

Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 16.634 – SP

(Registro n. 2001.0052632-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Impetrantes: Luiz Eduardo Greenhalgh e outros
Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: José Carlos Magdalena

EMENTA: Criminal – HC – Trancamento da ação penal – Calúnia – Inexistência de elemento subjetivo a respeito da falsidade das afirmações – Difamação – Atribuição de fatos genéricos e indeterminados – Atipicidade das condutas – Ordem concedida.

I – Para a caracterização do delito de calúnia é necessária a configuração do elemento subjetivo, qual seja, a vontade livre e consciente de estar imputando, falsamente, a outrem, fato definido como crime.

II – Se evidenciado, nos autos, que o paciente não tinha condições de avaliar a veracidade das afirmações veiculadas no jornal do qual era radialista, pois somente teria repassado notícias obtidas pela repórter, não há que se falar em crime de calúnia.

III – Se o paciente limitou-se a proferir, de forma genérica, expressões desrespeitosas em relação à vítima, sem, contudo, especificar as imputações, não se configura o delito de difamação, pois, para tanto, é necessário que o fato ofensivo seja preciso, concreto e determinado.

IV – Ordem concedida para, cassando-se o acórdão recorrido, determinar-se o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para, cassando o acórdão recorrido, determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 19 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 22.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 333/338, **in verbis**:

“Cuida-se de pedido de **habeas corpus** impetrado em face de acórdão proferido pela Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que, por maioria de votos, dando parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, manteve a decisão de 1ª grau que condenara o paciente José Carlos Magdalena pela prática, em concurso formal, dos delitos de calúnia e difamação contra funcionário público (artigos 20 e 21 da Lei de Imprensa, c.c. artigos 23, I, do mesmo diploma legal, e 61, I, e 70, **caput**, ambos do Código Penal), substituindo-lhe, todavia, a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade.

Sustentam os Impetrantes, em síntese, que o Paciente está sofrendo constrangimento ilegal, eis que a decisão vergastada teria negado vigência aos artigos 20 e 21 da Lei n. 5.250/1967. Em relação ao crime de calúnia, argumentam que ele não sabia que os fatos divulgados em seu programa de rádio – ausência de providências por parte de delegada de polícia ao receber **notitia criminis** – não eram verdadeiros, e que, ademais, comprovou-se depois, o era, uma vez que o boletim de ocorrência – providência exigida – somente foi lavrado após a divulgação imputada caluniosa e difamatória. Em relação ao crime de difamação, alegam que as expressões transcritas na denúncia, além de descontextualizadas, não atribuem qualquer fato determinado à delegada de polícia, não se amoldando, pois, àquele tipo penal.

A medida liminar foi indeferida à fl. 137.

Informações às fls. 141/142.”

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem (fl. 338).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto em favor de José Carlos Magdalena, tão-somente para substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços.

O Paciente foi condenado como incurso nas sanções dos artigos 20 e 21, c.c. o art. 23, inciso I, todos da Lei de Imprensa (5.250/1967), e art. 61, inciso I, c.c. o art. 70, **caput**, ambos do Código Penal, à pena de 10 meses e 26 dias de detenção, em regime semi-aberto, além do pagamento de 10 salários mínimos.

Em razões, sustenta-se, em síntese, que, quanto ao delito de calúnia, o Paciente não teria conhecimento de que os fatos imputados à suposta vítima – Delegada de Polícia – seriam falsos.

Quanto ao crime de difamação, o Impetrante refere que as expressões utilizadas pelo Paciente, transcritas na denúncia, não teriam atribuído qualquer fato determinado à Delegada de Polícia, razão pela qual a conduta do acusado não poderia se adequar ao tipo penal referido.

Pugna-se, assim, pelo trancamento da ação penal.

Merece prosperar a irresignação.

Os autos dão conta de que o Paciente, em 28.8.1997, na condição de radialista do programa Grande Jornal Falado da Manhã, da Rádio Cultura de Araraquara, teria feito afirmações no sentido de que a Delegada de Polícia Eleuse Maria Gaspar Martins, ao ser procurada pela família de uma criança que, em tese, estaria sendo mantida em cárcere privado, não teria tomado qualquer providência para a elaboração do boletim de ocorrência, encaminhando os familiares para o Conselho Tutelar de Menores.

Consta da exordial acusatória que, no mesmo programa de rádio, o Paciente teria afirmado que “mulher tem que provar capacidade para ser delegada de polícia”; “... prá que a polícia civil? Acaba com ela que nós vamo fazê uma economia disgramada”; “Eu não sei se mulher tem talento para ser delegada. Mulher tem ta, pelo menos está provando”; que a vítima “tem mania de sempre empurrar com a barriga”, e “... agora, pra mim isso chama-se priguça, não quero trabalhá” (fls. 144/145).

Assim, o ilustre representante do Ministério Público imputou ao Paciente os delitos de calúnia e difamação, tipificados nos artigos 20 e 21, respectivamente, da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa).

No entanto, tenho que as condutas praticadas pelo Paciente são atípicas, ensejando o trancamento da ação penal contra ele instaurada.

Inicialmente, quanto ao delito de calúnia, o cerne da questão orienta-se no sentido de o Paciente ter noticiado que a Delegada de Polícia não teria elaborado boletim de ocorrência para apuração do crime de cárcere privado, sendo que tal afirmação seria falsa, eis que a indicada vítima teria tomado as devidas providências para a apuração do delito.

Segundo destaca **José Geraldo da Silva**, em sua obra *Leis Penais Especiais Anotadas*, no crime de calúnia previsto no art. 20 da Lei n. 5.250/1967, “o elemento subjetivo do tipo é o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de atribuir falsamente a alguém fato definido como crime, com a intenção de ofender a sua honra”¹.

Como bem ressaltado pela Subprocuradoria Geral da República, consta dos autos que o Paciente apenas repassou a notícia de que a Delegada teria se recusado a lavrar boletim de ocorrência, informação esta que foi obtida pela repórter que esteve no local dos fatos.

Vê-se que o acusado não tinha condições de avaliar a veracidade da notícia veiculada, isto é, se a Delegada de Polícia procedeu, efetivamente, à elaboração do boletim de ocorrência quanto ao delito de cárcere privado na ocasião referida pela repórter ou não.

Ademais, apesar da exordial acusatória afirmar que a Delegada teria tomado as providências pertinentes no mesmo dia em que procurada pela família da criança e, somente depois disto, encaminhado os familiares ao Conselho Tutelar de Menores, o próprio magistrado prolator da sentença condenatória afirma não ter certeza quanto à data em que foi feito o boletim de ocorrência, conforme se depreende do seguinte trecho:

“Tudo indica que o Boletim de Ocorrência n. 630/1997 (fl. 6), com data de 27 de agosto de 1997, foi de fato elaborado depois desta data, porque os de n. 627, 628 e 629 datam de 28 de agosto (fls. 221/223).” (fl. 179).

Dessarte, se o Paciente não tinha a noção da falsidade da afirmação veiculada no jornal do qual seria radialista, não há que se falar em crime

1. **Silva, J. G. da** (Coord.). *Leis Penais Especiais Anotadas*, 2ª ed., São Paulo, Mellennium, 2001, p. 346.

de calúnia, eis que não restou caracterizado o dolo, consistente na vontade cônica de estar atribuindo, falsamente, a outrem, fato definido como crime.

Por outro lado, quanto ao crime de difamação, da mesma forma, não deve prosperar a ação penal.

Isso porque, para a configuração do delito de difamação, é necessário que o fato ofensivo seja preciso, concreto e determinado, sendo que o Paciente limitou-se a proferir, de forma genérica, expressões desrespeitosas em relação à Delegada de Polícia, sem, contudo, especificar as imputações.

Nesse sentido, leciona o Professor **Paulo José da Costa Júnior**, que a conduta típica da difamação “consiste na divulgação de um fato concreto, ofensivo à reputação de alguém”².

A esse respeito, adoto, ainda, as conclusões do parecer ministerial, que elucidaram de forma clara a controvérsia, baseando-se, inclusive, em precedente desta Corte:

“(...) O Paciente não imputou nenhum *fato determinado* à suposta vítima, mas, tão-somente, limitou-se a proferir palavras e opiniões desrespeitosas em relação à Delegada de Polícia, sobretudo acerca da sua capacidade profissional, inclusive em virtude da sua condição de mulher (...). Nesse sentido é a seguinte decisão dessa egrégia Corte Superior:

‘**Habeas corpus**. Crime contra a honra. Difamação. Atipicidade.

– Para que se caracterize a figura da difamação, *não basta que a denúncia narre, genericamente, procedimento tido como lesivo à reputação do imputado. Mister se faz que o fato seja determinado e com o propósito de ofender.*

– Ordem concedida para trancar a ação penal de que se trata.’ (HC n. 667-MG, STJ, Quinta Turma, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, julg. 20.5.1991, DJ de 24.6.1991, p. 8.646 – grifei).” (fls. 335/336).

Diante do exposto, concedo a ordem para, cassando o acórdão recorrido, determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o Paciente.

É como voto.

2. **Costa Júnior, P. J. da.** Direito Penal. Curso Completo, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 290.

HABEAS CORPUS N. 17.833 – RS

(Registro n. 2001.0093759-3)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Impetrantes: Amadeu de Almeida Weinmann e outro
Impetrado: 2º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Paciente: Cledi Clementino Assis Machado

EMENTA: Criminal – HC – Jogos de azar – Máquinas eletrônicas de concursos prognósticos – Contravenção penal – Trancamento de inquérito – Alegada inexistência do delito – Ausência de justa causa não evidenciada – Impropriedade do *writ* – Ordem denegada.

I – Não há que se falar em ausência de justa causa para a investigação criminal, a qual só pode ser obstada na hipótese de flagrante e inequívoca atipicidade ou impossibilidade de ser o indiciado o autor dos fatos, o que, **primo oculi**, não se verifica.

II – A manutenção de máquinas eletrônicas de concursos prognósticos não se apresenta, de plano, livre de controvérsias, não havendo como concluir se a conduta do paciente é, de fato, atípica, como pretende a impetração, tornando-se prematuro o trancamento de inquérito policial instaurado contra o paciente.

III – O mero indiciamento em inquérito não caracteriza constrangimento ilegal reparável via **habeas corpus**. Precedentes.

IV – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, denegou a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 19 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 22.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Cledi Clementino Assis Machado, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por maioria, denegou ordem anteriormente impetrada visando impedir o indiciamento criminal do Paciente.

O egrégio Tribunal **a quo** entendeu estar caracterizada a contravenção penal imputada, em tese, ao Paciente, não constituindo constrangimento ilegal o seu indiciamento.

Postula, a impetração, em síntese, pela concessão da ordem, para o efeito de obstar o indiciamento do Paciente, ou, pelo trancamento da ação penal (fls. 6/7).

A liminar foi indeferida à fl. 119.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 146).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Cledi Clementino Assis Machado, visando ao trancamento da ação penal contra ele instaurada.

O Paciente, sócio-gerente da firma Flipetrônicos Indústria e Comércio de Aparelhos Eletrônicos Ltda, foi indiciado como incurso nas sanções do art. 50, § 3º, alínea **a**, da Lei das Contravenções Penais.

Em razões, sustenta-se, em síntese, que o art. 195 da Constituição Federal teria descriminalizado a conduta prevista no art. 50 da LCP para os jogos de bingo e máquinas eletrônicas programáveis; que os jogos relacionados a concursos prognósticos, entre os quais se enquadrariam as máquinas eletrônicas da firma do Paciente, teriam sido autorizados no Brasil, pois seria uma forma de financiar a seguridade social; que os bingos e concursos prognósticos seriam jogos legais; e que a firma do Paciente teria direito de operar máquinas eletrônicas de concursos prognósticos decorrentes dos

artigos 195, inciso III, e 217, ambos da Constituição Federal, arts. 59 e seguintes da Lei n. 9.615/1998, e arts. 74 e seguintes do Decreto n. 2.574/1998.

Pugna-se, por fim, pelo trancamento do inquérito policial.

Não merece prosperar a irresignação.

A impetração sustenta que a manutenção de máquinas eletrônicas de concursos prognósticos não configuraria conduta típica, o que seria irrelevante para o sistema penal.

Pelo exame dos autos, verifica-se que a questão levantada não se apresenta, de plano, livre de controvérsia, isto é, não há como concluir se a conduta do Paciente é, de fato, atípica, como pretende a impetração.

Com efeito, somente após o correto procedimento inquisitorial, com a devida apuração dos fatos e provas, é que se poderá averiguar, com certeza, a tipicidade, ou não, da manutenção de máquinas de concursos prognósticos.

Desta maneira, não há que se falar em ausência de justa causa para a investigação criminal, a qual só pode ser obstada na hipótese de flagrante e inequívoca atipicidade ou impossibilidade de ser o indiciado o autor dos fatos, que, **primo oculi**, não se verifica.

Por outro lado, esta Corte vem firmando posicionamento no sentido de que o simples indiciamento em inquérito policial não caracteriza constrangimento ilegal reparável através de **habeas corpus**.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes julgados:

“Penal. Processual. Tráfico de entorpecentes. Inquérito policial. Trancamento. **Habeas corpus** substitutivo.

1. Só se tranca inquérito policial quando evidenciada a atipicidade da conduta praticada pelo paciente ou se claramente comprovada sua inocência; fora estas hipóteses, não há que se falar em trancamento.

2. O simples indiciamento em inquérito policial não configura constrangimento ilegal reparável pelo **habeas corpus**.

3. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.” (HC n. 6.903-SP, relator Min. Edson Vidigal, DJ de 4.5.1998).

“RHC. Indiciamento. Ausência. Constrangimento ilegal. Descabimento. Utilização. *Writ*. Falta. Ofensa. Direito de ir e vir.

1. A instauração de inquérito policial, com o conseqüente indiciamento do paciente, não representa ofensa ao direito de ir e vir a justificar a utilização da via do **habeas corpus**.

2. Recurso improvido.” (RHC n. 9.014-SC, relator Min. Fernando Gonçalves, DJ de 21.2.2000).

“Processual Penal. Inquérito policial. Indiciamento. **Habeas corpus**. Constrangimento ilegal. Inocorrência.

– Não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por **habeas corpus**, a instauração de inquérito policial para apurar fato que em tese configura crime de denunciação caluniosa, cuja inexistência deve ser provada no curso da investigação ou da eventual ação penal.

– Se para o deslinde da questão é necessário que se produza prova, o tema situa-se fora do alcance do **habeas corpus**, que não é instrumento processual próprio para se obter absolvição sumária.

– Recurso ordinário desprovido.” (RHC n. 7.849-SP, relator Min. Vicente Leal, DJ de 9.11.1998).

Outrossim, penso que somente na hipótese da inequívoca inexistência de indícios razoáveis da autoria não se justificaria o indiciamento – o que não se verifica **in casu**.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 18.207 – PB

(Registro n. 2001.0101445-4)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrantes: Francisco Nunes Sobrinho e outros
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
Paciente: Severino Alves da Silva (preso)

EMENTA: Processo Penal – **Habeas corpus** – Impedimento do defensor – Prisão preventiva – Sentença condenatória.

1. Inviável o exame sobre eventual impedimento do defensor do réu, eis que não analisado o tema jurídico pela Corte **a quo**.

2. Em face de novo título a respaldar a custódia cautelar – sentença condenatória, resta prejudicada a análise de insurgência contra a decisão judicial que anteriormente determinou a segregação.

3. Ante a prolação da sentença, resta superada a alegação de constrangimento ilegal fundado em excesso de prazo na instrução criminal.

4. Pedido de **habeas corpus** parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do **habeas corpus** e, nessa parte, o indeferir. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 25.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Sob a acusação de estupro, Severino Alves da Silva, brasileiro, solteiro, serralheiro, com vinte e seis anos, foi denunciado e teve a sua prisão preventiva decretada em seis de março deste ano.

Ante a confirmação do decreto construtivo pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, foi impetrado este **habeas corpus**, no qual reclama o Advogado-impetrante nulidade do processo, em razão da defesa do acusado ter sido patrocinada, inicialmente, por defensor impedido de exercer a advocacia; ausência de fundamentação no decreto de prisão preventiva e excesso de prazo na formação da culpa.

Informações prestadas à fl. 166, com documentos anexados às fls. 167/178.

Manifesta-se a Subprocuradoria Geral da República pelo indeferimento do pedido (fls. 180/182).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, pede o Impetrante a declaração de nulidade do processo, em virtude do Paciente ter sido defendido por pessoa que não possuía habilitação técnica profissional para esse fim, posto ter retirado a sua inscrição junto à OAB-PB mediante a utilização de declaração falsa.

Primeiramente, por verificar que o Tribunal Estadual não examinou efetivamente essa questão jurídica, tenho por inviável o conhecimento da matéria, sob pena de inadmissível supressão de instância.

Prossegue o Impetrante, reclamando ausência de fundamentação no decreto de prisão preventiva de Severino, bem como excesso de prazo na formação da sua culpa.

Consoante se vê das informações prestadas pela Autoridade-impetrada (fl. 166), verifica-se já ter sido prolatada a sentença pelo juiz de 1ª grau, condenando o Paciente a sete anos de reclusão.

Por conseguinte, resta totalmente prejudicada tanto a análise relativa à fundamentação de anterior decreto de prisão preventiva quanto a de excesso de prazo na instrução criminal.

A propósito:

“Processo Penal. Recurso em **habeas corpus**. Prisão preventiva. Nulidade. Incompetência do juiz. Sentença de pronúncia.

1. Em se definindo a sentença de pronúncia como novo título legal da prisão cautelar do réu, a sua edição prejudica pedido que alveja decisão judicial anterior.

2. Recurso prejudicado” (RHC n. 8.649, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 18.9.2000).

Assim, conheço parcialmente do **habeas corpus** e, nessa parte, indefiro o pedido.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 18.346 – SP

(Registro n. 2001.0105070-4)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrantes: Simcha Schaubert e outro
Impetrada: Nona Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Eduardo da Rocha Barbosa (preso)

EMENTA: Penal – Aplicação da pena privativa de liberdade – Limite de incidência das atenuantes reconhecidas.

As atenuantes nunca podem levar a pena privativa de liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, *até aí*, a reprovação mínima estabelecida no tipo legal (*Súmula n. 231-STJ*).

Writ denegado.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 8.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo pelo qual, dando provimento a recurso manejado pelo *Parquet*, afastou a tentativa reconhecida em 1ª grau, fixando a pena pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, em 5 anos, 7 meses e seis dias de reclusão.

Diz, no ponto, o v. acórdão reprochado:

“E, presente o recurso ministerial, que à fl. 274 não se restringe ao afastamento da tentativa, há que se estabelecer a base da pena reclusiva em quatro anos e, na seqüência, pelas qualificadoras (concurso de agentes e emprego de arma) aqui bem comprovadas, sendo duas, o que evidencia uma maior temibilidade dos agentes, cumpre impor aumento de dois quintos. Com isto, a reprimenda vai a cinco anos, sete meses e seis dias.

As atenuantes da menoridade relativa e confissão, já fixada a pena corporal no início no mínimo estabelecido pelo legislador, quatro anos, não têm o condão de propiciar redução abaixo desse patamar.

Aumentada a pena, torna-se inaplicável o *sursis*, que então deve ser afastado.

A multa parte também de dez dias-multa e, com igual aumento de dois quintos, via a quatorze dias-multa, mantido o valor unitário no piso mínimo.

Por fim, afastado o *sursis* e considerando que o crime foi praticado por cinco indivíduos e com ameaça à vítima com o emprego de arma de fogo, há que se reconhecer que os agentes se mostraram audaciosos e perigosos, um deles, aliás, como disse o ofendido à fl. 128, chegou a mandar outro atirar nele. Diante disso, criada situação de maior perigo para a vítima, revelando os agentes maior temibilidade, cumpre fixar o regime fechado para início do cumprimento da pena reclusiva.” (fl. 13).

Pleiteia o Impetrante redução da pena **in concreto** com base em atenuantes (menoridade relativa e confissão espontânea).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pela denegação do **habeas**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Cumpre, de início, asseverar que a pena-base foi fixada no mínimo, restando, posteriormente, aumentada por conta das majorantes previstas nos incisos I e II do art. 157, § 2º, do CP.

Percebe-se, pois, que a pretensão de redução da *pena privativa de liberdade* aquém do mínimo legal, unicamente com supedâneo em atenuantes, carece de suporte jurídico válido.

A *individualização da pena*, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma *obrigação funcional*, a ser exercida com critério jurídico pelo juiz e, simultaneamente, uma *garantia* do réu (v.g., art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna, e arts. 381 e 387 do CPP) e da sociedade (v.g., arts. 381 e 387 do CPP). Está, outrossim, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da **Lex Maxima**). A nossa legislação fornece o *critério* mencionado na **Lex Fundamentalis** (“a lei regulará a individualização ...”) que deve ser respeitado e aplicado com a indispensável fundamentação *concreta* (cf. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, **ex vi** art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Lei Maior, e arts. 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, *ou*, então, o pretensão exercício de “dikeologia” só acarretam, no fundo, neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça. Uma coisa é exercer a função de aplicador do *Direito*, outra, *em postura mistificadora*, é querer identificar-se com ele (sobre o tema: **Several Martins**, in *Processo e Direito Processual*, 2º vol., pp. 180 e segs., Centelha, Coimbra, 1986).

Em assim sendo, desde a elaboração do Código Penal de 1940, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei n. 7.209/1984, nunca predominou – nem sequer mereceu destaque – o entendimento de que as *agravantes* e *atenuantes* (ao contrário das *majorantes* e *minorantes*) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema bifásico (de **Roberto Lyra**), quer seja no trifásico (de **Nelson Hungria**), agora imposto legalmente (v.g. as ensinanças de **Hungria**, **A. Bruno** e **M. Noronha**, por demais conhecidas).

Como se vê, repetindo, dos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal, a Lei n. 7.209/1984 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado sob pena de se tornarem, os referidos dispositivos, mero ornato do Código Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmitte o **circumvenire legem**. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja seqüência está evidenciada. A *pena-base* (e não ponto de partida) é obtida com as *circunstâncias judiciais* (art. 59 do CP). A seguir, em segunda operação, devem incidir as *agravantes* e as *atenuantes* (**ex vi** arts. 61 e 67 do CP), surgindo,

daí, a *pena provisória*. Esta só se torna *definitiva* ou *final* se não houver a aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (*majorantes* ou *minorantes*, **ex vi** art. 68 do CP). Como se vê, **primo ictu oculi**, até à *vol d'oiseau*, o critério é claro, a sua seqüência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos, mas até por uma questão de elementar lógica. Se assim não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de *ampla indeterminação* que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas, o CP, em seu art. 59, II, diz: “dos limites previstos”. No art. 67, assevera: “do limite indicado”. É, cumpre sublinhar, o *sistema da indeterminação relativa* (v.g.: **Jair Leonardo Lopes**, in Curso de Direito Penal, PG, 2ª ed., RT, pp. 231 e segs.; **Damáσιο E. de Jesus**, in Direito Penal, vol. 1, PG, p. 579, 20ª ed., Saraiva; **Heleno C. Fragoso**, in Lições de Direito Penal, PG, Forense, 1995, 15ª ed., p. 339; **Álvaro Mayrink da Costa**, in Direito Penal, PG, vol. I, Tomo II, p. 539, Ed. Forense, 1991; **L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencourt**, in Código Penal Anotado, RT, 1997, pp. 327 e 334; **Juarez Cirino dos Santos**, in Direito Penal, A Nova Parte Geral, p. 250, Ed. Forense, 1985; **Maurício Kuehne**, in Teoria e Prática da Aplicação da Pena, Juruá, p. 99, 1995, e **Fernando Galvão**, in Aplicação da Pena, p. 124, Ed. Del Rey, 1995).

A **questio** não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. *Primeiro*, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? *Segundo*, admitindo-se, **ad argumentandum**, a redução almejada, qual seria o *limite*? A pena “zero”? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção *unilateral* na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, **Nilo Batista**, in Introdução Crítica ao Direito Penal, e **H. H. Jescheck**, in Tratado de Derecho, 4ª ed., Granada, 1993, pp. 384/386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo **Roxin, Jakobs, A. Kaufmann** e **Achenbach**). *Terceiro*, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, **data venia**, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de “competição” entre réus e delinqüentes. Caso contrário, *na participação de somenos* (art. 29, § 1º, do CP), aí, sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, “premiando” o co-réu que tivesse

menor participação (o texto, todavia, só diz com a *participação ínfima*, cf. ensinanças de **René A. Dotti**, in Reforma Penal Brasileira, Ed. Forense, 1988, pp. 98/99, e de **Jair Leonardo Lopes**, *op. cit.*, p. 183). Por último, a expressão “*sempre atenuam*” não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena-base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as *agravantes* (“que sempre agravam a pena”) pudessem levar a pena acima do *limite máximo* (o outro lado da *ampla indeterminação*). E, isto, como preleciona **A. Silva Franco**, é incompatível com o *princípio da legalidade formal*.

“O entendimento de que o legislador de 1984 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos ‘segundos códigos’ do magistrado. Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstâncias acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e de diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas.” (**A. Silva Franco**, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 6ª ed., 1997, RT, p. 1.072).

Enfim, neste ponto, improcede, igualmente, a pretensão recursal que esbarra, inclusive, na orientação pacífica do colendo *Supremo Tribunal Federal* (v.g.: a) HC n. 71.051-4, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 9.9.1994, p. 23.442; b) HC n. 70.883-8, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24.6.1994,

p. 16.636; c) RTJ 118/928, rel. Min. Sydney Sanches; d) HC n. 69.342-3, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 21.8.1992, p. 12.784; e) HC n. 73.615-7, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 6.9.1996, p. 31.852). E, esta Turma tem precedentes na matéria, a saber: a) REsp n. 15.695-PR, rel. Min. Assis Toledo, DJU de 17.2.1992, p. 1.381; b) REsp n. 46.182-DF, rel. Min. Costa Lima, DJU de 16.5.1994, p. 11.779.

Voto, pois, pela denegação da ordem.

HABEAS CORPUS N. 19.062- DF

(Registro n. 2001.0145944-8)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Impetrantes: Raul Livino Ventim de Azevedo e outro
Impetrada: Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Paciente: Rogério Carvalho China (preso)

EMENTA: Execução penal – Homicídio qualificado – Crime considerado hediondo – Transferência de estabelecimento prisional – Núcleo de custódia semi-aberto – Impossibilidade.

– Inicialmente, registro que não há nos autos cópia do inteiro teor do julgado, porquanto ainda não publicado o v. aresto atacado. Contudo, incontroverso, através de despacho monocrático que deferiu a transferência do paciente e do r. despacho exarado em sede de cautelar pela Corte **a quo**, que o mesmo pretende, apesar de condenado em regime integralmente fechado, pela prática de crime hediondo, ser removido para uma instituição de regime semi-aberto, para exercer trabalhos externos.

– Ora, saliento que o regime integralmente fechado imposto ao réu, em face de sua condenação por crime hediondo, não é incompatível com a possibilidade de trabalho externo, consoante preceitua o art. 36 da Lei de Execução Penal, c.c. art. 34, § 3º, do Código Penal. De outro lado, não há, na Lei dos Crimes Hediondos, qualquer vedação à possibilidade de trabalho externo. Nesta esteira, aliás, já se pronunciou esta Turma.

– Todavia, apesar do acima exposto, a pretensão não pode prosperar. Isto porque, em última análise, pretende o paciente uma verdadeira progressão de regime prisional, lastreado no fato de haver sido concedido ao mesmo o trabalho externo e, em razão da localização do presídio, a inviabilidade de sua efetivação. Aliás, no mesmo sentido a conclusão do Relator junto à Corte de origem, ao asseverar que “... tal autorização de trabalho externo não poderá servir de base para que seja afrontada a lei no sentido de alterar o regime de cumprimento da pena, inclusive, transferindo-o para outra localidade prisional que venha obstacular aquela forma de execução ...”. Destarte, o paciente nada trouxe que alterasse o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora** presentes na concessão da medida cautelar ora atacada. Ao contrário, o trabalho externo do condenado, que cumpre pena em regime fechado, é efetuado sob vigilância direta da Administração, ou seja, é necessária a escolta (nesse sentido é a doutrina: cf. **Mirabete**, in *Execução Penal*, 8ª ed., Ed. Atlas, p. 106). No caso **sub iudice**, como bem alertado pelo Ministério Público, por ocasião da interposição da medida cautelar, às fls. 13/17, tais requisitos não foram preenchidos.

– Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em denegar a ordem. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 26 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 2.9.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de **habeas corpus**, impetrado por Raul Livino Ventim de Azevedo e Cléber Lopes de Oliveira, em

benefício de Rogério Carvalho China, contra o v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que deferiu medida cautelar requerida pelo Ministério Público.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal (*homicídio qualificado*), à pena de 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, *a ser cumprida em regime integralmente fechado, por tratar-se de crime considerado hediondo pela Lei n. 8.072/1990*.

Após cumprir mais de 1/6 da pena, a defesa pleiteou, perante a Vara de Execuções Criminais do Distrito Federal, autorização para o trabalho externo. Havia, segundo o requerimento formulado (fls. 28/32), duas propostas de trabalho. A primeira na ONG “Comitê da Paz” e a segunda na Administração Regional do Paranoá-DF.

O Juízo de Execuções, então, concedeu autorização para o Paciente trabalhar na Administração Regional do Paranoá-DF, afirmando a compatibilidade entre o trabalho externo e o regime fechado imposto.

Em razão da localização do presídio, que se encontra em local de difícil acesso, a defesa requereu a transferência do Réu para o Núcleo de Prisão Semi-Aberta, estabelecimento este mais próximo do seu local de trabalho. O pedido restou deferido, o que levou o *Parquet* a interpor agravo em execução e medida cautelar, esta última objetivando suspender a transferência do Réu.

O Tribunal **a quo**, ao examinar a cautelar, deferiu o efeito suspensivo sob o fundamento de que (fls. 64/65) “os requisitos do art. 36 da LEP, relativos à remuneração e à vigilância, não foram preenchidos ... Pelo documento de fl. 23, verifica-se que, desde antes da concessão, estava claro que não haveria remuneração ... Por outro lado, tratando-se de execução da pena de um condenado pela prática de crime hediondo, a fiscalização do trabalho, não só em virtude do contido na lei, mas também para resguardar o interesse dos cidadãos, é imprescindível”.

Daí, o presente *writ*, onde os Impetrantes sustentam, em síntese, que a proibição de permanência do Réu em regime semi-aberto impossibilitou-o de exercer o trabalho externo que, na hipótese, seria compatível com o cumprimento da pena em regime fechado. Aduz que se foi deferido ao Paciente, condenado a regime mais rigoroso, o trabalho externo, deve o Estado propiciar-lhe a efetivação de seu direito. Em razão disso, alega a ocorrência de constrangimento ilegal, pleiteando a transferência do Réu para o regime semi-aberto de cumprimento de pena.

Liminar indeferida à fl. 97.

Informações às fls. 101/102.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, à fls. 104/108, opina pela denegação da ordem, sob o fundamento de que o trabalho externo somente deve ser concedido quando compatível com o local e regime de cumprimento de pena. Além disso, ressalta que o Paciente foi condenado por crime considerado hediondo.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o Paciente foi condenado pela prática de *homicídio qualificado*, à pena de 13 (treze) anos e 6 (meses) de reclusão, *a ser cumprida em regime integralmente fechado, por tratar-se de crime hediondo*.

Deferido o pedido de trabalho externo pelo Juízo das Execuções, junto à Administração Regional do Paranoá-DF, a defesa pleiteou a transferência do Réu para estabelecimento de apenado com regime semi-aberto (Núcleo de Prisão Semi-Aberto – NPSA), sob o argumento de que a localização do presídio em que o Réu se encontrava era de difícil acesso e que não havia linha regular de transporte público que o possibilitasse chegar ao trabalho.

O pedido de transferência também foi acolhido pelo magistrado de 1ª grau, o que levou o *Parquet* a interpor agravo em execução e medida cautelar, esta última sob os seguintes argumentos: 1) *que a Administração não teria verba para a remuneração do sentenciado*; 2) *que não haveria autoridade responsável pela fiscalização do seu trabalho*, e 3) *inviabilidade de transferência do Réu em razão da sentença haver imposto o cumprimento da pena em regime integralmente fechado*. A medida cautelar, por maioria, foi deferida pelo Tribunal **a quo**, sob o fundamento de que os requisitos do art. 36 da LEP, relativos à remuneração e à vigilância, realmente não haviam sido preenchidos.

Entendeu aquela Corte, na esteira do pedido ministerial, que o trabalho externo do condenado que cumpre pena em regime fechado deve ser efetuado sob vigilância direta da Administração, ou seja, faz-se necessária a escolta como cautela contra a fuga e em favor da disciplina. Consignou, outrossim, que a prática de crime considerado hediondo impossibilita a transferência para estabelecimento de cumprimento de pena em regime semi-aberto.

Daí, o presente *writ*, onde os Impetrantes sustentam, em síntese, que a proibição de permanência do Réu em regime semi-aberto, impossibilitou-o de exercer o trabalho externo que, na hipótese, seria compatível com o cumprimento de pena em regime fechado. Aduz que, se foi deferido ao Paciente, condenado a regime mais rigoroso, o trabalho externo, deve o Estado propiciar-lhe a efetivação de seu direito. Em razão disso, alega a ocorrência de constrangimento ilegal, pleiteando a transferência do Réu para o regime semi-aberto de cumprimento de pena.

Passo ao exame do pedido.

Inicialmente, *registro que não há nos autos cópia do inteiro teor do julgado, porquanto ainda não publicado o v. aresto atacado. Contudo, incontroverso, através do despacho monocrático que deferiu a transferência do Paciente e do r. despacho exarado em sede de cautelar pela Corte a quo, que o mesmo pretende, apesar de condenado em regime integralmente fechado, pela prática de crime hediondo, ser removido para uma instituição de regime semi-aberto, para exercer trabalhos externos.*

Ora, saliento que o regime integralmente fechado imposto ao Réu, em face de sua condenação por crime hediondo, não é incompatível com a possibilidade de trabalho externo, consoante preceitua o art. 36 da Lei de Execução Penal, c.c. art. 34, § 3º, do Código Penal. De outro lado, não há, na Lei de Crimes Hediondos, qualquer vedação à possibilidade de trabalho externo. Nesta esteira, aliás, já se pronunciou esta Turma, por ocasião do julgamento do *REsp n. 183.075-MG*, de relatoria do ilustre Ministro *José Arnaldo*, publicado no DJU de 3.5.1999, de cujo voto-condutor destaco:

“... a fixação do regime integralmente fechado para o Recorrido não constitui óbice à apreciação do seu pedido de trabalhar externamente, mesmo porque a Lei n. 8.072/1990 não traz nenhuma vedação a esse respeito e a Lei de Execução Penal, em seus arts. 36 e 37, prevê a possibilidade de o condenado em regime fechado trabalhar extramuros, obviamente atendidos os requisitos legais, de natureza objetiva e subjetiva, a serem avaliados pelo juiz da execução.”

Todavia, apesar do acima exposto, *a pretensão não pode prosperar. Isto porque, em última análise, pretende o Paciente uma verdadeira progressão de regime prisional, lastreado no fato de haver sido concedido ao mesmo o trabalho externo e, em razão da localização do presídio, a inviabilidade de sua efetivação.* Aliás, no mesmo sentido a conclusão do Relator junto à Corte de

origem, ao asseverar que "... tal autorização de trabalho externo não poderá servir de base para que seja afrontada a lei no sentido de alterar o regime de cumprimento da pena, inclusive, transferindo-o para outra localidade prisional que venha obstacular aquela forma de execução ...". *Destarte, o Paciente nada trouxe que alterasse o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora** presentes na concessão da medida cautelar ora atacada. Ao contrário, o trabalho externo do condenado, que cumpre pena em regime fechado, é efetuado sob vigilância direta da Administração, ou seja, é necessária a escolta* (nesse sentido é a doutrina: cf. **Mirabete, in** Execução Penal, 8ª ed., Ed. Atlas, p. 106). No caso **sub judice**, como bem alertado pelo Ministério Público, por ocasião da interposição da medida cautelar, às fls. 13/17, tais requisitos não foram preenchidos.

Por tais fundamentos, *denego a ordem.*

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que deferiu medida cautelar requerida pelo representante do *Parquet*, suspendendo o trabalho externo do ora paciente, anteriormente autorizado pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

A impetração sustenta, em síntese, que a proibição de permanência do Réu em regime semi-aberto impossibilitou o exercício do trabalho externo, o qual seria compatível com o regime fechado imposto para o cumprimento da reprimenda. Alega que, em razão do deferimento do trabalho externo, o Estado deve propiciar a sua efetivação, sob pena de constrangimento ilegal.

O ilustre Ministro-Relator Jorge Scartezzini entendeu que a pretensão não poderia prosperar, pois, em última análise, *pretende o Paciente uma verdadeira progressão de regime prisional, lastreado no fato de haver sido concedido ao mesmo o trabalho externo e, em razão da localização do presídio, a inviabilidade de sua efetivação, razão pela qual denegou a ordem.*

Pedi vista para melhor exame dos autos.

Tenho por acompanhar o ilustre Ministro-Relator.

Os autos evidenciam hipótese de trabalho externo sem a necessária supervisão e sem remuneração.

Outrossim, na hipótese, o trabalho não se mostra compatível com o regime imposto na condenação.

Diante do exposto, acompanho o Relator para denegar a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 20.032 – SC

(Registro n. 2001.0197414-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrante: Janice de Bairros
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Paciente: Vanderlei Alves de Lima (preso)

EMENTA: Habeas corpus – Penal e Processo Penal – Estupro ficto (art. 213, **caput**, c.c. o art. 224, alínea **a**, ambos do CP) – Delito considerado hediondo – Impossibilidade de progressão de regime.

Consoante entendimento recentemente pacificado pelo colendo STF, secundado por julgados desta Corte, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em quaisquer de suas modalidades, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos (art. 1º da Lei n. 8.072/1990).

Hipótese dos autos em que incide a regra proibitiva da progressão de regime inserta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

Modificação do entendimento deste Relator.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. 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 Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 21 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 24.6.2002.

RELATÓRIO

O Sr .Ministro José Arnaldo da Fonseca: Adoto como relatório a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Dr. José Roberto F. Santoro, às fls. 53/54, **verbis**:

“Janice de Bairros impetra ordem de **habeas corpus**, em favor de Vanderlei Alves de Lima, se insurgindo contra v. aresto proferido pelas Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, em sede de revisão criminal, negou provimento ao apelo do Paciente, em que objetivava o direito à progressão de regime para cumprimento da reprimenda imposta.

Narra a inicial da impetração que o Paciente restou condenado a uma pena de seis anos de reclusão, em regime integralmente fechado, como incurso nas sanções do art. 213, **caput**, c.c. art. 224, alínea **a**, ambos do Código Penal.

A impetração sustenta estar o Paciente sofrendo constrangimento ilegal por parte do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que não reconheceu o direito do Paciente à progressão de regime, considerando, para tanto, ser o delito praticado taxado como crime hediondo, razão pela qual estabeleceu o regime integralmente fechado para cumprimento da pena imposta, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

A Impetrante ressalta que o Supremo Tribunal Federal, analisando controvérsia instaurada sobre o alcance da Lei n. 8.072/1990, proclamou o entendimento de que os crimes de atentado violento ao pudor e estupro somente são classificados como hediondos, se deste fato resultar lesão corporal de natureza grave ou morte. Sendo assim, em sua forma simples e, na hipótese de violência presumida, não são considerados como tal.

Afirma que a Lei n. 8.072/1990, em seu art. 1º, não menciona a combinação do art. 213 com o art. 224, razão pela qual, mesmo que se considere o crime de estupro em sua forma simples como hediondo, jamais poder-se-á atribuir tal etiquetagem ao estupro praticado mediante

violência presumida. Assinala que o STJ já negou a denominação de crimes hediondos aos delitos sexuais praticados mediante violência presumida, modificando o regime prisional para apenas inicialmente fechado.

Deste modo, ante o evidente constrangimento ilegal, a impetração postula a concessão da liminar para o fim de excluir a aplicação das restrições e dos gravames previstos na Lei n. 8.072/1990, concedendo ao Paciente o direito à progressão de regimes, rogando, ao final, pela ordem definitiva.”

A liminar foi indeferida por despacho de fl. 25.

Oficiada a Corte-impetrada, vieram as informações de estilo (fls. 31/32). Ouvido, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Qual visto, a presente impetração visa modificar o regime prisional integralmente fechado imposto ao Paciente, condenado como incurso nas penas do artigo 213, c.c. art. 224, alínea **a**, ambos do Código Penal.

Sustenta a Impetrante que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em sua forma simples ou com violência presumida, não se enquadram na definição legal de crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990), mas somente recebem essa qualificação quando deles resultarem lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima, nos termos do art. 223, **caput**, ou no seu parágrafo único do Código Penal.

Data venia da respeitável orientação jurisprudencial que embasa a súplica ora em apreço, entendo que a mesma não merece acolhida.

É que, recentemente, o colendo STF, à oportunidade do julgamento do HC n. 81.288-SC (ainda não publicado), manifestou entendimento segundo o qual os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados hediondos, ainda que deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, ou praticados mediante violência presumida.

Para melhor elucidar a questão, transcrevo trechos do voto-condutor do acórdão lavrado pelo ilustre Ministro Carlos Velloso, **verbis**:

“Voto-vista: O paciente foi condenado pelo crime tipificado no

art. 213, c.c. os arts. 226, II; 71, **caput**, e 69 do Código Penal, à pena de 16 (dezesseis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado. A condenação do Paciente foi por ter praticado crime de estupro contra duas vítimas, suas filhas. Está na sentença condenatória (fl. 13):

‘(...)

A filha Patrícia, vítima mais velha, noticiou a ocorrência do primeiro estupro na comarca de Ibirama, isto quando contava com apenas 11 anos de idade. O ato sexual criminoso se houve quando sua mãe saiu, não havendo mais ninguém na residência, a não ser Réu e vítima. E assim se sucederam inúmeros crimes, cerca de dois por semana durante aproximadamente cinco anos, o acusado utilizando-se sempre do mesmo **modus operandi**, qual seja, com a ausência da esposa, mandava o irmão fazer qualquer tarefa para ficar sozinho na residência com a vítima, quando então ocorria o constrangimento sexual.

Relatou Patrícia, inclusive, que a violência chegou ao ponto do acusado lhe ter amordaçado com as vestes da mesma que antes rasgara.

No que se refere à vítima Gisele, com a saída de Patrícia do lar, pelos motivos acima delineados, o Réu, lançando mão de idêntica maneira de execução, passou a estuprá-la com a mesma regularidade, porém durante um lapso temporal de aproximadamente cinco meses.

(...).”

Sustenta-se, na impetração, que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, consoante entendimento desta Corte, só se caracterizam como hediondos se da violência resultar lesão corporal de natureza grave ou de morte (fls. 4/7).

O eminente Ministro Maurício Corrêa, relator, concedeu a ordem para anular os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 271.167 e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no Ag n. 3.232-8.

Passo a votar.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no REsp n. 271.167-SC, relator o Ministro Vicente Leal, está assim ementado (fl. 45):

‘Execução penal. Recurso especial. Estupro. Crime hediondo. Comutação da pena. Indulto. Impossibilidade.

O crime de estupro, definido no art. 213 do Código Penal, encontra-se compreendido no conceito de crimes hediondos, sendo insusceptível de concessão de indulto, nos termos do art. 2º, I, da Lei n. 8.072/1990.

Recurso especial não conhecido.

(...).”

O que se sustenta é que o crime de estupro, para ser considerado como crime hediondo, dele deve resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, o que foi acolhido pelo eminente Relator. Asseverou S. Ex.ª: ‘no caso vertente, não considero hediondos os crimes praticados pelo Paciente, dado que da violência não resultou lesão corporal de natureza grave ou morte’. Invocou o eminente Relator, ademais, precedentes da Turma: HC n. 78.305, Néri da Silveira; HC n. 80.223, Jobim; HC n. 80.353, M. Corrêa. Esses precedentes cuidam, segundo o eminente Relator, do crime de atentado ao pudor. Todavia, no HC n. 80.223, Jobim, ‘decidiu-se, por unanimidade, que tanto o atentado violento ao pudor quanto o estupro, para serem considerados como crimes hediondos, devem resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte’.

Abrindo o debate, esclareça-se que a Lei n. 8.072/1990, art. 1º, definiu o estupro como crime hediondo. Posteriormente, essa classificação foi ratificada pelo art. 1º da Lei n. 8.930, de 6.9.1994, que deu nova redação ao citado art. 1º da Lei n. 8.072/1990.

Dispõe o art. 1º, V e VI, da Lei n. 8.072/1990, com redação da Lei n. 8.930/1994.

‘Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7.12.1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

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

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

Por isso, porque o art. 1^a da Lei n. 8.072/1990, com a redação da Lei n. 8.930/1994, reza que são considerados crimes hediondos os crimes de estupro, ‘art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único’ e atentado violento ao pudor, ‘art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único’, há quem sustente que somente se caracterizam como hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor quando cometidos mediante violência real, ou, noutras palavras, seriam hediondos somente quando da violência resultar morte ou lesão corporal de natureza grave, na forma do disposto no art. 223 do Código Penal. Então, somente seriam hediondos os tais crimes (estupro e atentado violento ao pudor) quando praticados mediante violência real e desde que resultasse dessa violência lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 223 e seu parágrafo único), afastada, em consequência, a presunção de violência do art. 224 do Código Penal.

Perfilha esse entendimento, de que o estupro e o atentado violento ao pudor, nas suas formas simples, não são hediondos, **Alberto Silva Franco** (Crimes Hediondos, São Paulo, RT, 4^a ed., 2000, p. 235). Em sentido contrário, vale dizer, no sentido de que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, na forma simples, são também hediondos (o registro é de **Damásio de Jesus**) os seguintes doutrinadores: **Delmanto**, Código Penal Comentado, Renovar, 5^a ed., 2000, pp. 412 e 417; **Paulo José da Costa Júnior**, Curso de Direito Penal, Parte Especial, Saraiva, 1991, III/4 e 5; **Alberto Zacharias Toron**, Crimes Hediondos, São Paulo, RT, 1996, p. 99; **Luiz Régis Prado e César Roberto Bitencourt**, Código Penal Anotado, RT, 2^a ed., 1999, p. 694 (parte anotada por **César Roberto Bitencourt**); **Mirabete**, Código Penal Interpretado, Atlas, 2000, p. 1.268, n. 214.5 (referindo-se ao atentado violento ao pudor); **Mirabete**, Manual de Direito Penal, Parte Geral, São Paulo, Atlas, 1998, I: 135, n. 3.6.22; **João José Leal**, Crimes Hediondos, São Paulo, Atlas, 1996, pp. 24 e 76; **Antônio Scarance Fernandes**, Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos, São Paulo, 1993, p. 70, nota 2; **Antônio José Miguel Feu Rosa**, Direito Penal, Parte Especial, RT, 1995, p. 545. (**Damásio de Jesus**, Estupro e Atentado Violento ao Pudor, nas Formas Típicas Simples, são Hediondos, in RT 789/506 e www.damasio.com.br, fev. 2001). O próprio **Damásio** deixa expresso que essa é a sua posição (Código Penal Anotado, São Paulo, Saraiva, 10^a ed., 2000, p. 700), lecionando que a Lei n. 8.072/1990 ‘é clara ao fazer referência aos nomes dos delitos e respectivos dispositivos: crimes de estupro e atentado violento ao pudor,

previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal. Lembrou-se o legislador das formas qualificadas pelo resultado do art. 223, **caput** e parágrafo único. Por isso, depois de indicar o **nomen juris** e o número das disposições incriminadoras, mencionou as figuras qualificadas. Não diz, por exemplo, ‘estupro em sua combinação com o art. 223’, mas ‘estupro e sua combinação ...’ (destaque nosso). Quer dizer, crime de estupro simples e qualificado’. (ob. e loc. cit.).

Estou em que a razão está com a maioria dos doutrinadores: os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples, Código Penal, arts. 213 e 214, quanto na qualificada, Código Penal, art. 223, **caput** e parágrafo único, são hediondos, **ex vi** do disposto na Lei n. 8.072/1990, art. 1º, V e VI.

O que deve ser considerado é que tais crimes são tratados, na Lei n. 8.072/1990, art. 1º, V e VI, com a redação da Lei n. 8.930/1994, nas suas formas simples e qualificadas, com caráter autônomo.

Saliente-se, por primeiro, que a conjunção ‘e’ [estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** ...), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** ...)] conjunção coordenativa aditiva dá a idéia de soma, acréscimo, assim de termos autônomos. No caso, o que está na lei é isto: são crimes hediondos o estupro tipificado no art. 213 do Código Penal e sua combinação com o art. 223, vale dizer, e o estupro qualificado, o mesmo devendo ser dito relativamente ao atentado violento ao pudor.

Dir-se-á: para que o acréscimo, dado que, se considerados hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor, nas suas formas simples, **a fortiori** as suas formas qualificadas também o seriam? É que, em Direito Penal, tem vigência o princípio da reserva legal, princípio esse que, na ordem jurídica brasileira, tem **status** constitucional: CF, art. 5º, XXXIX; não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Em tema de crime e de pena não é condenável, portanto, o excesso na tipificação.

O entendimento que sustentamos mais se reforça se combinarmos o art. 1º, V e VI, com o art. 6º, ambos da Lei n. 8.072/1990. É que o art. 6º majorou as penas dos crimes nela tipificados, assim dos crimes de que cuidamos, tanto nas suas formas simples quanto qualificadas (Código Penal, arts. 213, 214 e 223) sem distingui-los, a indicar que, na verdade, a utilização, nos incisos V e VI do art. 1º, da conjunção coordenativa ‘e’, tem o sentido de adição, soma, acréscimo. É dizer, são

hediondos os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, nas suas formas simples e nas suas formas qualificadas: art. 213 e sua combinação com o art. 223 ... art. 214 e sua combinação com o art. 223 ...

Deve ser considerado, ademais, que o núcleo do tipo objetivo do crime de estupro (Código Penal, art. 213) é constranger mulher à conjunção carnal, ou seja, forçar mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. No atentado violento ao pudor, o mesmo pode ser dito relativamente a alguém, vale dizer, constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com esse alguém se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal (Código Penal, art. 214).

No tipo objetivo de ambos os crimes (estupro e atentado violento ao pudor) está presente a violência ou a grave ameaça, a deixarem na vítima seqüelas morais graves. Escrevendo sobre o crime de estupro, lecionou a Desembargadora **Maria Berenice Dias**, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que ‘a hediondez do estupro está na sua prática e não nas seqüelas de ordem física que possa ter provocado na vítima. Trata-se de delito complexo que, além de atentar contra a liberdade sexual da mulher, agride sua integridade física, emocional e mental. A essência do crime é o uso da violência na prática do ato sexual indesejado, não havendo a possibilidade de se ter como qualificativo de maior ou menor hediondez a ocorrência de lesões corporais ou a morte’. E acrescenta: ‘Ora, não são meras conseqüências de ordem física que caracterizam o estupro como crime hediondo, mas, sim, as seqüelas de ordem psíquica e emocional que marcam a mulher para o resto da vida, ainda que de forma invisível’. (**Maria Berenice Dias**, Estupro, Crime Duplamente Hediondo, Correio Braziliense, Caderno Direito e Justiça, 27.8.2001).

No julgamento do HC n. 77.480, por mim relatado, decidiu a Segunda Turma:

‘Ementa: Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Crime hediondo. Lei n. 8.072/1990, art. 1º, VI.

I – A hipótese cuida de atentado violento ao pudor contra menor de 3 (três) anos de idade, considerado crime hediondo, nos termos do art. 1º, VI, da Lei n. 8.072/1990.

II – Para a aplicação da majorante prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, nos casos de atentado violento ao pudor, não se

exige a ocorrência de lesão grave ou morte (HC n. 74.780-RJ, Min. Maurício Corrêa, DJ de 6.2.1998, e HC n. 76.004, Min. Ilmar Galvão, DJ de 19.5.1998).

III – HC indeferido.’ (RTJ 169/993).

No meu voto, invoquei o decidido pela Primeira Turma no HC n. 76.004, relator o Ministro Ilmar Galvão.

Do exposto, com a vênia do Sr. Ministro-Relator, indefiro o *writ*.” (excerto colhido do Informativo STF n. 255, via Internet).

Nesse sentido também já se manifestou essa colenda Turma, **verbis**:

“Penal. Recurso especial. Tentativa de estupro. Fundamentação da pena. Substituição.

I – De acordo com recente v. aresto do colendo Pleno da Augusta Corte (Informativo n. 255), o estupro na forma básica ou fundamental é crime hediondo.

II – A redução pela **conatus** (art. 14, parágrafo único, do CP) tem como referencial o **iter** percorrido e não as circunstâncias judiciais. Não há que se acolher nulidade se o **decisum** fez tal indicação.

III – A substituição da pena privativa de liberdade, **ex vi** do art. 44 do CP não se realiza quando se trata de crime hediondo em virtude de manifesta incompatibilidade (**v.g.** art. 12 do CP).

Recurso não conhecido.” (REsp n. 264.575-SP, relator Min. Felix Fischer, DJ de 18.3.2002).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Violência ficta. Regime de execução.

Ressalvado entendimento do relator e seguindo o novo entendimento do Pleno do Pretório Excelso (Informativo n. 255), o atentado violento ao pudor, na forma básica, o que inclui o caso de violência presumida, é crime hediondo, incidindo, então, a regra inserida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Writ denegado.” (HC n. 19.221-PR, relator Min. Felix Fischer, DJ de 4.3.2002).

Não obstante tenha sustentado anteriormente entendimento diverso perante esta Quinta Turma (**v.g.** HC n. 18.766-SP, DJ de 25.2.2002, de minha

relatoria), após estudo mais detido da matéria, modifiquei o meu ponto de vista para aderir à tese sufragada nos precedentes acima alinhados.

Por todo o exposto, denego a ordem.

RECURSO ESPECIAL N. 115.919 – DF

(Registro n. 1996.0077479-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Recorrido: Wagner Alves
Advogado: Marcos Geraldo Teixeira Santana (Defensor Público)

EMENTA: Criminal – REsp – Rapto – Vítima menor – Momento consumativo – Retirada da esfera de vigilância do responsável legal – Intenção de constituir concubinato com a vítima – Irrelevância – Menor absolutamente incapaz de contrair matrimônio – Recurso provido.

I – O crime de rapto se consuma no momento da retirada da vítima da esfera de vigilância daquele que é seu responsável legal.

II – A suposta intenção do agente de tornar a vítima sua concubina se faz irrelevante em razão da idade da vítima, absolutamente incapaz para contrair matrimônio.

III – Recurso provido para, cassando-se o acórdão recorrido, anular-se a decisão monocrática a fim de que outra seja proferida, incluindo-se o delito de rapto na condenação do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 19 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 22.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com base no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pela Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que negou provimento ao recurso de apelação ministerial interposto contra a sentença que absolveu o Recorrido do crime de rapto.

O acórdão guerreado recebeu a seguinte ementa (fl. 141):

“Estupro. Materialidade e autoria demonstradas. Condenação. Recurso. Pretendida **reformatio in pejus**. Rapto. Descaracterização. Sentença condenatória mantida. Recurso desprovido.

Não há falar-se em crime de rapto, se resta demonstrado que a retirada da ofendida não se verificou com o propósito de vir a ser ela conhecida carnalmente.”

Em razões, o Recorrente alega negativa de vigência aos arts. 219 e 222 do Código Penal.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 162/164).

Admitido o recurso, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu provimento (fls. 170/173).

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 Distrito Federal e Territórios que negou provimento ao recurso do Ministério Público, mantendo a sentença de 1^o grau que entendeu não caracterizado o crime de rapto, **in casu**.

Consta dos autos que o Recorrente foi denunciado como incurso nos arts. 213 e 219, nos termos do art. 222, todos do Código Penal, pois teria, em tese, estupro menor de idade e raptado-a.

Segundo narrado, o Recorrido, companheiro da mãe da vítima – à época com 11 (onze) anos de idade – manteve relacionamento sexual com a menor, sob o teto de sua genitora, por algumas vezes.

Após algum tempo, teria raptado a menor e, levando-a a um sítio afastado e mantendo-a em uma casa que ali se situava, deu prosseguimento ao relacionamento de caráter sexual.

Denunciado por prática de estupro e rapto, em concurso material – nos termos do art. 222 do Código Penal –, o juiz-sentenciante do feito entendeu configurada somente a conduta de estupro.

Acatou o magistrado a tese defensiva, quanto ao crime de rapto, no sentido de que o Recorrido teria retirado a menor da esfera de vigilância de sua mãe, levando-a para residir num sítio, com o intuito de fazer da criança sua companheira. Assim, não reconheceu o fim libidinoso que caracteriza o tipo do art. 219 do CP, condenando-o somente pelo estupro.

Inconformado, apelou o *Parquet* da sentença, pretendendo a condenação do Recorrido, nos termos da denúncia.

Contudo, o Tribunal **a quo** entendeu, assim como o juiz, que o crime não estava configurado. Como argumento, entretanto, valeu-se do fato de que o Réu já vinha mantendo relacionamento carnal com a vítima. Em outras palavras, prévio conhecimento sexual entre Réu e vítima descaracterizaria o rapto.

Ainda irresignado, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios interpôs o presente recurso especial, apontando como violados os arts. 219 e 222 do Código Penal.

Tenho que assiste razão ao Recorrente.

Conforme se depreende do relatado, o cerne da questão é o momento consumativo do crime de rapto mediante fraude, previsto no art. 219 do Código Penal, **verbis**:

“Art. 219. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”

A respeito da conduta em análise, entendo pertinentes os comentários de **Paulo José da Costa Júnior** (Direito Penal – Curso Completo, Ed. Saraiva, São Paulo, 1999, pp. 513/514):

“O rapto, mediante emprego de fraude e violência, poderá consistir tanto na subtração quanto na retenção da vítima. Violência e fraude foram colocadas em pé de igualdade: tanto a pessoa violentada quanto a pessoa iludida terão viciada a formação da vontade.

Existe subtração quando a mulher é retirada do local em que se encontra submetida à autoridade doméstica ou a qualquer exercício legítimo de autoridade, como tutela, vigilância, tratamento, custódia, fins educacionais. Verifica-se a retenção quando, achando-se a mulher honesta na esfera de domínio do sujeito ativo por uma razão legítima, seja retida indevidamente, subtraindo-se à esfera de vigilância das pessoas que sobre ela exercitam autoridade, cuidado, tratamento ou custódia. Enquanto a subtração pressupõe a trasladação da vítima, de um lugar para outro, a retenção se processa sem o deslocamento.”

Assim, tem-se que o crime de rapto é aperfeiçoado no momento em que a vítima é retirada da esfera de vigilância de seu responsável legal, como o foi, reconhecidamente, tanto em 1ª, quanto em 2ª grau de jurisdição, a vítima, **in casu**.

A circunstância de o Réu alegar sua intenção em fazer da menor sua companheira também pouco importa, pois, para a caracterização do delito, a concretização do fim libidinoso não se faz necessária.

Ademais, o Código Penal prevê a própria circunstância do *casamento* somente como caso de diminuição da pena, e não de excludente de ilicitude. Contudo, no caso dos autos, nem mesmo esta circunstância poderia ter sido invocada em favor do Recorrente, em virtude da idade da vítima – 11 anos –, cuja incapacidade para contrair o matrimônio não poderia ser contornada nem mesmo pelo consentimento dos pais.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para, cassando o acórdão recorrido, anular a decisão monocrática a fim de que outra seja proferida, incluindo-se o delito de rapto na condenação do Réu.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 264.265 – BA

(Registro n. 2000.0062032-7)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Condomínio Shopping Barra

Advogados: Sebastian Borges de Albuquerque Mello e outros

Recorrida: Muzza Pizza Ltda

Advogado: James Adorno

EMENTA: Processo Civil – Recurso especial – Locação – Ação de despejo – Execução de sentença com trânsito em julgado – Impetração de mandado de segurança – Inadequação da via eleita – Dissídio pretoriano comprovado e existente – Aplicação das Súmulas n. 267 e 268 do STF.

1. Estando a divergência jurisprudencial comprovada (art. 105, III, c, da CF, c.c. art. 255 e parágrafos do RISTJ), anoto que, na esteira do entendimento pacífico desta Corte Superior, o mandado de segurança não é sucedâneo de recurso, salvo em situações teratológicas da decisão ou a possibilidade desta causar dano irreparável ou de difícil reparação. No caso em questão, não se apresenta nenhuma dessas hipóteses. Da sentença que determinou o despejo da recorrida, poderia esta ter interposto o recurso de apelação. Ademais, incabível, também, o *writ* para atacar sentença acobertada pelo manto da coisa julgada, sendo plausível, apenas, a ação rescisória. Incidência das Súmulas n. 267 e 268, ambas do Pretório Excelso.

2. Reconhecida a inadequação da via eleita, com a conseqüente fulminação da impetração, resta prejudicada a análise do recurso com fundamento na alínea a do permissivo constitucional (arts. 14, 215, 244, 513 e 535, I e II, todos do CPC, e art. 5º da Lei n. 1.533/1951).

3. Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para, reformando **in totum** o v. acórdão de origem, julgar extinto o **mandamus**, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Custas **ex lege**. Sem honorários, a teor das Súmulas n. 512-STF e 105-STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 3 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 11.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso especial em mandado de segurança interposto por Condomínio Shopping Barra, com fundamento no artigo 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 291, prolatado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que, à unanimidade, concedeu a segurança. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Ação de despejo. Preliminar de carência de ação rejeitada. Citação com hora certa nula. Nulo o processo por ausência de nomeação de curador especial. Cabimento do **mandamus** para reconhecer a nulidade do processo. Segurança concedida.

A presente ação não perdeu o seu objeto por ter ocorrido o ato de despejo, antes de concedida a liminar, eis que, sendo nula a citação, todos os demais atos, inclusive a sentença, não têm efeito, devendo ser declarada a nulidade, até mesmo para que o locatário pleiteie perdas e danos, com base no art. 64 da Lei do Inquilinato. A citação com hora certa é nula porque realizada sem a observância dos pressupostos exigidos no art. 227 do Código de Processo Civil, ou seja, procurar o Réu no seu domicílio ou residência indicados na inicial e no contrato de locação. Ademais, mesmo nula a citação, o **a quo** proferiu sentença sem nomear curador especial ao revel citado com hora certa. Inocorrência de trânsito em julgado da sentença, face à nulidade da citação. Pelo que, cabe o mandado de segurança para proteger o direito líquido e certo do Réu de ser citado validamente.”

Interpostos embargos de declaração (fls. 303/312), foram os mesmos rejeitados (fl. 318).

Alega o Recorrente, na via do especial, em síntese, que o v. aresto guerreado violou o art. 535, I e II, do CPC, posto que deixou de integralizar o julgado, mantendo as omissões apontadas. Sustenta, também, infringência

ao art. 215 do CPC, porquanto considerou ficta a citação feita na pessoa do representante legal da empresa, bem como ao art. 244 do mesmo estatuto processual civil, na medida em que analisou o ato apenas sob a forma constante da certidão do Oficial de Justiça (citação por hora certa), desconsiderando sua essência e sua finalidade. Aduz, ainda, violação ao art. 14 do CPC, haja vista que o sócio-gerente que recebeu a citação descumpriu o dever de agir com lealdade no momento em que omitiu-se de declarar tal condição ao Oficial, vindo a fazê-lo só após notificado do despejo, beneficiando-se de sua própria torpeza. Argumenta, também, que o v. acórdão recorrido contrariou o art. 513 do CPC, e o art. 5^a da Lei n. 1.533/1951, visto que a locatária, ora recorrida, não interpôs o recurso próprio para impugnar a sentença de mérito, **in casu**, a apelação. Aventa, ainda, divergência jurisprudencial com as Súmulas n. 267 e 268 do Supremo Tribunal Federal (fls. 326/341).

Não foram apresentadas as contra-razões (fl. 359).

Admitido o recurso às fls. 361/364, subiram os autos a essa Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, inicialmente alega o Recorrente dissídio pretoriano, fulcrado na alínea **c** do permissivo constitucional, entre o v. acórdão de origem e as Súmulas n. 267 e 268 do colendo Supremo Tribunal Federal. Esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, aplicáveis à espécie, para apreciação da divergência jurisprudencial, deverão ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como, na maioria dos casos, juntadas cópias integrais de tais julgados, ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Contudo, consoante ensina-nos **Theotônio Negrão**, in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 1999, 30^a ed., p. 1.677, nota 14 ao art. 255 do RISTJ, aceita-se que “*se a divergência for contra a súmula, basta a transcrição desta (art. 124)*”. Tendo ocorrido o necessário cotejo, *conheço da divergência aventada, uma vez que foram observados tais requisitos*.

Passo a seu exame.

Compulsando os autos, verifico que o ora recorrente ajuizou ação de despejo por falta de pagamento contra a Recorrida, sendo esta julgada procedente, com a rescisão do contrato de locação e posterior expedição de

mandado de notificação e despejo, para desocupação do imóvel. Tal julgado transitou em julgado (fl. 77-verso). A locatária-recorrida, inconformada com a execução do desalijo, impetrou o presente **mandamus** alegando nulidade na citação.

Na esteira de jurisprudência pacífica desta Corte Superior, o mandado de segurança não é sucedâneo de recurso, salvo em situações teratológicas da decisão ou a possibilidade desta causar dano irreparável ou de difícil reparação. No caso em questão, não se apresenta nenhuma dessas hipóteses. Da sentença que determinou o despejo da Recorrida, poderia esta ter interposto o recurso de apelação. Mesmo que este não fosse dotado de efeito suspensivo, aí, sim, valer-se-ia da medida cautelar ou da via mandamental, conforme inúmeros entendimentos doutrinários.

Contudo, impetrar diretamente este *writ* é impossível, já que acobertada a r. sentença pelo manto da coisa julgada, sendo plausível, apenas, uma ação rescisória.

Neste sentido, os Enunciados Sumulares n. 267 e 268, ambos do Pretório Excelso, trazidos para confronto. Estão assim redigidos, respectivamente, **verbis**:

Súmula n. 267 – “*Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.*”

Súmula n. 268 – “*Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.*”

Na mesma esteira, válidos os seguintes precedentes deste Colegiado Superior de Uniformização Infraconstitucional:

“Processual Civil. Mandado de segurança. Ato judicial. Ato teratológico. Inexistência. Decisão judicial com trânsito em julgado. Descabimento do **mandamus**. Súmula n. 268 do STF.

– A jurisprudência pretoriana, amenizando os rigores do comando expresso na Súmula n. 267 do Supremo Tribunal Federal, tem admitido a impetração de segurança contra decisão judicial, passível de recurso sem efeito suspensivo, desde que interposto este a tempo e modo, ou ainda quando esta apresente natureza teratológica, flagrantemente afrontosa ao Direito.

– O não-reconhecimento pelo juiz da causa de alegada inépcia de peça inicial não consubstancia ato teratológico, susceptível de causar

dano irreparável ou de difícil reparação, posto que eventual procedência da demanda poderá ser impugnada pela via recursal própria.

– *Inadmissível a impetração do **mandamus** para fins de ataque à sentença judicial com trânsito em julgado, nos termos da Súmula n. 268 do STF.*

– Recurso ordinário desprovido.” (RMS n. 1.709-MG, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 1.7.2002).

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Recurso adequado. Súmulas n. 267 e 268 do egrégio Supremo Tribunal Federal.

1. O mandado de segurança não serve como sucedâneo do recurso adequado, mormente porque, na hipótese, a Recorrente tinha à sua disposição meios adequados para requerer o efeito suspensivo aos recursos pertinentes ao caso. ‘Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.’ (Súmula n. 267-STF).

2. ‘*Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.*’ (Súmula n. 268-STF).

3. Recurso ordinário desprovido.” (RMS n. 7.774-SP, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 18.2.2002).

Reconhecida a inadequação da via eleita, com a conseqüente fulminação da impetração, resta prejudicada a análise do recurso com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional (arts. 14, 215, 244, 513 e 535, I e II, todos do CPC, e art. 5^a da Lei n. 1.533/1951).

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, nos termos acima expostos e, neste aspecto, dou-lhe provimento para, reformando in totum o v. acórdão de origem, julgar extinto o **mandamus**, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Custas ex lege. Sem honorários, a teor das Súmulas n. 512-STF e 105-STJ.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 295.648 – RJ

(Registro n. 2000.0140013-4)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Jocomar Peres Cardoso

Advogados: Sérgio L. da Silva Santos e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA: Penal – Recurso especial – Atentado violento ao pudor – Absolvição – Crime continuado – Agravante – **Bis in idem** – Regime – Progressão.

I – A pretensão de reexame de provas não enseja recurso especial (*Súmula n. 7-STJ*).

II – Se a matéria acerca do número de delitos cometidos, objeto da súplica especial, não foi, especificamente, enfrentada em 2º grau, o recurso não pode, neste ponto, ser conhecido dada a ausência de prequestionamento. (*Súmulas n. 282 e 356-STF*). Entretanto, deve-se adequar a exasperação tendo em vista que o aumento pela continuidade delitiva se dá levando-se em conta o número de infrações (*precedentes STF e STJ*).

III – A agravante do artigo 61, inciso II, alínea h (crime cometido contra criança) não incide nos casos em que a menoridade da vítima constitui elemento do crime, sob pena de caracterizar **bis in idem**. (precedente do colendo Supremo Tribunal Federal).

IV – A violência ficta, tanto no atentado violento ao pudor como no estupro, não está arrolada no artigo 1º da Lei n. 8.072/1990, razão pela qual, aí, não incide a restrição do § 1º do artigo 2º da mesma **Lex**. (*precedentes*).

V – Concede-se **habeas corpus ex officio** para que, adequada a pena, o regime inicial seja o semi-aberto.

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. **Habeas corpus concedido ex officio**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, para reduzir a pena quanto ao item do crime continuado, retirar a agravante do crime cometido quanto à criança e conceder **habeas corpus** de ofício quanto ao regime inicial, semi-aberto, com direito à progressão. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezini, Edson

Vidigal e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente, o Dr. Ricardo Brandão Marques, pelo recorrente.

Brasília-DF, 21 de agosto de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 8.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão da colenda Sétima Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A questão restou assim narrada no parecer do *Parquet*, **in verbis**:

“Cuida-se de recurso especial interposto por Jocomar Peres Cardoso, com fulcro no artigo 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através do qual, dando parcial provimento ao apelo da acusação e improvendo o apelo da defesa, confirmou a condenação que fora imposta ao Recorrente em 1ª instância, pela prática, em continuidade, do delito de atentado violento ao pudor (artigo 214, c.c. arts. 224, **a**, e 71, todos do Código Penal), majorando-lhe a pena privativa de liberdade, entretanto, para 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado.

Sustenta o Recorrente, em síntese, a) que a decisão do Tribunal **a quo** é nula, porque fundamentada em laudo cuja nulidade havia sido expressamente declarada na sentença; b) a ocorrência de **bis in idem** pela aplicação da agravante prevista no artigo 61, II, **h**, do Código Penal; c) a impossibilidade da majoração da pena em função da continuidade delitiva, eis que inexistiria prova da ocorrência dos três fatos que lhe foram imputados, e tampouco de suas datas precisas, o que impossibilitaria a verificação da ocorrência, ou não, da decadência do direito de representação, e, por fim, d) ofensa ao artigo 1º, VI, da Lei n. 8.072/1990, uma vez que o crime de atentado violento ao pudor cometido mediante violência ficta, por não ser considerado hediondo, admite a progressão de regime de cumprimento da pena.

Contra-razões às fls. 319/323.

Despacho de admissão do recurso na Instância **a quo** às fls. 325/326.” (fls. 333/334).

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo parcial conhecimento do recurso e, na parte conhecida, pelo seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Pleiteia o Recorrente, condenado por atentado violento ao pudor a 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a absolvição por ausência de provas ou a retirada da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea **h**, do Código Penal, a redução do aumento da continuidade delitiva e a possibilidade de progressão de regime prisional.

Quanto ao pedido de absolvição, alega a defesa que o acórdão se baseou em laudo nulo para manter a condenação do ora recorrente. Entretanto, o v. acórdão reprochado apenas manteve a decisão condenatória de 1^a grau que, embora tenha declarado a prova pericial como imprestável, condenou o ora recorrente com base em declarações da vítima e em outros elementos constantes dos autos. Senão vejamos:

“Saliente-se que, em crimes que tais, a versão da vítima assume considerável valor probante, quando não surge como o único elemento de prova com que se pode contar, dado que, a exemplo da hipótese **sub examen**, são no mais das vezes praticados ao abrigo da presença de testemunhas. Não se vislumbrando motivação razoavelmente demonstrada que apontasse a intenção manifesta de incriminar indevidamente o indigitado agente da conduta delituosa, não se vê como se possa desconsiderar ou inquirar de fantasioso o relato da vítima, ao simples argumento de se tratar ela de uma criança, máxime quando a este subsídio se vêm juntar outros, tais como a descrição pelos pais do menor de sua reação espontânea logo após a ocorrência de um dos fatos narrados na denúncia.” (fl. 230).

E esse entendimento de que nos casos de crimes contra os costumes, cometidos na quase totalidade das vezes às escondidas, os depoimentos das vítimas assumem forte relevância tem prevalecido na jurisprudência sob pena de, entendendo-se de forma distinta, haver ampla impunidade, uma vez que são raras as hipóteses de testemunhas presenciais nestes casos.

Outro não é o entendimento do Pretório Excelso:

“Competência. **Habeas corpus**. Ato de Tribunal de Justiça.

Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer **habeas corpus** impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior.

Estupro. Prova. Depoimento da vítima.

Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros.

Estupro. Configuração. Violência presumida. Idade da vítima. Natureza.

O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea a, do Código Penal.” (HC n. 73.662-MG, Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 20.9.1996).

Nesse sentido também já se manifestou essa Corte:

“**Habeas corpus**. Estupro e atentado violento ao pudor. Prova. Palavra da vítima.

1. A palavra da vítima, nos crimes contra os costumes, quando em perfeita harmonia com outros elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria por ela apontada.

2. Ordem denegada.” (HC n. 9.289-SP, Sexta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 16.11.1999).

“Processo Penal. **Habeas corpus**. Crime de estupro e atentado violento ao pudor. Sentença condenatória. Anulação. Novo laudo pericial. Condenação fundada em outros elementos de prova. Idoneidade.

– Na hipótese de crime de estupro e atentado violento ao pudor, a palavra da vítima, corroborada por prova testemunhal idônea, tem relevante valor probante e autoriza a condenação quando em sintonia com outros elementos de provas.

– **Habeas corpus** denegado.” (HC n. 15.258-SP, Sexta Turma, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 11.6.2001).

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Estupro. Sentença condenatória: alegação de insuficiência de provas para a condenação. Palavra da vítima: valor probante. Apelação. Ausência de intimação pessoal do Defensor Público para o julgamento. Nulidade.

Conquanto tenha o laudo pericial registrado apenas a ocorrência de conjunção carnal, não fazendo alusão à ocorrência de violência, não está o Juiz obrigado a acatá-lo e absolver o réu, desde que outros elementos de convicção, especialmente a palavra da vítima – de crucial importância nesse tipo de delito –, corroborada por harmônica prova testemunhal conduzem o Magistrado a um seguro juízo de condenação. Ademais, a via do HC não se mostra idônea para se pretender a absolvição do réu por insuficiência de provas.

Consoante preconiza o art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, com a redação da Lei n. 7.871/1989, a intimação do Defensor Público deve ser pessoal em ambas as instâncias. Logo, a falta de intimação pessoal do Defensor Público da inclusão em pauta e da data designada para julgamento da apelação enseja nulidade absoluta.

Pedido parcialmente deferido.” (HC n. 10.852-PR, Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 22.11.1999).

Assim, decidir de forma distinta, declarando a inocência do Réu, exigiria, aqui, um reexame do material fático-probatório vedado em sede especial (*Súmula n. 7-STJ*).

Outro não foi o entendimento da douta Subprocuradoria Geral da República, a saber:

“Com efeito, no que respeita à alegação de que a decisão colegiada teria se fundamentado em laudo previamente declarado nulo pela sentença monocrática, verifica-se que, apesar do acórdão efetivamente se reportar àquela prova, está ele alicerçado também em outros elementos de convicção, os quais, por si sós, já seriam suficientes para

embasar o decreto condenatório. E isso pode ser comprovado pelo singular fato de o Recorrente ter sido condenado em 1ª instância, exatamente onde se reconheceu a nulidade do referido laudo.” (fl. 335).

No que tange ao aumento da continuidade delitiva, alega o Recorrente que uma das condutas não restou provada pela acusação, o que se deveria levar em consideração quando da aplicação da pena.

Entretanto, tal matéria não foi discutida no v. acórdão reprochado, o que impede o conhecimento por esta Corte, conforme enunciados das *Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal*, aplicáveis ao recurso especial.

Deve-se, contudo, adequar o aumento de pena decorrente da continuidade delitiva. Já é pacífico que é o *número de infrações* o critério fundamental para efeito de determinação do acréscimo relativo à continuidade delitiva, em se tratando da hipótese do **caput** do art. 71 do CP. Nesse sentido: **Celso Delmanto** ... [et. al.], *Código Penal Comentado, Renovar*, 5ª ed., 2000, p. 134; **Alberto Silva Franco** ... [et. al.], *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. I, Tomo 1, Parte Geral, RT, 6ª ed., 1997, p. 1.146. Este último autor tece o seguinte comentário sobre a exacerbação da pena pela continuidade delitiva:

“O número de infrações constitui, sem dúvida, o critério fundamental para efeito de determinação do aumento punitivo. Assim, em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, significa o menor aumento, ou seja, o de um sexto; a de três, o de um quinto; a de quatro, o de um quarto; a de cinco, o de um sexto; *a de seis, o de metade*; a de sete ou mais, o de dois terços, que corresponde ao máximo cominável para a causa de aumento de pena em questão.” (o destaque não consta do original).

Na jurisprudência, este também é o critério que tem sido adotado, conforme se verifica nos seguinte precedentes:

“Lei. Aplicação no tempo. Retroatividade. Prejuízo para o agente. Apreciação.

Admite-se a retroatividade da lei penal, a ponto de alcançar fatos anteriores, no que se mostre mais favorável ao agente – artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal. Separáveis as partes das normas em

conflito, possível é a aplicação do que nelas transpareça como mais benigno. Isto ocorre relativamente a regenciado crime continuado. Datando o delito de época anterior à reforma de 1984, cumpre observar a redação primitiva do § 2º do artigo 51 do Código Penal (anterior à reforma de 1984) e não a mais gravosa, atinente aos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, introduzida no sistema jurídico via parágrafo único do artigo 71 do citado Código. Constatada a retroatividade prejudicial ao agente, impõe-se a concessão da ordem.

Pena. Dosimetria. Crime continuado. Determinação do aumento.

Tanto quanto possível, a fixação do aumento deve decorrer do critério objetivo referente ao número de infrações, evitando-se, com isto, o risco de incidência em verdadeiro **bis in idem**, ou seja, o de levar-se em conta circunstâncias já consideradas anteriormente no cálculo da pena-base. Tratando-se de procedimento repetido uma única vez, tudo recomenda a aplicação do percentual mínimo de aumento.” (STF, HC n. 69.033-SP, Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 13.3.1992).

“Penal. Crime continuado. Pena. Colisão de defesa: incoerência. Código Penal, art. 71.

I – Crime continuado: Código Penal, art. 71. Aumento de um sexto a dois terços: o aumento varia de acordo com o número de crimes. No caso, tendo ocorrido dois crimes, o acréscimo será de um sexto.

II – Inexistência de prova no sentido da ocorrência de colisão de defesa.

III – HC deferido, em parte.” (STF, HC n. 69.437-PR, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 18.12.1992).

“Afirmação de inocência insusceptível de exame na via do **habeas corpus**, por implicar a necessidade de aprofundado exame de prova. Absorção impossível, de um crime pelo outro, visto resultarem de desígnios autônomos as ações. Pedido, no entanto, em parte, deferido, para fixar-se, em grau mínimo (1/6) o aumento referente à continuidade, porquanto não passarem de dois os delitos cometidos, sem restar nenhuma outra razão para a exacerbação do acréscimo, uma vez já computados os antecedentes para a dosagem da pena-base.” (STF, HC n. 72.959-SP, Primeira Turma, rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 1.3.1996).

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Peculato e quadrilha. Pena. Fundamentação.

I – Sendo os fatores considerados para fixação da reprimenda pela formação de quadrilha os mesmos para o peculato, e guardando a exacerbação proporção, não há irregularidade no **quantum** estabelecido.

II – A sentença condenatória, levando em conta os ditames do art. 59 do CP, e apresentando concreta fundamentação quando da fixação da pena-base acima do mínimo legal, não há que se reconhecer qualquer **error**.

III – Como o aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, em razão do número de delitos praticados, resta plenamente fundamentada a exacerbação por dois terços da reprimenda, tendo em conta que reconhecida, no acórdão condenatório, a co-autoria em pelo menos 7 (sete) delitos, representados estes por processos fraudados, que foram expressamente referidos na denúncia.

Habeas corpus indeferido.” (STJ, HC n. 14.838-RJ, Quinta Turma, DJU de 28.5.2001).

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

I – A conduta constituindo, em tese, o crime do artigo 173 do CP não enseja, nesta via, nulidade, por inépcia da denúncia.

II – A sentença condenatória que, levando em conta os ditames do art. 59 do CP, apresenta concreta fundamentação, quando da fixação da pena-base pouco acima do mínimo legal, desmerece reparos.

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

IV – 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.

V – 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 parcialmente concedido para adequação da pena.” (STJ, HC n. 12.609-MG, Quinta Turma, DJU de 11.12.2000).

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Peculato e quadrilha. Pena. Princípio da correlação. Fundamentação.

I – Como o aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, em razão do número de delitos praticados, resta plenamente fundamentada a exacerbação pela metade de reprimenda, tendo em conta que reconhecida, no acórdão condenatório, a co-autoria em pelo menos 6 (seis) delitos, representados estes por processos fraudados, que foram expressamente referidos na denúncia, não se podendo, pois, falar em violação ao princípio da correlação entre imputação e sentença.

II – Se os fatores considerados para fixação da reprimenda pela formação de quadrilha eram os mesmos para o peculato, deveria, assim, a pena ser exarcebada na mesma proporção para os dois crimes.

Habeas corpus parcialmente concedido.” (STJ, HC n. 12.386-RJ, Quinta Turma, DJU de 25.9.2000).

“Penal e Processual Penal Militar. **Habeas corpus**. **Res iudicata**. Motivação da resposta penal. Crime continuado.

I – A garantia constitucional do **habeas corpus** não sofre limitação com a preclusão ou com a coisa julgada (precedente).

II – O aumento pela continuidade delitiva se dá levando-se em conta o número de infrações cometidas.

Writ indeferido.” (STJ, HC n. 11.309-MG, Quinta Turma, DJU de 14.8.2000).

“**Habeas corpus**. Crime de roubo em continuidade delitiva. Critério para o aumento de pena: número de crimes praticados. Dois roubos: aumento de 1/6.

Em tema da continuidade delitiva de que trata o **caput** do art. 71 do Código Penal, o melhor critério para a fixação do aumento de pena deve ser aquele que considera o número de crimes praticados.

Seguindo esse critério, o Supremo Tribunal Federal e esta Corte têm decidido, em hipóteses como a dos autos – dois crimes praticados em continuidade delitiva –, que o aumento de pena em razão da continuidade deve-se dar no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto).

Concessão da ordem.” (STJ, HC n. 10.076-MG, Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 17.12.1999).

“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 inoportunidade 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.” (STJ, HC n. 10.444-MG, Quinta Turma, DJU de 13.12.1999).

“Penal. Processual. Crime continuado. Pena. Dosimetria. **Bis in idem**. Vedação. **Habeas corpus**.

1. Em se tratando de crime continuado, o aumento da pena tem como critério o número de infrações cometidas. Vedado, assim, o **bis in idem** decorrente da consideração de circunstâncias já apreciadas no cálculo da pena.

2. **Habeas corpus** conhecido; pedido parcialmente deferido para, tão-somente, reduzir de 1/2 (um meio) para 1/5 (um quinto) o aumento relativo à continuidade delitiva.” (STJ, HC n. 10.082-MG, Quinta Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 13.12.1999).

Infere-se dos autos que foram 3 (três) o número de crimes praticados pelo Recorrente. Diz o v. acórdão:

“... É predominante em nossa jurisprudência a posição que acolhe a forma continuada para delitos da mesma espécie, que no caso

foram três atentados violentos ao pudor contra uma mesma vítima ...” (fl. 294).

Assim, o aumento da continuidade delitiva deverá ser de 1/5 e não de 1/2 como aplicou o v. acórdão reprochado, motivo pelo qual deve-se adequar a pena para que a exasperação, nos termos do artigo 71 do Código Penal, seja de 1/5.

Quanto à agravante do artigo 61, inciso II, alínea **h**, do Código Penal (crime cometido contra criança), assiste razão ao Recorrente.

Realmente, embora a capitulação tenha se dado pelo **caput** do artigo 214 do Código Penal, talvez por lamentável lapso, a possibilidade de violência real ou grave ameaça foi expressamente excluída na sentença condenatória, mantida, neste ponto, pelo egrégio Tribunal **a quo**.

Senão, vejamos:

“No tocante à tipicidade, ao contrário do que sustenta o órgão ministerial ao ensejo de suas alegações finais, tenho que a conduta não se perpetrou, quer mediante violência real, quer mediante ameaça, mas subsume-se ao tipo penal pela norma de extensão contida no art. 224, alínea **a**, do CP, atinente à presunção de violência.” (fl. 231).

Portanto, se a menoridade da vítima já foi considerada para a constituição do delito, não poderá servir como agravante, sob pena de contrariar a determinação do artigo 61 do Código Penal, segundo o qual “são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime”, e caracterizar um verdadeiro **bis in idem**.

Nesse sentido o entendimento do Pretório Excelso:

“Dosagem regular da pena privativa de liberdade, exceto quanto à aplicação do agravante do art. 61, I, **h**, do Código Penal (crime cometido contra criança), pois a menoridade da vítima já constituía elemento da definição do crime, como motivo de presunção de violência (art. 224, **a**). Prescrição não consumada, mesmo quando considerados, isoladamente, cada um dos crimes praticados em continuidade. Injustificada predeterminação da execução integral da pena, em regime fechado (fatos anteriores à vigência da Lei n. 8.072/1990). Pedido, em parte, deferido.” (STF, HC n. 74.001-PR, Primeira Turma, rel. Min. Octávio Gallotti, DJU de 13.12.1996).

Quanto ao regime prisional, também assiste razão ao Recorrente. Uma vez condenado por atentado violento ao pudor com violência ficta, o regime não é o integralmente fechado nos termos da Lei n. 8.072/1990. Isto porque o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 não pode incidir no presente caso, porquanto o atentado ficto, realmente, deixou de ser indicado no art. 1º da referida **lex specialis**. Portanto, a determinação de cumprimento da pena em regime integralmente fechado, prevista na Lei dos Crimes Hediondos, não incide na *violência presumida*.

Esta Corte assim vem se manifestando:

“Execução penal. **Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Violência presumida.

Como os casos de violência ficta não estão arrolados no art. 1º da Lei n. 8.072/1990, a eles não se aplica a restrição do art. 2º, § 1º, da mesma lei.” (STJ, HC n. 10.693-SP, Quinta Turma, DJU de 14.2.2000).

“Penal. Estupro presumido. Presunção, dolo e consentimento. Art. 224, alínea **a**, do Código Penal. Majorante do art. 226, inciso III, do Código Penal.

I – A presunção de violência, prevista no art. 224, alínea **a**, do Código Penal, exige que o dolo, direto ou eventual, considere o elemento referente à idade da vítima, não podendo ser, assim, admitida a responsabilidade objetiva.

II – No estupro ficto, a norma impõe um dever geral de abstenção da prática de conjunção carnal com as jovens que não sejam maiores de 14 anos.

III – O consentimento da vítima, no caso, não tem relevância jurídico-penal (*precedentes* do STF e STJ).

IV – O estupro ficto não é crime hediondo, visto que não arrolado no art. 1º da Lei n. 8.072/1990. Inaplicável ao referido delito, a restrição insculpida no art. 2º, § 1º, da **lex specialis**. (Precedente aplicável do *Pretório Excelso*).

Recurso conhecido e parcialmente provido.” (STJ, REsp n. 192.346-DF, Quinta Turma, DJU de 13.9.1999).

“Penal. **Habeas corpus** (Emenda Constitucional n. 22/1999). Crimes contra os costumes. Violência presumida. Art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

A violência *ficta*, tanto no atentado violento ao pudor como no estupro, não está arrolada no art. 1^a da Lei n. 8.072/1990, razão pela qual, aí, não incide a restrição do § 1^a do art. 2^a da mesma **Lex** (precedentes do STF e STJ).

Writ concedido.” (STJ, HC n. 9.608-SP, Quinta Turma, DJU de 11.10.1999).

Tendo em vista que a pena ficou abaixo de 8 (oito) anos e que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis ao réu, o regime de cumprimento de pena deverá ser o semi-aberto.

Pelo exposto, voto pelo conhecimento parcial do recurso e, na parte conhecida, pelo seu provimento para a exclusão da agravante aplicada e concessão da possibilidade de progressão. Concedo **habeas corpus ex officio** para reduzir a exasperação pela continuidade delitiva a 1/5 (3 delitos) e para considerar como regime de cumprimento de pena o semi-aberto.

RECURSO ESPECIAL N. 303.481 – AC

(Registro n. 2001.0015821-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre
Recorrido: José Roberto Gadelha Filho
Advogado: Heitor Andrade Macedo
Recorrido: Carlos Freire da Silva
Advogado: Antônio Araújo da Silva (Defensor Público)

EMENTA: Recurso especial – Penal – Art. 18, inc. III, da Lei n. 6.368/1976 – Associação – Eventualidade – Majorante que deve ser aplicada.

Para incidir o art. 18, III, da Lei Antitóxicos, basta haver o concurso eventual de agentes, não se exigindo que da associação participem menores ou incapazes, ou ainda que a droga se destine a eles. A **societas criminis**, prevista no art. 14 da Lei n. 6.368/1976, é caracterizada pela habitualidade. No art. 18 ressaí a eventualidade de concurso de agentes.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 21 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 24.6.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: A espécie está assim sumariada na parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, subscrito pela Dra. Delza Curvello Rocha, às fls. 354/355, **verbis**:

“Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Acre, com esteio no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal contra o v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, o qual decidiu pelo afastamento da majorante prevista no art. 18, inciso III, da Lei de Tóxico, face ao caráter eventual da associação.

Eis um pequeno resumo dos fatos:

‘O Ministério Público do Estado do Acre denunciou os Recorridos José Roberto Gadelha Ferreira e Carlos Freire da Silva, como incurso nas penas do art. 12, c.c. art. 14, ambos da Lei n. 6.368/1976.

Na sentença de fls. 184/196, o MM. Juiz **a quo**, condenou os Recorridos à pena de 8 (oito) anos de reclusão e multa, como incurso nas penas do art. 12, **caput**, da Lei n. 6.368/1976, aplicando a majorante prevista no art. 18, inciso III, entendendo ser inaplicável o crime autônomo de associação previsto no art. 14

do mesmo diploma legal, haja vista não restar configurado o liame subjetivo habitual com vistas à prática da mercancia da substância entorpecente.

Inconformado, o recorrido, José Roberto Gadelha Ferreira, recorreu à colenda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, requerendo a redução da pena imposta. Da mesma forma, Carlos Freire da Silva, recorreu ao Tribunal **a quo**, requerendo a redução da pena aplicada, bem como a nulidade da sentença por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, aduzindo que a condenação baseou-se no inquérito policial, desconsiderando a fase judicial.

A colenda Câmara Criminal, por maioria, deu provimento parcial à apelação criminal, retirando a majorante do artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976.⁷

Inconformado com a decisão proferida por aquele egrégio Sodalício, o *Parquet* interpôs o presente recurso, aduzindo contrariedade à lei federal, como é o caso do artigo 18, III, da Lei n. 6.368/1976, que dispõe sobre a causa de aumento da pena nos crimes de tráfico de entorpecentes.”

Contra-razões às fls. 338/342.

Admitido o recurso por despacho de fls. 348/349.

Neste grau de jurisdição, o Ministério Público Federal pronunciou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Razão assiste ao Recorrente.

Com efeito, a **questio** aqui versada consiste em definir se o crime de tráfico de entorpecentes, cometido em associação eventual de agentes, enseja a incidência da causa de aumento de pena em comento.

É tranqüilo na jurisprudência desta Corte e do colendo Supremo Tribunal Federal o entendimento de que, tratando-se de concurso ocasional, assim entendida a mera cooperação eventual de duas ou mais pessoas, sem

caráter permanente, tal como ocorreu no caso, é de se reconhecer a incidência da majorante do inciso III do citado art. 18 da Lei n. 6.368/1976.

Nesse sentido:

“**Habeas corpus**. Entorpecentes. Fixação da pena. Abrangência do artigo 18, III, da Lei n. 6.368/1976. Concurso eventual de agentes. Majoração da pena quando qualquer dos crimes da lei decorre de associação. Exacerbação penal em virtude dos antecedentes do réu.

1. A associação eventual ou **concursum delinquentium**, causa majorante da pena nos delitos de entorpecentes, prevista na lei extravagante, equivale ao concurso de pessoas do Direito Penal codificado.

2. O legislador extremou no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/1976, duas hipóteses distintas: de um lado, decorrer o delito de associação criminosa, e, de outro, visar a menores ou hipossuficientes.

3. Se houve o crime definido no art. 12 da Lei de Tóxicos, e para praticá-lo associaram-se duas ou mais pessoas – embora assim tenham procedido para o fim único – da prática de um só crime, cabe o acréscimo da qualificadora prevista no item III do art. 18 da mesma lei.

4. Correta a decisão que justificou a pena-base acima do mínimo legal com base em maus antecedentes sociais e jurídico-penais, culpabilidade, conduta social e personalidade do agente, e, especialmente, nas circunstâncias e conseqüências do crime, revestidas de extrema gravidade.” (STF, HC n. 71.639-MT, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 7.4.1995, p. 8.872).

“Recurso especial. Penal. Art. 18, inc. III, da Lei n. 6.368/1976. Associação. Eventualidade. Majorante que deve ser aplicada.

Para incidir o art. 18, III, da Lei Antitóxicos, basta haver o concurso eventual de agentes, não se exigindo que da associação participem menores ou incapazes, ou ainda que a droga se destine a eles. A **societas criminis**, prevista no art. 14 da Lei n. 6.368/1976, é caracterizada pela habitualidade. No art. 18 ressaí a eventualidade de concurso de agentes.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 164.382-PR, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 23.8.1999).

“Recurso especial. Penal. Confissão espontânea. Caracterização. Art. 18, inc. III, da Lei n. 6.368/1976. Associação. Eventualidade. Majorante bem aplicada.

Não é destinatário da atenuante da confissão espontânea o acusado que desta se retrata em juízo (art. 65, III, d, CP). Ademais, 'a circunstância atenuante da confissão exige, além do requisito objetivo, constituído pela ação enunciada pelo dispositivo, o requisito subjetivo, consistente no motivo nobre da confissão, como, por exemplo, o arrependimento'.

Para incidir o art. 18, III, da Lei Antitóxicos basta haver o concurso eventual de agentes, não se exigindo que da associação participe menor de 21 anos ou que a droga se destine a ele. A **societas criminis** prevista no art. 14 da Lei n. 6.368/1976 é acentuada pela habitualidade. No art. 18 ressaí a eventualidade de concurso de agentes.

Recurso conhecido e desprovido." (REsp n. 162.852-MS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 1.3.1999).

"Penal. Tóxicos. Concursos de agentes. Causa de aumento de pena. Inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/1976. Associação eventual. A majorante prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/1976, ocorre quando a associação criminosa é meramente eventual, configurativa de simples concurso de agentes (co-autoria ou participação), sem que haja quadrilha previamente organizada, pois nesta última hipótese a **societas criminis** consubstancia crime autônomo, previsto no art. 14 do mesmo diploma legal. Recurso conhecido e provido." (STJ, REsp n. 32.339, Sexta Turma, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 13.11.1995, p. 38.711).

"Penal. Tóxicos. Concurso de agentes. Eventualidade. Majorante do inciso III, art. 18 da Lei n. 6.368/1976, bem aplicada no caso, por não configurada **societas criminis**, que é versada no art. 14.

Recurso conhecido, mas improvido." (REsp n. 123.237-SC, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 29.9.1997).

Já o ilustre relator do acórdão recorrido, fazendo remissão à jurisprudência, assim consignou:

"Quanto ao primeiro apelante José Roberto Gadelha Ferreira:
(...)

Razão, entretanto, parcial lhe assiste ante a inocorrência da qualificadora do art. 18, III, da Lei Antitóxicos.

A associação entre os acusados foi ocasional, não duradoura.

(...)

Quanto ao segundo apelante Carlos Freire da Silva:

‘(...) Reconheço, ainda, a inocorrência da qualificadora (art. 18, III, da Lei Antitóxicos), aplicada no **decisum** atacado em desfavor de ambos os apelantes.

Nossa jurisprudência a respeito do assunto:

‘A causa de aumento de pena do inciso III não incide sobre a hipótese de simples concurso de pessoas (CP, art. 29). O tipo agravador exige que o delito decorra da associação, que haja estabilidade entre os participantes, excluindo a reunião ocasional.’ (TJSP, ACrim n. 83.922, RJTJSP, 125:473). (**in Damásio E. de Jesus**, Lei Antitóxico Anotada, Editora Saraiva, 1996, p. 106).

‘Co-participar de tráfico não é o mesmo que se associar para traficar.’ (TJSP, ACrim n. 78.277, rel. Des. Jarbas Mazzoni, RT, 646/280 e 282, idem, idem).’ (acórdão da apelação, fls. 287/294).”

Como se vê, ao assim decidir, o aresto **a quo** contrariou o dispositivo de lei federal em questão, assim como discrepou da orientação desta Corte e do STF, merecendo reforma, neste ponto.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para reformar o acórdão recorrido, determinando que outra pena seja fixada, considerando-se a majorante prevista no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/1976.

RECURSO ESPECIAL N. 324.438 – RS

(Registro n. 2001.0057819-1)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Auto Peças Carajás Ltda
Advogados: Tiago Lunardi Alves e outro
Recorrido: Luiz Enedir Suzin Cardoso
Advogados: Germano de Oliveira Pereira e outro

EMENTA: Processo Civil – Recurso especial – Locação comercial – Falta de assinatura – Embargos declaratórios não conhecidos – Vício sanável – Princípio da instrumentalidade.

1. Em atenção ao princípio da instrumentalidade do processo que privilegia a finalidade em detrimento da forma, evita-se o sacrifício de eventual direito material da parte, valendo-se da correta prestação jurisdicional como meio de certeza e segurança para a sociedade. Destarte, a ausência da assinatura do advogado na petição dos embargos de declaração constitui mera irregularidade sanável, devendo ser oportunizada à parte prazo para a correção da omissão. Aplicação analógica do art. 284 do CPC.

2. Precedentes (REsp n. 163.950-SP, 293.043-RS e 180.931-PR).

3. Recurso conhecido e provido para, anulando o v. aresto prolatado nos declaratórios, determinar ao Tribunal de origem que assinale prazo para suprimento da falha na petição dos embargos e após, se cumprida tal diligência, aprecie o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 9 de abril de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 20.5.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso especial em apelação cível interposto por Auto Peças Carajás Ltda, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 111/112, proferido pela Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado

do Rio Grande do Sul que, à unanimidade, negou provimento ao recurso. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Ação de cobrança de aluguéis pelo adquirente do imóvel locado.

Ao inquilino de imóvel alienado no decorrer da locação, cabe o pagamento de aluguel pela ocupação do bem, a ser adimplido perante o adquirente, já que mantém o locatário a posse direta e não merece ser contemplado com enriquecimento sem causa.

Apelo improvido.”

Interpostos embargos de declaração (fls. 118/120), alegando obscuridade e contradição, não foram os mesmos conhecidos em virtude da falta de assinatura do advogado na petição de interposição do recurso (fl. 126). Este restou assim ementado:

“Embargos de declaração. Falta de assinatura. Inexistência. Não-conhecimento.

Não se conhece de recurso não assinado pelo procurador do Recorrente, o qual é tido por inexistente.

Embargos declaratórios não conhecidos.”

Alega o Recorrente, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto guerreado violou os arts. 244 e 284 do CPC, posto que a ausência de assinatura na petição de embargos constitui-se mera irregularidade passível de ser sanada por uma simples intimação do procurador. Aduz, ainda, violação ao art. 535 do CPC, no momento em que não conheceu dos embargos, os quais foram opostos com o fim de prequestionar a matéria no Tribunal (fls. 132/139).

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 141).

Admitido o recurso às fls. 142/145, subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido e provido.

Alega o Recorrente violação, pelo v. acórdão **a quo**, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, aos arts. 244, 284 e 535, todos do CPC, porquanto não se poderia deixar de conhecer dos embargos declaratórios sem antes dar oportunidade à parte-embargante para suprir a falha da petição. Estando a matéria devidamente prequestionada, afasto a incidência da Súmula n. 356-STF para, com tal premissa, *conhecer do recurso*.

A nova corrente jurisprudencial, em atenção ao princípio da instrumentalidade do processo, no qual este serve como meio e não como um fim em si mesmo, tem admitido que o recurso interposto mediante petição sem assinatura do advogado não é inexistente. Aplicando analogicamente aos recursos o disposto no art. 284 do CPC, deve-se conceder à parte prazo para correção das irregularidades.

Trago as oportunas ponderações de **Cândido Rangel Dinamarco**, acerca de instrumentalidade do processo e do provimento judicial dele decorrente, como meio útil para atingir-se o critério de justiça e segurança. Assim manifesta-se tal jurista:

“A efetividade do processo mostra-se ainda particularmente sensível através da capacidade, que todo o sistema tenha, de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica. A tutela específica dos direitos, execução em espécie, obtenção de resultados mediante sentenças constitutivas e eliminação de óbices à plena satisfação dos direitos (v.g., mediante as medidas cautelares), são fatores para a efetividade do processo. A tendência do Direito Processual moderno é também no sentido de conferir maior utilidade aos provimentos jurisdicionais (v. n. 36.4).

Tal é a idéia do acesso à Justiça, que constitui a síntese generosa de todo o pensamento instrumentalista e dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo. Todos eles coordenam-se no sentido de tornar o sistema processual acessível, bem administrado, justo e afinal dotado da maior produtividade possível (n. 37). A propósito, afirma-se energeticamente que a própria instrumentalidade do processo, como método, não exaure a sua missão se não for capaz de efetivamente conduzir ao aperfeiçoamento do sistema, na sua vivência cotidiana. O ciclo doutrinário desta fase instrumentalista já fez o que lhe cumpria e este estudo mesmo é uma síntese do que a respeito foi construído com muito brilho e criatividade pelos processualistas da escola contemporânea. Agora, mãos à obra: *é preciso, (a) de um lado,*

dotar o sistema de instrumental bastante ágil e rente à realidade, e (b) de outro, influir no espírito dos operadores do sistema, para que empreguem o novo instrumental e também o velho, com mentalidade nova. Sem mentalidade instrumentalista nos juizes, advogados e promotores de justiça, não há reforma que seja capaz de ter alguma utilidade.” (in A Instrumentalidade do Processo, RT, SP, 2ª ed., 1987, pp. 458 e 459). – grifos nossos.

Desta forma, a visão instrumental do processo, com repúdio a seu exame exclusivamente interno e rigoroso, constitui abertura do sistema para infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material. Atinge-se, assim, valores maiores, que são correta prestação jurisdicional como meio de certeza e segurança para a sociedade. *Assim, nada mais correto do que o embargante ser intimado para regularizar seu petitório, facultando-lhe, com isso, a ampla defesa recursal.*

Confirmam-se, a propósito, precedentes uníssonos desta Turma:

“Processo Civil. Embargos de declaração opostos em apelação.

– Falta de assinatura. Sanação do vício. Há de se atentar para o princípio da instrumentalidade do processo, e salvante caso de má-fé, cabe ‘ensejar à parte-recorrente oportunidade de seu procurador subcrever a petição recursal sem assinatura’, nas instâncias ordinárias. Não é viável, contudo, sanar o defeito em sede de recurso especial, mediante realização de diligência.

– Recurso conhecido e provido” (REsp n. 163.950-SP, rel. Min. José Arnaldo, DJ de 25.5.1998).

“Processual Civil. Embargos declaratórios opostos em apelação. Petição sem assinatura. Irregularidade sanável.

O recurso interposto perante as instâncias ordinárias mediante petição sem a assinatura do advogado não é, **a priori**, inexistente, sendo cabível abertura de oportunidade à parte-recorrente para sanar tal falha. Precedentes.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 293.043-RS, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 26.3.2001).

“REsp. Processual Civil. Recurso sem assinatura do advogado. Irregularidade sanável. Princípio da instrumentalidade. Precedentes.

1 – A ausência da assinatura do advogado em recurso de apelação não configura a inexistência da peça. Constitui vício plenamente sanável. Ademais, o princípio da instrumentalidade privilegia a finalidade em detrimento da forma. Com isso, esta Corte tem oportunizado ao advogado subscritor da peça recursal a correção da irregularidade.

2 – Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 180.931-PR, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 22.11.1999).

Prejudicada, em conseqüência, a análise do art. 535 do Código de Processo Civil, porquanto o tema meritório ainda será apreciado pela Corte **a quo**.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso e lhe dou provimento para, anulando o v. aresto prolatado nos declaratórios, determinar ao Tribunal de origem que assinale prazo para suprimento da falha na petição dos embargos e após, se cumprida tal diligência, aprecie o pedido.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 331.310 – SP

(Registro n. 2001.0081038-1)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Ednílson Rosa de Brito
Advogados: Mohamed Ali Sufen Filho e outro

EMENTA: Execução penal – Recurso especial – Falta grave – Remição – Art. 127 da LEP.

A perda dos dias remidos tem como pressuposto a declaração da remição. E, esta não é absoluta, sendo incabível cogitar-se de ofensa a direito adquirido ou à coisa julgada a eventual decretação da perda dos dias remidos em decorrência de falta grave. A **questio** se soluciona com a aplicação direta do disposto no art. 127 da LEP (*precedentes do STJ e do STF*).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 16 de abril de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 6.5.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, pelo *Parquet*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da **Lex Fundamentalis**, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, tudo isto, em sede de execução de pena privativa de liberdade.

Dada a falta de ementa para melhor compreensão da **quaestio**, vê-se que o retrospecto prefacial está às fls. 47/48, **in verbis**: “*Ednilson Rosa de Brito*, no curso do cumprimento de sua pena privativa de liberdade, foi beneficiado com remição de pena. Em 27.10.1999, praticou falta disciplinar de natureza grave, consistente em porte de um estilete (arma branca) no interior do presídio (fls. 5/25).

Instaurado o competente procedimento administrativo, foi punido pela prática da falta disciplinar de natureza grave, assim como determinada judicialmente a perda dos dias remidos, esta com amparo na norma do artigo 127 da LEP (fl. 28).

Inconformado com a declaração de perda dos dias remidos, interpôs *agravo em execução*, sustentando através de sua digna defensoria, que não poderia ser decretada a perda dos dias remidos, porque a norma do artigo 127 da LEP revela-se inconstitucional, pois afrontaria o princípio constitucional da coisa julgada, insculpido na norma do artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, bem como o direito adquirido.

O recurso recebeu resposta da *Justiça Pública* no sentido do acerto da

r. decisão agravada, a ser mantida por seus próprios fundamentos (fls. 38/41), o que inclusive ocorreu em oportunidade de retratação (fl. 42).

Com efeito, em data de 27.10.1999 o Agravante praticou falta disciplinar de natureza grave, quando tinha em seu poder uma arma branca (estilete) no interior do presídio. Houve a prática, **in casu**, de falta disciplinar de natureza grave, a qual sequer é questionada pelo Agravante.” Todavia, a douta Décima Câmara do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, por maioria, deu provimento ao agravo, restabelecendo os dias remidos.

Daí o recurso, devidamente contestado em contra-razões, que teve o seu seguimento determinado no primeiro e provisório juízo de prelibação.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Inicialmente, merece atenção a excelente argumentação, em 2º grau, apresentada pelo culto Promotor de Justiça designado, Dr. Airton Grazioli, **in verbis**: “Cometida a falta grave, é o quanto basta para ensejar as conseqüências do fato em sede de execução criminal. A conduta irregular, por sua vez, como ressaltado, não é questionada pelas partes.

Referente à coisa julgada e direito adquirido, de relevo acrescentar que a remição é prêmio concedido ao condenado em razão do período trabalhador, mas que não tem caráter de definitividade, pois a própria lei que a estabelece, logo na seqüência, impõe a perda dos dias remidos se o condenado vier a ser punido pela prática de falta disciplinar de natureza grave.

Decisão concessiva de remição não faz coisa soberanamente julgada, como quer fazer crer o Agravante. Nem implica em direito adquirido ao reeducando. Faz, em verdade, coisa julgada formal e tão-somente. A Constituição Federal, por sua vez, vela pela obediência à coisa julgada formal e esta é respeitada pela Lei de Execução Penal.

O que se tem, na verdade, com o deferimento da remição, é uma expectativa de direito, até que seja atingida a data provisoriamente prevista para o término do cumprimento da pena, quando, constatada a inexistência de falta disciplinar de natureza grave, ela se torna definitiva.

Da mesma forma que a remição está prevista na lei, a perda dos dias remidos também está, assim bem sabe o condenado que o benefício se restringe somente àquele que não praticar falta grave até a data estabelecida para o término do cumprimento da pena, considerando os dias remidos, e isso não viola, em hipótese alguma, direito adquirido, que inexistente diante dos termos do art. 127 da LEP.

Sabido, no entanto, que a constitucionalidade do artigo 127 da Lei n. 7.210/1984 é questão tormentosa na jurisprudência de nossos tribunais. Porém, a questão já foi debatida inúmeras vezes junto ao egrégio Supremo Tribunal Federal, que possui a última palavra para dizer da constitucionalidade ou não das normas. Nessa trilha, o princípio da segurança das relações jurídicas clama pela submissão ao entendimento supremo da Máxima Corte, que assim ensina:

‘Pena: remição. O instituto da remição não constitui direito adquirido. É benefício sujeito à condição-resolutiva – está ligado ao comportamento carcerário do condenado. Com esse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu **habeas corpus** em que se pretendia o restabelecimento dos dias remidos, declarados perdidos pelo cometimento de falta grave (Lei n. 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – art. 127: ‘o condenado que foi punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando novo período a partir da data da infração disciplinar’). Matéria semelhante foi apreciada pela Segunda Turma no julgamento do HC n. 77.863-SP, em 27.10.1998 (v. Informativo n. 129).’ (HC n. 77.593-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 3.11.1998).

‘O art. 127 da Lei de Execução Penal prevê a cassação do benefício da remição, caso o apenado venha a ser punido por falta grave, iniciando o novo período a partir da infração disciplinar. Não tem procedência o fundamento adotado pelo acórdão recorrido, para conceder o **habeas corpus**, no sentido de que não existe possibilidade da referida perda, sob pena de afronta ao princípio constitucional do direito adquirido. Precedentes da Corte. Recurso extraordinário conhecido e provido.’ (RE n. 242.454-4-SP – Informativo do STF n. 163).

‘O art. 127 da Lei de Execução Penal prevê a cassação do benefício da remição, caso o apenado venha a ser punido por falta grave, iniciado o novo período a partir da infração disciplinar. Descabimento de alegação de direito adquirido ao restabelecimento dos dias remidos ou de afronta à coisa julgada em face de tratar-se de benefício objeto

de decisão judicial transitada em julgado. **Habeas corpus** indeferido.’ (HC n. 77.592-0-SP, DJU de 12.3.1999, p. 3).

‘A remição da pena não é um direito adquirido do réu, pois o comportamento disciplinar é dever do preso e qualquer desvio que venha a caracterizar a falta grave enseja a perda dos direitos remidos, nos moldes do art. 127 da Lei n. 7.210/1984, o que não implica, também, ofensa à coisa julgada, pelo simples fato de o benefício ter sido reconhecido por decisão judicial com trânsito em julgado.’ (RT 764/483).

Por outro lado, a perda dos dias remidos não implica em **bis in idem**, considerando outras sanções previstas para a prática da falta disciplinar de natureza grave, tais como recolhimento disciplinar e anotação de má conduta carcerária, sanções de natureza distintas, e previstas como de aplicação cumulativa.

O tratamento dispensado ao preso que trabalha e pratica falta grave encontra-se disposto na LEP. A falta grave justifica recolhimento em cela disciplinar (art. 53, IV), anotação de má conduta carcerária, regressão (art. 118, I), e até mesmo a perda dos dias remidos se os possuir em razão de período anteriormente trabalhado (art. 127). Aquelas, de caráter meramente administrativo-disciplinar, a serem impostas pelo Conselho Disciplinar (art. 54, segunda parte), e pela direção do presídio que determina a anotação no prontuário, estas, pelo próprio de juiz da execução, como consequência específica para a execução, mudando o regime e/ou estendendo o término do cumprimento da pena para o limite antes previsto (art. 66, III, c e d, todos da LEP).

A declaração de perda dos dias remidos não deve ser vista como um incentivo ao não-trabalho, mas, pelo contrário, no seu verdadeiro sentido, de incentivar o preso trabalhador a que não pratique falta disciplinar de natureza grave, ao que o Agravante não se ateve.

Trata-se de verdadeira cláusula **rebus sic stantibus**.” (fls. 48/52).

Nesta linha tem-se:

“Execução penal. Recurso especial. Remição. Falta grave.

O condenado, que está cumprindo pena privativa de liberdade perde, **ex vi** art. 127 da LEP, o direito à remição do período de trabalho ao cometer falta grave. (precedentes).

Recurso provido.” (STJ, REsp n. 252.907-SP, Quinta Turma, DJU de 4.2.2002, p. 462).

“Recurso especial. Prescrição. Fuga. Sanção disciplinar. Remição. Art. 127 da LEP.

O recurso não comporta conhecimento quanto à alegada ofensa aos artigos 57, 59, 118, I, e 109, VI, do Código Penal, pois o recorrente não explicitou, com exatidão, em que teria consistido a afronta, pelo aresto recorrido, aos referidos dispositivos.

‘A dicção do art. 127 da Lei n. 7.210/1984 é clara ao estabelecer que o condenado que cometer falta grave (fuga do cárcere), durante a execução da pena, perderá os dias remidos, motivo pelo qual não há falar em coisa julgada e direito adquirido.’ (precedentes).

Recurso não conhecido.” (STJ, REsp n. 247.274-SP, Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 4.2.2002, p. 459).

“Execução penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Remição. Falta grave.

O condenado, que está cumprindo pena privativa de liberdade, perde **ex vi** art. 127 da LEP, o direito à remição do período de trabalho ao cometer falta grave.

Writ indeferido.” (STJ, HC n. 8.401-SP, Quinta Turma, DJU de 26.4.1999).

“Execução penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Remição. Falta grave.

O condenado, que está cumprindo pena privativa de liberdade, perde **ex vi** art. 127 da LEP, o direito à remição do período de trabalho ao cometer falta grave.

Writ indeferido.” (STJ, HC n. 7.479-SP, Quinta Turma, DJU de 8.9.1998).

“Recurso especial. Execução penal. Remição pelo trabalho do preso. Prática de falta grave no curso da execução da pena. Perda dos dias remidos. Legalidade. Art. 127 da LEP.

O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena impõe, por força do art. 127 da Lei n. 7.210/1984, a revogação integral dos dias remidos pelo trabalho, não havendo que se cogitar em ofensa a direito adquirido ou à coisa julgada, mesmo porque a decisão que concede a remição não faz coisa julgada material.

Precedentes da Corte e do STF.

Recurso conhecido e provido.” (STJ, REsp n. 259.282-SP, Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 20.11.2000).

“Execução penal. Roubo qualificado. Progressão de regime. Cometimento de falta grave. Perda dos dias remidos.

– Réu que comete falta grave (fuga do estabelecimento prisional), perde o direito aos dias remidos e, em conseqüência, a progressão de regime calcado nesse período.

– Ordem denegada.” (STJ, HC n. 15.591-MT, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 20.8.2001).

“Criminal. REsp. Execução. Falta grave. Perda dos dias remidos. Art. 127 da LEP. Inexistência de direito adquirido. Recurso conhecido e provido.

I – Comprovada a falta grave, cabe ao juízo da execução, obedecendo aos termos legais, decretar a perda dos dias remidos, não se cogitando de qualquer ofensa a direito supostamente adquirido.

II – A falta grave impede o deferimento ou enseja a revogação do instituto da remição, **ex vi** do art. 127 da Lei n. 7.210/1984.

III – Recurso conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a decisão de 1ª grau, que declarou a perda dos dias remidos.” (STJ, REsp n. 194.822-SP, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 14.2.2000).

“Processual Penal. Execução penal. Progressão para o regime semi-aberto. Falta grave. Regressão. Pretensão de retorno ao regime anterior. **Habeas corpus**. Remédio impróprio. Remição. Punição por falta disciplinar grave. Perda do direito. LEP, art. 127.

– Não constitui constrangimento ilegal a transferência de condenado para regime mais rigoroso em razão da prática de fato definido como falta grave, com previsto no art. 118, I, da Lei n. 7.210/1984.

– A progressão na execução da pena, com transferência para regime menos rigoroso, é efetuada pelo juízo das execuções penais, por meio de decisão motivada, esta precedida de exame criminológico e de parecer da Comissão Técnica de Classificação (LEP, art.112), não podendo ser ordenada em sede de **habeas corpus**, que não é instrumento próprio para tal providência.

– Nos termos do cânon inscrito no art. 127 da Lei de Execuções Penais, ‘o condenado que for punido por falta grave perderá o tempo

remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar’.

– **Habeas corpus** denegado.” (STJ, HC n. 13.875-SP, Sexta Turma, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 24.9.2001).

“Penal. Execução. Falta grave. Fuga. Apuração. Ampla defesa e contraditório. Perda dos dias remidos. Art. 127 da Lei n. 7.210/1984.

1. Instaurado procedimento para apuração da falta grave, onde foi produzida farta prova testemunhal e ouvido o condenado, inclusive com sua confissão, não há falar em violação ao contraditório e nem à ampla defesa.

2. Constatada a ocorrência de fuga (falta grave), a incidência do art. 127 da Lei n. 7.210/1984 é de rigor, ao estabelecer que o condenado perderá os dias remidos. Precedentes do STJ.

3. Ordem denegada.” (STJ, HC n. 14.720-RS, Sexta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 28.5.2001).

“Recurso especial. Execução penal. Remição. Falta grave. Cancelamento. Violação a direito adquirido e à coisa julgada. Inexistência. Restabelecimento da sentença.

1. A decretação da perda dos dias remidos, legalmente prevista, pressupõe a declaração da remição.

2. Os peremptórios termos do artigo 127 da Lei de Execução Penal arredam, na fase prisional do cumprimento da pena privativa de liberdade, a coisa julgada e mesmo a invocação de direito adquirido, assim dispendo: ‘O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar’.

Significativa, a propósito, a exposição de motivos da Lei de Execução Penal (item 134): ‘Com a finalidade de se evitarem as distorções que poderiam comprometer a eficiência e o crédito deste novo mecanismo em nosso sistema, o projeto adota cautelas para a concessão e revogação do benefício, dependente da declaração judicial e audiência do Ministério Público. (...)’ (nossos os grifos).

3. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso conhecido e provido.” (STJ, REsp n. 237.024-SP, Sexta Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 3.9.2001).

E, na Augusta Corte, tem-se:

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Remição. Falta grave. Perda do direito ao tempo remido. Lei n. 7.210/1984, art. 50, II, c.c. art. 127. Alegação de ofensa ao direito adquirido.

I – Perde o direito ao tempo remido o condenado que cometer falta grave, conforme previsto no art. 50 da LEP. Lei n. 7.210/1984, art. 50, II, c.c. art. 127.

II – O Supremo Tribunal tem decidido que a remição não constitui direito adquirido do condenado e que a perda dos dias remidos, pelo cometimento de falta grave (LEP, art. 50, c.c. art. 127), não afronta a coisa julgada. Precedentes do STF.

III – HC indeferido.” (STF, HC n. 78.784-SP, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 25.6.1999).

“**Habeas corpus**. Processo Penal. Execução penal. Remição. Regressão de regime. Constrangimento ilegal inexistente.

O instituto da remição é benefício sujeito à condição resolutiva. O cometimento de falta grave, como a fuga, leva à perda dos dias remidos e à regressão de regime.

Não há que se falar em constrangimento ilegal.

Habeas indeferido.” (STF, HC n. 78.336-SP, Segunda Turma, rel. Min. Nelson Jobim, DJU de 30.6.2000).

Voto pelo provimento do recurso, restabelecendo-se a r. decisão de 1º grau.

RECURSO ESPECIAL N. 390.563 – PR

(Registro n. 2001.0163475-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: União
Recorrido: Aldo Alves Ferreira
Advogado: Sílvio Benjamin Alvarenga

EMENTA: Recurso especial – Administrativo – Concurso – Participação no curso de formação por decisão judicial – Conclusão e aproveitamento – Nomeação e posse – Fato superveniente e teoria do fato consumado.

O recorrido comprovou já estar no exercício do cargo há mais de dois anos, em razão do que lhe garantiu o acórdão recorrido, tendo em mira o “fato superveniente” constatado (conclusão no curso de formação e aprovação em disciplina equivalente).

Violações não configuradas.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 28 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 24.6.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: A União interpõe recurso especial com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 185):

“Concurso público. Delegado federal. Investidura. Requisitos. Capacitação física. Fato superveniente.

Se o candidato, amparado por liminar judicial, conclui satisfatoriamente o curso de formação profissional, integrante da segunda fase do concurso para o corpo de Delegado da Polícia Federal, obtendo

inclusive aprovação na disciplina de Adestramento Físico, que abranje o teste de capacitação física na primeira fase, deve ser considerado apto para o desempenho de tal cargo.

Circunstâncias no caso concreto e diante do fato superveniente, permitem ao Judiciário prestigiar uma fase do concurso em detrimento de outra de menor abrangência à verificação das reais condições físicas do candidato ao desempenho do cargo.”

Dessa decisão foram opostos embargos declaratórios, tendo os mesmos sido rejeitados (fl. 199).

Alega a Recorrente violação ao art. 462 do CPC, não se podendo considerar como fato superveniente sua aprovação na disciplina de Adestramento Físico, e, ainda, aos arts. 8º, IV, e 10 do Decreto-Lei n. 2.320/1987, pois necessária a prova de capacitação física, sendo impossível o aproveitamento de outra habilitação em processo distinto.

Colaciona arestos para comprovar a alegada divergência jurisprudencial (fls. 210/212).

O Recorrido apresentou contra-razões (fls. 237 e segs.) e o apelo subsuiu regularmente (fl. 281).

Instado a se manifestar (fl. 286) sobre sua nomeação e posse, o Recorrido trouxe a documentação certificando seu exercício no cargo há mais de dois anos (fls. 291 e segs.).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): O Recorrido ajuizou ação ordinária contra a União, visando à sua participação no curso de formação profissional, alegando que teria passado em todas as fases do certame para o cargo de Delegado da Polícia Federal, tendo sido considerado inapto somente no exame de capacitação física, por não ter alcançado a marca necessária no salto em altura, sendo impedido, assim, de prosseguir nas demais provas de capacidade.

O Autor já teria ingressado com medida cautelar, tendo obtido êxito.

A ação foi julgada procedente em 1ª instância (fl. 58), sob a conclusão de que a referida prova não se coadunaria com as funções a serem desempenhadas pelo candidato, e sua eleição como critério discriminador para a seleção configuraria ilegalidade e inconstitucionalidade.

A União apelou da decisão, dando origem ao acórdão recorrido que, encampando a tese de “fato superveniente”, em razão da aprovação do Recorrido no curso de formação, com aprovação na disciplina de Adestramento Físico inclusive, manteve a decisão singular, garantindo ao Recorrido, ainda, a reserva de um cargo de Delegado dentre os que estariam sendo disputados no referido certame, até o julgamento definitivo da causa.

Acontece que o Recorrido, conforme documentos juntados, comprova sua nomeação e posse no cargo, desde 15.3.2000.

Esta Corte já prestigiou a tese do “fato consumado” em algumas oportunidades:

“Administrativo. Concurso público. Candidato não habilitado na prova de redação. Critério de correção. Banca examinadora. Ingresso no cargo por força de liminar. Teoria do fato consumado.

...

– Se o candidato foi investido no cargo para o qual prestou concurso de ascensão com suporte em liminar, impõe-se o reconhecimento da consolidação da situação de fato para assegurar o direito de permanecer no exercício das funções, ainda que reconhecida a validade do critério de correção da prova que o excluiu da relação de aprovados ...” (REsp n. 251.391-RJ, DJ de 27.11.2000, rel. Min. Vicente Leal).

“Administrativo. Concurso público. Agente da Polícia Federal. Candidatos aprovados no curso de formação. Realização por força de liminar. Superveniente nomeação e posse. Aplicação da teoria do fato consumado.

(...)

2. Sem embargo desse entendimento, é de se aplicar a teoria do ‘fato consumado’, se comprovado nos autos que os recorridos não só concluíram com aprovação o curso de formação, por força de liminar, como também já foram devidamente nomeados e empossados.

3. Recurso não conhecido.” (REsp n. 227.880-RJ, DJ de 19.6.2000, rel. Min. Edson Vidigal).

Como bem considerou o ilustre colega, Ministro Felix Fischer, ao relatar o MS n. 6.215-DF, “A teoria do fato consumado pressupõe que a situação de fato, embora pendente de julgamento, em face da demora na prestação

jurisdicional – demora considerável, de anos –, se encontra já consolidada, tenha atingido estabilidade tal que torne ‘desaconselhável’ sua alteração ...”

É bem verdade, também, que o egrégio STF, em recentes decisões, vem negando a aplicação da mencionada teoria, mas em casos diferentes deste, ou seja, quando não existira, ainda, a nomeação e posse, somente quando o candidato já concluiu o curso de formação e pretende ser nomeado (RMS n. 23.692, rel. Min. Ellen Gracie; RMS n. 23.593, rel. Min. Moreira Alves; RMS n. 23.813, rel. Min. Maurício Corrêa).

Assim, não vislumbro a alegada violação, no que o recurso não merece ser provido.

É como voto.

