das contribuições aproveita tão-somente aos *segurados* e que, sob a égide da legislação pretérita, em se tratando de regime de economia familiar, apenas o *arrimo de família* detinha essa qualidade. Nesse contexto, concluiu, os dependentes que com ele laboraram estariam sujeitos à indenização do período, para fim de obtenção de benefício previdenciário.

A tese sustentada pela autarquia, contudo, não deve prevalecer.

A Lei n. 8.213/1991, ao conceder a isenção das contribuições previdenciárias, não fez qualquer referência ao conceito de *segurado* existente na legislação revogada, tampouco direcionou a dispensa aos antigos filiados ao Funrural. Sendo assim, é de se concluir que a intenção do legislador foi a de dispensar da indenização todos aqueles que se enquadravam na condição de *segurado trabalhador rural* conforme conceito inserto no próprio diploma legal nascente.

Segundo a vigente lei previdenciária, são *segurados especiais* os produtores rurais que “exerçam suas atividades em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 anos ou a ele equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo.” (Art. 11, inciso VII)

É de se ressaltar que a idade mínima de 14 (catorze) anos foi imposta em obediência à redação original do art. 7^o, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Contudo, consoante reiterada jurisprudência deste Tribunal, se as Cartas Magnas anteriores autorizavam o labor em idade inferior, não pode ser o trabalhador prejudicado.

No caso, o Tribunal de origem concluiu pelo perfeito atendimento dos requisitos para caracterização do regime de economia familiar, fazendo jus a parte recorrida, portanto, ao aproveitamento do tempo de serviço para obtenção do benefício previdenciário.

Ressalte-se, apenas, que o acórdão recorrido equivocadamente fixou como termo **a quo** da contagem a idade de 14 (catorze) anos. Deixo, todavia, de modificá-lo nesse particular em observância à proibição de **reformatio in pejus**.

De outra parte, observa-se que é sedimentado o entendimento das Turmas que integram a egrégia Terceira Seção no sentido de que “as atividades desenvolvidas em regime de economia familiar, podem ser comprovadas através de documentos em nome do pai de família, que conta com a colaboração efetiva da esposa e filhos no trabalho rural.” (REsp n. 386.538/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 07.04.2003)

A propósito:

“Recurso especial. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Valoração de prova. Início de prova material. Existência.

1. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.’ (Artigo 55, parágrafo 3º, da Lei n. 8.213/1991).

2. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.

3. Os documentos em nome do pai da recorrida, que exercia atividade rural em regime familiar, contemporâneos à época dos fatos alegados, se inserem no conceito de início razoável de prova material.

4. Recurso conhecido e improvido.” (REsp n. 439.647/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2002)

No caso, a despeito do exposto, mister ressaltar a existência de documentos também em nome do Autor.

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do recurso especial e, nessa parte, *negolhe provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 622.397 — MG (2003/0229185-7)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Wilson Roosevelt Gaia

Advogados: Eduardo Diamantino Bonfim e Silva e outros

Recorrente: Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM — Assistente

Advogados: José Humberto da Silva Ramos e outros

Recorridos: Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e outro

Representados por: Advocacia Geral da União

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Ausência de prequestionamento. Matéria constitucional. Exame em recurso especial. Impossibilidade. Servidor público. Portaria n. 174/1995, do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro. Reajuste de 28,86%. Ilegalidade verificada nas instâncias ordinárias. Segurança concedida. Extensão dos efeitos da sentença a terceiros. Impossibilidade. Acórdão que extrapola os limites objetivos da lide. Art. 128 do CPC. Recursos especiais parcialmente conhecidos e providos.

1. Compete ao recorrente provar o dissídio jurisprudencial alegado por meio de certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciada, em que tiver sido publicada a decisão divergente.

2. Ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, não cabe a análise de eventual contrariedade ao texto constitucional, mas uniformizar a interpretação em torno do direito federal, nos termos do art. 105, inciso III, da Lei Fundamental.

3. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional abordada pela parte recorrente. A exigência tem como desiderato impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem.

4. A tutela específica concedida no mandado de segurança beneficia tão-somente o impetrante. A análise de violação a direito líquido e certo é efetuada no caso concreto, individualmente. Terceiros não podem

ser atingidos pela segurança, como se fosse uma decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

5. O acórdão recorrido, ao determinar fosse compensado o reajuste de 28,86% com o decorrente do reposicionamento previsto na Lei n. 8.627/1993, extrapolou os limites objetivos da lide, contrariando a regra do art. 128 do CPC, porquanto o impetrante postulou tão-somente a cassação da Portaria n. 174/1995, do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro, que revogou o ato administrativo que determinara o reajuste e incorporação do mencionado percentual aos seus vencimentos.

6. Recursos especiais conhecidos em parte e parcialmente providos.

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 dos recursos e, nessa parte, dar-lhes parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ de 22.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recursos especiais interpostos por Wilson Roosevelt Gaia e pela Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM, esta última na qualidade de assistente processual, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que deu provimento parcial às apelações da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e da União, para limitar os efeitos da segurança concedida tão-somente ao impetrante e determinar a compensação do reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) com os decorrentes do reposicionamento de que tratam os arts. 1º e 3º da Lei n. 8.627/1993, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (fls. 458/462).

A Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM, após a prolação do acórdão, protocolizou pedido de assistência proces-

sual litisconsorcial (fls. 466/472) e opôs embargos de declaração, sob alegação de negativa de vigência ao disposto nos arts. 2^a, 127, 128, 458, II, 459, 1^a parte, 460, 1^a parte, 472, 1^a parte, do Código de Processo Civil, e de contrariedade a dispositivos constitucionais.

Wilson Roosevelt Gaia também opôs embargos de declaração. Defendeu, em síntese, que o mandado de segurança teve por objeto a cassação da Portaria n. 174/1995, e não-discussão a respeito da extensão do aumento de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) aos servidores civis. Alegou, ainda, que, quanto à compensação, houve “desvio do julgado”.

O Tribunal **a quo** deferiu o pedido de assistência e rejeitou os embargos de declaração. Assentou que a matéria em debate não restou adstrita à questão da nulidade da Portaria n. 174/1995 e concluiu: “discutiu-se a razão da Portaria, o seu mérito. Todos que participaram da relação processual discutiram essa questão” (fls. 622).

O ora recorrente Wilson Rossevelt Gaia opôs novos embargos de declaração, sob alegação de omissão, os quais restaram rejeitados pelo órgão julgador (fls. 677/680).

Sustenta a AMFMTM, no presente recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, negativa de vigência aos seguintes dispositivos: arts. 2^a, 127, 128, 458, inciso II, 459, 460, 472, do Código de Processo Civil e art. 5^a, incisos XXXV, XXXVI, XIV e IX, da Constituição Federal. Alega que o acórdão recorrido foi omissis em relação a vários pontos atacados nos autos e apreciados na sentença de primeiro grau.

Defende que a alegada negativa de vigência reside no fato de que não foi pleiteado, pelo assistido, o reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento). Discutiu-se tão-somente a legalidade da Portaria n. 174/1995, da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro, que revogou “a EM n. 01/93-DRH, pela qual foi incorporado à sua remuneração o percentual de 28,86%, relativo ao aumento concedido aos militares através das Leis ns. 8.622/1993 e 8.627/1993”.

Segue afirmando que o órgão julgador proferiu julgamento **extra petita**, ao conceder ao impetrante o reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento), que não fora objeto do seu pedido original. Ao final, requer conhecimento e provimento do recurso especial para que seja mantida “a decisão de primeiro grau na sua íntegra” (fls. 651/660).

Wilson Roosevelt Gaia interpõe recurso especial pela letra **a** do permissivo constitucional. Aduz que houve violação aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil e à Lei n. 1.533/1951. Sustenta que o acórdão recorrido extrapolou os limites

da lide, porquanto não objetivou “qualquer declaração acerca da legalidade ou da revisão remuneratória e, muito menos, o Judiciário foi demandado quanto à possibilidade de compensação com outros aumentos”. Esclarece que buscou apenas a “declaração da ilegalidade do ato administrativo — a Portaria n. 174/1995 —, por força da verificação de vícios formais de constituição — a ausência de motivação — e o conseqüente impedimento do direito de defesa”. Ao final, requer seja declarado nulo o acórdão recorrido e restabelecida a sentença (fls. 686/698).

A parte recorrida apresentou contra-razões a ambos os recursos especiais, que foram admitidos no Tribunal de origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): *Do recurso especial da Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro (AMFMTM)* — No tocante à alegada divergência jurisprudencial, verifico que a recorrente não observou os requisitos legais e regimentais exigidos para sua demonstração.

Cabe ao recorrente provar o dissenso jurisprudencial por meio de certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos em confronto, nos termos do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e do art. 255, §§ 1^o e 2^o, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese, a parte recorrente transcreveu excertos dos acórdãos apontados como paradigmas, buscando proceder ao cotejo analítico com o acórdão recorrido. No entanto, esse procedimento não basta. A teor dos dispositivos acima transcritos, é necessária a prova da divergência, que se faz por meio de certidão ou cópia integral do julgado tido como paradigma (REsp n. 105.454/MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 05.10.1998 e REsp n. 225.651/CE, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 15.04.2002).

Desse modo, não conheço do recurso especial pela divergência jurisprudencial.

Quanto à suscitada negativa de vigência a dispositivos constitucionais, vale destacar que não compete ao Superior Tribunal de Justiça a análise de eventual contrariedade ao texto constitucional em recurso especial, mas tão-somente uniformizar a interpretação em torno do direito federal, nos termos do art. 105 da Lei Fundamental. Assim sendo, não conheço da suposta violação dos arts. 5^o, **caput**, e incisos XXXV, XXXVI, LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

O órgão julgador, em sede de embargos de declaração, não se recusou a apreciar a matéria posta em debate. Não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: REsp n. 325.992/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 1^a.12.2003. Assim, não verifico a alegada contrariedade ao disposto no art. 458, inciso II, do Código de Processo Civil.

Verifico que, à exceção das matérias tratadas nos arts. 128 e 472 do Código de Processo Civil, todas as demais não foram apreciadas no acórdão recorrido, pelo que se ressentem do indispensável prequestionamento, atraindo o óbice das Súmulas ns. 282 e 356/STF.

A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional abordada pela parte recorrente. A exigência tem como desiderato impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. Nesse sentido: AgRg no Ag n. 570.461/RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 14.06.2004.

Assim, conheço do recurso especial pela letra **a** do permissivo constitucional tão-somente quanto à alegada contrariedade ao disposto nos arts. 128 e 472 do Código de Processo Civil. Esclareço que essa matéria será apreciada a seguir, em conjunto com a análise do recurso especial interposto por Wilson Roosevelt Gaia.

Do recurso especial de Wilson Roosevelt Gaia — Cabe ressaltar, desde logo, que o recorrente se limitou a sustentar contrariedade à Lei n. 1.533/1951. No entanto, este Superior Tribunal de Justiça tem iterativamente ressaltado a impossibilidade de se conhecer do recurso especial quando a alegação de ofensa à legislação infraconstitucional se mostrar genérica. Impõe-se que a parte recorrente aponte o dispositivo que teria sido violado e demonstre em que reside essa violação. Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

Recurso especial. Mudança de regime. Celetista para estatutário. Multa 40% do saldo do FGTS. Fundamento deficiente. Súmula n. 284.

Impossibilidade de se conhecer do recurso, em face da deficiência na sua fundamentação, se a parte aponta violação genérica de lei, sem indicar os dispositivos que entende violados. (Súmula n. 284/STF).

Recurso não conhecido. (REsp n. 544.496/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 17.11.2003)

Vale ressaltar que a matéria de que trata o art. 460 do Código de Processo Civil, a despeito da oposição dos embargos de declaração, não foi abordada no

acórdão impugnado, que se limitou a discorrer a respeito da alegação de que houve decisão sobre questões não suscitadas, pelo que se ressentiu do indispensável prequestionamento.

Desse modo, não conheço da alegada contrariedade à Lei n. 1.533/1951 e ao art. 460 do Código de Processo Civil.

Da contrariedade à lei federal — Passo a proceder à análise da contrariedade aos arts. 128 e 472 do Código de Processo Civil, destacando que o primeiro dispositivo foi abordado por ambos os recorrentes e o segundo apenas pela Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM.

Ao compulсар os autos, constato que Wilson Roosevelt Gaia impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro, que, por meio da Portaria n. 174, de 1^o.08.1995, revogou rubricas de remuneração de vários servidores correspondentes à parcela de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento), incorporadas aos vencimentos por força de anterior ato administrativo, qual seja, a EM n. 01/1993.

Requeru liminar e a segurança para “o efeito de cassar a decisão administrativa ilegal, arbitrária e abusiva do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — Uberaba — MG, determinando que a Portaria n. 174 seja totalmente inaplicável à questão” (grifos do original — cf. fls. 19/20).

O juiz sentenciante, ao fundamento de que houvera violação a direito líquido e certo do impetrante, concedeu a segurança em definitivo “a fim de tornar sem efeito a Portaria n. 174, de 1^o.08.1995, de lavra do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro” (fl. 203).

A Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1^a Região, ao apreciar a apelação interposta pela Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e a remessa oficial, resolveu dar-lhes parcial provimento para limitar os efeitos da sentença tão-somente ao impetrante e para determinar a compensação do percentual de reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) com o reposicionamento funcional concedido pelos arts. 1^o e 3^o da Lei n. 8.627/1993, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (fls. 458/462).

Após a prolação do mencionado acórdão, a Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM protocolizou pedido de assistência processual litisconsorcial (fls. 466/472) e opôs embargos de declaração, recurso este que também foi manifestado por Wilson Roosevelt Gaia. Alegaram, em síntese, que o acórdão embargado extrapolara os limites da lide ao determinar a compensação do reajuste e ao limitar os efeitos da segurança tão-somente ao impetrante.

O órgão julgador, muito embora tenha rejeitado os embargos de declaração, enfrentou o tema abordado, ao assentar que “a matéria em debate não ficou restrita à questão da nulidade da Portaria n. 174, de 1^a de agosto de 1995, da lavra do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — FMTM. Discutiu-se a razão da Portaria, o seu mérito. Todos que participaram da relação processual discutiram essa questão” (fl. 622).

Assim, entendo que as matérias tratadas nos arts. 128 e 472 do Código de Processo Civil foram devidamente prequestionadas no acórdão recorrido.

Compete a este Superior Tribunal de Justiça, por conseguinte, apreciar se houve violação dos referidos dispositivos da norma processual por parte do acórdão impugnado, ao limitar os efeitos da segurança tão-somente ao impetrante e determinar a compensação.

O mandado de segurança é ação constitucional de rito especial, que tem por finalidade, desde sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, ocorrido com o advento da Constituição de 1934 (art. 113, n. 33), a proteção de direito líquido e certo violado, ou ameaçado de violação, por ato ilegal ou abusivo cometido por autoridade. Visa à defesa da pessoa em face de possível arbitrariedade cometida pelo Poder Público.

Ainda que seja impetrado o mandado de segurança coletivo, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, ele terá sempre como interesse a ser protegido aquele individual de seus membros ou associados, nos termos do art. 5^o, inciso LXX, letra b, da Constituição Federal. A ação é coletiva. O interesse a ser tutelado é individual.

Essa ressalva mostra-se relevante porque a Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM, ora recorrente, pretende conferir ao mandado de segurança uma finalidade que ele não tem, qual seja, a de extensão dos efeitos da tutela concedida.

A análise de violação a direito líquido e certo é efetuada no caso concreto, individualmente, ainda que se tratasse de mandado de segurança coletivo. Isso porque, nessa hipótese, o direito violado é dos membros e associados. O juiz, ao proferir a sentença, concede ou denega a segurança. Será concedida se for constatada a violação, ou ameaça de violação, a direito líquido e certo do impetrante, e não de terceiros.

Nesse cenário, não pode pretender que a segurança concedida ao impetrante se estenda aos demais que, em tese, encontram-se em situação jurídica semelhante. Na lição de **José Antônio Remédio** (“Mandado de segurança individual e coletivo”, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 403): “A sentença, em mandado de segurança,

não possui caráter normativo, extensivo a casos futuros, eventuais e indeterminados, mas resolve apenas o caso concreto, posição essa sufragada tanto pela doutrina como pela jurisprudência”.

A prestação jurisdicional, no remédio constitucional em análise, consiste na obtenção do que é postulado. Uma tutela específica concedida ao impetrante que, em regra, consiste numa obrigação de fazer ou não fazer, conforme ensina **Montavanni Colares Cavalcante** (“Mandado de segurança”, São Paulo, Dialética, 2002, p. 209).

Outro não é o ensinamento de **Celso Agrícola Barbi** (“Do mandado de segurança”, 8ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, pp. 221/222), que, de forma brilhante, leciona:

Limites do efeito da sentença — Não é demais, todavia, insistir em que o elemento fundamental para determinação dos efeitos da sentença sobre o ato administrativo é o pedido do impetrante, o qual fixa também desses efeitos. Assim, se se tratar de ato geral ou ato especial por natureza, mas que afete a mais de uma pessoa, e o mandado for requerido apenas por um dos interessados, a sentença deverá limitar-se ao reconhecimento do direito do autor, deixando íntegro o ato em relação aos que não foram partes na demanda.

Essa posição do ilustre doutrinador mostra-se em perfeita harmonia com o disposto no art. 472, primeira parte, do Código de Processo Civil, que dispõe: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. Vale ressaltar que esta norma cogente não se modifica em se tratando de mandado de segurança. Pelo contrário, é plenamente aplicável. Destarte, terceiros não podem ser atingidos pela segurança concedida ao impetrante, como se tratasse de uma espécie de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse cenário, correto se mostra o acórdão recorrido, na interpretação do disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, ao limitar os efeitos da segurança tão-somente ao impetrante.

No entanto, o órgão julgador — ao determinar a compensação do reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) com os decorrentes do reposicionamento de que tratam os arts. 1º e 3º da Lei n. 8.627/1993 — deixou de aplicar o disposto no art. 128 do Código de Processo Civil, de acordo com a melhor interpretação que lhe deve ser conferida.

Com efeito, conforme acima relatado, Wilson Roosevelt Gaia impetrou mandado de segurança visando impugnar tão-somente a Portaria n. 174/1995, do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro, que revogou a EM n. 01/1993,

que, por sua vez, determinara a incorporação do reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) aos servidores que menciona. Não discutiui propriamente o reajuste, mas a legalidade do ato administrativo.

Assim, não poderia o órgão julgador, em sede de reexame necessário, determinar a compensação do reajuste de acordo com a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Ao agir dessa forma, extrapolou os limites objetivos da lide e, por conseguinte, contrariou o disposto no art. 128 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, conheço parcialmente dos recursos especiais tão-somente pela letra **a** do permissivo constitucional e, nessa parte, dou-lhes parcial provimento para restabelecer a sentença de fls. 185/203, que terá seus efeitos limitados, tão-somente, ao impetrante.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 673.249 — RS (2004/0080860-9)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Alexsander Araújo Farias (Preso)

Advogada: Nara Helena Oliveira Giannakos

EMENTA

Criminal. REsp. Roubo qualificado. Violação à Lei Federal. Dissídio jurisprudencial. Dosimetria. Duas qualificadoras. Majoração da pena em 1/3. Aumento. Fundamentação. Necessidade. Atenuantes da menoridade. Fixação da reprimenda intermediária abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula n. 231/STJ. Recurso parcialmente provido.

I - Admite-se a majoração da pena em 1/3 em decorrência de duas qualificadoras no crime de roubo, devendo aumento ser precedido de fundamentação, em observância ao art. 68 do Código Penal, não bastando a simples alusão à quantidade de causas. Precedentes do STJ e do STF.

II - Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea. Incidência da Súmula n. 231/STJ.

III - Deve ser parcialmente reformado o acórdão recorrido, na parte em que manteve a sentença condenatória, quanto ao ponto em que reduziu a pena imposta ao réu aquém do mínimo legal, determinando-se a reformulação da dosimetria da reprimenda corporal, mantidos os demais termos da condenação.

IV - Recurso especial conhecido e parcialmente 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, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer.

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

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 21.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, que negou provimento ao apelo interposto pela acusação, admitindo a redução da pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal e o aumento apenas em 1/3 da reprimenda, apesar da incidência de duas qualificadoras.

O acórdão recorrido restou assim ementado.

“Roubo duplamente qualificado. Prova. Condenação. Manutenção. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena-base. Mínimo legal. Atenuante. Redução. Possibilidade. Duas qualificadoras. Aumento de apenas um terço.

Comprovadas a materialidade e a autoria do delito, impõe-se a condenação, mormente se não logrou o acusado comprovar o álibi sustentado.

Inexistindo circunstância judicial desfavorável ao réu, a pena-base deve ficar no mínimo.

Possível a redução da sanção carcerária em patamar aquém do mínimo legal, à vista de atenuante.

Consoante posição da Câmara, não deve ultrapassar a fração de 1/3 a majoração estabelecida pelo reconhecimento de duas qualificadoras nos delitos de roubo.

Apelo ministerial improvido, à unanimidade.” (Fl. 229)

Em razões, o recorrente alega negativa de vigência ao art. 68 do Código Penal e a existência de divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e outras desta Corte, no sentido de que a incidência de duas qualificadoras deveria resultar num aumento superior ao mínimo legal, além de dissídio jurisprudencial quanto à impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, ainda que em decorrência de circunstâncias atenuantes.

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 259).

Admitido o recurso (fls. 261/267), a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu parcial conhecimento e provimento (fls. 269/274).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual.

Consta dos autos que Alexander Araújo Farias foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 04 anos, 04 meses de reclusão, em regime inicialmente semi-aberto, além do pagamento de 10 dias-multa (fls. 183/190).

Fixada a pena-base em 04 anos de reclusão, o Juiz sentenciante, reconhecendo a atenuante da menoridade, reduziu-a em 09 meses, aumentando-a em 1/3, na última fase, em decorrência das qualificadoras.

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação insurgindo-se contra a redução da pena, na segunda fase da dosimetria, abaixo do mínimo legal e contra o aumento mínimo pela incidência das duas qualificadoras.

O Tribunal **a quo**, por sua vez, negou provimento ao apelo (fls. 229/237).

Em razões, o recorrente alega negativa de vigência ao art. 68 do Código Penal e a existência de divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e outras

desta Corte, no sentido de que a incidência de duas qualificadoras deveria resultar num aumento superior ao mínimo legal, além de dissídio jurisprudencial quanto à impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, ainda que em decorrência de circunstâncias atenuantes.

O recurso foi admitido às fls. 261/267.

Conheço do recurso, porque satisfeitos os seus requisitos de admissibilidade, merecendo prosperar, em parte, a irrisignação.

Inicialmente, no que se refere à exasperação da pena imposta ao recorrido pela incidência das circunstâncias agravantes, o apelo extremo há de ser desprovido.

Com efeito, o Tribunal **a quo**, acolhendo o entendimento do Magistrado sentenciante, entendeu que a simples existência de duas qualificadoras não teria o condão de elevar a reprimenda acima de 1/3.

Correta a posição da Corte Estadual, pois, conforme entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça, a majoração da pena em decorrência da caracterização de qualificadoras do crime de roubo deve ser precedida de fundamentação, em observância ao art. 68 do Código Penal, não bastando a simples alusão à quantidade de causas de aumento, como pretendido pelo recorrente, não se extraindo, do édito condenatório, razão hábil à majoração pretendida.

Neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte e também do STF:

“Habeas corpus. Roubo qualificado. Fixação da pena com o aumento de 3/8 em razão do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes. Fundamentação insuficiente quanto à necessidade de sua imposição. Constrangimento ilegal configurado. Regime inicial fechado. Imposição. Ilegalidade. Circunstâncias judiciais favoráveis e ausência de fundamentação.

1. *A presença de duas qualificadoras no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie. Precedentes desta Corte e do STF.*

2. A gravidade genérica do delito, **per si**, não justifica a imposição do regime inicial fechado, quando a individualização da pena permite a aplicação do regime menos gravoso, em face da consideração, no momento da fixação da pena-base imposta ao réu, das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal.

3. Ordem concedida para que o acréscimo previsto no art. 157, § 2º, do Código Penal, seja estabelecido em 1/3 da pena-base, à minguia de fundamen-

tação com base em dados concretos para elevá-lo acima deste mínimo legal, bem como para garantir ao Paciente o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime prisional semi-aberto.

(HC n. 34.577/SP, DJ de 19.08.2004, Relatora Ministra Laurita Vaz)

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Circunstâncias judiciais totalmente favoráveis a um dos pacientes. Regime prisional. Aumento da pena acima do mínimo legal em virtude de duas majorantes específicas. Fundamentação.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, c.c. o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente Luiz Cláudio Duarte cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semi-aberto. (Precedentes).

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, **b**, e § 3º do CP (Precedentes).

III - *Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência das mesmas, como o foi na espécie, mas sim com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso.* (Precedentes).

Writ concedido.”

(HC n. 30.370/RJ, DJ de 19.12.2003, Relator Ministro Felix Fischer)

“**Habeas corpus**. Roubo com emprego de arma e concurso de pessoas. Dosimetria. Pena-base no mínimo. Exasperação de causas de aumento de pena. Falta de fundamentação. Regime fechado. Gravidade abstrata do crime. Ordem concedida.

1. *Ao estabelecer o aumento de pena no roubo, deve o juiz considerar, não, a gravidade abstrata do delito, como sói acontecer quando se faz caso apenas quantitativamente das causas especiais, mas, sim, a sua gravidade concreta para, desse modo, fixar o **quantum** de pena, na extensão do aumento, que vai de um mínimo a um máximo (Código Penal, artigo 157, parágrafo 2º).*

2. *A consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de*

*pena, submetidas a regime alternativo, é expressão, em última análise, da responsabilidade penal objetiva, enquanto a qualitativa é própria do direito penal da culpa e atende aos imperativos da individualização da pena, permitindo, **ad exemplum**, que uma única causa especial de aumento alternativa possa conduzir o **quantum** de pena para além do mínimo legal do aumento, que, em contrapartida, pode ser insuperável, diante do caso concreto, mesmo em se caracterizando mais de uma causa especial de aumento dessa espécie.*

3. *Tais espécies de aumento de pena são próprias da última fase do cálculo da pena, à luz do disposto no artigo 68, **caput**, do Código Penal, nada impedindo, como o exige a espécie, a despeito de serem duas as causas de aumento, que se o estabeleça no seu limite mínimo, à falta de razão autorizante do seu desrespeito.*

4. *Preceituando o Código Penal, em seu artigo 33, parágrafo 2º, alínea **b**, que, nos casos de “(...) condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) (...)”, o regime prisional poderá ser o semi-aberto, requisitando a imposição de regime mais rigoroso, necessariamente, fundamentação específica.*

5. *Fazendo-se manifesto que a recusa do regime inicial semi-aberto ao condenado decorre da pura e simples consideração da natureza abstrata do crime, é de se o deferir como inicial de cumprimento da pena prisional.*

6. *Ordem concedida.”*

(HC n. 24.589/RJ, DJ de 17.03.2003, Relator Ministro Hamilton Carvalhido).

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado (art. 157, parágrafo 2º, I e II, do CP). Aumento da pena no limite máximo previsto em face da existência de duas circunstâncias qualificadoras do crime. Fundamentação deficiente.

1. *O aumento da pena em face de circunstância qualificadora do crime, ou agravante específica, quando aplicado acima do mínimo legal, deve ser fundamentado.*

2. *A simples constatação da existência de duas qualificadoras não é bastante para fundamentar o agravamento da pena no limite máximo previsto; cada uma das três fases da aplicação da pena (art. 68 do CP) deve ter fundamentação tópica e suficiente.*

3. **Habeas corpus** conhecido e indeferido quanto ao pedido de redução da agravante para o mínimo de 1/3 e deferido quanto ao pedido formulado em ordem sucessiva, para determinar que o Tribunal **a quo** prossiga no

juízo de julgamento da apelação e complementa a fundamentação do aumento da pena aplicado no máximo previsto no parágrafo 2º do art. 157 do CP”

(HC n. 71.741/RJ, DJ de 26.05.1995, Relator Ministro Maurício Corrêa)

Por outro lado, no que concerne à redução da pena, na segunda fase da dosimetria, abaixo do mínimo legal, assiste razão ao recorrente.

Verifica-se que o Tribunal **a quo**, valendo-se de interpretação anterior, firmou entendimento no sentido de que a consideração de circunstâncias atenuantes pode promover a redução da reprimenda para abaixo do mínimo legalmente previsto.

Entretanto, o entendimento deste Tribunal e da Suprema Corte está consolidado no sentido de que a incidência das referidas circunstâncias, inclusive a da menoridade, não pode reduzir a pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal, nem mesmo de forma provisória.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“Habeas corpus.

2. Alegação de menoridade de vinte e um anos do paciente não considerada na fixação da pena.

3. Pena estabelecida no mínimo legal.

4. Irrelevante o fato de não ter sido referida a atenuante da menoridade, porque, não caberia fixar, a esse fundamento, a pena abaixo do mínimo legal.

5. Precedentes do STF.

6. **Habeas corpus** indeferido.”

(HC n. 73.838/SP, DJ de 28.05.1996, Relator Ministro Néri da Silveira)

No âmbito desta Corte, os seguintes precedentes:

“Recurso especial. Penal. Dosimetria da pena. Fixação no mínimo legal. Atenuante. Impossibilidade. Súmula n. 231 do STJ. Reincidência. Não-configuração de **bis in idem**.

*Sendo a pena-base fixada no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena **in concreto** a patamar aquém daquele limite mínimo, sob pena de se permitir, **a contrario sensu**, que as agravantes (“que sempre agravam a pena”) possam elevar a pena acima do limite máximo, o que seria absurdo.*

Aplicação da Súmula n. 231/STJ: ‘A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.’

Não há falar-se em **bis in idem** se, em obediência ao art. 61, inciso I, do Código Penal, foi mantida a pena sob o fundamento de ser o réu reincidente.

Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 551.775/RS, DJ de 28.06.2004, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca).

“Penal. REsp. Furto qualificado. Admissibilidade do recurso especial. Fundamentos e partes autônomas. Pena aquém do mínimo. Furto qualificado-privilegiado. Prescrição superveniente.

I - Aplica-se ao recurso especial as Súmulas ns. 292 e 528 do Pretório excelso.

*II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada aquém do mínimo legal com supedâneo em atenuantes, criando daí, **contra legem**, um sistema de total indeterminação (v. Súmula n. 231/STJ).*

III - Ao furto qualificado não se aplica a minorante da forma privilegiada. O menor desvalor de resultado, desde que não seja insignificante, carece de relevância jurídica no sentido de afetar o desvalor de ação na figura típica do furto qualificado. (Precedentes das duas Turmas da Terceira Seção — STJ, e do Pretório excelso). O valor da **res furtiva** deve ser medido ao tempo da subtração, não se identificando com o pequeno ou nenhum prejuízo dali resultante.

IV - É de se reconhecer a prescrição superveniente se o reclamo da acusação, acolhido, não altera o prazo prescricional.

Recurso provido, extinta a punibilidade.”

(REsp n. 509.581/RS, DJ de 28.06.2004, Relator Ministro Felix Fischer)

Ademais, a matéria já se encontra sumulada neste Tribunal, conforme o Enunciado n. 231, deste teor:

“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

Portanto, o entendimento esposado no acórdão impugnado, acolhendo os termos da sentença condenatória, está em desacordo com o desta Corte.

Destarte, deve ser parcialmente reformado o acórdão recorrido, na parte em que manteve a sentença condenatória, quanto ao ponto em que reduziu a pena imposta ao réu aquém do mínimo legal, determinando-se a reformulação da dosimetria da reprimenda corporal, mantidos os demais termos da condenação.

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

É como voto.