

HABEAS CORPUS N. 22.267 – SP

(Registro n. 2002.0057172-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrante: Pedro Antônio de Avellar (Defensor Público)
Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Francisco Pedro da Silva Filho (preso)

EMENTA: Habeas corpus – Processual Penal – Sentença de pronúncia – Recurso em sentido estrito – Ausência de intimação pessoal do Defensor Público para o julgamento – Cerceamento de defesa – Nulidade.

Assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que a falta de intimação pessoal do Defensor Público ou dativo da inclusão em pauta e da data designada para julgamento do recurso em sentido estrito acarreta nulidade absoluta por cerceamento de defesa, eis que frustrada a possibilidade de apresentação de memoriais ou mesmo da realização de sustentação oral.

Habeas corpus deferido para anular o acórdão proferido no Recurso em Sentido Estrito n. 99.119-3 e todos os atos processuais subsequentes, para que outro julgamento seja proferido com a prévia intimação pessoal do Defensor. Fica mantida a custódia do paciente em razão da r. sentença de pronúncia.

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 pedido e conceder a ordem, anulando-se o acórdão proferido no Recurso em Sentido Estrito n. 99.119-3 (1ª Vara do Júri de São Paulo) e todos os atos processuais subsequentes, para que outro julgamento seja proferido com prévia intimação pessoal do defensor do Paciente, mantendo-se, todavia, sua custódia, em razão da r. sentença de pronúncia (fl. 61). Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 22 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 25.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Dr. Arx Tourinho, às fls. 117/118, **verbis**:

‘Cuida-se de **habeas corpus** impetrado pelo Defensor Público Pedro Antônio de Avellar, em benefício de Francisco Pedro da Silva Filho, visando à anulação de julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de recurso em sentido estrito interposto pela defesa, por falta de intimação pessoal do Defensor Público do Paciente.

Alega o Impetrante que o Paciente foi pronunciado e que, contra tal decisão, interpôs recurso em sentido estrito. O recurso foi desprovido, sem que a defensora pública do Paciente fosse intimada pessoalmente para a sessão de julgamento. O Paciente foi, então, submetido ao Tribunal do Júri, restando condenado a 8 (oito) anos de reclusão, em regime semi-aberto. A nulidade absoluta ocorrida, com a ausência da intimação pessoal da defensora, é causa do constrangimento ilegal sofrido.

Liminar indeferida à fl. 44.

À fl. 47, esta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela solicitação de informações à autoridade coatora.

Informações, juntadas às fls. 52/53, confirmam o alegado pela impetração ao dizer que:

‘Não há nos autos certidão de intimação pessoal do defensor do Paciente, nem tampouco existe notícia de que ele tenha estado presente à sessão que julgou o recurso interposto.’”

Ouvido, o *Parquet* Federal opina pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

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

Consoante informações prestadas pelo 2º Vice-Presidente da Corte-impetrada, às fls. 52/53, o defensor do Paciente em sede recursal não foi intimado pessoalmente da inclusão em pauta e da data designada para julgamento do recurso em sentido estrito da defesa, nem esteve presente à sessão de julgamento.

Assim, torna-se evidente que a ausência de intimação pessoal da defesa preferiu direito garantido ao Réu, qual seja, o direito de se ver devidamente representado, ainda que em grau de recurso, frustrando-se-lhe a possibilidade de apresentação de memoriais, ou mesmo da realização de sustentação oral. Violou-se, ainda, fórmula expressa da lei (art. 370, § 4º, do CPP), garantidora do devido processo legal.

Assim, há respaldo (art. 648, VI, do Código de Processo Penal – processo manifestamente nulo) para a concessão da ordem.

Sobre o tema, o egrégio STF já se manifestou no sentido de dever ser sempre pessoal a intimação do Defensor Público ou dativo, sob pena de nulidade. Confirmam-se:

“Habeas corpus. Defensor Público. Intimação pessoal. Pauta de julgamento. Ausência. Nulidade.

Nos termos do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, acrescentado pela Lei n. 7.871/1989, a falta de intimação pessoal do Defensor Público que patrocinou a defesa do Paciente, da inclusão em pauta e da data designada para julgamento da apelação, enseja a nulidade.

Habeas corpus deferido para, declarada a nulidade do acórdão, se proceda a novo julgamento com observância da intimação pessoal do Defensor Público.” (HC n. 73.310-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 17.05.1996).

“Ampla defesa: frustração do direito à sustentação oral no julgamento da apelação.

Viola a garantia de ampla defesa o julgamento de apelação criminal, não obstante já deferido o pedido de adiamento formulado pelo defensor do acusado.

Frustrado, assim, o direito da parte à sustentação oral, é nulo o julgamento, não cabendo reclamar para declará-lo a prova impossível de que, se utilizada aquela oportunidade legal de defesa, outra teria sido a decisão do recurso.” (HC n. 69.142-1-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10.04.1992).

“STF: ‘Defesa. Intimação. Defensoria Pública. Não coabitam o mesmo teto a intimação implícita (presença na audiência em que interrogado o acusado) e a pessoal, imposta pelo § 5º do artigo 5º da Lei n. 1.060/1950, com redação dada pela Lei n. 7.871/1989.’ (RJDTACRIM 26/306).”

Esta Corte também já se manifestou no mesmo sentido:

“Processual Penal. Defensor Público. Prazo em dobro.

O Defensor Público será intimado pessoalmente, sem exceção, dos atos do processo em que atuar, contando-se-lhe em dobro todos os prazos (Lei n. 1.060/1950, art. 5º, § 5º, com a redação da Lei n. 7.871/1989).

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 20.500-5-PB, rel. Min. Flaquer Scartezini, DJ de 29.06.1992).

“Processo Civil. Defensoria Pública. Prazos em dobro.

O Defensor Público, em representação de parte sob assistência judiciária, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo e se lhe contarão em dobro todos os prazos. Lei n. 1.060/1950, art. 5º, § 5º, com a redação da Lei n. 7.871, de 08.11.1989.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 11.591-PB, rel. Min. Athos Carneiros, DJ de 30.09.1991).

“**Habeas corpus**. Defensoria Pública. Recurso. Intimação pessoal. Sentença. Fixação da pena.

I – Os Defensores Públicos, nos Estados onde a Defensoria é organizada, devem ser intimados pessoalmente, contando-se-lhes em dobro o prazo para interpor recurso.

II – O **habeas corpus** é instrumento constitucional adequado para corrigir erro material na fixação da pena.

III – Recurso conhecido e provido, a fim de que o Tribunal **a quo** aprecie o mérito do pedido.” (RHC n. 2.106-PI, rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ de 14.09.1992).

Confira-se, ainda, julgado de minha lavra, onde restou assentado:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Citação. Nulidade. Denúncia. Alteração do rol de testemunhas. Ausência de intimação pessoal do Defensor Público. Nulidade do julgamento.

Presume-se a regularidade do ato citatório se o Oficial de Justiça certifica e dá fé ter dado, por inteiro, cumprimento ao mandado de citação, máxime se inexistente nos autos prova em sentido contrário.

Não é irrita ao nosso ordenamento jurídico-processual a substituição do rol de testemunhas constante da denúncia, desde que decorrente de erro escusável e, comprovadamente, inexistente má-fé por parte do Promotor de Justiça. Ademais, não há nulidade sem prejuízo (art. 563, CPP).

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. 8.989-SP, rel. Min. José Arnaldo, DJ de 31.05.1999).

Dessarte, conheço do pedido e concedo a ordem, anulando-se o acórdão proferido no Recurso em Sentido Estrito n. 99.119-3 (1ª Vara do Júri de São Paulo) e todos os atos processuais subseqüentes, para que outro julgamento seja proferido com a prévia intimação pessoal do Defensor do Paciente, mantendo-se, todavia, sua custódia, em razão da r. sentença de pronúncia (fl. 61).

É o meu voto.

HABEAS CORPUS N. 25.184 – CE

(Registro n. 2002.0143266-5)

Relator: Ministro Jorge Scartezini
Impetrantes: Paulo César Barbosa Pimentel e outros
Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Paciente: Luiz Girão Carneiro Neto (preso)

EMENTA: Habeas corpus – Processual Penal – Custódia preventiva – Garantia da ordem pública, instrução criminal e aplicação da lei penal – Necessidade.

– A prisão preventiva é necessária para a garantia da ordem pública, instrução criminal e aplicação da lei penal, mormente quando o paciente, na qualidade de serventuário da Justiça, está sendo acusado de estar envolvido em complexo esquema de organização com o fim de identificar testemunhas de acusação nas ações penais instauradas contra os demais acusados, com nítido intuito de frustrar a formação probatória, demonstrando a extrema periculosidade do agente.

– As circunstâncias de primariedade e bons antecedentes não obstam a constrição preventiva quando esta demonstra ser, indubitavelmente, necessária para a garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal.

– Precedentes.

– 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 como Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

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

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 24.03.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado por Paulo César Barbosa Pimentel, Mauro Júnior Rios e Francisco Valdemizio Acioly, em benefício de Luiz Girão Carneiro Neto, contra v. acórdão proferido pela colenda Segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *que denegou a ordem ali impetrada*, nos termos da seguinte ementa:

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Prisão preventiva. Alegada, em suma, a desnecessidade da medida. Funcionário do Poder

Judiciário, supostamente envolvido com organização criminosa. Gravidade da infração. Presença da materialidade e de indícios de autoria. Medida vexatória imprescindível para a garantia da ordem pública. Ordem denegada. Unânime.

Os motivos e outras circunstâncias, em ilícito grave, de grande repercussão, em que supostamente envolveu-se o Paciente, desvirtuando a conduta exigível para assumir um cargo público de tamanha relevância, são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta à própria credibilidade do Judiciário, que tem malgrado seu propósito de aplicar a Justiça, com as ações praticadas pela quadrilha, tornando isento de reparos o **decisum** investivado, em razão da presença do **fumus boni juris**, bem como do **periculum in mora**.” (fl. 46).

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 288, parágrafo único (*formação de quadrilha armada*); 321, parágrafo único (*advocacia administrativa*), 332 (*tráfico de influência*), 348 (*favorecimento pessoal*), 317 (*corrupção passiva*), c.c. art. 69, todos do Código Penal, e Lei n. 9.034/1995, tendo sido decretada a sua prisão preventiva como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar eventual aplicação da lei penal.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus**, perante o egrégio Tribunal **a quo**, objetivando a revogação do decreto de prisão preventiva, sob o argumento de restar o mesmo ausente de fundamentação, uma vez que não há prova definitiva da materialidade nem indícios da autoria. Aduziu, ainda, ser o réu primário, com bons antecedentes, residência fixa, além de ser um prestativo servidor público.

No presente *writ*, o Impetrante reitera os argumentos já apresentados.

O pedido de liminar foi indeferido à fl. 105.

Solicitadas as informações de praxe, as mesmas vieram aos autos às fls. 109/112.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 165/171, opina pela *denegação da ordem*, entendendo que o despacho construtivo está suficientemente fundamentado, bem como, que a primariedade, a residência e emprego fixos não garantem a concessão da liberdade provisória.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o Impe-trante pleiteia a revogação da prisão preventiva do Paciente, sob o argumen-to de restar o mesmo ausente de fundamentação. Aduz, ainda, ser o Réu pri-mário, detentor de bons antecedentes, possuir residência fixa, além de ser prestativo servidor público, preenchendo, pois, todos os requisitos objeti-vos e subjetivos para responder ao processo em liberdade.

Cabe registrar, inicialmente, que é consagrado no nosso ordenamento constitucional, o prestígio à liberdade individual, antes do trânsito em jul-gado. Assim, o direito de ir e vir, na fase processual, somente pode ser coarctado mediante decisão judicial fundamentada, em que se demonstre, concretamente, a necessidade da medida (neste sentido: **Ada Pellegrini Grinover**, in *As Nulidades no Processo Penal*; **Heleno Fragoso**, in *Juris-prudência Criminal*; **Tourinho Filho**, in *Processo Penal, entre outros*).

Outrossim, segundo lições de **Carrara**, secundado por **Weber M. Ba-tista**, in *Liberdade Provisória, a prisão preventiva, matéria objeto desta impetração*, “responde a três necessidades: de justiça, para impedir a fuga do acusado; de verdade, para impedir que atrapalhe as indagações da autorida-de, que destrua a prova do delito e intimide as testemunhas: de defesa pú-blica, para impedir a *ciertos facinorosos*, que durante o processo continuem os ataques ao direito alheio”.

O decreto constrictivo restou assim fundamentado, **in verbis**:

“A partir de uma investigação policial que objetivava o desmantelamento de uma quadrilha de roubo de carros, conseguiu-se, através de interceptações telefônicas autorizadas por este Juízo, os in-dícios veementes de uma organização criminosa arregimentada para prática de delitos nesta Capital, principalmente, para execução de as-saltos, o que é devidamente comprovado através do relatório da auto-ridade policial, que transcreve os trechos das respectivas gravações.

Do relato policial verifica-se desde a prática de roubo, até a uti-lização de servidores públicos para aliciamento e pressionar testemu-nhas arroladas pela acusação.

Como se vê, a organização criminosa interfere até na administra-ção da Justiça, buscando maquiar a prova dos autos e favorecer os membros do bando criminoso.

Para a decretação da prisão preventiva, a lei exige a presença do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**, insculpidos sob a égide do art. 312 do Código de Processo Penal.

O **fumus boni juris** está calcado na prova do crime e em indícios suficientes de sua autoria, que são devidamente evidenciados no relatório da interceptação telefônica.

Além dos indícios da prática criminosa e de autoria delitiva, a lei exige que a prisão preventiva deve ser orientada para a satisfação das seguintes regras:

- a) para garantir a ordem pública;
- b) ou por conveniência da instrução criminal;
- c) ou para assegurar a aplicação da lei penal.

No caso vertente, pelas informações constantes dos autos, estão presentes todas hipóteses previstas para decretação da medida extrema.

Tenha-se presente, ainda, que:

‘A periculosidade do Réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, basta por si só, para embasar a custódia cautelar no *resguardo da ordem pública* e, mesmo, *por conveniência da instrução criminal*.’ (STJ, rel. Min. Costa Leite, de 17.02.1991, p. 36). (grifei).

‘No conceito de ordem pública não se visa apenas evitar a reprodução de fatos criminosos, mas a *acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça* em face da gravidade do crime e de sua repercussão ...’ (STF, JSTF n. 65.043-RS, rel. Min. Carlos Madeira, in Lex JSTF 105/365) (grifei).

Ressaltando, por oportuno, que sendo fortes os motivos de ordem pública invocados, não obsta que permaneçam os acusados enclausurados à exibição de bons antecedentes e primariedade delitiva.

‘Fortes os motivos de ordem pública invocados, não obstam o decreto de prisão preventiva a exibição de bons antecedentes e primariedade delitiva.’ (STJ, Quinta Turma, Recurso em HC n. 814-SP, rel. Min. José Dantas).

No pedido de prisão preventiva em exame, os acusados, em ação conjunta, às vezes violenta e repugnante, praticaram vários delitos nesta

urbe, deixando a sociedade fortalezense em polvorosa diante da onda crescente de ações criminosas que assolam a Capital.

Aqui, a medida se impõe para salvaguardar incautos contra a sã audaciosa desses elementos, que sem qualquer vislumbre de ética em sociedade, na primeira oportunidade, lançam mão de qualquer meio para chegar às fáceis, mas indevidas, vantagens em detrimento a direitos legítimos de suas vítimas.

De forma que, de tudo, se conclui que, em liberdade, significarão perigo para a ordem pública, serão tentados a perturbar a prova e, se condenados, criarão embaraço ao cumprimento da pena, afastando-se do distrito da culpa.” (fls. 115/116).

Nota-se, portanto, que a prisão preventiva restou fundamentada na necessidade de assegurar a ordem pública, garantir a eventual aplicação da lei penal e a própria instrução criminal. Sobre este último aspecto, aliás, cabe destacar a existência de fortes indícios de que o Paciente, na qualidade de serventuário da Justiça, identificava testemunhas de acusação nas ações penais instauradas contra os demais acusados, com nítido intuito de frustrar a formação probatória.

Ademais, as circunstâncias de *primariedade, bons antecedentes, residência e emprego fixos*, por si sós, não obstam a constrição preventiva quando esta demonstra, inequivocamente, necessária para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. A propósito:

“Penal. Processual. Latrocínio e tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Fundamentação. Primariedade e bons antecedentes. **Habeas corpus**.

1. A periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, basta para embasar a custódia. Precedentes deste STJ.

2. O que não se admite é a prisão decretada ao exclusivo fundamento de que hediondo o crime. Fundamentada a custódia, na forma exigida pela CF/1988, art. 93, IX, e pela lei penal, não se reconhece o constrangimento ilegal alegado.

3. *Ser primário, de bons antecedentes, com domicílio e profissão fixos não obstam, por si só, a medida cautelar, que deve ser adotada sempre que presentes os pressupostos ensejadores.*

4. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.” (HC n. 17.289-MG, rel. Ministro Edson Vidigal, DJU de 12.11.2001) – grifei.

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Improcedência. Complexidade do feito. Concurso da defesa para a demora da instrução. Súmula n. 64-STJ. Decreto de custódia preventiva devidamente fundamentado. Autoria. Indícios de envolvimento do paciente. Exame aprofundado de provas inviável nesta via estreita.

Não se evidencia excesso de prazo na instrução criminal ante a manifesta complexidade do feito: existência de vários réus, necessidade de oitiva de testemunhas por carta precatória, delitos praticados em dois Estados da Federação. Concurso da defesa para a demora da instrução criminal. Incidência da Súmula n. 64 desta colenda Corte.

Primariedade e bons antecedentes não elidem o decreto de custódia preventiva quando proferidos com lastro nos dispositivos do Código de Processo Penal. Decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado.

Inviável, na via do **habeas corpus**, exame aprofundado de provas, de forma a atestar a inocência do paciente. Indícios de participação presentes nos autos.

Recurso desprovido.” (RHC n. 11.257-BA, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 22.10.2001) – destaquei.

Ante o exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 25.210 – SP

(Registro n. 2002.0144404-0)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Impetrante: Roberto Lopes Salomão Magiolino
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Pacientes: Ronaldo Adriano Cassandre, Wagner de Souza e Francisco Everaldo Bernardo de Vasconcelos (presos)

EMENTA: **Habeas corpus** – Processual Penal – Formação de quadrilha – Roubo – Receptação – Dano – Facilitação de fuga – Excesso de prazo para a conclusão da instrução – Processo complexo envolvendo sete acusados e diversas testemunhas – Cartas precatórias – Co-réus foragidos.

– O concurso de pessoas, com o envolvimento em intrincado esquema de roubo e receptação de veículos e armas, tudo para promover a fuga de prisioneiros, cuja plena apuração exige delicado e complexo conjunto de atos, podem, eventualmente, demandar certo atraso. O presente caso ainda é agravado com a existência de extenso número de testemunhas residentes fora da comarca, o que ensejou excessivo número de cartas precatórias, ressalte-se que todas elas continham prazo de cumprimento urgente, como é natural e corriqueiro nos serviços da escrivania criminal. Considero, diante disso, justificável o excesso.

– 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 Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

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

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 24.03.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado por Roberto Lopes Salomão Magiolino, em benefício de Ronaldo Adriano Cassandre, Wagner de Souza e Francisco Everaldo Bernardo de Vasconcelos, em face dos vv. acórdãos proferidos pela colenda Quinta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que *denegaram*

ordens ali impetradas, em que se alegavam excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal.

Consta dos autos que os Pacientes foram denunciados, juntamente com outros quatro co-réus, por suposta prática dos crimes previstos nos arts. 288, parágrafo único; 157, § 2º, incisos I e II (por duas vezes, na forma do art. 70); 163, parágrafo único, inciso III; 180, **caput** (por duas vezes, na forma do art. 69), e 351, § 1º, em concurso material, todos do Código Penal, tendo sido Ronaldo preso em flagrante delito em 28.09.2001.

Decretada a prisão preventiva dos outros dois pacientes, Wagner encontra-se preso desde 10.10.2001, não registrando os autos a data de encarceramento de Francisco.

No presente *writ*, o Impetrante alega, em síntese, a existência de coação ilegal diante do excesso de prazo para a formação da culpa. Argumenta estarem os Pacientes presos por mais de um ano.

A liminar foi indeferida à fl. 46.

Solicitadas as informações de praxe, as mesmas vieram às fls. 52/53.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 106/109, opina pela denegação da ordem.

Após, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, alega o Impetrante, em suma, excesso de prazo para a conclusão da instrução, requerendo, ao final, seja concedida a ordem para que os Pacientes possam responder ao processo em liberdade.

Como é cediço, a existência de processo complexo, com vários réus e a necessidade de expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas e até mesmo para o interrogatório de alguns réus, enseja a observância menos rigorosa do prazo de 81 dias para o encerramento da instrução, valendo-se, para tanto, da razoabilidade. Tal, amolda-se ao caso **sub judice**. Nesse sentido, cumpre destacar as informações prestadas pelo douto Magistrado de 1º grau, **in verbis**:

“Para o interrogatório do Paciente foi expedida carta precatória para Comarca de São José dos Campos, onde encontra-se recolhido. Realizado o interrogatório do co-réu Francisco Everaldo, que encontra-se

recolhido na Penitenciária de Tremembé. Devolvida em 11.12.2001, foi determinado o desmembramento dos autos com relação aos demais co-réus que encontram-se foragidos, bem como expedição de cartas precatórias para inquirição das testemunhas arroladas pela acusação, para as Comarcas da Capital, São Sebastião e Salesópolis. As duas últimas tiveram sua devolução em 14.02.2002. Determinou-se a cobrança da carta precatória expedida para a Capital, obtendo como resposta a designação de audiência para o dia 24.07.2002. Solicitou-se, então, ao Juízo deprecado a antecipação da data da audiência, obtendo-se como resposta que a *audiência seria antecipada para o dia 07.05.2002*, não sendo possível data mais próxima.” (fl. 91).

Assim, pela complexidade acima exposta, e quantidade de pessoas envolvidas no crime, é razoável certo excesso de prazo. Neste diapasão:

“Processual Penal. Sumário de culpa. Prazo. Excesso. Razoabilidade. **Habeas corpus**. Constrangimento.

– A construção jurisprudencial que estabeleceu o prazo de 81 dias para a formação do sumário de culpa na hipótese de réu submetido à prisão processual deve ser concebida sem rigor, sendo admissível o excesso de tempo em circunstâncias razoavelmente justificadas.

– Recurso ordinário desprovido.” (STJ, RHC n. 6.486-RJ, Sexta Turma, rel. Ministro Vicente Leal, DJU de 12.08.1997).

“RHC. Crimes graves atribuídos a uma perigosa quadrilha. Denúncia contra quinze réus. Demora na tramitação do processo devidamente justificada. Excesso de prazo que não se reconhece.

1. A existência de um número elevado de réus, alargando as providências judiciais, justifica o trâmite mais demorado da ação, reconhecendo-se o esforço do Magistrado de 1ª grau em dar andamento rápido ao processo.

2. Só a desídia, o descaso, a morosidade inexplicável é que caracteriza o constrangimento ilegal, não o atraso decorrente de circunstâncias próprias da causa, que o legitimam plenamente.

3. Recurso improvido.” (STJ, RHC n. 7.313-PB, Sexta Turma, rel. Ministro Anselmo Santiago, DJU de 18.05.1998, p. 151).

Por tais fundamentos, *denego a ordem*.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.946 – RS

(Registro n. 2002.0068448-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: João César
Advogado: Amaro de Souza Cardoso
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Impetrado: Desembargador-Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Procuradores: Pedro Henrique Poli de Figueiredo e outros

EMENTA: RMS – Processo Civil – *Ação* de mandado de segurança – Indeferimento liminar, com julgamento de mérito – Nulidade – Precedentes – Art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil – Aplicação restrita a *recurso* ou remessa oficial.

I – A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento de que é nula a decisão que indefere, liminarmente, a petição do mandado de segurança, *por razões meritórias*. Precedentes.

II – **In casu**, o relator da *ação* mandamental denegou a segurança, singularmente, adotando o art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.756/1998. Desta forma, imperioso reconhecer a nulidade do julgamento, mesmo depois de ratificado via agravo interno, pois a aludida inovação processual só é aplicável a *recurso* ou remessa oficial, hipótese distinta da ocorrida nestes autos.

III – O indeferimento singular de *ação* de mandado de segurança só poderá ocorrer se verificável, à espécie, o comando contido no artigo 8º da Lei n. 1.533/1951, que assim dispõe: “A inicial será desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei”.

III – Recurso conhecido e provido, tão-somente, para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que a *ação* mandamental seja regularmente processada.

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, deu provimento ao recurso, tão-somente, para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que a ação mandamental seja regularmente processada.” Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 23.09.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário interposto por João César, Oficial do Registro de Imóveis de Canoas-RS, com fundamento na alínea **b**, inciso II do art. 105 da Constituição Federal, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado.

Na inicial do *writ*, o Impetrante pleiteou a imediata declaração de vacância do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre, cuja titular faleceu aos 5 de janeiro de 2001, e que, segundo o Impetrante, deveria ser provido por intermédio de concurso de remoção.

O Desembargador-Relator, *com base no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, monocraticamente, denegou a segurança.*

Irresignado, o Impetrante interpôs agravo interno. O Tribunal **a quo**, ao apreciar o **mandamus**, resumiu o julgado ao seguinte teor:

“Agravo interno. Decisão monocrática. (Mandado de segurança. Administrativo. Serviço notarial e registral. Vacância do Ofício de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre. Oficial do Registro de Imóveis de Canoas. Pedido administrativo de publicação da vacância para pleitear a sua remoção. Informações dando conta de providências sobre o pedido. Princípio da presunção de sinceridade do Poder Público e ausência de direito líquido e certo. Denegação da ordem). Inteligência e aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil (com a alteração da Lei n. 9.756, de 17.12.1998). Julgamento que se mantém.

Agravo não provido.” (fl. 100).

Daí, a interposição do presente recurso ordinário, onde o notário repisa toda a tese lançada à exordial, qual seja, que possui direito líquido e certo à decretação de vacância do cartório mencionado, para o qual tem interesse em concorrer.

Para tanto, aduz o Recorrente que sua pretensão encontra respaldo no art. 236, § 3º, da Constituição Federal. Segundo alega, a omissão da Administração Pública implica em descumprimento do mencionado dispositivo, que encerra o seguinte comando: “O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”.

Contra-razões às fls. 127/129, reiterando a inexistência do direito líquido e certo ora pleiteado.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo desprovimento do recurso (fl. 139).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Compulsando-se os autos, verifica-se que o presente apelo ordinário foi interposto em tempo hábil e precedido do respectivo preparo, cuja guia encontra-se acostada à fl. 111.

Antes de adentrar o mérito recursal, impende analisar, preliminarmente, que o Desembargador-Relator do *writ*, após receber as informações, julgou, de plano, a ação de mandado de segurança, monocraticamente, ocasião em que se valeu do art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.756/1998, *para denegar a segurança postulada* (fls. 85/88).

A r. decisão, conforme já relatado, por força de agravo interno, foi levada ao Colegiado, que manteve, **in totum**, a decisão singular.

Neste diapasão, o recurso merece ser provido, tão-somente, *para tornar sem efeito o v. acórdão e a r. decisão singular*, pois a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem pensamento reiterado quanto à impossibilidade do relator julgar, singularmente, a ação mandamental, analisando o mérito propriamente dito. Ilustrativamente:

“Mandado de segurança. Denegação liminar pelo relator, com exame do mérito da ação mandamental. Confirmação pelo acórdão proferido no agravo regimental interposto pelo impetrante.

I – É nulo o acórdão que, sem observar o devido processo legal, decide o mérito do mandado de segurança. No caso, o aresto foi proferido sem que antes tenha sido notificada a autoridade-impetrada para prestar informações e de manifestação do Ministério Público.

II – Recurso ordinário provido, a fim de que a segurança seja regularmente processada.” (RMS n. 1.221-MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 18.05.1992).

“Processual. Mandado de segurança. Indeferimento liminar.

– O indeferimento liminar do mandado de segurança somente é possível, quando a falta das condições da ação estiver evidente (Lei n. 1.533/1951, art. 8^o).

– Não é lícito ao relator, substituindo-se ao colegiado competente para o julgamento do pedido de segurança, apreciar-lhe o mérito, para, em atividade que não deve ultrapassar a prelibação, denegar de plano a pretensão.” (RMS n. 1.458-MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 19.09.1994).

“Mandado de segurança. Indeferimento liminar. Lei n. 1.533/1951, art. 8^o. Exame de mérito sem o devido processo legal.

– Não cabe o indeferimento liminar da segurança com base na Lei n. 1.533/1951, art. 8^o, quando se adentra razões meritórias sem o devido processo legal.” (RMS n. 2.239-MG, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 29.03.1999).

“Processual. Mandado de segurança. Indeferimento liminar.

– Carência formal. Assentado entendimento deste Superior Tribunal, sobre ser nula a decisão liminar posta em trancamento do processo por razão do mérito do pedido.” (RMS n. 8.803-SP, rel. Min. José Dantas, DJ de 05.10.1998).

“Mandado de segurança. Indeferimento liminar. Direito líquido e certo. Mérito.

– O art. 8^o da Lei n. 1.533/1951 não autoriza o indeferimento liminar da ação mandamental, ao fundamento de falta da liquidez e certeza do direito vindicado, porquanto são condições que envolvem o próprio **meritum causae**.

– Recurso provido.” (RMS n. 8.138-MG, rel. Min. William Patterson, DJ de 10.11.1997).

“Processual. Mandado de segurança. Indeferimento liminar.

– Não se pode indeferir liminarmente o mandado de segurança, exceto nos casos em que evidente a ausência de seus requisitos.

– O relator não se possibilita substituir-se ao colegiado, apreciando o mérito do **mandamus**, denegando de plano a pretensão.

– Recurso provido.” (RMS n. 4.618-MS, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 05.05.1997).

“Processo Civil.

1. Indeferimento da petição inicial. A petição inicial não pode ser indeferida por razões de mérito. Hipótese que, em concreto, não recomenda o provimento do recurso ordinário.

2. Medida liminar satisfativa. A proibição do deferimento de medida liminar que esgote o objeto do processo só subsiste enquanto o retardamento não frustrar a tutela judicial, que é garantia constitucional. Recurso ordinário improvido.” (RMS n. 6.063-RS, rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 01.12.1997).

“Embargos de declaração. Processual Civil. Art. 535 do CPC. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. *Recurso ordinário em mandado de segurança. Indeferimento liminar. Lei n. 1.533/1951, art. 8^a. Apreciação do mérito. Inobservância do devido processo legal. Impossibilidade.* Art. 545 do CPC. Razões distintas do conteúdo da decisão agravada. Aplicação da Súmula n. 182-STJ.

(...)

II – É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que é nula a decisão que indefere liminarmente a petição de mandado de segurança por razões meritórias, sem, contudo, observar o devido processo legal.

III – Conforme entendimento consolidado nesta Corte, as razões insertas na fundamentação do agravo regimental devem limitar-se em atacar o conteúdo decisório da r. decisão hostilizada, o que, no presente caso, não ocorreu. Aplicável, à espécie, o Verbete Sumular n. 182-STJ, que assim dispõe, **verbis**: ‘É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada’.

V – Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no RMS n. 7.821-MS, de minha relatoria, DJ de 04.02.2002).

“Agravamento regimental. Processual Civil. Mandado de segurança. Indeferimento liminar. Análise do mérito. Art. 8º da Lei n. 1.533/1951. Art. 545 do CPC. Razões distintas do conteúdo da decisão agravada. Aplicação da Súmula n. 182-STJ.

*I – A teor da cediça jurisprudência consagrada por este Tribunal, ‘o art. 8º da Lei n. 1.533/1951 não autoriza o fundamento de falta de liquidez e certeza do direito vindicado, porquanto são condições que envolvem o próprio **meritum causae**. Recurso provido’.* (RMS n. 8.138-MG).

II – Conforme entendimento consolidado nesta Corte, as razões insertas na fundamentação do agravo regimental devem limitar-se em atacar os fundamentos da r. decisão hostilizada, o que, na hipótese dos autos, não ocorreu. Aplicável, à espécie, o Verbete Sumular n. 182-STJ, que assim dispõe, **verbis**: ‘É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada’.

III – Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 374.593-PE, de minha relatoria, DJ de 19.11.2001).

“Processual. Mandado de segurança. Indeferimento liminar. Prejulgamento do mérito. Ofensa ao art. 8º da Lei n. 1.533/1951.

– Ofende o art. 8º da Lei n. 1.533/1951 a decisão que, para indeferir liminarmente pedido de mandado de segurança, prejulga o mérito.

– *Não é lícito ao Juiz singular ou relator, prejulgar o mérito em decisão de indeferimento liminar.”* (REsp n. 252.766-MS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 11.06.2001).

Ademais, no presente caso, há interessante pormenor, qual seja, o Relator valeu-se do art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.756/1998, olvidando-se de que o aludido dispositivo processual só é aplicável a *recursos*, sendo certo que não era a hipótese dos autos.

Somente para afastar eventuais dúvidas, transcrevo a literalidade da lei:

“O relator negará seguimento a *recurso* manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado, ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, tão-somente, para afastar a aplicação do art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil, no caso de *ação mandamental originária*, devendo os autos retornar ao Tribunal de origem, a fim de que a segurança seja regularmente processada.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 226.743 – SP

(Registro n. 1999.0071901-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Amaro José Germano da Silva
Advogado: José Eloi Martins

EMENTA: Penal – Prescrição punitiva – Aumento de pena pela reincidência – Impossibilidade.

O acréscimo de um terço relativo à reincidência na forma prevista no art. 110 do estatuto punitivo, somente é aplicado em se tratando da prescrição da pretensão executória, e não da punitiva – que é o caso dos autos. Precedentes.

Inteligência da Súmula n. 220-STJ: “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva”.

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 Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 7 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 02.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea c, do permissivo constitucional, contra v. acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Criminal daquele Estado que, por votação unânime de sua Quarta Câmara, decretou a extinção da punibilidade dos apelantes Amaro José Germano da Silva e Vicente Pereira de Oliveira, de acordo com o art. 107, inciso IV, do Código Penal.

Foram opostos embargos de declaração, às fls. 431/433, sob alegação de omissão do julgado, ao argumento de que o prazo prescricional a ser considerado para o réu Amaro José Germano da Silva seria de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, já que o lapso temporal de 4 (quatro) anos deveria ser aumentado de um terço por ser ele reincidente.

Todavia, aquela Câmara julgadora rejeitou os declaratórios nos termos do voto do ilustre Desembargador Canellas de Godoy, *in verbis* (fl. 439):

“(…)”

Cinge-se a questão à prescrição da pretensão punitiva quando se trata de réu reincidente, existindo duas correntes, afirmando a primeira que, nesses casos, o prazo prescricional não é atingido pelo acréscimo da reincidência e a segunda, no sentido inverso, vale dizer, que influi na contagem do prazo.

O v. acórdão embargado adota, na esteira de entendimento desta egrégia Quarta Câmara, o entendimento de que esse aumento devido à reincidência incide apenas e tão-somente em casos de prescrição executória, não se podendo admiti-lo na chamada prescrição ‘da ação’.

Certo que a outra corrente traz em seu bojo fundamentadas razões para alicerçar sua convicção, porém, é de se ver que, na medida em que esta egrégia Turma julgadora optou pela direção já conhecida, não há como reconhecer-se omissão de ponto, de fato e de direito no acórdão, como pretende o culto Dr. Procurador de Justiça.

Dessa forma, nada havendo a ser aclarado, conhece-se e rejeita-se o presente recurso de embargos.”

Sustenta o Recorrente que, para efeito da aplicação do art. 110, **caput**, **in fine**, do Código Penal, não há distinguir entre a prescrição da pretensão executória e a que alcança a pretensão punitiva, utilizando-se como paradigma de precedente deste colendo Tribunal.

Contra-razões às fls. 468/471.

O Ministério Público Federal, oficiante nesta Corte, opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): De início, verificam-se preenchidos os requisitos de admissibilidade e conhecimento da peça exordial.

No mais, como incurso nas sanções do art. 155, **caput**, do Código Penal, Amaro José da Silva foi condenado à pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão e multa de 12 (doze) dias-multa, ao valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. A pena foi imposta acima do mínimo legal, ao argumento de que o Réu registra antecedentes criminais.

Todavia, compulsando os autos minuciosamente e como bem disposto no v. acórdão guerreado, os fatos ocorreram em 20 de abril de 1990, e o recebimento da denúncia se deu à data de 10 de novembro de 1994, transcorrendo o lapso temporal superior a 4 (quatro) anos.

Isso posto, tenho que a irrisignação ministerial não merece guarida.

A exegese do art. 110 do Código Penal revela que o acréscimo do prazo prescricional em um terço relativo à reincidência somente se aplica em se tratando de prescrição da pretensão executória, não incidindo sobre a prescrição retroativa, espécie da prescrição da pretensão punitiva.

A prescrição penal retroativa, regulada pela concretização da pena fixada na sentença condenatória recorrível, ocorre com o decurso de prazo entre a data da consumação do crime e a do recebimento da denúncia – que é o caso dos autos – ou entre esta última causa de interrupção e a sentença condenatória.

In casu, o fato de ter-se reconhecida a incidência da prescrição retroativa, com base na pena concretizada na sentença, e não pelo máximo em abstrato, não enseja motivo para autorizar o pretendido pelo Recorrente.

Nesse diapasão, esta colenda Corte já pacificou seu entendimento sobre a matéria em exame, conforme aludido na Súmula n. 220, que assim dispõe:

“A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.”

Ademais, trago a lume precedentes deste Tribunal Superior:

“**Habeas corpus**. Prescrição. Extinção da pretensão punitiva. Reincidência. Irrelevância.

1. O entendimento pretoriano é no sentido de não interferir a reincidência na extinção da pretensão punitiva pela ocorrência da prescrição, mas, tão-somente, na da pretensão executória.” (HC n. 7.942-PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 14.12.1998).

“Penal. Processual Penal. Prescrição retroativa e executória. Prisão provisória. Detração. Pena privativa de liberdade. Substituição. Pena restritiva de direitos. Requisitos. CP, art. 44.

A prescrição penal retroativa, espécie regulada pelo **quantum** da pena fixada na sentença condenatória recorrível, transitada em julgado para a acusação, ocorre com o decurso do prazo entre a data da consumação do delito e a do recebimento da denúncia, ou entre esta e a da sentença condenatória.

Não ocorre a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória se, após a sentença condenatória passada em julgado para a acusação, não transcorreu o prazo extintivo do **jus puniendi**.

São requisitos subjetivos necessários à substituição da pena detentiva por restritiva de direito não ser o condenado reincidente e não ter o Juiz-sentenciante, no momento da individualização da pena, reconhecido a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Habeas corpus denegado.” (HC n. 18.518-RJ, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 04.03.2002).

À vista do exposto, nego provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 249.046 – SP

(Registro n. 2000.0015894-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: José Carlos dos Santos

EMENTA: Processo Penal – Execução da pena – Remição pelo trabalho do preso – Falta grave – Perda dos dias remidos – Art. 127 da LEP – Recurso provido.

1. O cometimento de falta grave impede o deferimento ou enseja a revogação do instituto da remição, nos termos do art. 127 da Lei n. 7.210/1984. Precedentes desta Corte.

2. Recurso provido para declarar a perda dos dias remidos, restabelecendo o **decisum** de 1^o grau.

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 do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini. Presidiu a sessão o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília-DF, 15 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no DJ de 02.06.2003.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal de Alçada Criminal daquela unidade Federativa que cassou a sentença impugnada na parte em que declarou perdidos, por cometimento de falta grave, os dias remidos por exercício de atividade laborativa.

Sustenta o *Parquet*, nas razões do recurso especial, negativa de vigência ao art. 127 da Lei de Execução Penal, ao não ser decretada a perda dos dias remidos em razão do cometimento de falta grave pelo sentenciado, e, ainda, divergência entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O recurso merece prosperar.

O art. 127 da Lei n. 7.210/1984 dispõe que o cometimento de falta grave impede o deferimento ou enseja a revogação do instituto da remição.

Com efeito, é pacífica a jurisprudência desta egrégia Corte no sentido de que, comprovada a falta grave, cabe ao juízo de execução decretar a perda dos dias remidos, o que, por certo, não ofende qualquer direito supostamente adquirido.

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

“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 na 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.” (REsp n. 423.723-SP, rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 21.10.2002).

“Recurso especial. Penal e Processual Penal. Falta grave no cumprimento da pena. Perda dos dias remidos. Art. 127 da Lei n. 7.210/1984. Coisa julgada e direito adquirido. Não-prevalência em face do dispositivo legal.

1. A dicção do art. 127 da Lei n. 7.210/1984 é clara ao estabelecer que o condenado que cometer falta grave, durante a execução da pena, perderá os dias remidos, motivo pelo qual não há falar em coisa julgada e direito adquirido, dado que a decisão reconhecidora da remição não faz coisa julgada material. Precedentes da Corte.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 275.075-SP, rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ de 10.06.2002).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para declarar a perda dos dias remidos, restabelecendo o **decisum** de 1ª grau.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 282.728 – GO

(Registro n. 2000.0105379-5)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás
Recorridos: Emerson Luiz Moulaz e Aila Maria Pereira de Souza
Advogado: Cairo Eurípedes de Resende

EMENTA: Penal – Recurso especial – Art. 12 da Lei n. 6.368/1976 – Tipo subjetivo – Reexame e reavaliação da prova.

I – O tipo previsto no *art. 12 da Lei n. 6.368/1976* é *congruente* ou *congruente simétrico*, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, *v.g.*, de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional, tal como o *fim de traficar ou comercializar*. Além do mais, para tanto, basta, também, atentar para a incriminação do fornecimento gratuito (*precedentes* do STF e do STJ).

II – O tipo previsto no *art. 16 da Lei n. 6.368/1976*, este, sim, como **delictum sui generis**, apresenta a estrutura de *congruente assimétrico* ou *incongruente*, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do *exclusivo uso próprio*.

III – Inexistindo qualquer circunstância ou indício, nos dados admitidos pelo *v. acórdão* recorrido, que pudesse indicar o *exclusivo uso próprio* – os réus-recorridos foram detidos com 1,840kg (um quilo, oitocentos e quarenta gramas) de cocaína – a exigência da demonstração de mercancia escapa do estabelecido no *art. 12 da Lei n. 6.368/1976*.

IV – A reavaliação de prova especificamente admitida e delineada no v. acórdão reprochado, sendo, **de per si**, suficiente para amparar a pretensão recursal, não implica em mero reexame, vedado **ex vi Súmula n. 7-STJ**. O lapso da adequação típica, aí detectado, configura **error iuris** e não **error facti**.

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. Sustentou oralmente: Dr. Hélio Roriz (pelo recorrido).

Brasília-DF, 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 16.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Parquet*, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Carta Magna contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em que, diante de desclassificação, se sustenta a violação ao *art. 12 da Lei n. 6.368/1976*.

Os Réus-recorridos foram denunciados, na Comarca de Luziânia-GO, como incurso nas sanções do art. 12 c.c. o art. 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, em razão da seguinte situação fática:

“Consta dos autos investigatórios sustentáculo da presente que no dia 6 de julho de 1998, por volta das 7h30min, os denunciados foram presos em flagrante delito, na residência da primeira, onde tinham em depósito sem autorização legal, para comercialização, 1.840g (um mil, oitocentos e quarenta gramas) da substância denominada *Erythroxylon coca Lam*, conhecida como cocaína, acondicionados em oito porções, sendo dois pacotes em forma cilíndrica, envoltos em fita adesiva bege,

encontrados no quarto de Emerson, debaixo da cama; quatro pacotes, um deles envolto em fita adesiva e outros três em plásticos brancos, encontrados no guarda-roupa, no quarto de Aila, e, por último, um pacote envolto em plástico branco, encontrado na gaveta da estante da sala.

Extraí-se mais dos autos, que os denunciados associaram-se para a prática de comércio ilegal de substâncias entorpecentes, sendo que contra Aila foi expedido mandado de prisão pelo Juízo de Contagem-MG, em processo que responde pelo mesmo crime (fl. 49), bem como encontrado com Ronaldo extrato de conta telefônica com várias ligações para Ariquemes-RO e Porto Velho-RO, centros conhecidos como de tradições em comércio de entorpecentes, sem explicar os motivos, posto que todos os denunciados, por determinação de seus advogados, calaram-se, preferindo falar em juízo.

Foram encontrados três veículos em posse de Aila, dizendo ela serem de sua propriedade, sem explicação de suas origens, sobretudo como os adquiriu, patrimônio incompatível com seus ganhos.” (fls. 2/3).

Em 1^a grau, foram condenados a 6 (seis) anos de reclusão, afóra a pena pecuniária (a ré *Aila Maria Pereira de Souza*), e a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, afóra a multa (o réu *Emerson Luiz Moulaz*), tudo, nos termos da exordial acusatória (cf. fls. 301/302).

Em 2^a grau, ocorreu a reprochada desclassificação, em v. acórdão assim ementado:

“Apelação criminal.

1. Deserção. Nos termos do artigo 595 do Código de Processo Penal, se o condenado empreender fuga depois de haver apelado, será declarado deserto seu apelo. Recurso não conhecido em relação ao recorrente foragido.

2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Desclassificação de tráfico para uso. Não provada a circulação e se o réu confessa o uso de substância tóxica e esta é encontrada em sua residência, sem prova concreta da circulação, o tipo incidente é o do artigo 16 da Lei n. 6.368/1976.

Apelação conhecida e provida, desclassificando-se o fato.” (fl. 431).

Daí, o recurso em que se busca o restabelecimento da r. decisão de 1ª instância.

A súplica, obstada no provisório juízo de prelibação com supedâneo na *Súmula n. 7-STJ*, subiu por agravo.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo não-conhecimento do inconformismo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): *Inicialmente*, é bem de ver a inaplicabilidade, no caso concreto, da *Súmula n. 7-STJ*. A **questio** levantada no apelo excepcional versa sobre bem delineado **error iuris in iudicando** e não sobre **error facti in iudicando**. É hipótese de valoração jurídica e nunca de reexame do material cognitivo. Aliás, como referência à distinção entre reexame e reavaliação, esta permitida e aquela vedada na instância incomum, tem-se o comentário de **Danilo Knijnik** (in Os Standards do Convencimento Judicial: Paradigma para o seu Possível Controle, separata da Revista Forense) sobre o REsp n. 184.156-SP (Quinta Turma, RSTJ 114/535), a saber: “No precedente, que é de natureza criminal, a Corte deparou-se com a questão de saber se determinado acórdão estadual absolutório (por entender insuficientes as provas colhidas) não teria violado o art. 386, inciso VI, do CPP. Em outros termos, discutiu-se se o *standard* exigido pelo Tribunal do Estado, para efeitos de condenar, era, realmente, o *standard* próprio dos casos criminais, donde a Corte, em verdade, deparou-se não com a incumbência de reexaminar a prova, o que lhe seria defeso, mas sob o enfoque de sua suficiência jurídica. O recorrente especial, pois, sustentava, precisamente, que o **non liquet** da Corte local ensejava uma ilegalidade probatória, porque a prova era suficiente” (fl. 49). *E, mais adiante*: “... invocando com extrema felicidade, as lições de **Castanheira Neves**, afirmou que, em princípio, não se exclui a atuação da Corte ‘em domínios que pertenceriam à questão de facto. Pensemos no controle do *defaut de base légale*, no controle do dever de averiguação da verdade, com o respeito pelos fatos notórios e a exigência de concludente motivação na censura dos desvios de poder relativos ao cumprimento da objectividade probatória, etc.; ponto este que se encontra, em momentos decisivos, diretamente relacionado com as questões de controle em geral das violações das regras de experiência e das violações às leis do pensamento. Consideraremos, ainda, as questões muito discutidas relativas à admissibilidade de uma

censura em revista quer da manifesta contradição com os autos, vício que a doutrina alemã designa por *Aktenwidrigkeit*' (ob. cit., p. 362).

Fixadas tais premissas, a Corte, então, debruça-se sobre a consistência lógico-jurídica da dúvida mencionada pelo Tribunal Estadual aos efeitos de decretar o **non liquet**, e conclui tratar-se de uma dúvida abstrato-negativa (cf. item 7.3, supra) e, por isso, inservível à absolvição. Cabe transcrever a manifestação do Tribunal.

'... quanto aos precedentes, que não são poucos, em torno da reavaliação da prova (...), aonde se vê que, em casos como este, a pretensão recursal não esbarra na Súmula n. 7-STJ, 'insisti naquele ponto de que o Juiz, evidentemente, na apreciação da prova, tem uma latitude muito grande (nunca lhe negamos), mas, ele não a tem por arbítrio e, sim, fundamentando lógica e racionalmente, porque se afasta de uma determinada prova' (RE n. 78.036-GO, STF, Pleno, rel. Ministro Aliomar Baleeiro, RTJ 72/477-478). O v. acórdão reprochado, portanto, indica inicialmente, o que é profundamente lamentável, o choque frontal entre perícias realizadas. Mas, como está registrado no voto-vencido, da lavra do Magistrado Dr. Corrêa Moraes, a douda maioria desprezou, **in totum**, a prova testemunhal nos tópicos em que ela era e é obviamente taxativa e decisiva. *Tudo isto com base em especulações teóricas*, acerca da captação dos fatos, contidas em livros e artigos ...'.

Percebe-se, assim, com toda a clareza, que a Corte empregou, explicitamente, o modelo calcado na distinção entre dúvidas abstrato-negativas e dúvidas positivo-concretas, sendo certo que somente as últimas têm aptidão para excluir o processo inferencial. Aliás, ao terminar seu douto voto, o eminente Ministro-Relator asseverou uma vez mais: 'ao se negar a incisiva prova testemunhal (admitida e especificada em 2ª grau) em proveito de especulações teóricas (...) construiu-se um **decisum** com flagrante violação ao art. 386, VI, do CPP', razão pela qual a Corte findou, sinale-se, por reformar o acórdão absolutório estadual, restabelecendo decisão condenatória monocrática.

Como a decisão deu-se em sede de recurso especial, igualmente os *standards* franceses, examinados no item 7.6, supra, permitiram a mesma ordem de conclusões. Percebe-se que a Corte Superior detectou, no acórdão, o *standard* (1.3), ou seja, um *défaut de motif* (falta de motivos), qualificado por um *motif dubitatif* ou *hypothétique* (motivos dubitativos ou hipotéticos), ou, ainda, o *standard* do *défaut de base légale* (falta de base legal), qualificado pela hipótese '2e', em que o Juiz deduz um motivo abstrato e geral, em lugar de considerar o fato concreto.

Percebe-se, assim, no precedente invocado, que a distinção entre reexame das provas e reexame da valoração jurídica das provas atesta, não apenas a presença dos elementos culturais necessários à utilização daqueles paradigmas, como, igualmente, a sua plena utilização na prática”. (fls. 49/50). Nesta linha, também, **Rodolfo de Camargo Mancuso** (Recurso Extraordinário e Recurso Especial, RT, 5ª ed., pp. 102/104), sempre amparado em jurisprudência originária da instância incomum, mostra que a *reavaliação* dos elementos aceitos pelo acórdão é **quaestio iuris**. **Ulderico Pires dos Santos**, analisando o tema (in Recurso Especial e Extraordinário, UPS Editorial, p. 34), diz: “Mas examinar se os seus Juizes malferiram o direito à prova, se negaram o direito que as partes têm de produzi-la, isto é, se a sua produção foi requerida **ex vi legis**, essa é uma faculdade que não pode ser negada aos Juizes dos apelos maiores”. *Isto, após alertar que: “Acrescentamos que não é só em consequência do erro de direito que pode haver má valoração da prova. Ela pode decorrer, também, do arbítrio do Magistrado ao negar-se a admiti-la”* (ob cit., p. cit). Na doutrina alienígena, alertando para a evolução do tema, **Castanheira Neves** assevera: “Por outro lado, as questões de contrôle sobre pontos tradicionalmente incluídos na ‘questão de facto’, ou cujo contrôle autônomo, já hoje amplamente admitido tanto pela jurisprudência dos Ss. Ts. como pela doutrina, não exclui a intervenção em domínios que pertenceriam à questão de facto. Pensemos no contrôle da ‘*default de base légale*’; no contrôle do ‘dever da averiguação da verdade’, com o respeito pelos ‘factos notórios’ e a exigência de concludente motivação na censura dos desvios de poder relativos ao cumprimento da objectividade probatória, etc.; ponto este que se encontra, em momentos decisivos, directamente relacionado com as questões de contrôle em geral das violações das ‘regras da experiência’, e das violações das ‘leis do pensamento’. Consideraremos, ainda, as questões muito discutidas relativas à admissibilidade de uma censura em ‘revista’ quer da ‘manifesta contradição com os autos’, vício que a doutrina alemã designa por *Aktenwidrigkeit*” (in *Digesta*, vol. 1ª, p. 529, Coimbra Editora, 1995). E, quanto aos precedentes, que não são poucos, em torno da reavaliação da prova, tem-se a compilação feita por **Samuel Monteiro** (in Recurso Especial e Recurso Extraordinário, 1ª ed., pp. 228/241), onde se vê que, em casos como este, a pretensão recursal não esbarra na *Súmula n. 7-STJ*.

“Insisti naquele ponto de que o Juiz, evidentemente, na apreciação da prova, tem uma latitude muito grande (nunca lhe negamos), mas, *ele não a tem por arbítrio e, sim, fundamentando lógica e racionalmente,*

porque se afasta de uma determinada prova.” (E. REExt. n. 78.036-GO, STF, Tribunal Pleno, relator Ministro Aliomar Baleeiro, RTJ 72/477-478).

A decisão judicial não pode escapar da prova colhida e admitida e nem ferir o senso comum. Nestes limites, existe o campo para o *livre convencimento que deve ser corretamente fundamentado*. Ele não se confunde, por óbvio, com a *inaceitável convicção íntima*. Por sinal, está na *Exposição de Motivos* do CPP que “é a *motivação* da sentença que oferece a garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento” (n. XII, *in fine*). Referindo-se ao princípio enfocado, tem-se a ensinança de **J. Frederico Marques**, a saber: “Esse princípio libertou o Juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o Magistrado colher, *não o afastou, porém, do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência*. O *livre convencimento que hoje se adota no Direito Processual não se confunde com o julgamento por convicção íntima, uma vez que o livre convencimento lógico e motivado é o único aceito pelo moderno processo penal*”. (*in* Elementos de Processo Penal, vol. II, p. 278, 1997). E, de forma adequada à **questio**, preleciona **Germano Marques da Silva**: “É, hoje, entendimento generalizado que um sistema de processo penal inspirado nos valores democráticos não se compadece com decisões que hajam de impor-se apenas em razão da autoridade de quem as profere, *mas, antes, pela razão que lhes subjaz*” (*in* Curso de Processo Penal, vol. III, pp. 288/289, 1994, Ed. Verbo, Lisboa). Referindo-se – *em lição aplicável ao nosso ordenamento jurídico* – à sistemática de apreciação da prova e da convicção do julgador, ensina **J. Figueiredo Dias**: “O princípio não pode, de modo algum, querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável – e, portanto, arbitrária – da prova produzida”. *Mais adiante, no punctum saliens*: “A consequência mais relevante da aceitação destes limites à discricionariedade estará, também aqui, em que, *sempre que tais limites se mostrarem violados*, será a matéria susceptível de recurso ‘de direito’ para o STJ” (*in* Direito Processual Penal, pp. 202/203, 1974, Coimbra Editora).

Colocados estes pontos, *consta do voto-condutor do v. acórdão increpado*: “Extraí-se dos autos que a Apelante foi denunciada e condenada à pena supracitada por ter infringido o dispositivo previsto no artigo 12 c.c. o art. 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/1976, já que no dia 6 de julho de 1998, em sua residência, por volta das 7:30 horas, foi presa em flagrante, juntamente

com mais dois denunciados que lá estavam, pelo fato de *manter em depósito 1.840 (um mil, oitocentos e quarenta) gramas da substância de natureza entorpecente, denominada Erythroxyton coca Lam, vulgarmente conhecida como cocaína.*

Pelo que se vê das provas carreadas para os autos, não há lugar para a condenação da Apelante no crime de tráfico, previsto no artigo 12 da Lei de Tóxicos.

É que, para a configuração de tal crime, *necessária a comprovação indubitosa de que a droga apreendida em poder do agente se destinava ao comércio ilícito*". (fl. 434).

Este aspecto fático admitido – *suficiente e não questionado* – indica que os Réus mantinham quase *dois quilos de cocaína* na residência da Ré-recorrida. Na *situação concreta reconhecida* no próprio v. acórdão obliterado vê-se que a *quantidade de entorpecente* apreendida e a *forma de apreensão* indicam, *até pelo senso comum*, e na forma preconizada no art. 37 da Lei de Tóxicos (mera orientação calcada na experiência cotidiana), ser inaceitável reconhecer-se o *exclusivo uso próprio*, elemento subjetivo do injusto capitulado no art. 16 da Lei n. 6.368/1976. Do mesmo modo, pelo nosso sistema, **de lege lata**, inaceitável a operação de desclassificação sob o pretexto de não ter sido demonstrada a *'prova concreta da circulação'* ou a *'destinação ao comércio ilícito'* (cf. v. julgado recorrido, fls. 431 e 434). A violação ao art. 12 da Lei de Drogas, **punctum saliens** e objeto do recurso, **data venia**, está configurada.

Analisando o *elemento subjetivo do tipo* (art. 12) diz **Vicente Greco Filho** (in Tóxico Prevenção – Repressão, Saraiva, 8ª ed., p. 98) que *a lei não prevê o dolo específico* (vale dizer, *o especial fim de agir*). O tipo subjetivo se esgotaria no *dolo genérico* (*na concepção finalista e pós-finalista, dolo ou dolo natural*). E, segundo o autor **Menna Barreto** (in Lei de Tóxicos. Comentários por Artigo, Freitas Bastos, 5ª ed.) adverte: “De modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16, o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, *corresponderá a uma ação de tráfico ilícito.*

O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria 'integridade da estirpe', conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública,

mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o *dolo como genérico*". (fl. 73). Este, também, é o entendimento (*acerca do tipo subjetivo*) de **Heleno C. Fragoso** (in Lições de Direito Penal, PE, vol. II, p. 263, 1989, Forense) dizendo que o tipo subjetivo "*é constituído pelo dolo, ou seja, vontade livre e consciente de praticar qualquer das ações incriminadas, sabendo o agente que atua sem autorização legal ou regulamentar*".

O art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é tipo misto alternativo. A narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Isto é óbvio. A referida figura delitiva não exige especial fim de agir, digamos, da mercancia ou da traficância. É um tipo congruente (cf. **Mir Puig, Maurach/Zipf** e **G. Jakobs**) ou congruente simétrico (cf. Taxionomia, de **E. R. Zaffaroni**). O tipo subjetivo se realiza tão-só com o dolo (**dolus naturalis** ou avalorado). Nas figuras "adquirir, guardar" ou "trazer consigo", basta que não haja a finalidade do *exclusivo uso próprio*. Já, o tipo desenhado no art. 16, **delictum sui generis** em relação ao do art. 12, é que se mostra *incongruente* ou *congruente assimétrico*, exigindo o dolo mais o propósito do *exclusivo uso próprio*.

A Lei de Drogas visa proteger a saúde pública contra a terrível, e até dissimulada, difusão das substâncias arroladas.

O Pretório Excelso apresenta esta orientação exteriorizada em diversos paradigmas:

"**Habeas corpus**. Tráfico de entorpecente. Maconha. Quantidade pequena. Irrelevância. Cessão gratuita a terceiros da substância tóxica. Configuração do crime de tráfico (Lei n. 6.368/1976, art. 12). Laudo pericial e auto de constatação fundamentados. Reexame de prova. Inidoneidade do *writ* constitucional. Pedido indeferido.

– A juntada do laudo do exame toxicológico após a produção das alegações finais, não constitui causa de nulidade se, já havendo no processo o auto de constatação pericial, este identificou a substância entorpecente e atestou-lhe a potencialidade ofensiva. A posterior anexação do laudo pericial apenas atua, em tal situação, como elemento confirmatório do próprio conteúdo do auto de constatação preliminar.

– A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e a conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica. A cessão gratuita de

substância canábica ('maconha') equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes, que constitui objeto de previsão legal constante do art. 12 da Lei n. 6.368/1976. O conceito jurídico de tráfico de entorpecentes, que emerge do texto da Lei n. 6.368/1976, revela-se amplo, na medida em que se identifica com cada uma das atividades materiais descritas na cláusula de múltipla tipificação das condutas delituosas a que se refere o art. 12 do diploma legal em questão. Disso decorre que a noção legal de tráfico de entorpecente não supõe, necessariamente, a prática de atos onerosos ou de comercialização. A condenação pelo crime de tráfico – que se constitui também pelo fornecimento gratuito de substância entorpecente – não é vedada pelo fato de ser o agente um usuário da droga.

– Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu.

*– O **habeas corpus** constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a reavaliação dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento.” (STF, HC n. 69.806-GO, Primeira Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04.06.1993).*

“Habeas corpus. Tráfico de entorpecente. Índícios. Inexistência de causa para condenação. Arts. 157 e 239 do CPP.

Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexos com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de ‘ter em depósito, sem autorização’. O rito especial e sumário de **habeas corpus** não o habilita para simples reexame de provas.

Habeas corpus conhecido, mas indeferido.” (STF, HC n. 70.344-RJ, Segunda Turma, rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 22.10.1993).

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

Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao

Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer **habeas corpus** impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

Crime. Tráfico. Posse e venda de entorpecentes.

Não se tem a figura de crime impossível quando utilizada, pelos policiais, a estratégia de passarem-se por traficantes para surpreenderem os verdadeiros com a posse da droga. *O núcleo que é posse, entre tantos previstos (dezoito) no artigo 12 da Lei n. 6.368/1976, não se confunde com o da venda, em si, em relação à qual se poderia falar na impossibilidade da prática delituosa, tendo em conta a figura do pseudocomprador.* Precedentes: **Habeas Corpus** n. 67.908, 73.898, 75.517 e 72.824, relatados pelos Ministros Célio Borja e Maurício Corrêa (os dois primeiros), por mim e pelo Ministro Moreira Alves (os dois últimos), perante a Segunda (os três primeiros) e Primeira Turmas, com acórdãos publicados nos Diários da Justiça de 19 de abril de 1990, 16 de agosto de 1996, 17 de abril de 1998, e 17 de maio de 1996, respectivamente.” (STF, HC n. 78.107-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09.04.1999).

E, nesta linha:

“REsp. Apreensão de grande quantidade de droga. **Animus** de traficar. Configuração.

– A apreensão de grande quantidade drogas configura o **animus** de traficar, *somente ilidível quando alega a finalidade exclusiva de uso próprio*, com robusto material probante favorável ao mesmo.

– Precedentes.

– Recurso provido para restabelecer a sentença de 1^a grau.” (STJ REsp n. 163.640-RS, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 04.10.1999).

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante. Residência. Exame de provas.

I – Para a configuração do delito previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, na forma de manter em depósito ou trazer consigo, *não se exige qualquer especial fim de agir.*

II – Se o paciente foi detido em estado de flagrância, mantendo consigo entorpecente, ilicitude penal, esta, de natureza permanente, não

há que se asseverar, em princípio, a ocorrência de prisão ilegal por falta de mandado de busca e apreensão (precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

III – De resto, o **habeas corpus** não se presta para a tentativa do minucioso exame do material cognitivo.

Writ indeferido.” (STJ, HC n. 11.669-MG, Quinta Turma, DJU de 10.04.2000).

“Penal. Recurso especial. Art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Tipo subjetivo. Dissídio pretoriano.

I – O tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é congruente ou congruente simétrico, *esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo (dolus naturalis)*. As figuras, *v.g.*, de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir, não exigem o fim de traficar ou comercializar. A própria entrega gratuita de pequena quantidade caracteriza o delito enfocado (precedentes do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça).

II – Se, no recurso, a abrangência de situações similares não é alcançada pelos paradigmas colacionados, a pretensão recursal não pode ser avaliada, sob o permissivo da alínea *c*, por inobservância ao contido nos arts. 255 do RISTJ, e 541 do CPC *c.c.* o art. 3º do CPP.

Recurso não conhecido.” (STJ, REsp n. 172.969-MG, Quinta Turma, DJU de 28.06.1999).

“Penal e Processual. **Habeas corpus**. Tráfico de drogas. Flagrante. Exame de provas.

I – As condutas delituosas nas formas de ‘ter em depósito’, ‘transportar’, ‘trazer consigo’, ‘guardar’, inseridas no tipo misto alternativo do art. 12 da Lei n. 6.368/1976 apresentam forma típica congruente *em que o tipo subjetivo se esgota no dolo, despiciendo qualquer especial fim de agir*.

II – A eventual simulação na compra de tóxicos, por parte de policial, sendo precedida ela da posse por parte do paciente, não tem o condão de descaracterizar a conduta deste último como incurso nas sanções do art. 12. Outras circunstâncias fáticas questionadas escapam dos limites do **habeas corpus**.

Writ indeferido.” (STJ, HC n. 11.099-SP, Quinta Turma, DJU de 28.02.2000).

“Penal. Recurso especial. Art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Fornecimento gratuito.

I – O tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é congruente (cf. **S. Mir Puig** e **R. Maurach**) ou congruente simétrico (cf. Taxionomia, de **E. R. Zaffaroni** e **Pierangelli**), esgotando-se o seu tipo subjetivo no dolo. *Não há exigência de especial fim de agir.*

II – O fornecimento gratuito está, como conduta tipificada, contemplado no art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

Recurso provido.” (STJ, REsp n. 281.937-MG, Quinta Turma, DJU de 10.06.2002).

“Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Pena. Fixação. Dissídio.

I – A divergência jurisprudencial deve observar as exigências do art. 255 do RISTJ. A mera afirmação do dissídio, sem demonstração cotejada, desmerece ser considerada.

II – O órgão julgador só pode ser obrigado a valorar as circunstâncias judiciais detectadas no material cognitivo.

III – O prolongado envolvimento com drogas e a mercancia acentuam o desvalor da ação tipificada no art. 12 da Lei de Tóxicos.

IV – *O tipo subjetivo do art. 12 se esgota no dolo*, não se podendo, **in concreto**, igualar o desvalor de ação entre quem fornece gratuita e livremente a droga com aquele que faz com ela comércio. Ambos cometem o crime do art. 12, mas, **in concreto**, a resposta penal deve considerar as motivações. No segundo caso, o desvalor é acentuado.

V – A existência, ou não, de omissão em relação à apreciação de circunstâncias judiciais outras, escapa aos limites do recurso especial, exigindo o vedado reexame do material cognitivo (Súmula n. 7 do STJ).

Recurso não conhecido.” (STJ, REsp n. 259.562-RS, Quinta Turma, DJU de 18.03.2002).

“Penal. Recurso especial. Entorpecentes. Expressiva quantidade de cocaína apreendida. Peculiaridades do caso.

1. A expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado, por si só, é suficiente para configurar o intuito de traficar, *somente afastado quando o elemento ‘para uso próprio’ encontra respaldo na prova dos autos.*

2. O tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é congruente ou congruente simétrico, *esgotando-se o tipo subjetivo no 'dolo'*.

3. Recurso provido.” (STJ, REsp n. 195.495-PR, Quinta Turma, rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, DJU de 12.04.1999).

Sobre o **quantum** de droga apreendida, tem-se, inclusive:

“Recurso especial. Entorpecentes. Lei n. 6.368/1976. Art. 12. Desclassificação para o art. 16. Inaplicabilidade.

1. Para a consumação do crime previsto na Lei n. 6.368/1976, art. 12, suficiente a prática de uma das ações previstas na norma penal incriminadora.

2. *A expressiva quantidade* – e variedade – de entorpecentes apreendidos em poder do recorrido caracterizam o **animus** de traficar. Precedentes desta Corte.

3. Recurso conhecido, pela alínea **a**, e provido.” (STJ, REsp n. 163.545-RS, Quinta Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 01.02.1999).

“Processual Penal. Penal. **Habeas corpus**. Grande quantidade de droga. Configuração. Tráfico.

1. *A grande quantidade* de droga apreendida configura, em tese, o crime de tráfico de entorpecentes.

2. A verificação de contradição entre a prova testemunhal e a prova pericial é matéria fática que não comporta análise na estreita via do **habeas corpus**.

3. Ordem denegada.” (STJ, HC n. 11.484-RS, Sexta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 10.04.2000).

De tudo isto, convém sublinhar, que a situação fática delineada e admitida sem discussão, permite a adequação típica pretendida na peça recursal. Veja-se, *mais uma vez*, o descrito na denúncia, **in verbis**: “Consta dos autos investigatórios sustentáculo da presente que no dia 6 de julho de 1998, por volta das 7h30min, *os denunciados foram presos em flagrante delito*, na residência da primeira, onde tinham em depósito sem autorização legal, para comercialização, *1.840g (um mil oitocentos e quarenta gramas)* da substância denominada Erythroxylon coca Lam, *conhecida como cocaína*, acondicionados em oito porções, sendo dois pacotes em forma cilíndrica, envoltos em fita adesiva bege, encontrados no quarto de Emerson, debaixo da cama;

quatro pacotes, um deles envolto em fita adesiva e outros três em plásticos brancos, encontrados no guarda-roupa, no quarto de Aila, e, por último, um pacote envolto em plástico branco, encontrado na gaveta da estante da sala.

Extrai-se mais dos autos que os denunciados associaram-se para a prática de comércio ilegal de substâncias entorpecentes, sendo que contra Aila foi expedido mandado de prisão pelo Juízo de Contagem-MG, em processo que responde pelo mesmo crime (fl. 49), bem como encontrado com Ronaldo extrato de conta telefônica com várias ligações para Ariquemes-RO e Porto Velho-RO, centros conhecidos como de tradições em comércio de entorpecentes, sem explicar os motivos, posto que todos os denunciados, por determinação de seus advogados, calaram-se, preferindo falar em Juízo.

Foram encontrados três veículos em posse de Aila, dizendo ela serem de sua propriedade, sem explicação de suas origens, sobretudo, como os adquiriu, patrimônio incompatível com seus ganhos". (fls. 2/3).

Tal substrato fático é, praticamente, incorporado no juízo de valoração do v. acórdão recorrido, **in verbis**: "Extrai-se dos autos que a Apelante foi denunciada e condenada à pena supracitada por ter infringido o dispositivo previsto no artigo 12 c.c. o art. 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/1976, já que no dia 6 de julho de 1998, em sua residência, por volta das 7:30 horas, foi presa em flagrante, juntamente com mais dois denunciados que lá estavam, pelo fato de manter em depósito 1.840 (um mil, oitocentos e quarenta) gramas da substância de natureza entorpecente, denominada Erythroxylon coca Lam, vulgarmente conhecida como cocaína.

Pelo que se vê das provas carreadas para os autos, não há lugar para a condenação da Apelante no crime de tráfico, previsto no artigo 12 da Lei de Tóxicos.

É que, para a configuração de tal crime, *necessária a comprovação indubitosa de que a droga apreendida em poder do agente se destinava ao comércio ilícito*". (fl. 434).

Portanto, em **persecutio** policial, os Réus-recorridos foram detidos, na residência da Ré, com quase dois quilos de cocaína. O próprio senso comum, afastando **in totum** a mera presunção, deixa claro que não se trata de *exclusivo uso próprio*. E, o **animus** de traficar, colocado como requisito legal no v. decisório reprochado, não sendo exigência do tipo, denota a violação ao art. 12 da Lei de Tóxicos.

Voto, pois, pelo provimento do apelo excepcional, restabelecendo-se a condenação de 1^a grau.

RECURSO ESPECIAL N. 299.218 – SP

(Registro n. 2001.0002756-3)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Kheristo Lawant
Advogado: Francis Selwyn Davis
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: Penal e Processual Penal – Recurso especial – Homicídio qualificado – Perícia – Contradição nos quesitos.

I – Alegação de nulidade em perícia não demonstrada em nível de **quaestio iuris**.

II – Rejeitada a legítima defesa, o reconhecimento do motivo fútil e, ao final, genericamente de atenuante, não implica, **de per si**, em contradição. Negada a imputação da agressão, em princípio, é admissível o reconhecimento da futilidade. Da mesma forma, aceitável a acolhida genérica de atenuante.

Recurso parcialmente conhecido e, aí, 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, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente em 10.12.2002: Dr. Francis Davis (pelo recorrente).

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

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 24.03.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com supedâneo no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Magna, por

Kheristo Lawant, condenado a doze anos de reclusão por homicídio qualificado, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de revisão criminal, alegando-se ofensa aos arts. 276 e 564, inciso IV, do CPP, e divergência jurisprudencial.

O retrospecto está delineado às fls. 311/313, **in verbis**:

“Sustenta o Recorrente, em síntese, que a assistente de acusação indicou perito e participou da elaboração do laudo pericial, o que é proibido por lei. Além disso, houve contradição nas respostas dos jurados aos quesitos, pois o reconhecimento de motivo fútil não se compatibiliza com a presença de atenuante genérica.

Por isso, o acórdão recorrido violou os arts. 276 e 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal, como, também, a Súmula n. 361 do STF, além de ter divergido da jurisprudência, de acordo com o paradigma que aponta.

O parecer é pelo conhecimento parcial do presente recurso e, na parte em que conhecido, pelo seu desprovimento.

Primeiramente, cumpre registrar que o acórdão paradigma trazido aos autos (fls. 230/237) não se encontra devidamente autenticado, nem foi indicado repositório autorizado no qual tenha sido porventura publicado, contrariando-se, assim, o art. 255, § 1º, do Regimento Interno do STJ. Por isso, não merece o REsp ser conhecido pela alínea c do inciso III do art. 105 da CF.

Kheristo Lawant foi condenado pela prática de homicídio doloso qualificado por motivo fútil, tendo os jurados reconhecido a presença de atenuantes genéricas.

As circunstâncias do art. 59 eram todas favoráveis ao Recorrente, por isso foi-lhe fixada a pena de 12 (doze) anos de reclusão (o mínimo legal), em regime inicialmente fechado, eis que o fato delituoso foi cometido antes do advento da Lei dos Crimes Hediondos.

A defesa apelou, mas o recurso foi improvido, por maioria. Foram opostos embargos infringentes, que foram também rejeitados. Interpôs-se, então, recurso especial, o qual não foi conhecido.

Transitada em julgado a sentença condenatória, foi determinada a prisão do Recorrente. No entanto, como ele se encontra foragido, a prisão não se consumou até a presente data.

A defesa ajuizou revisão criminal, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos. Contra tal decisão, o Recorrente manejou o presente recurso especial, tendo interposto, também, recurso extraordinário.

Aqui, o que se alega é a contrariedade aos arts. 276 e 363, parágrafo único, do CPP.” (fls. 311/313).

O recurso não teve seguimento no douto e provisório juízo de prelição, subindo por agravo.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo conhecimento parcial do recurso e, aí, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Quanto à violação alegada ao *art. 276 do CPP* (indicação de perito), longamente sustentada pelo nobre e combativo subscritor do recurso excepcional, disse, em votação majoritária, a egrégia Corte a quo: “Não há nulidade decorrente da juntada do laudo pericial elaborado pelo Dr. João Dadian. Trata-se, simplesmente, de laudo complementar, mandado confeccionar a pedido da assistente do Ministério Público (fl. 485), com a concordância expressa da defesa (fl. 504v.) e do Dr. Promotor de Justiça (fl. 506), para completar laudo pericial já existente nos autos, elaborado por peritos oficiais do Instituto de Criminalística, do Departamento Estadual de Polícia Científica do Estado de São Paulo, já que as partes tinham interesse em saber qual a distância dos tiros que atingiram a vítima, eis que esse dado não fora esclarecido, por falta de elementos, pelo laudo anterior e seus complementos.

Muito embora o Dr. Dadian tenha sido indicado pela assistente do Ministério Público, por ser especialista na matéria, ele não funcionou como perito da parte acusatória, até porque, no processo penal, não há peritos particulares, nem nomeação de assistentes-técnicos, como ocorre no processo civil. O Dr. Dadian é perito oficial, integrante, também, no quadro de peritos do Instituto de Criminalística de São Paulo (*vide* fl. 620), e foi nomeado à fl. 506 verso, para officiar, juntamente com outro experto daquele Instituto, como perito do Juízo, como assessor do Juiz, como auxiliar da Justiça. Portanto, não se cuidava de perito parcial, suspeito ou impedido de elaborar perícia nos autos, atuando no interesse da acusação, mas de técnico do Estado, com o dever de colaborar com a Justiça.

O que não podia era a douta defesa pretender que se nomeasse o Dr. Sebastião Edison Cinelli como assistente-técnico, porque, conforme já foi dito, no processo penal não há a figura do assistente-técnico e, ademais, aquele profissional, à época, era, também, perito oficial do quadro do Instituto de Criminalística do São Paulo, tratando-se, pois, de funcionário público, estipendiado pelo Estado, de sorte que não podia officiar como perito particular de qualquer das partes. Dessa maneira, foi correta a escusa apresentada pelo referido perito às fls. 660/661.

O fato de o Dr. Cinelli não ter figurado no laudo oficial complementar do Dr. Dadian como segundo perito não constitui qualquer irregularidade, porque outro experto, também oficial, assinou aquela peça pericial. É irrelevante, igualmente, que a perícia tenha sido realizada apenas pelo Dr. Dadian, uma vez que é mesmo costume apenas um perito oficial realizar a perícia e elaborar o laudo como relator, enquanto que o outro, após conferenciar com o primeiro, e estando concorde com o seu trabalho, o assina como segundo perito.

Considere-se, também, que, ainda que o laudo tivesse sido assinado por um só perito, não haveria nulidade, visto que a Súmula n. 361 do colendo Supremo Tribunal Federal só se aplica aos peritos leigos. Cuidando-se de perito oficial, apenas um é suficiente para atender à norma legal.

De todo modo, a propósito, ainda, da alegação de nulidade do laudo pericial complementar apresentado pelo Dr. Dadian, cumpre lembrar que a defesa concordou expressamente com a realização de perícia suplementar pelo aludido perito, de modo que não lhe era dado argüir, depois, a nulidade da peça pericial só porque a perícia não lhe fora favorável.

O fato de a viúva da vítima ter emprestado ao perito um manequim para melhor ilustração do laudo pericial, não significa que ela tenha interferido no trabalho do experto. Cuidou-se de mera colaboração, que qualquer das partes poderia emprestar para o maior esclarecimento do objeto da perícia, sem que isso tenha tido qualquer influência nas conclusões tiradas pelo vistor oficial". (fls. 187/189).

Em primeiro lugar, não se tratava, no caso, da hipótese do art. 158 do CPP. A perícia era – a complementar – de caráter informativo, não sendo, em verdade, aí, indispensável.

Em segundo lugar, este tópico foi examinado na revisão e, por unanimidade, rejeitado. No **punctum saliens**, salientou a culta Subprocuradora-Geral da República Dra. Cláudia Sampaio Marques: "Ao contrário do que

alegado no recurso, a assistente de acusação não indicou perito, mas, apenas, sugeriu a complementação do laudo, o que foi acatado pelo juízo e pela defesa. Já havia sido feita uma primeira perícia, também, por experto oficial. As partes, todavia, concordaram com a realização de perícia complementar, realizada por perito oficial do Instituto de Criminalística do Estado.

O que parece arbitrário, no entanto, é que após o resultado do laudo, porque desfavorável ao Recorrente, tenha a defesa se insurgido contra ele.

Consta destes autos, à fl. 94, cópia do referido laudo, onde se vê que foi subscrito por dois engenheiros do Instituto de Criminalística, não havendo, por isso, que se falar em infração à Súmula n. 361 do STF.

Ainda a respeito do laudo, alega o Recorrente que a assistente de acusação teria ‘ajudado’ na sua confecção. Primeiramente, não há como se acolher tal alegação, em razão de a mesma envolver o exame de prova, o que é incompatível com o recurso especial. Ademais, pelo que se depreende dos autos, a assistente de acusação emprestou um manequim de plástico ao perito, para fazer as vezes das pessoas envolvidas no evento e reproduzir a cena do crime.

Mesmo em tese, tal ‘empréstimo’ em nada poderia influir no resultado da perícia, porquanto poderia o perito valer-se de outro manequim, emprestado por outra pessoa, ou adquirir ele mesmo um manequim”. (fls. 314/315).

Aliás, a própria verificação do suposto **error in procedendo** exigiria, aqui, o vedado reexame do material cognitivo (*Súmula n. 7-STJ*).

Quanto à alegada *contradição na votação dos quesitos*, melhor sorte não alcança a súplica excepcional.

De início, cumpre destacar que a simples defesa própria, reconhecida pelo Conselho de Sentença (por 4x3) não induz em admissão da justificativa. Mormente se reconhecido que a agressão *não era injusta (e, portanto, seria justa)*. Nesta linha, tem-se a orientação do *Pretório Excelso*, a saber:

“Júri. Quesitos. Formulação na forma negativa. Nulidade inexistente.

A desaconselhável formulação dos quesitos com emprego do advérbio de negação e inidônea a declaração da nulidade, mormente quando não ocorre manifestação em contrário.

Júri. Excludente da ilicitude. Legítima defesa. Quesitos. Contradição aparente. Defesa da própria pessoa e agressão justa.

Impossível é confundir defesa da própria pessoa ou de terceiro com a forma qualificada pela legitimação. Descabe concluir pela existência de contradição quando o corpo de jurados admite que o réu agiu em defesa própria e, a seguir, enquadra como justa a agressão. A legítima defesa pressupõe o atendimento dos requisitos revelados pelo artigo 25 do Código Penal – uso moderado de meios necessários, agressão injusta e atual ou iminente e a defesa própria ou de outrem.” (STF, HC n. 69.182-RJ, Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 15.05.1992, p. 6.785).

“**Habeas corpus**. Júri. Nulidade Prevenção de Câmara. Perícia. Quesitos. Legítima defesa. Inexistência de contradição.

I – A alegação de nulidade do julgamento da apelação pelo Tribunal de Justiça, por ilegitimidade da composição do órgão julgador, integrado por Juiz de Direito em substituição a Desembargador, revela-se descaracterizada ante o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 69.601, rel. Ministro Celso de Mello.

II – A imputação ao trabalho pericial complementar não procede, pois a defesa teve ciência do despacho judicial que admitira o laudo complementar e não protestara, assim como nenhum registro fizera na sessão de julgamento pelo Júri.

III – Nulidade inexistente quanto à indagação dos jurados sobre a natureza da agressão. Ao responderem negativamente sobre se o paciente se defendeu de uma agressão injusta, não contrariou a resposta anterior, que estimou ter o réu agido em legítima defesa própria.

IV – **Habeas corpus** indeferido.” (STF, HC n. 73.114-SP, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 09.02.1996).

*Por outro lado, negada a legítima defesa, a avaliação da motivação (que, in casu, seria fútil) não implica em contradição ou em **error in procedendo insanável**. A violência decorrente de desentendimento em carteadado é aceitável como sendo algo fútil. Nem de longe, a adequação, aí, poderia ser considerada aberrante (ex vi art. 593, inciso III, alínea d, do CPP). Ir além implicaria em reexame de prova (Súmula n. 7-STJ).*

E, não é só!

O posterior reconhecimento da atenuante genérica (mormente em se tendo o disposto no art. 66 do CP), por igual, não demonstra equívoco de avaliação dos srs. jurados. Por sinal, nem sequer houve argumentação neste sentido.

Conseqüentemente, não restou demonstrada a violação ao art. 564, inciso IV, do CPP.

Por derradeiro, vale sublinhar que quanto ao tópico da perícia, não houve tentativa de dissídio. E, quanto à pretensa contradição nas respostas dos quesitos, a divergência foi realizada.

Daí, conheço em parte do recurso e, nesta parte, nego-lhe provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Sr. Presidente, pedi vista dos autos para melhor apropriar-me da matéria.

O caso, como relatado pelo eminente Ministro Felix Fischer, trata de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Carta Magna, por Kheristo Lawant, condenado a doze anos de reclusão por homicídio qualificado, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de revisão criminal, alegando-se ofensa aos arts. 276 e 564, inciso IV, do CPP e divergência jurisprudencial.

Aduz, em suas razões, essencialmente, nulidade na indicação e junta-da de laudo pericial pelo assistente de acusação, bem como contradição entre as respostas dos jurados.

O eminente Ministro-Relator, ao examinar o caso, entendeu que, ao contrário do sustentado pelo Recorrente, a perícia fornecida era, na verdade, de caráter informativo, não sendo indispensável. De outro lado, aduziu que não houve qualquer contradição nas respostas aos quesitos formulados.

É o relatório.

Passo ao exame da quaestio.

Efetivamente, na esteira do eminente Ministro Felix Fischer, entendo que ambas as alegações do Recorrente im procedem. Com efeito, a participação do perito indicado pela assistência era de natureza complementar e dispensável, impondo-se ressaltar que a própria defesa concordou expressamente com a realização da perícia suplementar.

De outro lado, inexistente contradição na avaliação feita pelos jurados – que consistiu no reconhecimento de homicídio qualificado por motivo fútil e a existência de circunstâncias atenuantes – uma vez que o motivo fútil traduziu-se na discussão entre a vítima e o Réu em razão de jogo de “carteado”, tendo esta sido a causa do delito. A coexistência desta com a violenta emoção não significa contradição.

Destarte, *acompanho o ilustre Ministro Felix Fischer para, também, negar provimento ao recurso.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 337.321 – MS

(Registro n. 2001.0096902-4)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: União
Recorrido: Rodrigo da Costa Agostini (menor)
Representado por: Adelina Rodrigues da Costa
Advogado: Erlio Natalício Fretes

EMENTA: Constitucional – Assistência social – Artigo 203, inciso V, da CF/1988 – Benefício da prestação continuada – Concessão – Competência.

I – Embora o direito ao benefício do art. 203, inciso V, da CF/1988, dependesse de lei, ao tempo do ajuizamento da ação já vigorava a Lei n. 8.742, de 07.12.1993, que deu eficácia ao referido dispositivo. Não havia, portanto, impedimento ao exercício do direito ao benefício.

II – Enquanto vigente o Decreto n. 1.330/1994, a atribuição para concessão de benefício de prestação continuada a portador de deficiência, era da Fundação LBA. Com a extinção desse órgão, em 01.01.1995, pela Medida Provisória n. 813/1995, por força do art. 12 da Lei n. 8.742/1993, a competência ficou com a União Federal.

III – A atribuição para a concessão do benefício só passou para o INSS com o advento do Decreto n. 1.744/1995, ocorrido após a sentença, razão porque descabe a alegação de ilegitimidade da União Federal.

IV – Cabendo, atualmente, ao INSS a concessão e manutenção do benefício, deve a União encaminhar àquela autarquia cópias das peças que julgar necessárias à implantação do benefício.

V – Carente de razoabilidade jurídica a anulação de um processo relativo a menor portador de deficiência, depois de oito anos de tramitação, simplesmente porque no seu transcurso na Justiça houve mudança de atribuição para a concessão e manutenção do benefício, da União Federal para uma de suas autarquias – o INSS.

VI – Recurso conhecido, mas 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. A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento. Os Srs. Ministros Jorge Scartezini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 27 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 23.09.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de ação de concessão de benefício de prestação continuada do art. 203, inciso V, da CF/1988, ajuizada por menor deficiente, em 26.01.1994.

A ação foi proposta contra o INSS, mas em face de já vigorar a Lei n. 8.742, de 07.12.1993, que regulamentou o dispositivo constitucional, foi emendada a inicial para constar no pólo passivo a União Federal (fls. 14/15).

Julgado procedente o pedido, houve apelo da União, tendo o TRF-3ª Região confirmado a sentença.

Eis, então, que a União pede a integração do acórdão sob alegação de contradição, ao argumento de que a União é parte ilegítima para figurar no pólo passivo, vez que cabe ao INSS a concessão do benefício.

Conhecidos os embargos, mas rejeitados, recorre especialmente a União, fundamentando o recurso na alínea a do permissivo constitucional, e apontando contrariedade aos arts. 4º da Lei n. 9.469/1997; 20 da Lei n. 8.742/1993; 3º do Decreto n. 1.330/1994; item XIII, letra a, n. 1, do Decreto n. 1.361/1995, e 7º e 32, parágrafo único, do Decreto n. 1.744/1995.

Insiste em que o art. 203, inciso V, da CF/1988 não apresenta todos os elementos necessários à concessão do benefício, dependendo que ficou da integração por lei, só efetivada com a Lei n. 8.742, de 07.12.1993 e seu regulamento, o Decreto n. 1.330, de 08.12.1994, que preconizava a Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA, como o órgão responsável para o caso de portadores de deficiência, mas que pela sua extinção, passou para o INSS, conforme Decreto n. 1.744, de 08.12.1995.

Nesta Instância Especial, ouvido o Ministério Público Federal, o parecer da lavra do Subprocurador-Geral José Eduardo de Santana, foi assim resumido:

“Benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal. Legitimidade do INSS, e não da União Federal, para a sua concessão. Parecer pelo provimento do recurso.” (fl. 183).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): O ilustre representante do Ministério Público Federal, ao se manifestar sobre a ilegitimidade da União, fê-lo escudado na jurisprudência majoritária mais recente da egrégia Corte, sobre que para a concessão do benefício assistencial da Lei n. 8.742/1993, é o INSS a parte legítima a figurar no pólo passivo.

Ocorre, contudo, que o presente caso encerra peculiaridades que não podem deixar de merecer as devidas ponderações, como bem salientou o acórdão recorrido nessas judiciosas assertivas:

“Por fim, é bem de ver que a presente ação foi ajuizada em 26 de janeiro de 1994, antes, portanto, da edição do Decreto n. 1.330, de 08.12.1994, o qual determinou que os interessados no benefício assistencial deveriam se dirigir ao INSS ou à Fundação LBA.

A Ex.^{ma} Procuradora Regional da República, Dra. Rosária de Fátima Almeida Vilela, bem tratou a questão em seu parecer exarado aos 25.06.1998, nos autos da Apelação Cível n. 95.03.037015-9, às fls. 68/72:

‘O Decreto n. 1.330, de 08.12.1994 estabeleceu no seu art. 3º que os interessados em habilitar-se ao benefício de prestação continuada

previsto na Lei n. 8.742/1993 deveriam dirigir o requerimento ao INSS, no caso de idoso, e à Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA, no caso de deficiente. Por sua vez, a Medida Provisória n. 927, de 01.03.1995, deu nova redação ao art. 40, § 2º, da Lei n. 8.742, para estabelecer que:

§ 2º. É assegurado ao maior de setenta anos e ao inválido o direito de requerer a renda mensal vitalícia junto ao INSS até 31 de dezembro de 1995, desde que atenda, alternativamente, aos requisitos estabelecidos nos incisos I, II ou III do § 1º do art. 139 da Lei n. 8.213/1991, de 4 de julho de 1991.

E o Decreto n. 1.744, de 8 de dezembro de 1995:

‘Art. 7º. O benefício de prestação continuada deverá ser requerido junto aos Postos de Benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ao órgão autorizado ou à entidade conveniada.’

‘Art. 20. Fica o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS obrigado a emitir e enviar aos beneficiários o aviso de concessão do benefício.’

‘Art. 43. Compete ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS expedir as instruções e instruir formulários e modelos de documentos necessários à operacionalização do benefício de prestação continuada previsto neste Regulamento.’

Por fim, a Medida Provisória n. 1.599-45, de 29.05.1998 (reedição da Medida Provisória n. 927/1995), alterando o art. 29 da Lei n. 8.742, incluiu o parágrafo único que assim dispõe:

‘Art. 29 (...).

Parágrafo único. Os recursos de responsabilidade da União destinados ao financiamento dos benefícios de prestação continuada, previstos no art. 20, poderão ser repassados ao INSS, órgão responsável pela sua execução e manutenção.’

Entretanto, a r. sentença é datada de 24.05.1994. Naquele momento, somente a União Federal poderia responder à ação, pois não

tinha ainda sido cometido à Autarquia a tarefa de que aqui se trata. (...).’ (grifos no original).

O que se verifica, pois, é que a União Federal deve responder pelo benefício ora tratado, pois cuida-se de benefício assistencial que dispensa contribuição, não atrelado, portanto, ao regime previdenciário. Em outras palavras, dúvida não havia quanto à responsabilidade da União como órgão mantenedor da assistência social. O problema resulta da virtual responsabilidade do INSS como órgão encarregado de conceder e manter o benefício em tela, quando do ajuizamento da ação, pois não se sabia, àquela época, onde o idoso ou o deficiente poderiam pleitear o provento tratado pelo artigo 203, V, da CF, e Lei n. 8.742/1993. Apenas com a edição do Decreto n. 1.744/1995 outorgou-se ao INSS tal responsabilidade.

Sob outro aspecto, considerando-se que mencionado decreto não havia sido editado quando da propositura da presente ação, restava ao Autor amparar-se no artigo 12 da Lei n. 8.742/1993, que reza: ‘Compete à União: I – responder pela concessão e manutenção dos benefícios de prestação continuada definidos no art. 203 da Constituição Federal;’. Assim, à vista do fato de que tal dispositivo legal não se achava regulamentado, pode-se dizer que o Autor ajuizou corretamente a ação em face da União.

O INSS não era constituído sequer como órgão concessor do benefício pleiteado. De outra parte, a jurisprudência não tinha firmado entendimento sobre quem seria o órgão responsável para tanto, entendendo pela legitimidade da União Federal, como se verifica do aresto exarado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça: ‘... *A Lei n. 8.742/1993, ao dispor sobre a organização da assistência social, atribuiu à União o encargo de responder pelo pagamento de tal benefício, como assegurado no artigo 203 da CF/1988*’. (REsp n. 154.185, rel. Min. Vicente Leal, j. em 11.12.1997).

Ademais, irrecusável a idéia de que houve verdadeira sucessão de encargo, da União Federal para o INSS, no que concerne à concessão da espécie de prestação assistencial requerida pelo Autor. Tal sucessão, típica entre os órgãos da Administração Direta (haja vista a sucessão Iapas – INSS; Inamps – União), ocorreu quando a relação jurídico-processual já se encontrava formada nestes autos, e consumou-se de maneira absoluta, somente após a prolação da r. sentença, com a edição dos aludidos Decretos n. 1.330/1994 e 1.744/1995.” (fls. 144/146).

Daí a sem-razão da União. Ao tempo da sentença, em 03.08.1995, vigorava o Decreto n. 1.330, de 08.12.1994, que atribuía à Fundação LBA a concessão do benefício ao portador de deficiência (art. 3º, inciso II), mas esse órgão foi extinto em 01.01.1995, conforme Medida Provisória n. 813/1995. Assim, ao tempo da sentença, a competência era da União, como se infere do art. 12 da Lei n. 8.742/1993, deste teor:

“Art. 12. Compete à União:

I – responder pela concessão e manutenção dos benefícios de prestação continuada definidos no art. 203 da Constituição Federal.”

A atribuição do recebimento de requerimento da concessão só passou para o INSS com o advento do Decreto n. 1.744, de 08.12.1995, posteriormente à sentença. Reza o referido decreto:

“Art. 7º. O benefício de prestação continuada deverá ser requerido junto aos Postos de Benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ao órgão autorizado ou à entidade conveniada.”

“Art. 20. Fica o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS obrigado a emitir e a enviar aos beneficiários o aviso de concessão do benefício.”

Neste contexto, acertado se mostra o acórdão recorrido, vez que a mudança posterior de atribuição, e não de competência, para a concessão do benefício de prestação continuada, para o INSS, se deu após a sentença, restando à União, responsável pelo repasse dos recursos (art. 29 da Lei n. 8.742/1993), encaminhar ao INSS as peças que julgar necessárias à implantação e manutenção do benefício.

Ademais, não se justifica, por carência de razoabilidade jurídica, anular-se o processo de um menor portador de deficiência, depois de oito anos de tramitação, simplesmente porque no seu transcurso na Justiça, houve mudança de atribuição para a concessão e manutenção do benefício, da União Federal para uma de suas autarquias (o INSS).

Por fim, embora o direito ao benefício do art. 203, inciso V, da CF/1988, dependesse de lei, ao tempo do ajuizamento da ação já vigorava a Lei n. 8.742, de 07.12.1993, que deu eficácia ao referido dispositivo. Não havia, portanto, impedimento ao exercício do direito ao benefício.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 358.818 – SE

(Registro n. 2001.0104944-5)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público do Estado de Sergipe
Recorrido: José Antônio Andrade Lima
Advogado: Juvenal Francisco da Rocha Neto (Defensor Dativo)

EMENTA: Penal – Recurso especial – Contribuições previdenciárias – Crime omissivo – Tipo subjetivo – Prescrição.

I – O tipo subjetivo na figura delituosa do não-recolhimento da contribuição descontada de empregados é congruente, esgotando-se no dolo. A exigência de fraude escapa ao texto legal e acarreta equiparação não autorizada ao estelionato.

II – Com a pena fixada no mínimo, declara-se extinta a punibilidade pela prescrição retroativa.

Recurso provido e declarada extinta a punibilidade.

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, dar-lhe provimento e declarar extinta a punibilidade, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 25 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 22.04.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se 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 Regional Federal da 4ª Região, alegando-se, para tanto, violação ao art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991 e divergência pretoriana.

O v. acórdão increpado está assim ementado:

“Penal. Falta de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de empregado. Natureza do delito previsto no art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991.

Não é a simples existência de dívida que caracteriza a infração, dada a garantia prevista no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal. Delito omissivo próprio que não prescinde da demonstração da fraude consiste em descontar a contribuição dos empregados e não recolher os respectivos valores ao órgão da Previdência Social. Superveniência da Lei n. 8.866/1994, que cria a figura do depositário da Fazenda Pública da pessoa obrigada a recolher impostos, taxas e contribuições. Nova disciplina que exige a prévia caracterização da situação de depositário infiel (art. 2º) e o ajuizamento da ação civil (arts. 3º e 4º). Ausência de dolo. Foto atípico. Apelo improvido.” (fl. 111).

Daí, o apelo raro que foi admitido na origem.

A douta Subprocuradoria Geral da República, sustentando que a violação ao art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991 está configurada, porquanto o seu tipo subjetivo se esgota no dolo, despiendo o especial fim de agir.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Tanto o precedente arrolado como a argumentação trazida pelo Recorrente, demonstrando, na linha seguida por esta Corte, que o tipo em questão não exige especial fim de agir, mostram a procedência do reclamo excepcional.

A conduta típica, no caso, é omissiva, consistindo em “deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecada dos segurados ou do público”. Ao contrário dos tipos ativos, nos quais a conduta descrita é a que se proíbe, nos omissivos determina-se o que o sujeito deve realizar em determinada situação. A proibição, portanto, abrange todas as demais ações distintas daquela determinada no tipo. A punição recai sobre o agente em virtude da prática de conduta que se afasta do devido, segundo a teoria do **aliud agere**.

O dolo, nos crimes omissivos, possui algumas peculiaridades importantes. O sujeito ativo não age diretamente na produção do resultado. O

ordenamento impõe a ele a prática de uma conduta (recolher as contribuições à Previdência) a fim de evitar um resultado que, sem a ação do destinatário da norma, necessariamente irá ocorrer. A atuação do sujeito, nesses casos, é indispensável para interromper o curso causal em desenvolvimento, e assim evitar o resultado. Se o agente se propõe a qualquer outra finalidade que não aquela determinada pelo ordenamento, pratica a conduta proibida (diversa da imposta pelo tipo).

O dolo, na omissão, segundo a lição de **Eugênio Raúl Zaffaroni & José Henrique Pierangeli** (Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral, RT, 1997, p. 547) “não se estrutura sobre uma causação, mas é finalidade típica no sentido de que dirige a causalidade, tendo como base uma previsão da mesma. O que é fundamental para o dolo é a previsão da causalidade, que na omissão existe da mesma maneira que na tipicidade ativa”. Com essa previsão da causalidade, o agente deixa de praticar aquilo que a lei determina, alcançando o resultado delituoso através da ação voltada para outros fins.

Daí a razão pela qual não há necessidade de se demonstrar o **animus rem sibi habendi** para a caracterização do delito. O tipo subjetivo se esgota no dolo, não havendo necessidade de se provar o *especial fim de agir*. É o que a doutrina hodierna denomina de *tipo congruente* (**Maurach-Zipf, Jakobs, S. Mir Puig**, entre outros) ou de *tipo congruente simétrico* (**E. R. Zaffaroni**).

Nesse sentido já decidiu o *Pretório Excelso*:

“**Habeas corpus**. Crime contra a ordem tributária praticado em continuidade delitiva: não-recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados. Alegações de: exclusão da ilicitude por inexistência de dolo; extinção da punibilidade pelo parcelamento do débito; inexistência de mora por vício na notificação administrativa, porque dirigida à pessoa jurídica; atipicidade do crime de apropriação indébita, e de aplicação da **lex gravior** em detrimento da **lex mitior**: Ultra-atividade da lei penal quando, após o início de crime continuado, sobrevém lei mais severa.

1. *Dolo genérico caracterizado*: alegação de inexistência de recursos financeiros, não comprovada suficientemente no processo-crime.

2. A punibilidade é extinta quando o agente promove o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia, o que não ocorre enquanto não solvida a última prestação de pagamento parcelado, possibilitando, neste período, o recebimento da denúncia. Precedentes.

3. Improcedência da alegação de irregularidade da notificação expedida em nome da pessoa jurídica: há comprovação de que a correspondência foi entregue e de que o Paciente dela teve ciência, sendo, assim, constituído em mora.

4. Alegação improcedente de atipicidade do delito de apropriação indébita (crime de resultado), porque o Paciente foi condenado por crime contra a ordem tributária: não-recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados, que é crime omissivo puro, infração de simples conduta, cujo comportamento não traduz simples lesão patrimonial, mas quebra do dever global imposto constitucionalmente a toda a sociedade; o tipo penal tutela a subsistência financeira da Previdência Social. Inexistência de responsabilidade objetiva.

5. Direito intertemporal: ultra-atividade da lei penal quando, após o início do crime continuando, sobrevém lei mais severa.

5.1. Crime continuado (CP, artigo 71, **caput**): delitos praticados entre março de 1991 e dezembro de 1992, de forma que estas 22 (vinte e duas) condutas devem ser consideradas, por ficção do legislador, como um único crime, iniciado, portanto, na vigência de **lex mitior** (artigo 2º, II, da Lei n. 8.137, de 27.12.1990) e findo na vigência de **lex gravior** (artigo 95, § 1º, da Lei n. 8.212, de 24.07.1991).

5.2. Conflito de leis no tempo que se resolve mediante opção por uma de duas expectativas possíveis: retroatividade da **lex gravior** ou ultra-atividade da **lex mitior**, vez que não se pode cogitar da aplicação de duas penas diferentes, uma para cada período em que um mesmo e único crime foi praticado.

Orientação jurisprudencial do Tribunal no sentido da aplicação de **lex gravior**.

Ressalva do ponto de vista do Relator, segundo o qual, para o caso de crime praticado em continuidade delitiva, em cujo lapso temporal sobreveio lei mais severa, deveria ser aplicada a lei anterior – **lex mitior** – reconhecendo-se a sua ultra-atividade por uma singela razão: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (Constituição, artigo 5º, XL).

6. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido.” (**Habeas Corpus** n. 76.978-RS, STF, Segunda Turma, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 19.02.1999).

E, esta Corte já decidiu na mesma linha, v.g.:

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Conduta omissiva. Elemento subjetivo. Inconstitucionalidade da incriminação. Revogação pelo Pacto de São José da Costa Rica. Sentença condenatória. Fixação da pena. Fundamentação deficiente.

I – No crime de não-recolhimento de contribuição previdenciária descontada dos empregados, previsto no art. 95, letra **d**, da Lei n. 8.212/1991, o tipo subjetivo se esgota no dolo, não havendo exigência para que se comprove especial fim de agir (**animus rem sibi habendi**). Improcedência da alegação de falta de justa causa para a ação penal se não há descrição na denúncia do elemento subjetivo diverso do dolo.

II – A conduta incriminada no art. 95, letra **d**, da Lei n. 8.212/1991 não se confunde, de maneira alguma, com a inadimplência em dívida de natureza civil, nem tampouco foi revogada pelo Pacto de São José da Costa Rica. Precedente.

III – Improcedência da alegação apresentada no *writ* acerca da ausência de fundamentação a embasar o decreto condenatório proferido contra o paciente. A decisão impugnada apreciou detalhadamente o caso, não se podendo confundir motivação sucinta com a sua inexistência.

IV – Verificada nulidade na fixação da pena-base, tendo em vista que se tomou, indevidamente, como desfavoráveis ao condenado, algumas das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Writ parcialmente deferido para anular a fixação da pena.” (**Habeas Corpus** n. 9.395-SC, STJ, Quinta Turma, DJU de 28.02.2000).

Acolho o parecer do culto Subprocurador-Geral da República Dr. Cláudio Lemos Fonteles que concluiu: “Pelo *provimento* do recurso, cassadas as decisões absolutórias de *fls. 59/63 e 103/104*, condenando-se o acusado na sanção mínima – 2 anos –, declarada prescrita, posto que da data do recebimento da denúncia – 23.01.1996 (*fl. 5*) ao tempo presente já se fez o quadriênio”. (*fl. 140*).

Portanto, dou provimento ao recurso, e com a pena fixada no grau mínimo, declarou extinta a punibilidade, **ex vi** arts. 107, inciso IV; 109, inciso V, e 110, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal.

É o voto.