



Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 25.887 — RJ (2002/0169265-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Flávio Jorge Martins

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

Paciente: José Maurício Cuquejo Martins

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Crime de furto qualificado tentado. Fixação de regime inicial de cumprimento de pena. Condenação inferior a quatro anos. Reincidência específica. Imposição do regime inicial semi-aberto. Impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44, § 3º, do CP. Precedentes do STJ. Ordem denegada.

1. Ao condenado reincidente, cuja pena imposta for inferior a quatro anos de reclusão, que teve consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, aplica-se o regime prisional semi-aberto. Precedentes do STJ.

2. Sendo o condenado reincidente específico, pela prática de crime doloso, não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Inteligência do artigo 44, § 3º, do Código Penal.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 27 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, desprovido de pedido liminar, impetrado por Flávio Jorge Martins, em favor de José Maurício Cuquejo Martins, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao desprover o recurso de apelação criminal interposto pela Defesa, manteve o regime inicial semi-aberto de cumprimento de pena.

O **decisum** hostilizado restou assim ementado:

“Ementa. Apelação. Artigo 155, § 4º, IV, c.c. 14, II, do CP Pena mínima cominada superior a 1 ano. **Sursis** processual. Impossibilidade. Prova de autoria e materialidade. Substituição da pena. Reincidência. Impossibilidade. Recursos desprovidos.” (Fls. 06/09)

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado e condenado à pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, pela prática da infração penal prevista no artigo 155, § 4º, inciso IV, em sua forma tentada.

O Impetrante alega constrangimento ilegal ante a fixação na sentença condenatória do regime inicial semi-aberto, sustentando, para tanto, que à luz do artigo 33, § 2º, alínea **c**, do Código Penal, deveria ser-lhe imposto o regime aberto. Reque-reu, outrossim, a conversão da pena privativa de liberdade em alternativa, consoante o disposto na Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.

Estando os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações a serem prestadas pela Autoridade Impetrada.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem nos seguintes termos:

“Ementa: **Habeas corpus**. Não há que se falar em início de cumprimento da reprimenda no regime aberto nem de substituição da pena quando o paciente é reincidente específico em crime doloso.

Parecer pela denegação da ordem.” (Fls. 43/47)

É o relatório.

VOTO

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

Inicialmente, quanto ao requerimento de fixação da pena no regime inicial aberto, cumpre ressaltar que dispõe o artigo 33, § 2º, alínea **c**, do Código Penal que “o condenado, não reincidente, cuja pena igual ou inferior a quatro anos, poderá desde o início, cumpri-la em regime aberto”. **In casu**, observa-se que o apenado é

reincidente específico, porquanto, no pretérito, foi condenado pela prática de idêntico crime de furto qualificado tentado, conforme se extrai da leitura do documento acostado à fl. 14.

Ademais, nesse aspecto, a sentença condenatória proferida foi perfeitamente motivada pelo Juízo singular, **in verbis**:

“(...) Atento aos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, não se vislumbra circunstância judicial apta a dar ensejo à fixação da pena-base além do mínimo legal.

A reincidência verificada nos autos (vide FAC e esclarecimentos) autoriza a majoração da pena com base no art. 61, I, do CP e a condição de diretor da atividade criminosa conjunta constitui circunstância agravante prevista no art. 62, I, do CP (...)

O regime inicial do cumprimento da pena será o semi-aberto, considerando os antecedentes do réu com base no art. 33, § 3º, do CP”.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“Ementa: Recurso especial. Criminal. Furto. Reincidência. Regime prisional.

1. O artigo 33 do Código Penal, na letra do seu parágrafo 2º, proíbe ao reincidente o regime inicial aberto em qualquer caso e o semi-aberto, quando a pena for superior a quatro anos.

2. Nada impede, objetivamente, que se lhe defira o regime semi-aberto na pena igual ou inferior a quatro anos.

3. Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 269.375/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2002, p. 458)

“Ementa: Penal. Condenado reincidente. Pena inferior a quatro anos. Circunstâncias judiciais favoráveis. Regime semi-aberto. Legalidade. **Habeas corpus**.

1. Ao reincidente, condenado à pena inferior a quatro anos de reclusão, que teve consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no CP, art. 59, aplica-se o regime prisional semi-aberto.

2. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.”

(HC n. 14.988/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 13.08.2001, p. 184)

Ementa: Processual Penal. Execução. Regime inicial. Reu reincidente.

O art. 33, parágrafo 2º, c, do CP confere ao juiz a faculdade de, avaliando as condições do art. 59 do mesmo código, inclusive os antecedentes do condenado, fixar regime inicial de cumprimento de pena.

Hipótese em que o condenado é reincidente na mesma prática delituosa (furto qualificado). Inviabilidade do cumprimento inicial em regime aberto.

Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 68.136/SP, Rel. Min. Assis Toledo, DJ de 29.04.1996, p. 13.428)

Concluindo, em relação ao requerimento formulado pela defesa de substituição de pena, com fulcro na Lei n. 9.714/1998, entendo que, igualmente, não merece prosperar a pretensão.

Com efeito, como bem ressaltou o Ministério Público Federal, o pedido do Impetrante encontra óbice no art. 44, § 3º, do Código Penal, a seguir transcrito:

“Art. 44. (...)

(...omissis...)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.”

Assim, sendo o condenado reincidente específico, pela prática de crime doloso, não faz jus a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Ante o todo exposto, denego a ordem pretendida.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 27.205 — PR (2003/0028579-8)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrantes: Antônio Augusto Figueiredo Basto e outro

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

Paciente: Margareth Alferes de Oliveira Motta (Presa)

EMENTA

Habeas corpus. Prisão preventiva. Delegada de polícia. Concusão. Quadrilha de roubo de caminhões e carga. Envolvimento de autoridades estatais. Repercussão. Gravidade do delito. Comprometimento da confiabilidade das instituições do Estado. Garantia da ordem pública e da regular instrução criminal.

1. Verifica-se a existência clara da materialidade do delito, e, ao que parece, com envolvimento de autoridades estatais em uma complexa estrutura engendrada para o cometimento de crimes bastante graves, contando com a conivência de integrantes da própria Polícia.

2. A custódia preventiva da ora Paciente é necessária para assegurar o regular prosseguimento da instrução criminal e garantia da ordem pública, seriamente abalada em decorrência do comprometimento da confiabilidade das instituições responsáveis justamente por zelar pela segurança e paz social.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 27 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Margareth Alferes de Oliveira Motta, em face de acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva.

A Paciente, além de outros co-réus, foi denunciada como incurso no art. 316, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, acusada de, na condição de Delegada de

Polícia, exigir vantagem pecuniária indevida para liberação de cargas de caminhão furtadas e receptadas.

Decretada a prisão preventiva, foi deferido o pedido de prisão domiciliar.

Foi impetrado **habeas corpus** perante a Corte Estadual, sob a alegação de incompetência do Juízo processante, nulidade do decreto prisional por ausência de fundamentação, além da desnecessidade da custódia, tendo sido a ordem denegada.

Sustentam os Impetrantes no presente *writ*, em suma, que a custódia foi decretada sem a devida fundamentação e sem necessidade, pugnando pela aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a primariedade da Paciente, seus bons antecedentes e ter sido a ela imputado crime sem violência ou grave ameaça.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 114/115.

As informações foram prestadas à fl. 119, com a juntada das peças processuais pertinentes.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 131/133, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Nos autos de ação criminal, onde é acusada de concussão, juntamente com mais vinte e cinco co-réus, por ter exigido para si vantagem indevida para liberação de cargas de caminhão furtadas e roubadas, a ora Paciente, Delegada de polícia, teve contra si decretada prisão preventiva pelo MM. Juiz da Comarca de Rio Negro — PR, exarada nos seguintes termos:

“No caso dos autos, os documentos indicam que os acusados uniram-se em quadrilha, para fim de cometer crimes. Praticavam roubos de caminhões e cargas, e receptação. Para garantir os roubos e receptações *simularam fuga de presos para cometer o crime de homicídio contra a pessoa de Divonsir (vereador da cidade de Campo do Tenente)*. Para que não fosse instaurado inquérito policial e não fossem presos em flagrante com os caminhões e cargas furtadas e receptadas, os delegados exigiram determinada quantia em dinheiro, a qual foi paga, segundo Mário Fogassa na presença do Deputado Carlos Simões. Em seguida referidas autoridades autorizaram a venda das cargas, exigindo a quantia de 20% do valor da venda. Posteriormente, fizeram nova apreensão das jaquetas.

A seguir transcrevo parte do respeitável pronunciamento ministerial, para continuar demonstrando que a ordem pública está abalada:

Nas conversas interceptadas, constatou-se que a apreensão das jaquetas no Supermercado Condor causou indignação em Mário Fogassa. Este, com a intervenção de Carlos Simões — que agendou a reunião — foi recebido pelo Secretário de Segurança José Tavares. Na interceptação telefônica registrada (autos em apenso), Mário do Amaral Fogassa revela o teor da conversa com o secretário, dizendo que demonstrou ao Secretário, em resumo seu inconformismo com o que chamou de ‘repique’, e relata ao interlocutor parte da conversa que teve com o Secretário José Tavares.

Pelo que disse ficou evidenciado que Mário foi recebido pelo Secretário de Segurança do Estado do Paraná, na residência do Secretário, onde relatou os fatos ocorridos na Delegacia de Estelionato e Desvio de Cargas e solicitou providências do Secretário de Segurança contra a equipe da delegacia especializada. Segundo os comentários de Mário, na conversa registrada nos autos em apenso, ele saiu da reunião com a promessa de que José Tavares iria tomar providências, que inclusive pretendia afastar toda a equipe da especializada. O registro desta conversa data de 03 de agosto, sábado, por volta das 17 horas.

Depois da visita de Mário do Amaral Fogassa no apartamento do Secretário de Segurança José Tavares, conversas registradas nos autos em apenso revelam que o delegado Leonyl Ribeiro ficou responsável pela solução do problema relativamente à equipe da delegacia especializada e Mário.

Nestas conversas ficou registrada primeiro a promessa e depois a confirmação pelo delegado Leonil a Mário Fogassa de que havia conversado com o delegado Armando, para ‘segurar’ o Inquérito Policial n. 161/2002, instaurado contra Mário Fogassa, pelos crimes de receptação”.

Verifico à fl. 668, do Jornal Gazeta do Povo, de 18 de maio de 2002, que o Secretário de Segurança José Tavares e o Delegado Armando eram contra a vinda ao Estado do Paraná da força-tarefa federal, mas intercederam a favor do acusado Mário Fogassa.

Dessa forma, pelo constante destes autos, a ordem pública está abalada, o crime organizado está imperando no Estado, as comunidades ordeiras estão revoltadas, não sabem em quem confiar, quando a própria polícia cobra dos criminosos, para não darem andamento ou mudarem as versões dos delitos nos inquéritos policiais.

A polícia prende em flagrante quem não tem dinheiro, como pessoas que furtam garrafão de vinho, placa de motel, trinta dias após o furto etc...

Diante dos fatos acima narrados, a custódia preventiva deve ser decretada para assegurar a instrução criminal e a garantia da aplicação penal.

Por isso, presentes os requisitos necessários para a decretação do provimento cautelar: o **fumus boni iuris**, entendido como a plausibilidade do direito invocado pelo interessado na medida cautelar; e o **periculum in mora** que, no caso de prisão cautelar, se configura como **periculum libertatis**, ou seja, a demonstração de que a liberdade dos acusados pode pôr em risco os resultados do processo, quer com relação ao seu desenvolvimento regular, quer quanto à concreta efetivação da sanção penal que venha afinal a ser imposta.

Tendo em vista tais motivos, é que se faz necessária a constrição do direito de ir e vir pertencente aos indiciados, pois em liberdade, com certeza não aguardarão pacificamente a ação da Justiça, além do que a própria comunidade clama por imperativo mais eficaz para fazer prevalecer a justiça, **in casu**, a segregação dos acusados. (Fls. 84/87)

O pedido ministerial de prisão preventiva da ora Paciente (fls. 53/58), incorporado à decisão que o acolheu, após detalhada narrativa das condutas delituosas, concluiu que “os Delegados Margareth e Armando Marques Garcia e o superintendente Hécio Piassetta, por dever de ofício, deveriam reprimir crimes de receptação, roubo e desvio de cargas, entretanto, consorciaram-se aos delinquentes do ramo, para liberar, mediante pagamento indevido, as cargas que deveriam ser apreendidas e devolvidas aos legítimos proprietários.” (Fl. 58)

O Tribunal local, por seu turno, manteve o **decisum**, aduzindo que a prisão preventiva foi decretada “com extrema necessidade de ficarem preservados o prestígio e a credibilidade da Justiça, ante o gravíssimo ocorrido na Comarca de Rio Negro” (fl. 31).

Pelo que se depreende da leitura do decreto prisional, que acolheu o pedido de fls. 46/67 do Ministério Público, o cárcere cautelar mostrou-se suficientemente fundamentado.

Com efeito, diante do contexto delineado, verifica-se a existência clara da materialidade do delito, e, ao que parece, com envolvimento de autoridades estatais em uma complexa estrutura engendrada para o cometimento de crimes bastante graves, contando com a conivência de integrantes da própria Polícia. A custódia preventiva da ora Paciente é necessária para assegurar o regular prosseguimento da instrução criminal e garantia da ordem pública, seriamente abalada em decorrência do comprometimento da confiabilidade das instituições responsáveis justamente por zelar pela segurança e paz social.

Outrossim, vale ressaltar, a Paciente já foi beneficiada pela inusitada concessão da prisão domiciliar.

No mesmo diapasão, são os precedentes desta Corte. Confira-se:

“Processual Penal. RHC. Prisão preventiva. Concussão. Garantia da ordem pública. Réu policial civil. Custódia justificada. Argüição de nulidade. Inocorrência. Recurso desprovido.

A prisão cautelar encontra-se totalmente justificada quando está-se diante de crime cometido por policial cuja personalidade revela desprezo pela função pública e pela população que deveria proteger. Assim, a periculosidade do agente e o prestígio das instituições públicas justificam, **in casu**, a necessidade da custódia, conforme já se tem decidido nesta Corte.

Por fim, a alegação de nulidade ocorrente na fase informativa não tem o condão de nulificar os atos processuais, bem como, a simples alegação de falta de apreciação da defesa prévia, sem a comprovação nos autos, não compromete a atuação do Juízo Singular.

Recurso desprovido.” (RHC n. 13.254/SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 24.03.2003)

“Processo Penal — Concussão e formação de quadrilha — Negativa de autoria — Exame de provas — Prisão preventiva — Necessidade — Crime que causou grande repercussão social — Gravidade — Impunidade.

— A via estreita do **habeas corpus** não comporta o amplo exame de provas. Assim sendo, torna-se inviável eventual discussão acerca da autoria do delito.

— De outro lado, se a segregação cautelar, preenchendo os requisitos legais, apresenta convincente fundamentação, não há que se falar em constrangimento ilegal, mormente quando a gravidade do crime, que causou grande comoção na comunidade local, gera sentimento de impunidade.

— Ordem denegada.” (HC n. 17.801/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 02.09.2002)

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 33.648 — SP (2004/0016976-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Ana Lúcia de Camargo Ferrari — Procuradora da Assistência Judiciária

Impetrada: Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Rubens Gonçalves Maia (Preso)

EMENTA

Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 157, **caput**, do Código Penal. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias judiciais totalmente favoráveis. Regime prisional.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **c**, e § 3º, c.c. o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, **c**, e § 3º, do CP

III - “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” (Enunciado n. 718 da súmula do Pretório excelso, DJ de 09.10.2003).

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 15 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de ordem de **habeas corpus** impetrada em favor de Rubens Gonçalves Maia, em face de v. acórdão exarado pela egrégia Décima Primeira Câmara Criminal do colendo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 1386269/8, assim ementado:

“Roubo. Prova segura do acontecimento. Prisão em flagrante, aliada ao encontro da **res furtiva** em poder do acionado, mais reconhecimento imediato da vítima. Irrelevância de ausência de formalidade, quanto ao reconhecimento. Vício inexistente, ante o mais da prova. Tese de tentativa inviável. Crime que se consuma com o apoderamento da coisa. Precedentes, incluso do colendo Supremo Tribunal Federal. Regime fechado imperioso e compatibilizado à violência da ação e ataque à indefesa mulher. Apelo ministerial provido, improvido o do acusado” (fl. 17).

Os autos retratam que o paciente foi condenado à pena de quatro anos de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de dez dias-multa, por violação à norma do art. 157, **caput**, do Código Penal.

De tal sentença foi ofertada apelação tanto pelo órgão acusatório, quanto pela defesa, tendo sido provido o recurso do Ministério Público para estabelecer o regime inicial fechado, enquanto que o do acusado foi improvido.

Daí o presente **mandamus**, por meio do qual se busca a alteração do regime para o semi-aberto, alegando-se para tanto que a imposição mais gravosa tem por base tão-somente a gravidade genérica do delito, uma vez que, conforme ressaltado pela própria r. sentença condenatória, o paciente é primário.

A liminar foi deferida à fl. 29.

As informações foram prestadas à fl. 42, devidamente acompanhadas dos documentos de fls. 43/94.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela denegação da ordem (fls. 96/98).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Rubens Gonçalves Maia, atacando v. acórdão prolatado pela egrégia Décima Primeira Câmara Criminal do colendo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso de apelação do órgão ministerial e negou provimento à apelação da defesa, nos autos da Apelação n. 1386269/8.

A súplica, a meu ver, merece ser acolhida.

Verifica-se dos autos que o paciente foi condenado pelo delito previsto no art. 157, **caput**, do Código Penal, à pena de cinco anos de reclusão em regime semi-aberto, e ao pagamento de dez dias-multa, a qual foi reformada pelo egrégio Tribunal **a quo**, para estabelecer o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda.

Com efeito, o deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2^a, **c**, e § 3^a, c.c. o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a completa inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Examinando os autos, verifica-se que os referidos requisitos foram atendidos. A sentença de primeiro grau (fls. 11/15) fixou a pena-base no mínimo legal, tendo a egrégia Corte **a quo** dado provimento ao recurso de apelação para estabelecer o regime inicialmente fechado. Com efeito, ausente toda e qualquer circunstância judicial desfavorável ao sentenciado e a quantidade da pena aplicada é igual a 4 (quatro) anos.

Diante desse contexto, não há razão para não conceder o regime aberto para o cumprimento da reprimenda. A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial semi-aberto para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2^a, **c**, e § 3^a, e 59 do CP.

Confira-se, aliás, o trecho da r. sentença que tratou do tema:

“Isto posto e pelo que mais consta dos autos, *condeno Rubens Gonçalves Maia*, como incurso nas sanções do art. 157 **caput**, do Código Penal, a cumprir pena de quatro (04) anos de reclusão com início em *regime semi-aberto* e ao pagamento de dez (dez) dias-multa que fixo no piso inferior.

Observo que consoante regra dos artigos 59 e seguintes da Lei Penal em questão, apliquei as sanções no mínimo legal pelo roubo simples, não encontrando motivos que justificassem a elevação das sanções aplicadas, vez que o réu pelos seus antecedentes criminais constantes nos autos, embora apresente condenação ainda recorrível (fl. 75) não pode ser considerado como *reincidente*” (fls. 14/15).

Vejam-se, oportunamente, alguns julgados proferidos pelo colendo Supremo Tribunal Federal que ratificam esse entendimento:

“Individualização da pena: regime de cumprimento de pena: critério legal. A gravidade do crime, para todos os efeitos legais, se traduz na escala

penal cominada ao tipo. Se, nos limites dela, a pena imposta comporta determinado regime de execução, não cabe, para impor outro, mais severo, considerar novamente, e como única razão determinante, a gravidade em abstrato da infração cometida: o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente outros, segundo a sua validação subjetiva de modo a negar ao condenado o que lhe assegura a lei. Precedentes do Tribunal, de ambas as Turmas, e agora do Plenário (HC n. 77.682, 22.10.1998)”

(RHC 80.970/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10.08.2001).

“Havendo timbrado, a sentença confirmada, no afastar, afora a gravidade do tipo delituoso (roubo tentado), qualquer circunstância capaz de agravar o regime de execução da pena de três anos, seis meses e vinte dias de reclusão, impõe-se a admissão, no caso, do regime aberto”

(HC n. 74.891/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 05.09.1997).

“Habeas corpus.

2. Regime inicial de cumprimento da pena, em se tratando de crime de roubo qualificado (Código Penal, art. 157, § 2º, incisos I e II).

3. Hipótese em que o réu, ora paciente, foi condenado à pena de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, por infringir o art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. A sentença considerou o réu como primário e de bons antecedentes.

4. De acordo com o § 2º do art. 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo diploma legal, ou seja, com verificação das circunstâncias judiciais.

5. Embora o roubo qualificado, por sua natureza, constitua efetivamente delito grave, essa circunstância, por si só, não é suficiente para, em todos os casos, estabelecer-se o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, se esta é fixada em menos de oito anos de reclusão e as circunstâncias judiciais (Código Penal, art. 59) não são desfavoráveis ao réu.

6. **Habeas corpus** deferido para que, na espécie em exame, o regime inicial de cumprimento da pena seja o semi-aberto”

(HC n. 77.682/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 05.02.1999).

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado. Regime prisional agravado pelo Tribunal a quo, de semi-aberto para fechado, ao acolher apelo da acusação, com base na gravidade **in abstracto** do crime e com referência genérica a alguns dos critérios relacionados no art. 59, **caput**, do Código Penal: Fundamentação.

1. A gravidade **in abstracto** do crime está sempre ínsita na definição do tipo penal, não podendo, portanto, servir de base para o agravamento da pena ou do regime prisional, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da reprimenda.

2. A simples referência ao **caput** do art. 59 do Código Penal ou genericamente aos critérios nele previstos não satisfaz a exigência de fundamentação da decisão nem a da individualização da reprimenda.

3. Excluídas estas duas notas, subsiste nesta parte da fundamentação do acórdão as referências à idade, primariedade, audácia e agressividade incommuns e à agravante do art. 61, II, **h**, do Código Penal. Ora, se o primeiro fundamento está incorretamente adotado e se o segundo está apenas parcialmente fundamentado no terceiro, é evidente que após estas exclusões a força do remanescente padece de questionável suficiência para suportar sozinha o agravamento do regime prisional.

4. **Habeas corpus** conhecido e deferido para restabelecer o regime prisional semi-aberto estabelecido na sentença”

(HC n. 77.206-2/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 11.09.1998).

Tal entendimento, aliás, configura o teor do Enunciado n. 718 do Pretório excelso, **verbis**:

“A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada” (DJ de 09.10.2003).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes prolatados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Substitutivo de recurso ordinário. Tentativa de Roubo. Regime inicial.

I - Restou devidamente fundamentada a majoração da pena-base do delito acima do patamar mínimo estatuído no art. 157, § 2º, do CP. Inviável, portanto, a pretendida redução de pena.

II - Na determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve-se ter em consideração, além da quantidade da pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), também as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c.c. art. 59 do CP), sendo vedado, em regra, considerar apenas a gravidade do crime em si.

III - Incompatibilidade de fixação do regime inicial fechado se a quantidade da pena imposta permite seja estabelecido o aberto e as circunstâncias judiciais, na determinação da pena-base, foram consideradas na r. sentença condenatória como totalmente favoráveis ao réu.

Writ concedido”

(HC n. 24.141/RJ, Quinta Turma, DJ de 09.12.2002).

“**Habeas corpus** — Roubo — Regime inicial de cumprimento de pena — Gravidade do delito.

— A gravidade do delito de roubo encontra-se intrínseca no próprio tipo penal. Tal circunstância, por si, não deve ser considerada para o agravamento do regime prisional, mormente quando a pena aplicada comporta regime mais brando e as circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) são favoráveis ao paciente. Tendo o réu sido condenado à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses, o regime inicial deve ser o aberto, **ex vi** art. 33, § 2º, **c**, do CP.

— Ordem concedida para determinar que o regime inicial de cumprimento de pena seja o aberto”

(HC n. 16.985/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 15.04.2002).

“Processo Penal. **Habeas corpus**. Sentença condenatória. Pena-base fixada no mínimo legal. Réu primário. Bons antecedentes. Regime inicial de cumprimento da pena mais grave do que o legalmente previsto. Impossibilidade. Artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal. Concessão do **sursis**.

1. Tratando-se de réu primário e com bons antecedentes, fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, não servindo como justificativa tratar-se de crime de roubo, cuja natureza e gravidade recomendariam sua adoção.

2. Presentes os requisitos do art. 77 do Estatuto Substantivo, resta evidente o constrangimento na denegação do **sursis**, pelo Juízo de primeiro grau, com a mesma motivação considerada insuficiente para a fixação do regime fechado.

3. **Habeas corpus** concedido para assegurar ao paciente o direito de iniciar o desconto da pena corporal no regime aberto, concedido o **sursis** pelo prazo de 2 anos”

(HC n. 17.190/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 18.02.2002).

“Processual Penal. Execução penal. Recurso ordinário de **habeas corpus**. Tentativa de roubo majorado. Regime inicial. Apelo em liberdade.

I - Se o réu-paciente é primário e, à época do evento, relativamente menor, não sendo detectados na sentença aspectos, concretamente, negativos em sede das diretrizes insculpidas no art. 59 do CP, então, ele faz jus ao regime inicial compatível com o grau da pena privativa de liberdade fixada (art. 33, § 3º c.c. o art. 59 do CP). Com a pena abaixo de quatro anos, o regime é o aberto.

II - Pelas mesmas razões, carece de sentido, à falta de observação fática relevante, a restrição inserida na condenação, acerca do direito de apelar em liberdade.

III - Concessão de ordem **ex officio** acerca do regime inicial e provimento do recurso para que o réu-paciente possa aguardar o julgamento do apelo em liberdade”

(RHC n. 9.175/SP, Quinta Turma, DJ de 16.11.1999).

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado. Regime inicial de cumprimento da pena. Imposição de regime mais gravoso tendo como fundamento, unicamente, a gravidade genérica do delito.

A gravidade genérica do delito, por si só, não justifica a imposição do regime inicial fechado, quando a dosagem da pena permite a aplicação do regime menos gravoso, tendo sido consideradas, no momento da fixação da pena-base, as circunstâncias judiciais (art. 59, CP) favoráveis ao réu, sendo a mesma estabelecida em seu grau mínimo.

Ordem concedida. Extensão dos efeitos desta decisão, de ofício, ao co-réu, visto serem idênticas as situações”

(HC n. 20.848/SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 02.09.2002).

Voto, portanto, pela concessão da ordem, para fixar o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 13.840 — SP (2002/0169563-0)**

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrentes: Marcos Tadeu de Souza e outro

Advogados: Marcos Tadeu de Souza e outro

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Wilson Damasceno (Preso)

EMENTA

Criminal. **HC**. Atentado violento ao pudor. Prisão domiciliar. Privilégio restrito aos beneficiários do regime aberto. Paciente condenado ao regime fechado. Necessidade de condições especiais para tratamento de saúde. Transferência para residência particular. Ausência de demonstração da necessidade de tratamento especial de saúde. Paciente que aguarda a transferência para o hospital penitenciário. Pedido de concessão do regime aberto que aguarda manifestação do Ministério Público. Recurso desprovido.

I - O cumprimento de pena em regime domiciliar só é possível, em princípio, aos condenados ao regime prisional aberto — o que não é o caso do paciente, condenado ao cumprimento de pena em regime fechado. Precedentes.

II - Somente em casos excepcionais, mesmo na hipótese de ter sido estabelecido o regime fechado para o cumprimento de pena, é possível o deferimento da prisão domiciliar, quando demonstrada, de plano, a necessidade de especial tratamento de saúde, que não poderia ser suprida no local em que o condenado se encontra preso. Precedente.

III - Nem sempre a enfermidade exige aplicação do regime domiciliar.

IV - Impetração que não logrou comprovar as circunstâncias pelas quais o paciente teria necessidade de tratamento especial, que não poderia ser suprido no local em que se encontra preso, limitando-se a apresentar atestado produzido por médico particular.

V - Informação do juízo monocrático no sentido de que o paciente aguarda a transferência para hospital penitenciário, além de que o pedido de concessão do regime aberto em seu favor estaria no Ministério Público, para manifestação.

VI - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 08 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

DJ de 23.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem de **habeas corpus** anteriormente impetrada em favor de Wilson Damasceno, visando à transferência do paciente para prisão domiciliar.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do artigo 214, c.c. os artigos 224, alínea **a**; 226, inciso III, e 71, todos do Código Penal, à pena de 09 anos de reclusão, em regime integral fechado.

Irresignada, a defesa impetrou *writ* perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual se pretendia a concessão ao paciente do benefício de cumprir a pena que lhe foi imposta em prisão domiciliar, pois o mesmo seria octagenário, gravemente enfermo, e não estaria recebendo os cuidados exigidos pela sua idade e saúde.

A Corte Estadual denegou a ordem, entendendo que o recolhimento em residência particular só seria cabível para condenado maior de setenta anos, sofrendo de doença grave, e quando for beneficiário do regime aberto.

Asseverou, ainda, o eminente Desembargador Relator, que o **habeas corpus** não seria o meio adequado para aferição das reais condições de saúde do paciente, o que seria melhor procedido pelo Juízo da Execução.

Daí a presente impetração, na qual se reitera o pleito de concessão da prisão domiciliar ao paciente.

Para tanto, sustenta-se que o paciente estaria gravemente doente, já possuiria 80 anos de idade, além de que a pretensão poderia ser atendida por analogia **in bona parte** do art. 117 da Lei de Execuções Penais.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fl. 156).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso ordinário contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem de **habeas corpus** anteriormente impetrada em favor de Wilson Damasceno, visando à transferência do paciente para prisão domiciliar.

O paciente foi condenado à pena de 09 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do crime tipificado no art. 214, c.c. os artigos 224, alínea **a**; 226, inciso III, e 71, todos do Estatuto Punitivo.

Em razões, reitera-se o pleito de concessão da prisão domiciliar ao paciente, sustentando-se que o mesmo estaria gravemente doente, já possuiria 80 anos de idade, além de que a pretensão poderia ser atendida por analogia **in bona partem** do art. 117 da Lei de Execuções Penais.

Não merece prosperar a argumentação.

O art. 117 da Lei das Execuções Penais possui disposição expressa de que somente será admitida o recolhimento em residência particular, nas condições especificadas, ao beneficiário do *regime aberto*.

Os autos evidenciam que o paciente foi condenado a cumprir pena em regime fechado.

Esta Corte tem entendido que o cumprimento de pena em regime domiciliar só é possível, em princípio, aos condenados ao regime prisional aberto, nos termos do r. dispositivo legal supracitado — o que não é o caso do paciente.

Excepcionalmente, esta Corte tem decidido que, mesmo nas hipóteses de ter sido estabelecido o regime fechado para cumprimento de pena, é possível o deferimento da prisão domiciliar, quando demonstrada, de plano, a necessidade de especial tratamento de saúde, que não poderia ser suprido no local em que o condenado se encontra preso.

Entretanto, como bem ressaltado pela douta Subprocuradoria Geral da República, a impetração não logrou comprovar nada nesse sentido, limitando-se a apresentar atestado produzido por médico particular, além de que a própria impetração teria afirmado que o Juízo singular teria permitido a transferência do paciente para o hospital, em virtude de suas condições de saúde (fl. 137).

Assim, não há como se acolher a argumentação trazida a fim de sustentar o pedido de concessão do benefício de regime domiciliar de prisão.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

“Processual Penal. Recurso ordinário de **habeas corpus**. Roubo qualificado. Doença grave. Aids. Prisão domiciliar.

I - A prisão domiciliar, em princípio, só é admitida quando se tratar de réu inserido no regime prisional aberto, ex vi art. 117 da Lei de Execução Penal.

II - Excepcionalmente, concede-se a prisão domiciliar ao réu portador de doença grave que, no regime fechado, demonstra a impossibilidade da aplicação da devida assistência médica no estabelecimento penal em que se encontra recolhido.

III - Não restando provado de plano que o réu depende de tratamento médico que não pode ser prestado no estabelecimento prisional, a ordem não pode ser concedida.

Recurso desprovido.”

(RHC n. 10.961/MG, DJ de 13.08.2001, Relator Ministro Felix Fischer)

“Recurso em **habeas corpus**. Detenção. Crimes contra a honra. Regime prisional.

1. Apesar de todas as penas do paciente serem de detenção, como o total ultrapassa quatro anos, resta inviabilizada a fixação do regime prisional aberto (LEP, art. 111 e CP, art. 33, § 2^a).

2. *Só é possível a substituição para prisão domiciliar, em caso de condenado maior de setenta anos, quando se tratar de regime prisional aberto (LEP, art. 117).*

3. **Habeas corpus** conhecido. Pedido indeferido.”

(HC n. 14.724/SP, DJ de 26.03.2001, Relator Ministro Edson Vidigal)

Por fim, cabe a ressalva de que o Julgador monocrático informou que o paciente aguarda a transferência para o Hospital Penitenciário de Franco da Rocha, além de que o pedido de concessão do regime aberto em seu favor estaria no Ministério Público, para manifestação (fl. 121).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 15.936 — SP (2003/0022976-1)**

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Sérgio Barbosa de Almeida

Advogado: Samuel Benedito da Silva

T. origem: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Impetrado: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Guarulhos — SP

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Criminal. ROMS. Restituição de bem apreendido em inquérito policial. Inexistência de prova sobre a origem ilícita do bem. Impossibilidade de discussão na via do mandado de segurança. Recurso desprovido.

I - É incabível a discussão, em sede de mandado de segurança, sobre a comprovação da origem lícita ou ilícita do bem apreendido, em razão do inevitável exame da prova dos autos, que se faria necessária.

II - Recurso desprovido, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 27 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão da Décima Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, denegatória de mandado de segurança impetrado contra a decisão monocrática que negou, ao impetrante, a liberação de

veículos apreendidos em razão de flagrante policial efetuado contra o recorrente, pelo cometimento de crimes de estelionato.

A decisão recorrida encontra-se às fls. 274/277.

Em razões, o recorrente persiste no pleito de devolução do veículo, sustentando, em síntese, que não há provas de que os veículos apreendidos tenham sido realmente objetos de crime. Alega, ainda, ser o legítimo proprietário do veículo, que era utilizado para o exercício de sua profissão.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 328/332).

Admitido o recurso, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu desprovimento (fls. 336/339).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, denegatória de mandado de segurança impetrado contra a decisão monocrática que negou, ao impetrante, a liberação de veículos apreendidos em razão de flagrante policial efetuado contra o recorrente, pelo cometimento de crimes de estelionato.

Consta dos autos que o recorrente foi preso em flagrante delito, tendo sido denunciado como incurso no art. 171 c.c. o art. 14, inciso II, arts. 62, inciso I, e 69, todos do Código Penal. Por ocasião do flagrante, foram apreendidos dois veículos da marca Fiat.

O recorrente, então, pediu, ao Juízo, a liberação dos referidos automóveis. Entretanto, o pedido foi negado, tendo em vista que, em relação a um dos bens, recaía a suspeita de ter sido produto de crime e, quanto ao outro, existia, ainda, dúvidas quanto à propriedade.

Assim, foi impetrado mandado de segurança, pretendendo-se a devolução dos veículos.

A segurança foi denegada, entendendo o Tribunal **a quo** que as suspeitas de que os bens fossem produtos de atos ilícitos ainda não haviam sido descartadas.

Inconformado, o impetrante interpôs o presente recurso ordinário, através do qual persiste no pleito de devolução do veículo, repisando os argumentos apresentados perante o Tribunal **a quo**.

Tenho que o recurso não merece ser provido.

Inicialmente, mostra-se descabida a alegação do recorrente no sentido de que a apreensão seria ilegal, em face da não-existência de prova irrefutável sobre a eventual origem ilícita do bem.

Impossível, na via estreita do **mandamus**, discutir se o bem tem ou não ligação com a prática de delito — **in casu**, o de estelionato —, ou mesmo se foi adquirido como resultado de ato ilícito, pois, para tanto, necessária seria a análise das provas dos autos, vedada nesta via.

A respeito:

“Apreensão de aeronave. Tráfico de entorpecentes. Mandado de segurança.

Alegação de inexistência denexo entre a aeronave apreendida e o crime de tráfico de entorpecentes, por depender do exame aprofundado de prova, não pode ser deslindada no âmbito estreito do *writ*.” (RMS n. 350/MT; Relator Ministro Assis Toledo; DJ de 18.06.1990)

Destaque-se o entendimento da decisão recorrida, que bem abordou a controvérsia (fls. 276/277):

“Restou comprovado, por um lado, que o impetrante possui, diretamente, um interesse em lide pendente e não o de agir. No entanto, diante de tais circunstâncias, os indeferimentos têm respaldo legal e não ferem direito líquido e certo do impetrante, uma vez que ainda se colhem provas a propósito da origem do numerário empregado para a compra dos bens apreendidos que poderiam ter vínculos com crimes de estelionato o que implicaria em futuro e provável seqüestro, segundo permitem as disposições do artigo 126 do Código de Processo Penal.

(omissis)

As hipóteses aventadas pelos renomados autores se ajustam à dos autos, de sorte que, pelo fato de a pretensão não estar amparada pelo direito líquido e certo de reaver os seus veículos legalmente apreendidos — apesar da documentação anexada à petição inicial — e diante de fortes indícios de que são produtos de crime, há dúvida que impede a concessão, e mesmo porque os estreitos limites do *writ* não permitem o aprofundamento da prova necessária para o deslinde.”

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

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 15.972 — RJ (2003/0022340-9)**

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Adelaide Conceição de Almeida

Advogados: Carlos José Victor del Guercio e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Impetrados: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro e Presidente do Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Previdenciário. Crédito de natureza alimentar. Precatório dentro do prazo. Sequestro. Inviabilidade na espécie.

Nos termos de firme entendimento jurisprudencial desta Corte e do egrégio STF, o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de débito decorrente de cumprimento de decisão judicial sujeito a precatório, ainda que se discuta verba de natureza alimentar, só é viável quando ocorra a preterição da ordem de precedência.

Ausência de direito líquido e certo.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 26 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Adelaide Conceição de Almeida, com fulcro no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, visando acórdão do colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que está assim sumariado, **verbis** (fl. 67):

“Mandado de segurança. Constitucional e administrativo. Somente pode figurar no pólo passivo a autoridade que detém o poder de decisão e possua competência para praticar atos administrativos, estes suscetíveis de impugnação, caso sejam abusivos ou ilegais, ferindo direito líquido e certo. Precatório não pago. Ausência de direito líquido e certo. O seqüestro, à luz do que dispõe o texto constitucional, somente pode ser deferido em caso de inobservância da ordem de precedência dos precatórios, ou haver omissão no orçamento, ou descumprimento, nos casos em que se admite o parcelamento. O *writ* impetrado, se deferido, quebraria a ordem cronológica em detrimento de outros credores que lhe antecederam. Denegação.

Pretende a recorrente o cumprimento de decisão judicial que reconheceu o direito ao reajuste de pensão alimentícia, bem como do pagamento de atrasados, tendo sido expedido Precatório Judicial sob o n. 324/1997, que se encontra aguardando pagamento.

Afirma que por ser crédito de natureza alimentícia merece prioridade, nos termos da Súmula n. 144 desta Corte, e, em face da postergação do cumprimento e no direito de preferência da credora, o Presidente do Tribunal poderá determinar não somente o seqüestro de rendas, para garantir o cumprimento da coisa julgada, como também preceitos intervencionistas da Constituição Federal (art. 34, VI).

Alega, ainda, que a referida postergação caracteriza a situação justificadora do seqüestro, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 100 da Constituição Federal, por ser a forma mais grave de preterimento

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro apresentou contra-razões (fls. 91/97) e, em sua manifestação, opinou o *Parquet* Federal pelo conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 102/105).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adelaide Conceição de Almeida impetrou a presente ação mandamental requerendo o seqüestro de recursos

do Iperj, com vistas ao atendimento e cumprimento da ordem judicial de liquidação de precatório judicial já expedido em razão da decisão transitada em julgado, que reconheceu seu direito ao reajuste da pensão e direito aos atrasados.

A ordem foi denegada conforme a ementa que já se leu, e não está a merecer qualquer censura, por evidente ausência de direito líquido e certo.

O entendimento consubstanciado pela jurisprudência do egrégio STF, bem como por esta Corte, vem sendo reiterado:

“Ementa: Reclamação. Governador do Estado: Legitimidade. Precatório. Vencimento do prazo para pagamento: Seqüestro. Impossibilidade. Agravo regimental. Prejudicialidade.

(...)

5. Ratificação da exegese de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a ocorrência de preterição de ordem de precedência, ausente no caso concreto...”

(Rcl. n. 1.179/AL, DJ de 20.05.2002, Rel. Min. Maurício Corrêa)

“Processual Civil — Execução contra a Fazenda Pública — Determinação de seqüestro da conta do fundo de participação do Estado — Ausência de citação, nos termos previstos nos artigos 730 e 731 do CPC — Pagamentos devidos pela Fazenda Pública, decorrentes de sentença judicial — Ordem cronológica de apresentação dos precatórios — Seqüestro somente autorizado quando há preterimento do direito de precedência.

(...)

II - Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, decorrente de sentença judiciária, deverão ser feitos na ordem cronológica de apresentação dos precatórios. O seqüestro de quantia necessária para satisfazer o débito somente será determinado pelo Presidente do Tribunal se houver preterimento do direito de precedência.

III - Não tendo sido desrespeitada a ordem cronológica voluntariamente pelo Estado, e se já formam incluídos no orçamento os valores correspondentes ao débito objeto da execução, não se justifica a medida extrema e rigorosa do seqüestro, só admissível em casos excepcionais...”

(REsp n. 275.893/PI, DJ de 11.06.2001, Rel. Min. Garcia Vieira)

Dessa forma, ausente o direito invocado, muito menos líquido e certo, nego provimento ao presente recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 255.646 — MG (2000/0037775-9)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Manoel Raposo de Oliveira

Advogada: Andréa Abritta Garzon Tonet — Defensora Pública

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso especial. Penal. Sentença condenatória. **Sursis**. Audiência admonitória. Não-ocorrência. Trânsito em julgado para a acusação. Apelação da defesa. Acórdão que absolveu o réu. Lapsos temporais. Ocorrência da prescrição superveniente. Art. 6º, § 5º, da Lei n. 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade). Pena acessória. Pena de multa. Art. 118 do CP. Extinção da punibilidade decretada de ofício.

1. Não se verifica, **in casu**, a causa interruptiva da prescrição prevista no art. 117, V, do Código Penal, uma vez que não foi realizada a audiência admonitória para ciência pelo Réu das condições do **sursis**, de forma que não se iniciou o cumprimento da pena.

2. Da publicação da sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, até o julgamento do presente recurso especial transcorreu período de tempo suficiente à configuração da prescrição superveniente, já que ausente qualquer marco interruptivo (art. 117, CP).

3. A Lei n. 7.209/1984 aboliu as penas acessórias no Código Penal, convertendo as penas de inabilitação para o exercício de função pública e de perda de cargo público, respectivamente, em pena restritiva de direitos (art. 47, I, do CP) e efeito da condenação (art. 92, I, do CP). A Reforma de 1984, no entanto, não atingiu o § 5º do art. 6º da Lei n. 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade), permanecendo como pena acessória o afastamento das funções de natureza policial ou militar, no município da culpa.

4. Na prescrição, a pena acessória, assim como a pena de multa (art. 118 do CP), acompanham a pena privativa de liberdade.

5. Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva superveniente, nos termos do art. 107, inciso IV, c.c. os arts. 109, inciso VI, 110, § 1º, e 118, do Código Penal.

6. Recurso especial prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso e declarar extinta a punibilidade, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por Manoel Raposo de Oliveira com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado, **verbis**:

“Abuso de autoridade — Preliminar de cerceamento de defesa — Afastada — Preliminar de nulidade do feito para que seja oferecida a suspensão do processo — Afastada — Inexigibilidade de representação das vítimas — Delito comprovado — Condenação mantida — Reconhecimento da continuidade delitiva — Recurso parcialmente provido — A falta de intimação do defensor para a audiência de oitiva de testemunha no juízo deprecado é relativa, dependendo o seu reconhecimento de prova do prejuízo — Suspensão do processo não requerida no correr da instrução — Preclusão do direito — Abuso de autoridade concomitante com delito de lesão corporal — Concurso material — Inexigibilidade de representação do ofendido para a propositura da ação relativa ao crime previsto na lei especial. Estrito cumprimento do dever legal não configurado — Dolo comprovado — Pena — Absorção da figura mais leve pela mais grave prevista no art. 3º da lei em relação à mesma vítima — Continuidade delitiva reconhecida — Redução da pena.” (Fl. 340)

Consta dos autos que o Réu, ora Recorrente, foi condenado pelo juízo da Décima Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais, às penas de um ano e três meses de detenção, setenta e cinco dias-multa e afastamento de sua função como policial militar no município da culpa pelo período de dois anos e seis meses, como incurso no art. 3º, alíneas **a** e **i**, da Lei n. 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade) c.c. os arts. 6º, § 5º, do mesmo diploma legal e 69 do Código Penal.

O benefício de suspensão condicional da pena privativa de liberdade foi concedido na sentença ao Réu, sem, no entanto, ter sido realizada audiência admonitória para ciência das condições do **sursis**.

A sentença condenatória transitou em julgado para a acusação (v. certidão de fl. 291).

Em grau de apelação, o Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao recurso, reformando a sentença para condenar o Réu nas disposições do art. 3º, alínea **i**, da Lei n. 4.898/1965, c.c. o art. 71 do Código Penal, reduzindo a pena privativa de liberdade e a multa, respectivamente, a cinco meses de detenção e vinte e cinco dias-multa.

Alega o Recorrente, em suma, nas razões do especial, negativa de vigência ao art. 89 da Lei n. 9.099/1995, consubstanciada na falta de oferecimento ao Réu de proposta de suspensão do processo, aduzindo que o benefício pode ser concedido a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, antes da decisão definitiva.

O Ministério Público Federal exarou parecer opinando pelo provimento do recurso (fls. 405/414).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O recurso merece ser conhecido, visto que atendidos os pressupostos de admissibilidade.

No entanto, por se tratar de matéria prejudicial ao mérito, cumpre verificar a extinção da punibilidade pela prescrição superveniente.

O Réu foi condenado, nos termos do acórdão de fls. 340/352, às penas de cinco meses de detenção, além de multa e afastamento de suas funções como policial militar no município da culpa pelo período de dois anos e seis meses, pela prática do delito tipificado no art. 3º, alíneas **a** e **i**, da Lei n. 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade) c.c. o art. 6º, § 5º, do mesmo diploma legal e o art. 69 do Código Penal.

Diante da referida pena de detenção aplicada, a prescrição superveniente, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal, ocorre no prazo de dois anos.

No caso em tela, a sentença teve publicidade em 15 de outubro de 1998, sendo o último marco interruptivo da prescrição. Com efeito, não se verifica, **in casu**, a causa interruptiva prevista no art. 117, V, do Código Penal, uma vez que não foi realizada a audiência admonitória para ciência pelo Réu das condições do **sursis**, de forma que não se iniciou o cumprimento da pena.

Assim, vislumbra-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição superveniente, porquanto já se consumou o lapso prescricional de dois anos, contando da última causa interruptiva.

Nessa esteira:

“Penal. Prescrição. Crimes de receptação. Reincidência. **Sursis**.

1. *Não-realizada a audiência admonitória relativa ao **sursis**, ante o não-comparecimento do paciente, tem-se como não iniciado o cumprimento da pena nem interrompido o prazo prescricional, contando-se esse a partir da sentença condenatória e não da revogação do **sursis**.*

2. Lapso prescricional da pretensão executória, de quatro anos, ultrapassado da sentença condenatória até o momento.

3. Reconhecida a primariedade na sentença condenatória, transitada em julgado, eventual reincidência desconsiderada não pode ser revelada para efeito do aumento do prazo prescricional.

4. Impossibilidade de se acolher ou rejeitar a prescrição relativa à segunda condenação em virtude da insuficiência de elementos.

5. **Habeas corpus** deferido parcialmente para decretar a prescrição da pretensão executória em relação a apenas uma das condenações.” (Sem grifos no original, HC n. 4.553/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Assis Toledo, DJ de 05.08.1996)

“Penal. **Habeas corpus**. Extinção da punibilidade. Prescrição. Intimação da defesa. Audiência admonitória. Menoridade.

I - Com a redução do prazo pela metade, dada a prova da relativa menoridade do paciente (art. 155 do CPP), é de ser reconhecida a ‘prescrição superveniente’ visto que a intimação deixou de se realizar de forma completa.

II - A concessão do **sursis**, no caso, carece de relevância, porquanto a audiência admonitória não se efetuou.

Habeas corpus concedido.” (HC n. 7.657/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 29.03.1999)

“Penal. Prescrição. Causa interruptiva. Início do cumprimento da pena. **Sursis**. Audiência admonitória. CP, art. 117, V.

— Com a realização da audiência admonitória, em que se comunica ao apenado as condições do **sursis**, inicia-se o cumprimento da pena, interrompendo-se, de conseqüência, a prescrição, **ex vi** do art. 117, V, do Código Penal.

— Recurso ordinário desprovido.” (HC n. 8.823/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 21.02.2000)

Quanto à pena de afastamento das funções no município da culpa, prevista no art. 6º, § 5º, da Lei n. 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade), tenho que se trata de pena acessória, acompanhando, dessa forma, a pena principal na prescrição.

Com efeito, as penas acessórias foram extintas com a Reforma do Código Penal em 1984, mas a Lei de Abuso de Autoridade, sendo lei especial, permaneceu inalterada nesse ponto.

Assim dispõe o § 5º do art. 6º da Lei n. 4.898/1965, **verbis**:

“§ 5º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.” (Grifou-se)

Da leitura do dispositivo encimado, depreende-se que o afastamento das funções de natureza policial ou militar no município da culpa, se aplicado isoladamente é pena autônoma. Contudo, se aplicado conjuntamente às penas de detenção ou multa, torna-se pena acessória.

Calham, nesse particular, apontamentos de abalizados doutrinadores pátrios:

“Embora a nova Parte Geral do Código Penal (Lei n. 7.209/1984) tenha abolido as penas acessórias, nenhum reflexo houve nesta lei especial.

A proibição do acusado de exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa é pena principal, quando aplicada isoladamente ou de forma autônoma.

Transmuda-se, porém, em pena acessória, se cumulada com as penas principais de multa ou de detenção previstas no § 3º do mesmo artigo.

Tal imposição não conflita com a nova Parte Geral do CP, não só pelo que dispõe o seu art. 12, mas, também, porque a hipótese do § 5º do art. 6º da Lei de Abuso de Autoridade não foi expressamente prevista nos efeitos da condenação especificados no art. 92 do CP/1984.

Trata-se de imposição própria e peculiar à natureza especial das infrações praticadas com abuso de poder pela autoridade policial, com prazo de duração também especial.” (**STOCCO, Rui**. “Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial”, v. 1. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 20)

“A Lei n. 4.898, de 09.12.1965, não tratou da prescrição, pelo que, a teor do disposto no art. 12 do CP aplicam-se as regras deste diploma.

No tocante à prescrição das sanções penais previstas no § 3º do art. 6º em análise, cumpre observar que a pena privativa de liberdade, ou seja, deten-

ção de 10 dias a 6 meses, prescreve em dois anos, nos termos do art. 109, VI, do CP. No mesmo prazo prescreve a pena de multa, conforme dispõe o art. 114 do mesmo estatuto. Neste ponto, a matéria não oferece maiores indagações.

Entretanto, o mesmo não ocorre com relação à pena acessória de perda do cargo público e inabilitação para outra função pública. Como já foi assinado, a Lei n. 7.209, de 11.07.1984, que alterou a Parte Geral do Código Penal, suprimiu a pena acessória. Conseqüentemente, foi cancelado o parágrafo único do art. 118 do CP e a pena acessória ficou sem prazo prescricional estabelecido.

Ora, se em nosso ordenamento jurídico inexistem penas imprescritíveis, como fica tal situação? A resposta, a nosso entender, não se oferece a maiores discussões. Não se podendo falar em penas imprescritíveis, por um princípio de equidade, a solução a ser adotada é a de aplicar o menor prazo previsto na legislação em vigor, qual seja, o de dois anos. Portanto, remanescendo a Lei de Abuso de Autoridade a figura da pena acessória, sua prescrição ocorrerá no prazo de dois anos.” (**FREITAS, Gilberto Passos de e FREITAS, Vladimir Passos de**. “Abuso de Autoridade”. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 112)

Ainda que assim não se entendesse, deve-se ter em conta o comando do art. 118 do Código Penal, que determina que as penas mais leves prescrevem com as mais graves. E não há dúvida que, **in casu**, a pena mais rigorosa é a de detenção, não podendo o prazo prescricional para as penas de multa e de afastamento das funções no município da culpa exceder a prescrição prevista para a restritiva de direitos.

Nessa esteira, já se decidiu esta Corte:

“Penal. Recurso especial. Abuso de autoridade. (Lei n. 4.898/1965). Prescrição.

I - As regras gerais acerca da prescrição se aplicam aos delitos previstos na Lei n. 4.898/1965.

II - A prescrição da pretensão punitiva se regula, aí, pela pena privativa de liberdade, ocorrendo em dois anos **ex vi** art. 109, inciso VI, do CP

Recurso não conhecido.” (REsp n. 153.820/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 11.05.1998)

Cumpra, ainda, fazer menção às decisões do Pretório excelso proferidas no Agravo de Instrumento n. 379.392/SP e no Mandado de Segurança n. 21.689/DF, em que se reconhece o caráter autônomo das penas de inabilitação para o exercício de função pública e de perda de cargo público.

De fato, tais penas, diferentemente da pena de afastamento das funções de natureza policial no município da culpa (art. 6º, § 5º, da Lei n. 4.898/1965), foram convertidas pela Lei n. 7.209/1984, respectivamente, em pena restritiva de direitos (art. 47, I, do Código Penal) e efeito da condenação (art. 92, I, do Código Penal). Não há, portanto, similitude entre o caso ora em exame e as hipóteses debatidas nos referidos julgados do Supremo Tribunal Federal, cujas ementas a seguir transcrevo, **in verbis**:

“Processual Penal. Questão de ordem. Pedido de reconhecimento de ofício da prescrição da pretensão punitiva da pena **in concreto**. Crime de responsabilidade de Prefeito Municipal ao qual foram cominadas as penas de multa e de inabilitação para exercício de cargo ou função pública. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do réu em relação à pena de multa aplicada, que se tornou definitiva ante a inexistência de recurso da acusação. Hipótese, entretanto, em que o processo deve prosseguir em face da pena restritiva de direito cominada que, por possuir natureza independente e autônoma em relação à pena de multa, prescreve a seu tempo, não sendo alcançada pela prescrição desta. Questão de ordem que se resolve na forma acima explicitada.” (AI n. 379.392-2/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 16.08.2002)

“Constitucional. *Impeachment*. Controle judicial. *Impeachment* do Presidente da Republica. Pena de inabilitação para o exercício de função pública. CF, art. 52, parágrafo único. Lei n. 27, de 07.01.1892; Lei n. 30, de 08.01.1892. Lei n. 1.079, de 1950.

I - Controle judicial do *impeachment*: possibilidade, desde que se alegue lesão ou ameaça a direito. CF, art. 5º, XXXV. Precedentes do STF: MS n. 20.941/DF (RTJ 142/88); MS n. 21.564/DF e MS n. 21.623-DF

II - O *impeachment*, no Brasil, a partir da Constituição de 1891, segundo o modelo americano, mas com características que o distinguem deste: no Brasil, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, lei ordinária definira os crimes de responsabilidade, disciplinara a acusação e estabeleceu o processo e o julgamento.

III - Alteração do Direito positivo brasileiro: a Lei n. 27, de 1892, art. 3º, estabelecia: a) o processo de *impeachment* somente poderia ser intentado durante o período presidencial; b) intentado, cessaria quando o Presidente, por qualquer motivo, deixasse definitivamente o exercício do cargo. A Lei n. 1.079, de 1950, estabelece, apenas, no seu art. 15, que a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

IV - No sistema do Direito anterior à Lei n. 1.079, de 1950, isto é, no sistema das Leis ns. 27 e 30, de 1892, era possível a aplicação tão-somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (Constituição Federal de 1891, art. 33, parágrafo 3º; Lei n. 30, de 1892, art. 2º), emprestando-se a pena de inabilitação o caráter de pena acessória (Lei n. 27, de 1892, artigos 23 e 24). No sistema atual, da Lei n. 1.079, de 1950, não é possível a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (CF, 1934, art. 58, parágrafo 7º; CF, 1946, art. 62, parágrafo 3º; CF, 1967, art. 44, parágrafo único; EC n. 1/1969, art. 42, parágrafo único; CF, 1988, art. 52, parágrafo único. Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2º, 31, 33 e 34).

V - A existência, no *impeachment* brasileiro, segundo a Constituição e o direito comum (CF, 1988, art. 52, parágrafo único; Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2º, 33 e 34), de duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública.

VI - A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de *impeachment*.

VII - Os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37).

VIII - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente aos crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, na forma do Decreto-Lei n. 201, de 27.02.1967. Apresentada a denúncia, estando o Prefeito no exercício do cargo, prosseguirá a ação penal, mesmo após o término do mandato, ou deixando o Prefeito, por qualquer motivo, o exercício do cargo.

IX - Mandado de segurança indeferido.” (Sem grifos no original, MS n. 21.689/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 07.04.1995)

Outrossim, impende ressaltar que, por se tratar de matéria de ordem pública, é prescindível a provocação da parte para o reconhecimento da prescrição, devendo ser declarada de ofício, em qualquer fase do processo.

Confira-se, a propósito, julgados desta Corte no mesmo sentido:

“Recurso especial. Penal. Lesão corporal grave. Ocorrência da prescrição superveniente à sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação. Extinção da punibilidade decretada, de ofício.

Da publicação da sentença condenatória (que transitou em julgado para a acusação) até o julgamento do presente recurso especial transcorreu lapso de tempo suficiente à configuração da prescrição intercorrente, ausente qualquer causa interruptiva (art. 117, CP).

Recurso prejudicado.

Reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade do réu pela ocorrência da prescrição intercorrente, nos termos do art. 107, V, c.c. os artigos 109, V, e 110, § 1º, todos do Código Penal.” (REsp n. 237.551, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.04.2002)

“Penal. Sentença condenatória. Multa. Pretensão punitiva. Prescrição. Questão de ordem pública. Conhecimento **ex officio**.

— Na hipótese de condenação tão-somente à pena de multa, extingue-se a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva como decurso de dois anos, contados da data da última causa de interrupção do prazo prescricional.

— A prescrição penal, por ser matéria de ordem pública, deve ser conhecida e declarada em qualquer fase do processo, inclusive de ofício.

— Prescrição declarada. Recurso especial prejudicado.” (REsp n. 281.216, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 19.12.2002)

Ante o exposto, declaro a extinção da punibilidade estatal, quanto ao crime imputado ao ora Recorrido em face da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso IV, c.c. os arts. 109, inciso VI, 110, § 1º, e 118, do Código Penal, e, por conseguinte, julgo *prejudicado* o recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 450.318 — GO (2002/0090717-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás

Recorrido: Nilton Jones Ferreira dos Santos

Advogado: Charles André Santos

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Estupro ficto. Presunção. Questão fática prejudicial. **Error aetatis**.

I - Na denominada violência presumida, em verdade, a proibição contida na norma é a de que não se pratique a conjunção carnal ou outro

ato libidinoso, conforme o caso, com pessoas que se encontrem nas situações previstas no art. 224 do Código Penal.

II - O **error aetatis**, afetando o dolo do tipo, é relevante, afastando a adequação típica (art. 20, **caput** do Código Penal) e prejudicando, assim, a **quaestio** acerca da natureza da presunção.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 23.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Carta Magna, pelo *Parquet*, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em que se sustenta, a par da divergência jurisprudencial, a negativa de vigência dos arts. 213 e 224, alínea **a** do Código Penal e do art. 386, inciso III do Código de Processo Penal.

O retrospecto está delineado no provisório juízo de prelibação, **in verbis**:

“Ministério Público, irresignado com o acórdão unânime (fl. 112/113) da Quarta Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal, proferido nos autos da Apelação Criminal n. 21.640-2/213 (200100898518), da Comarca de Jussara, em que é apelante, sendo apelado Nilton Jones Ferreira dos Santos, interpõe recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal (fl. 125/135).

O acórdão impugnado traz ementa do seguinte teor:

Apelação criminal. Estupro. Violência presumida. Caráter relativo. Absolvição.

Comprovado nos autos que a vítima, apesar de menor de quatorze anos já possuía maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade, e que foi dela a iniciativa ou provocação

do ato sexual, ou ainda, se a ele aderiu prontamente a convite dirigido pelo agente, constitui um verdadeiro contra-senso entender que sofrera uma violência. Considerando-se o caráter relativo da presunção de violência, em casos tais, o caminho mais prudente é o da absolvição.

Aduz o recorrente que a decisão recorrida contrariou o artigo 213 combinado com o artigo 224, alínea **a**, do Código Penal e o artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, além de divergir de julgados de outros tribunais.

Sem contra-razões (fl. 138).

A recorrente não explicita os motivos pelos quais, a seu ver, teria havido a pretendida ofensa ao artigo 386, inciso III, sendo que a jurisprudência orienta-se no sentido de que não basta, para a admissibilidade do recurso especial, a simples referência a dispositivo legal, desacompanhada de maiores razões. Incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

Inobstante, considero plausível a argumentação de ofensa aos demais preceitos legais apontados pelo recorrente, tendo em vista ser controvertida a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de considerar o consentimento da vítima menor de 14 anos elemento suficiente ou insuficiente para afastar a presunção de violência necessária à configuração do crime de estupro.

Pela alínea **c** do permissivo constitucional, o acórdão colacionado não foi tomado por unanimidade de votos, não se prestando à demonstração da divergência pretoriana, segundo entendimento jurisprudencial.

Admito, pois, o recurso, pela alínea **a** do referido permissivo, quanto aos artigos 213 e 224, alínea **a**, do Código Penal, determinando a remessa dos autos ao egrégio Superior Tribunal de Justiça com as cautelas de praxe.” (Fls. 139/140)

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento do reclamo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O recurso especial, em que pese o zelo demonstrado, desmerece ser conhecido.

Primeiro, quanto ao permissivo da alínea **a**, o recorrente não realizou a demonstração da contrariedade levantada. Não argumentou acerca da **quaestio** da natureza da presunção. Citou, é bem verdade, ementas mas não fez a imprescindível caracterização — via argumentos — daquilo que assevera (CF REsp n. 378.638/RS, Quinta Turma).

Segundo, e isto engloba os dois permissivos, a vítima, reconhecidamente desenvolvida e madura, e o réu, com 19 anos, teriam mantido relações sexuais em situação que poderia ensejar, por dados detectados em primeiro e em segundo grau, um eventual **error aetatis** (erro de tipo, **ex vi** art. 20, **caput** do Código Penal, reconhecível até na dúvida e mesmo na forma vencível dada a ausência de forma culposa) acerca da presunção da alínea **a**. Este aspecto é vital e, **in casu**, plausível de *writ ex officio*. Senão vejamos, na *r. sentença* tem-se: “A desenvoltura da vítima, quando de seus depoimentos, surpreende ante a naturalidade e espontaneidade como externa sua opção, sua escolha pela atividade sexual. (fls. 62). *E, mais adiante*: “Percebe-se, tanto da doutrina como da jurisprudência que declinei que a conduta da vítima e sua aparência física são relevantes para acolhida ou rejeição da violência presumida.

Já apontei que o réu, embora com idade e capacidade penal bastante para suportar sanção, estava na casa de seus 19 anos, idade em que a força da libido está à flor da pele e vazando em abundância por todos os poros, o que faz diminuir a capacidade de resistência de qualquer cristão à força de tânatos ou do eros.” (fls. 69). Já, no v. acórdão reprochado tal foi decerto incorporado, ou seja: “O Magistrado teve a oportunidade de conhecer e colher os depoimentos da vítima, ficando convencido de sua desenvoltura para expressar sua opção pelo atividade sexual: “*A desenvoltura da vítima, quando de seus depoimentos, surpreende ante a naturalidade e espontaneidade como externa sua opção, sua escolha pela atividade sexual*” (fls. 61/70).” (fl. 90, onde, curiosamente, foi encorpada a posição do Parquet de segundo grau). Aliás, este aspecto fático, prejudicial ao reclamo, foi sustentado pelo réu em juízo (fl. 20). Vale dizer, é uma **quaestio** fundamental que, de plano, e sem cotejo, não pode ser olvidada ainda que juridicamente não tenha sido posta na merecida posição em termos de conclusão. Desta forma, embora reconheça a inexistência do valor do consentimento de menores para invalidar a denominada presunção (CF, REsp n. 252.827/GO, DJ de 04.09.2000) o caso, aqui, é de certa forma distinto. Em hipótese similar, no entanto, esta Turma, não conheceu de recurso do *Parquet*, **v.g.:**

“Penal. Recurso especial. Estupro ficto. Problema da presunção. **Error aetatis** prejudicial.

I - Na denominada violência presumida, em verdade, a proibição contida na norma é a de que não se pratique a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, conforme o caso, com pessoas que se encontrem nas situações previstas no art. 224 do Código Penal.

II - O **error aetatis**, afetando o dolo do tipo, é relevante, afastando a adequação típica (art. 20, **caput** do Código Penal) e prejudicando, assim, a **quaestio** acerca da natureza da presunção.

Recurso não conhecido.”

(STJ, REsp n. 166.210/MG, Quinta Turma, Rel. p/ o acórdão Min. Felix Fischer, DJ de 08.03.1999).

E, sobre o **error**:

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Estupro presumido. Absolvição. Dupla fundamentação. **Error aetatis**. Súmula n. 283 do Pretório excelso e Súmula n. 07/STJ.

I - Na denominada violência ficta, em verdade, a proibição contida na norma é a de que não se pratique conjunção carnal ou outro ato libidinoso, conforme o caso, com pessoas que se encontram nas situações previstas no art. 224 do Código Penal. O **error aetatis**, na hipótese da presunção inculpada na alínea **a**, afetando o dolo do tipo, é relevante (art. 20, **caput** do Código Penal) e afasta a adequação típica (Precedentes). A verificação do referido **error**, exigindo, concretamente, o reexame do material cognitivo se evidencia inaceitável na esfera da instância incomum (Súmula n. 07/STJ).

II - Se o v. acórdão reprochado apresenta mais de um fundamento suficiente para alicerçar a sua conclusão, o recurso deve ser abrangente sob pena de esbarrar no óbice da Súmula n. 283 da augusta Corte.

III - O dissídio pretoriano, além de minucioso, deve, em casos tais, ser incisivo e abrangente (cf. dicção do art. 255 do RISTJ).

Recurso não conhecido.”

(STJ, REsp n. 341.431/GO, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 29.04.2002).

O dado fático detectado seria, e é, vital. A sua ocorrência foi asseverada. Ignorá-lo, reconhecendo tese que, sem ele, seria aceita, levaria a uma solução manifestamente injusta.

Portanto, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 464.388 — SP (2002/0105066-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrentes: Geracina Francis Correa e outros

Advogados: José Luiz Perroni Magri e outros

Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Marília Pereira Gonçalves Cardoso e outros

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Execução. Fazenda Pública. Aplicação da multa do art. 644 do CPC. Possibilidade. Reforma da decisão.

Nos termos de pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte, a multa diária por obrigação de fazer, disposta no art. 644 do CPC, pode ser determinada de ofício, mesmo que no juízo de execução, podendo ser aplicada à Fazenda Pública.

Precedentes.

Recurso provido, com o restabelecimento da decisão do juízo singular.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 26 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 29.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Inconformados com o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, dando provimento ao agravo de instrumento interposto pela Fazenda daquela Unidade da Federação, culminou por afastar a multa a ela aplicada nos termos do art. 644 do CPC, vêm os

recorrentes interpor recurso especial com fundamento no art. 105, III, **a**, da Carta da República.

Afirma-se que, ao reformar a decisão do MM. Juízo de 1º grau, retirando a cobrança de multa por descumprimento da obrigação de fazer, o Tribunal **a quo** violou o supracitado dispositivo, que faculta ao Magistrado tal fixação e não traz nenhuma observação acerca de exclusão de sua aplicabilidade à Fazenda do Estado.

Aduz, ainda, que a exclusão do pagamento da referida multa contribui para a morosidade no atendimento das decisões judiciais por parte da recorrida, informando que seu objetivo maior é o cumprimento da obrigação de fazer.

Contra-razões apresentadas às fls. 109/113.

Inadmitido na origem, subiu o apelo especial por força de decisão que admitiu o Ag n. 428.907/SP em apenso.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Contra a decisão que fixou multa diária para o caso de descumprimento de obrigação de fazer, a Fazenda do Estado de São Paulo ajuizou agravo de instrumento, tendo o Tribunal **a quo** acatado suas razões de que a mesma seria ilegal e sem fundamento e, com isso, reformou aquele entendimento anterior.

Assiste razão ao inconformismo da parte.

Esta Corte, de forma pacífica e reiterada, vem assim decidindo:

“Processual Civil. Execução. Fazenda Pública. Obrigação de fazer. Descumprimento. Imposição de multa. Possibilidade. Art. 644 do CPC.

Em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao Juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, impor multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 451.154/RS, DJ de 16.12.2002, Rel. Min. Felix Fischer)

“Processual Civil. Obrigação de fazer. Inadimplemento. Fazenda pública. Aplicação de multa cominatória. Fixação **ex officio**. Permissão. Art. 644 do CPC. Precedentes.

I- Consoante entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública. Precedentes.

II - Agravo interno desprovido.” (Agravo Regimental no REsp n. 439.935/RS, DJ de 21.10.2002, Rel. Min. Gilson Dipp)

“Processo Civil. Execução. Multa diária. Pessoa jurídica de direito público. Possibilidade.

1. A melhor exegese do artigo 644 do Código de Processo Civil aponta no sentido de que a multa diária pode ser aplicada de ofício, inclusive pelo juízo da execução, e não exclui a possibilidade de sua utilização contra pessoas jurídicas de direito público.

2. Precedentes.

3. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 450.718/RS, DJ de 07.10.2002, Rel. Min. Paulo Gallotti)

Dessa forma, dou provimento ao presente recurso, para restabelecer a decisão singular que fixou a multa do art. 644 do CPC.

RECURSO ESPECIAL N. 482.095 — SC (2002/0117370-3)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Donato Zanatta

Advogados: Alex Sandro Sommariva e outro

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso especial. Penal e Processo Penal. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Prequestionamento. Ausência. Prescrição de parcela da pena. Impossibilidade. Falta de prova do pagamento do débito fiscal antes do recebimento da denúncia. Pedido de extinção de punibilidade afastado. Prisão de natureza penal.

Inaplicabilidade do Pacto de São José da Costa Rica. Excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Súmula n. 07/STJ.

Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Possibilidade. Dolo específico. Desnecessidade. Crime omissivo próprio.

Recurso parcialmente conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 26 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 29.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Donato Zanatta foi condenado ao cumprimento da pena de três anos e quatro meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 270 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária), pela prática do crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias em continuidade delitiva (art. 168-A, § 1º, I, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal).

Irresignado, apelou, tendo a eminente Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reduzido a pena para 2 anos e quatro meses de reclusão, em regime aberto, e sessenta dias-multa, mantendo-se a substituição da pena privativa de liberdade por prestações pecuniárias e de serviços à comunidade, em acórdão que restou assim ementado (fl. 846):

“Omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias.

1. O art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 ou o art. 168-A do CP não violam a Constituição Federal ou o Pacto de São José da Costa Rica, porquanto o que estes proíbem é a prisão civil por dívida, que não se confunde com a prisão penal cuja finalidade é a prevenção e repressão da conduta delituosa. O tipo penal criminaliza a omissão de recolhimento das contribuições previdenciárias já descontadas dos empregados por presunção legal.

2. Não há obstrução ao art. 34 da Lei n. 9.249/1995, pois o favor legal neste contido será deferido a todos que cumprirem as condições ali estabelecidas.

3. Empresa que deixa de recolher contribuições previdenciárias sob alegação de dificuldades financeiras.

4. Para a configuração do tipo penal do art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 basta que o agente se omita em recolher a contribuição previdenciária quando lhe era imposta obrigação de agir. O mesmo se diz em relação ao art. 168-A, CP, que repete os elementos do tipo revogado.

5. Dificuldades financeiras insuficientes para ensejar a aplicação da excludente de culpabilidade consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa.

Diminuição das penas corporal e de multa.”

Foram interpostos embargos de declaração, os quais foram improvidos.

Interpôs, por fim, o presente apelo especial, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, alegando contrariedade aos arts. 381 do CPP e 93, IX, da CF, alegando nulidade da sentença porquanto aplicou a causa de aumento de pena relativa à continuidade delitiva, sem antes fazer a sua individualização para cada infração penal; art. 107, IV, e 119 do CP, por não ter sido reconhecida a prescrição retroativa do acréscimo da continuidade delitiva, uma vez ultrapassado o lapso temporal de dois anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia; arts. 168-A, § 2º, do CP e 34 da Lei n. 9.249/1995, por não ter sido declarada a extinção da punibilidade em face do parcelamento de débito fiscal; art. 7º, item 7, do Decreto n. 678/1992 (Pacto de São José da Costa Rica), que veda a prisão por dívidas; arts. 2º, parágrafo único, do CP e 5º, XL da CF, em face da não-aplicação da Lei n. 9.964/2000, quanto à suspensão do processo pela adesão ao Refis; art. 16 do CP, ao argumento de que deveria ter sido aplicada a causa de diminuição de pena insculpida no dispositivo em questão; art. 20, § 1º, primeira parte, do CP, porque deixou de reconhecer a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, diante do estado de dificuldades financeiras da empresa; art. 44, § 2º, do CP, por ter sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e não por uma pena restritiva e uma de multa. Sustenta, ainda, a atipicidade da conduta descrita na denúncia, tendo em vista que para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária é necessário o dolo específico, não bastando o dolo genérico de descontar as contribuições dos salários dos empregados, deixando de recolhê-las ao INSS.

Contra-razões às fls. 1.035/1.046.

O Tribunal **a quo** admitiu o regular processamento do feito.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo parcial provimento do recurso e, nesta parte, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adoto, como razões de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto César, **verbis** (fls. 1.066/1.078:

“Cuida-se de recurso especial interposto por Donato Zanatta, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ementado nos termos a seguir:

“Omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias.

1. O art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 ou o art. 168-A do CP não violam a Constituição Federal ou o Pacto de São José da Costa Rica, porquanto o que estes proíbem é a prisão civil por dívida, que não se confunde com a prisão penal cuja finalidade é a prevenção e repressão da conduta delituosa. O tipo penal criminaliza a omissão de recolhimento das contribuições previdenciárias já descontadas dos empregados por presunção legal.

2. Não há obstrução ao art. 34 da Lei n. 9.249/1995, pois o favor legal neste contido será deferido a todos que cumprirem as condições ali estabelecidas.

3. Empresa que deixa de recolher contribuições previdenciárias sob alegação de dificuldades financeiras.

4. Para a configuração do tipo penal do art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 basta que o agente se omita em recolher a contribuição previdenciária quando lhe era imposta obrigação de agir. O mesmo se diz em relação ao art. 168-A, CP, que repete os elementos do tipo revogado.

5. Dificuldades financeiras insuficientes para ensejar a aplicação da excludente de culpabilidade consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa.

6. Diminuição das penas corporal e de multa” (fl. 846).

Interpostos embargos de declaração, foram rejeitados, conforme a seguinte ementa:

Embargos de declaração. Omissão inexistente.

Segundo jurisprudência iterativa dos Tribunais, não se prestam os embargos de declaração, os quais têm cabimento apenas nas hipóteses de ambigüidade, obscuridade, omissão ou contradição (art. 619, CPP),

para a impugnação dos fundamentos do acórdão embargado ou para a modificação de suas conclusões. Embargos rejeitados. Caso em que o embargante, condenado à prestação de serviços à comunidade, se insurge contra a não-especificação das horas e local da prestação. Tema afeto ao juízo da execução. Omissão inexistente (fl. 863).

O recorrente foi condenado ao cumprimento da pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 270 (duzentos e setenta) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária), pela prática do crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias em continuidade delitiva (art. 168-A, § 1º, I, combinado com o art. 71, ambos do Código Penal).

Em sede de apelação, a pena foi reduzida pelo Tribunal **a quo** a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 60 (sessenta) dias-multa, mantendo-se a substituição da pena privativa de liberdade por prestações pecuniária e de serviços à comunidade.

Nas razões de especial, sustenta o recorrente violação dos seguintes dispositivos legais:

— arts. 381 do CPP e 93, IX, da Constituição Federal, alegando nulidade da sentença, porquanto aplicou a causa de aumento de pena relativa à continuidade delitiva (art. 71 do CP), sem antes fazer a sua individualização para cada infração penal;

— arts. 107, IV, e 119 do CP, por não ter sido reconhecida a prescrição retroativa do acréscimo da continuidade delitiva (4 meses), uma vez ultrapassado o lapso temporal de dois anos entre a data dos fatos (janeiro/1996 e março/1998) e o recebimento da denúncia (27.04.1999);

— arts. 168-A, § 2º, do CP e 34 da Lei n. 9.249/1995, por não ter sido declarada a extinção da punibilidade em face do parcelamento do débito fiscal;

— art. 7º, item 7, do Decreto n. 678/1992 (Pacto de São José da Costa Rica), que veda a prisão por dívidas;

— arts. 2º, parágrafo único, do CP e 5º, XL, da Constituição Federal, em face da não-aplicação da Lei n. 9.964/2000, quanto à suspensão do processo pela adesão ao Refis;

— art. 16 do CP (arrepentimento posterior), ao argumento de que deveria ter sido aplicada a causa de diminuição de pena insculpida no dispositivo em questão;

— art. 20, § 1º, primeira parte, do CP porque deixou de reconhecer a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, diante do estado de dificuldades financeiras da empresa;

— art. 44, § 2º, do CP por ter sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e não por uma pena restritiva e uma de multa.

Por fim, sustenta a atipicidade da conduta descrita na denúncia, tendo em vista que para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária é necessário o dolo específico, não bastando o dolo genérico de descontar as contribuições dos salários dos empregados, deixando de recolhê-las ao INSS.

Nas contra-razões, aduz o recorrido, **in litteris**:

De todas as alegações trazidas pelo recorrente, apenas foram suscitadas em sede de apelação e analisadas no acórdão recorrido a ausência de dolo na conduta, a inexigibilidade de conduta diversa em função das dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa e a vedação constitucional da prisão por dívida. Desta forma, no que tange às demais alegações, não está presente um dos requisitos de admissibilidade, qual seja, o prequestionamento, nos termos das Súmulas ns. 211 deste egrégio Superior Tribunal de Justiça e 282 do Supremo Tribunal Federal.

(Omissis)

... a pena prevista para o delito pelo qual o réu foi condenado, por infração ao disposto no art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991, não tem o caráter de prisão civil, mas, isto sim, o de pena privativa de liberdade — reclusão — de caráter penal...

(Omissis)

Alega o recorrente que, para a caracterização do delito previsto no art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991, omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, é necessária a vontade específica de fraudar a Previdência Social, através do não-recolhimento dos valores descontados.

Todavia, o delito de não-recolhimento de contribuição previdenciária constitui crime omissivo próprio, e, conseqüentemente, de mera conduta. Em função disso, torna-se irrelevante a discussão em torno do **animus rem sibi habendi** para a tipicidade do delito.

A ação nuclear de ‘deixar de recolher’ é puramente omissiva, exigindo somente a vontade livre e consciente de não recolher as contribuições descontadas dos contribuintes, independentemente de qualquer finalidade especial.

(Omissis)

O MM. Juiz prolator da sentença, diferentemente do que alega o recorrente, obedeceu ao critério trifásico no momento de aplicação da pena. As circunstâncias judiciais foram devidamente analisadas, resultando a aplicação da pena-base no mínimo legal. Na segunda fase, como não houve incidência de qualquer circunstância agravante, a atenuante da confissão não foi considerada. Posteriormente, o MM. Juiz aplicou o acréscimo referente à continuidade delitiva, tendo por definitiva a pena de 3 anos e 4 meses de reclusão.

(Omissis)

Não há prova nos autos de que o valor especificado na denúncia (NFLD n. 32.559.130-0) tenha sido pago, ficando afastada a possibilidade de extinção da punibilidade.

(Omissis)

O que houve, na realidade, foi a adesão da empresa ‘Tubos e Conexões Zanatta Ltda’, administrada pelo recorrente, ao Refis, o que poderia acarretar a suspensão da pretensão punitiva, segundo o art. 15 da Lei n. 9.964/2000.

Porém, conforme se verifica, a opção pelo Refis deu-se em 25.04.2000 (fl. 891), ou seja, após o recebimento da denúncia, que ocorreu em 27.04.1999.

Portanto, inaplicável o art. 15 da Lei n. 9.964/2000, o qual prevê expressamente a suspensão da pretensão punitiva pela opção pelo Refis, antes do recebimento da denúncia.

(Omissis)

Outra situação, é a inexigibilidade de conduta diversa, a qual permite a exclusão da culpabilidade do agente, desde que devidamente comprovadas as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa, conforme previsão do art. 156 do CPP. Ocorre que a análise das dificuldades financeiras do réu demanda análise de prova, inviável de ser feita no presente recurso, consoante o disposto na Súmula n. 07 desse egrégio Tribunal Superior.

Aduz o recorrente que a pena privativa de liberdade deveria ter sido substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, conforme disposição do art. 44, § 2º, **in fine**. Ocorre que o artigo mencionado, na realidade, faculta ao julgador a aplicação de uma pena restritiva de direitos e uma de multa ou de duas penas restritivas de direito, de forma que não houve a alegada violação” (fls. 1.037/1.046).

Admitido o recurso (fls. 1.054/1.055), foram os autos remetidos à Procurado-

ria Geral da República, para manifestação do *Parquet*, na qualidade de **custos legis**.

Postas as questões que resultam do entrechoque das razões sustentadas com o processar do feito, passo a expressar meu parecer.

Inicialmente, certifico a tempestividade do presente recurso especial, pois o v. acórdão recorrido foi publicado em 29.05.2002 (fl. 864), tendo sido interposto o recurso em 14.06.2002 (fl. 866), dentro, portanto, do prazo legal.

A fim de melhor expor as questões suscitadas no presente Recurso Especial, divido a exposição nos seguintes tópicos:

I - Alegação de nulidade da sentença (arts. 381 do CPP e 93, IX, da Constituição Federal)

Ab initio, ressalte-se que a alegação de ofensa a dispositivo da Carta da República não enseja a abertura da via especial.

Demais disso, o tema relativo à nulidade da sentença, por deficiência na individualização da pena, não foi objeto de deliberação por parte do v. acórdão recorrido, e os embargos declaratórios interpostos foram rejeitados, ao argumento de inexistência de omissão a sanar. Ausente, por conseguinte, a meu ver, o indispensável prequestionamento, devendo incidir, na espécie, o Enunciado Sumular n. 211/STJ.

Mesmo que assim não fosse, verifico que a sentença (fls. 784/785) fundamentou suficientemente a aplicação da pena, analisando uma a uma as circunstâncias judiciais, a atenuante genérica da confissão espontânea e a causa especial de aumento de pena relativa ao crime continuado (art. 71 do CP).

Forçoso reconhecer, portanto, a insubsistência da alegação de nulidade da sentença.

II - Prescrição retroativa

No que tange à alegada prescrição retroativa do acréscimo decorrente da causa de aumento de pena do art. 71 do CP, trago à colação precedente dessa egrégia Corte segundo o qual “o que prescreve é a pena concretizada na decisão de mérito, relativa ao delito apurado e, não, a parcela majorada, própria da continuação”.

Confira-se, a propósito, a ementa do referido julgado:

Criminal. Agravo regimental. Pedido de prescrição apenas da par-

cela referente à continuidade delitiva indeferido pelo Relator. Persistência das razões da decisão agravada. Agravo desprovido.

I - Persistindo as razões da decisão agravada, que demonstrou ser inteiramente inconcebível o pedido de decretação de prescrição apenas da parcela da pena aumentada por força da continuidade delitiva reconhecida na condenação da ré, nega-se provimento ao agravo.

II - O que prescreve é a pena concretizada na decisão de mérito, relativa ao delito apurado e, não, a parcela majorada, própria da continuação.

III - Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 70.775/RJ, STJ, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, publicado no DJ de 29.10.2001, p. 233)

Em suma, inviável, a meu sentir, a tese suscitada pelo recorrente quanto à prescrição de parcela da pena imposta.

III - Pedido de extinção da punibilidade em face do parcelamento do débito fiscal

Noticiou o Tribunal de origem a ausência de prova nos autos de que o débito fiscal tenha sido pago, fato que impossibilita a concessão do benefício do § 2º do art. 168-A do CP, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

A título de esclarecimento, transcrevo o dispositivo em questão, **in verbis**:

Art. 168-A. **Omissis**

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”.

Assim, inaplicável, no meu entender, o artigo supra, haja vista não terem sido preenchidos os requisitos nele insculpidos.

IV - Alegação de incidência do Pacto de São José da Costa Rica

O Pacto de São José da Costa Rica veda a prisão por dívida, e não a prisão decorrente da prática de conduta considerada pelo legislador ilícito penal, diante de sua gravidade.

Diversamente do sustentado pelo recorrente, a prisão em tela tem natureza estritamente penal, não podendo ser comparada à prisão civil por dívida.

Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente:

“Processual. Omissão no acórdão recorrido. Inocorrência. Violação ao art. 619, do CPP. Inexistência. Recurso especial. Reexame de provas. Súmula n. 07/STJ. Recolhimento de contribuição social. Pagamento. Inexistência. Art. 34, da Lei n. 9.249/1995. Pacto de São José da Costa Rica. Inaplicabilidade.

1. **Omissis**

2. **Omissis**

3. Inexistindo pagamento ou parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia, não há possibilidade de aplicação do art. 34, da Lei n. 9.249/1995, com vistas à extinção da punibilidade do crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias.

4. O crime decorrente da omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não se equivale à prisão por dívida, daí por que se afigura inaplicável o Pacto de São José da Costa Rica.

5. Recurso especial não conhecido” (destaquei).

(REsp n. 208.527/SC, STJ, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, publicado no DJ de 04.02.2002, p. 578)

Não vislumbro, assim, possibilidade de aplicação do referido Pacto na espécie.

V - Artigos 2^a, parágrafo único, do CP e 5^a, XL, da Constituição Federal (pedido de suspensão do processo pela adesão da empresa ao Refis) e art. 16 do CP (arrependimento posterior)

Como já dito acima, a alegação de ofensa a preceito da Constituição Federal não enseja a interposição de recurso especial.

Os demais dispositivos legais pretensamente violados, por sua vez, não foram analisados pelo Tribunal **a quo**, restando ausente o necessário questionamento. Incide, na hipótese, o Verbete Sumular n. 211/STJ.

Ainda que assim não se entenda, constato que a opção pelo Refis ocorreu em 25.04.2000 (fl. 891), ou seja, após o recebimento da denúncia (27.04.1999), sendo inaplicável a suspensão da pretensão punitiva inculpada no art. 15 da Lei n. 9.964/2000.

Quanto ao arrependimento posterior, o art. 16 do CP exige que a reparação do dano ou a restituição da coisa ocorra até o recebimento da denúncia, fato que não se verificou, conforme explicitado acima.

Em conclusão, não logram êxito, a meu pensar, as pretensões do recorrente, assim como formuladas.

VI - Excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa

Ao dirimir a controvérsia acerca da excludente de culpabilidade argüida no processo, assentou o Tribunal de origem, **in litteris**:

Alega o condenado que o não-recolhimento das contribuições previdenciárias se deu por falta de condições financeiras, pois necessitava efetuar o pagamento dos salários dos empregados, da matéria-prima e dos fornecedores.

Da análise probatória, entretanto, extrai-se o acerto da decisão singular. Os delitos em tela se estendem de janeiro de 1996 a março de 1998. Os elementos constantes dos autos — certidões de títulos protestados, balanços patrimoniais, declaração de imposto de renda de pessoa jurídica e da pessoa física, recibos, levantamento de dívidas junto à Secretaria do Estado de Santa Catarina, certidão de ações contra a empresa titulada pelo denunciado, ofício da Secretaria da Receita Federal em que consta que o parcelamento efetuado junto à mesma foi cancelado por falta de pagamento (fls. 283/581 e 592/596) — em que pese serem indiciários das dificuldades econômicas da empresa são insuficientes para ensejar a excludente de culpabilidade. O mesmo se diga quanto à prova testemunhal produzida (fls. 608/609). Ocorre que, como bem anotado pelo juiz **a quo**, houve distribuição de valores a título de remuneração de dirigentes e **pro labore** durante o período narrado na denúncia (fls. 644, 511 e 358) o que demonstra a inexistência da situação excepcional em que é cabível a excludente de culpabilidade consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa (fls. 843/844).

Rever tais assertivas demandaria revolvimento de aspectos fático-probatórios, inviável, a meu ver, em sede de Recurso Especial, a teor do disposto no Enunciado n. 07/STJ.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

“Penal. Processual Penal. Apropriação indébita. Contribuições previdenciárias. Juntada de documentos às vésperas do julgamento da apelação. Indeferimento. Causa supralegal. Inexigibilidade de conduta diversa. Súmula n. 07/STJ.

— A jurisprudência desta Corte admite a juntada de documentos em qualquer fase do processo, até mesmo na fase recursal, deste que ouvida a parte contrária e inexistente o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo.

— Precedentes.

— A existência de causa supralegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa é questão que só poderá ser resolvida por meio do contexto probatório dos autos, providência esta incabível na via estreita do recurso especial, diante da Súmula n. 07/STJ.

— Recurso especial não conhecido”.

(REsp n. 400.052/RS, STJ, Sexta Turma, Relator Ministro Vicente Leal, publicado no DJ de 14.10.2002, p. 293).

“**Habeas corpus.** Apropriação indébita de contribuições previdenciárias (Lei n. 8.212/1991). Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Alegação de inexigibilidade de conduta diversa bem como de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação. Prisão por dívida. Anistia (art. 11, parágrafo único da Lei n. 9.639/1998). Texto publicado mas não aprovado pelo Congresso Nacional não acarreta consequências jurídicas.

‘A publicação do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 9.639/1998, resultou de erro, não podendo ter força de lei, nem tampouco gerar efeitos. Em tema de crime decorrente de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, inaplicável é o Pacto de São José da Costa Rica, visto que não se cuida de prisão civil, cuja finalidade é compelir o devedor de dívida alimentar ou o depositário infiel a cumprir a sua obrigação, mas sim de prisão de caráter penal, que objetiva a prevenção e repressão do delito.

Não se serve o presente remédio judicial para se discutir sobre a exigibilidade ou não de uma lei formalmente e materialmente vigente e exame aprofundado e valoração de provas’.

A pretensão dos impetrantes de que se reconheça a excludente da inexigibilidade de conduta diversa, em razão das dificuldades financeiras da empresa, implicaria o exame de provas, inviável na via estreita do *writ*.

Ordem denegada”.

(HC n. 14.404/CE, STJ, Quinta Turma, Ministro José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ de 02.04.2001, p. 315).

Inviável, assim, a análise da excludente de culpabilidade em questão, diante da necessidade de reexame de provas.

VII - Substituição da pena privativa de liberdade

Alega o condenado que a pena privativa de liberdade deveria ter sido substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, conforme disposição do art. 44, § 2º, **in fine**, do CP.

Nada obstante, interpretando-se o artigo mencionado, verifico que o legislador facultou ao magistrado a aplicação de uma pena restritiva de direitos e uma de multa ou de duas penas restritivas de direito, inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade na substituição da pena procedida nas instâncias ordinárias.

VIII - Dolo

Sustenta o recorrente que para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária é necessário o dolo específico, não bastando o dolo genérico de descontar as contribuições dos salários dos empregados, deixando de recolhê-las ao INSS.

Para o deslinde da controvérsia, convém transcrever o art. 168-A, § 1º, I, do Código Penal:

Art. 168-A. Deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) ano, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à Previdência Social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

Configura o tipo previsto no supramencionado dispositivo crime omissivo próprio, visto que o agente tem o dever jurídico de agir concretamente, omitido-se, no entanto, nesse fazer. A proibição, nessa espécie de delito, abrange todas as demais ações não previstas no tipo e a punição é aplicada em virtude da prática de conduta diversa da estabelecida.

In casu, o legislador penal procurou criminalizar a conduta do agente que, devendo e podendo, deixa de recolher na época certa, o que deveria, consumando-se o delito com o não-repasse das contribuições previdenciárias ao INSS. Trata-se, assim, de dolo genérico, não havendo necessidade de se provar o especial fim de agir, nem o intuito de fraudar, porquanto de estelionato não se trata.

Nesse sentido, trago à baila precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no que interessam:

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, sobre-vem lei mais severa.

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

2. (Omissis)

(Omissis)

(Omissis)

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.*

(Omissis);

(Omissis);

Habeas corpus conhecido, mas indeferido (destaquei).

(HC n. 76.978/RS, STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, publicado no DJ de 19.02.1999).

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Apropriação de contribuição previdenciária. Especial fim de agir. Estado de necessidade. Dissí- dio jurisprudencial.

I - No crime de não-recolhimento de contribuição previdenciária descontada dos empregados (art. 95, letra **d**, da Lei n. 8.212/1991), o tipo é congruente e o seu aspecto subjetivo se esgota no dolo, inexistindo exigência para a comprovação, mormente solene ou formal, de especial

fim de agir. No caso, ainda que fosse o tipo considerado incongruente, o objetivo do benefício visado — ou do proveito injusto — restou totalmente delineado, tanto na imputação como no v. acórdão atacado. O tipo, qualquer que seja o enfoque — omissivo puro ou forma peculiar de apropriação — não exigiria, nunca, o **animus** de fraudar, porquanto de estelionato não se trata.

II - A alegação de estado de necessidade, **in casu**, esbarra de pronto na proibição insculpida na Súmula n. 07/STJ. Além do mais, na dicção de respeitada doutrina, entre outras exigências, o estado de necessidade não pode acudir situação geral mas tão-só concreta e individual, observadas, ainda, as superiores representações valorativas da comunidade.

III - A divergência jurisprudencial deve ser realizada mediante cotejo analítico, alcançando as peculiaridades do caso versado no v. acórdão increpado, **ex vi** arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC c.c. o art. 3º do CPP. Recurso não conhecido” (destaquei).

(REsp n. 410.054/PR, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, publicado no DJ de 03.02.2003).

Penal — Recolhimento das contribuições previdenciárias — Crime omissivo próprio — Individualização das condutas — Desnecessidade.

— O delito previsto no art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991, classifica-se como omissivo próprio, cuja caracterização verifica-se pela inércia do sujeito ativo que omite ato que a lei penal ordena ou obriga seja realizado. Nesse caso, o que o legislador penal criminalizou foi a conduta daquele que, devendo e podendo, deixa de recolher em época o que deveria (conduta omissiva). Na realidade, a consumação do delito efetiva-se, como salientado pelo *Parquet*, com o não-repasse das contribuições ao INSS pelo empregador.

— No tocante à necessidade de individualização da conduta de cada acusado em crimes de autoria coletiva, ressalto que não se faz indispensável, bastando a narrativa genérica do delito, sem que se tolha, evidentemente, o exercício da defesa. Este tem sido o posicionamento pacífico desta egrégia Corte.

— Precedentes do STF e STJ.

— Recurso provido para que seja recebida a denúncia” (destaquei).

(REsp n. 218.986/AL, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, publicado no DJ de 18.12.2000).

Infere-se, assim, que para a caracterização do crime de não-recolhimento de contribuição previdenciária, o ânimo de apropriação não há que ser examinado para a sua tipificação — **animus rem sibi habendi** — bastando o não recolher.”

À vista do exposto, conheço parcialmente do recurso, mas lhe nego provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 558.875 — RS (2003/0129580-5)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Gleberon Unrein

Advogado: Nelson Mohr

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Estupro e atentado violento ao pudor. Regime. Continuidade delitiva.

I - O estupro, assim como o atentado violento ao pudor em todas as suas formas, é crime hediondo, incidindo, na execução da pena privativa de liberdade, o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

II - A Lei n. 9.455/1997, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não afetou o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que continua a regular o regime prisional dos demais crimes hediondos.

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

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unani-

midade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, 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), 04 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 1ª.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **c**, da **Lex Fundamentalis**, pelo *Parquet* contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em que se argumenta divergência pretoriana, sustentando, em síntese, que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, mesmo na forma simples, são hediondos e que entre tais crimes não é de se reconhecer a continuidade delitiva.

Depreende-se dos autos que o ora recorrido restou condenado como incurso nas sanções do art. 213, c.c. o art. 14, inciso II, duas vezes, dos arts. 214 e 213, c.c. o art. 61, inciso II, alínea **c** e do art. 213, na forma do art. 71, todos do Código Penal, à pena de 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão a ser cumprida no regime *inicial* fechado.

Irresignados, apelaram a defesa e o *Parquet*, e a colenda Quinta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, negou provimento a ambos os recursos. Tem-se no voto condutor:

“Esta Câmara vem adotando posição no sentido de reconhecer a continuidade delitiva para os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando presentes as condições sintetizadas por **Zaffaroni, in** “Manual de Direito Penal Brasileiro”:

- “a) há dolo unitário;
- b) repetição da afetação típica do mesmo bem jurídico, que admite graus de afetação;
- c) realizada de forma similar; e
- d) a conduta implica uma ingerência física na pessoa do titular, identidade física de titular”.

Correta a decisão do magistrado em reconhecer a continuidade delitiva, já que preenchidas todas as condições necessárias.

O parágrafo único do artigo 71 não foi aplicado, pois o réu não possui antece-

dentes e sua conduta foi abonada, por outro lado se verificou uma elevada culpabilidade, motivo pelo qual a pena foi aumentada em 2/3. Novamente o magistrado demonstrou ter bom senso e continuou extremamente correto em sua decisão.

Quanto ao regime integralmente fechado, vem sendo decidido nesta Câmara que apenas os crimes de estupro e atentado violento ao pudor que resultam lesão grave ou morte, são considerados hediondos. Em consequência disso, o regime deve se manter no inicialmente fechado, se refutando a intenção do recurso ministerial.” (Fls. 548/549)

Daí o presente recurso especial em que o *Parquet* argumenta divergência jurisprudencial, sustentando que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, mesmo na forma simples, são hediondos e que entre tais crimes não é de se reconhecer a continuidade delitiva.

Contra-razões apresentadas às fls. 573/576.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: A pretensão recursal merece acolhida.

Primeiramente, quanto ao regime de execução, entendo que se deva seguir o recente posicionamento do *Pretório excelso* (Informativo n. 255), segundo o qual a forma básica dos crimes em tela, seja violência real ou presumida, a incidência da Lei n. 8.072/1990, no art. 2º, § 1º, se impõe.

Nessa linha tem-se:

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

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

Writ denegado.”

(STJ, **HC** n. 19.221/PR, Quinta Turma, DJ de 04.03.2002).

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

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

Writ denegado.”

(STJ, **HC** n. 19.301/PR, Quinta Turma, DJ de 08.04.2002).

“Penal. Atentado violento ao pudor com violência ficta. Crime hediondo. Absolvição. Divergência jurisprudencial.

1. O estupro e o atentado violento ao pudor, tanto praticados na sua forma simples ou qualificada, configuram crime hediondo (STF, **HC** n. 81.288/SC, decisão plenária, Relator para acórdão Ministro Carlos Velloso, julgado em 17.12.2001). Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. Inviável a análise da tese defensiva de absolvição, por implicar necessariamente em reexame aprofundado de questões fático-probatórias, o que não se admite nesta via especial.

3. Para a admissão do recurso pela divergência jurisprudencial, impõe-se o cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, de forma a demonstrar a similitude dos casos e a aplicação de teses jurídicas diferentes.

4. Recurso especial interposto pelo Ministério Público provido; Recurso especial interposto por Mauro Souza não conhecido.”

(STJ, REsp n. 269.825/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 29.04.2002).

“Criminal. **HC**. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Delito hediondo. Regime integralmente fechado de cumprimento da pena. Lei n. 8.072/1990. Vedação legal à progressão. Ordem denegada.

O estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que cometidos em sua forma simples e mesmo com violência presumida, são considerados crimes hediondos. Precedente do STF.

A condenação por delito elencado ou equiparado a hediondo pela Lei n. 8.072/1990, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

Ordem denegada.”

(STJ, **HC** n. 19.478/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 29.04.2002).

Por outro lado, a denominada “Lei de Tortura” não afetou a regra citada,

limitando-se — a sua incidência — aos crimes por ela alcançados. É o que diz, também, o Pretório excelso:

“Crime hediondo — Cumprimento da pena em regime integralmente fechado — Inaplicabilidade da Lei n. 9.455/1997, que define o crime de tortura — Pedido indeferido.

— A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que a Lei n. 9.455/1997, que dispõe sobre o crime de tortura, não derogou a norma inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, razão pela qual os condenados pela prática de crimes hediondos — tais como os definidos na Lei n. 8.072/1990, com as alterações introduzidas pela Lei n. 8.930/1994 e pela Lei n. 9.695/1998 — devem cumprir, em regime integralmente fechado, a pena que lhes foi imposta. Precedentes.”

(HC n. 80.497/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04.05.2001).

Na mesma linha, esta Corte:

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Tráfico de entorpecentes. Progressão de regime. Regime fechado.

I - Os condenados como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 devem cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado (**ex vi** art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990).

II - Tal limitação já foi considerada constitucional pelo Pretório excelso (HC n. 69.603 e HC n. 69.657) e não foi revogada pela Lei n. 9.455 de aplicação restrita.

III - Ademais, os benefícios de execução devem ser, inicialmente, examinados na origem.

Habeas corpus denegado.”

(HC n. 15.098/SP, Quinta Turma, DJ de 25.02.2002).

“Penal. Crime hediondo. Regime prisional fechado. Progressão de regime prisional em face da Lei n. 9.455/1997. Impossibilidade. Lei n. 8.072/1990: Art. 2º, § 1º. Comutação de pena prevista no Decreto Presidencial n. 3.226/1999: Impossibilidade de sua concessão a condenado por crime hediondo. Art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990.

A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual a Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei n. 8.072/1990, em

relação aos quais mantém-se a vedação à progressão de regime. (EREsp n. 170.841-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 28.02.2000). Precedente do STF.

Sendo a comutação de pena uma espécie de indulto, não há cogitar da aplicação daquele benefício aos condenados por crimes hediondos, a teor do art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990, e do art. 7º, inciso I, do Decreto Presidencial n. 3.226/1999.

Recurso conhecido, mas desprovido.”

(REsp n. 271.239/SC, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 19.02.2001).

“Processual Penal. Recurso especial. Tráfico de entorpecentes. Associação. Execução penal. Lei n. 8.072/1990 e Lei n. 9.455/1997.

I - A Lei n. 9.455/1997 que trata, especificamente, do crime de tortura, não se aplica em sede do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, a outros crimes (Precedentes).

II - A pena privativa de liberdade, na hipótese do art. 12 da Lei de Tóxicos, incluindo-se a incidência de eventual majorante, deve ser cumprida integralmente em regime fechado (Precedentes).

III - O art. 14 da Lei de Drogas não é hediondo (Precedentes).

IV- Recurso parcialmente provido para que a pena de reclusão referente às condenações pelo art. 12 da Lei n. 6.368/1976 seja cumprida em regime integralmente fechado.”

(HC n. 263.120/GO, Quinta Turma, DJ de 12.03.2001).

Por derradeiro, quanto ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, a **quaestio** não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada

Predomina, na **vexata quaestio**, a antiga ensinança de **Nelson Hungria** para quem, não sendo o ato de libidinagem desvio da conjunção carnal classificável como **praeludia coiti**, haverá, entre este e o estupro, o concurso material e nunca o crime continuado. É que esses delitos são do mesmo *gênero*, mas não da mesma *espécie*. Aliás, entre a conjunção carnal, de um lado, e o sexo anal ou, ainda, o sexo oral, não se pode vislumbrar homogeneidade quanto ao modo de execução. E esse entendimento é pacífico no *colendo Supremo Tribunal Federal*:

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

Quando os atos libidinosos não são daqueles que precedem ao coito

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

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(RE n. 100.788/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 11.10.1984).

“Criminal. Atentado violento ao pudor e tentativa de estupro contra a mesma pessoa. Se a tentativa de estupro não foi precedida apenas de atos preparatórios ao cometimento de tal crime, (**praeludia coitus**) mas o agente, além deles, outros, é que se caracterizam automaticamente como de atentado violento ao pudor, tendo-se em conta que o crime de estupro e o de atentado violento ao pudor, embora praticados contra a mesma pessoa não são crimes da mesma espécie, não há como caracterizar-se apenas a continuidade delitiva, aí se tendo o concurso material. Se a própria vítima declara que apenas um dos dois recorridos praticou, além do estupro, o crime de atentado violento ao pudor, em relação ao outro não é possível agravar-se-lhe a pena, como propõe o Ministério Público, recorrente. Recurso extraordinário a que se dá provimento apenas em parte, para aumentar a pena do co-réu Edson Batista dos Santos, restabelecendo-se, em relação a este, a sentença material que decidiu haver, no caso, concurso material e não crime continuado. Precedentes.”

(RECR n. 111.083/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ de 15.04.1987).

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

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

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

Habeas corpus indeferido.”

(HC n. 74.630/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 07.03.1997).

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

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

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

3. **HC** indeferido.”

(**HC** n. 71.399/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 30.09.1994).

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

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

Habeas corpus indeferido.”

(**HC** n. 71.802/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 26.04.1996).

Também predominante nesta Corte:

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

— Firma-se a jurisprudência no sentido de que atentado violento ao pudor e estupro são crimes, embora do mesmo gênero, de espécies diversas, não se estabelecendo entre eles a continuidade delitiva, ainda que praticados contra a mesma vítima.

— Recurso especial conhecido e provido para, reformando-se o acórdão que assim entendia, restabelecer-se a condenação imposta na sentença monocrática que reconheceu a prática dos dois delitos em concurso material.”

(REsp n. 34.879/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ de 04.12.1995).

“Penal — Estupro e atentado violento ao pudor — Concurso material.

1. Embora do mesmo gênero, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor (CP — arts. 213 e 214), não são da mesma espécie, o que afasta a continuidade e corporifica o concurso material.

2. Recurso provido.”

(REsp n. 40.466/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 09.10.1995).

Penal. Processual. Crimes sexuais. Continuidade delitiva. Condenação. Recurso especial.

1. Embora do mesmo gênero, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor (CP arts. 213 e 214) não são da mesma espécie.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 15.250/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 03.11.1992).

Penal. Estupro. Atentado violento ao pudor. — Concurso material. sua configuração, em função da diversidade das espécies, o que afasta a proposição de mera continuidade delitiva, segundo os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

(REsp n. 35.243/SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Dantas, DJ de 06.09.1993).

“Penal. Estupro. Atentado Violento Ao Pudor. Continuidade Delitiva. Inocorrência.

— Embora sejam considerados delitos da mesma natureza o estupro e o atentado violento ao pudor são crimes de espécies diversas, o que afasta o alcance da norma contida no art. 71 do Código Penal, que define os casos de continuidade delitiva.

— Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 6.131/SP, Sexta Turma, Rel. p/ o acórdão Min. William Patterson, DJ de 29.04.1991).

“Atentado volento ao pudor — Estupro — Concurso material — Possibilidade.

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

— Precedentes.

— Ordem denegada.”

(HC n. 14.902/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 20.08.2001).

“Penal. Estupro e atentado violento a pudor. Concurso material.

I - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é firme no sentido de que a hipótese é de concurso material.

II - Pena fixada em 12 anos de reclusão.

III - Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 50.515/DF, Sexta Turma, Rel. p/ o acórdão Min. Pedro Acioli, DJ de 06.02.1995).

“**Habeas corpus**. Estupro e atentado violento ao pudor. Forma simples. Ausência de materialidade. Concurso material. Progressão de regime.

1. Em consistindo o estupro e o atentado violento ao pudor em conjunção carnal e coito anal, não há falar em absorção, já excluída, **in casu**, pela violência real, por caracterizado o **praeludia coiti**.

2. Da interpretação sistemática da Lei n. 8.072/1990, resulta que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor somente se classificam como hediondos nas suas formas qualificadas, isto é, quando deles resultam lesões corporais de natureza grave ou morte (artigo 223 do Código Penal).

3. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem parcialmente concedida.”

(HC n. 14.640/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 25.06.2001).

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

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

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

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

4. Ordem concedida parcialmente.”

(HC n. 16.710/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 13.08.2001).

“Processual Penal. **Habeas corpus** (EC n. 22/1999). Estupro, atentado violento ao pudor e roubo. Concurso material. Excesso de provas.

I - Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem grave que não seja **praeludia coiti**, é de se reconhecer o concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor.

II - Se, para reconhecer a eventual **conatus** no roubo, for imprescindível o minucioso cotejo das provas, então a pretensão inculpada no *writ* se evidencia inaceitável na via eleita.

Habeas corpus indeferido.”

(HC n. 7.961/RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 16.08.1999).

“Penal. Concurso material de crimes.

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

— Recurso especial não atendido.”

(REsp n. 208.632/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ de 20.08.2001).

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

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

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

— Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 208.015/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 18.02.2002).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É o voto.
