

HABEAS CORPUS Nº 7.512 — PA

(Registro nº 98.0035787-4)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Impetrantes: Luciel da Costa Caxiado e outro
Impetrada: Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará
Paciente: Fernando França de Mendonça

EMENTA: Processual Penal — Denúncia genérica — Deficiente descrição dos fatos delituosos — Dificuldade de defesa — Inépcia — Ocorrência.

1 — É inepta a denúncia genérica por não descrever clara e especificamente a conduta delituosa do réu que, a par disso, fica impossibilitado de se defender, frustrando o estabelecimento do contraditório em termos positivos, com evidente prejuízo para a defesa, sujeita a vagas acusações, consoante precedente do STF.

2 — Ordem concedida para trancar a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Vicente Leal e Anselmo Santiago. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson. Não participou do julgamento o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília-DF, 15 de setembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro VICENTE LEAL, Presidente.

Ministro FERNANDO GONÇALVES, Relator.

Publicado no DJ de 13.10.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Trata-se de impetração, substitutiva de recurso ordinário, com pedido de liminar, intentada por Luciel da Costa Caxiado e Américo Lins da Silva Leal, contra acórdão das

Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará que denegou-lhes **habeas corpus** em favor de Fernando França de Mendonça.

Assinalam os impetrantes que o paciente está a sofrer constrangimento ilegal, na medida em que a exordial acusatória, deixa de descrever, de modo suficientemente claro, qualquer conduta criminosa, razão pela qual, sendo inepta, não rende ensejo à instauração da instância penal para apuração dos crimes de que está sendo acusado (estelionato e apropriação indébita).

Prestadas as informações (fls. 91) e indeferida a liminar (fls. 99), opina a Subprocuradoria Geral da República (fls. 111/116) pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (Relator): A irresignação merece acolhida.

Com efeito, colhe-se da denúncia:

“Narram os autos de inquérito policial, que o denunciado Fernando França de Mendonça, de forma ilícita, através de Instrumento Particular de Alteração Contratual, modificou a Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, denominada Coimbra — Construtora e Incorporadora São Braz Ltda.”.

A conduta ilícita do denunciado Fernando França de Mendonça, foi de extrema astúcia, visto que o mesmo convenceu sua própria mãe, a assinar alteração contratual de maneira ilícita. Dessa forma, levou sua mãe a, também, praticar ato criminoso.

Após convencer sua mãe a assinar ilicitamente a alteração contratual, passou o denunciado Fernando França a dirigir a empresa, apropriando-se exclusivamente de documentos da firma, que lhe garantiam absoluto domínio da empresa, e assim começou a dirigir com autoridade acima do normal, ferindo inclusive os direitos, como por exemplo, pró-labore do sócio, ficando como senhor absoluto, manipulando à sua maneira a empresa.

A ora denunciada Maria Antonieta, nessa época, não mais possuía cotas da sociedade em questão, porque as havia vendido para a vítima Mário Grisólia, negócio este, que foi realizado, inclusive, com a anuência do 1º denunciado Fernando França.

Ficou clara a astúcia e a perigosa ação do denunciado Fernando Mendonça, que não se preocupou em poupar sua própria mãe, da prática de atos ilícitos.

Ouvida a vítima Mário Grisólia, na Polícia, a mesma frisou que, na época da constituição da sociedade Coimbra, o relacionamento com o denunciado Fernando, que é, inclusive, seu cunhado, sempre foi amigável e com alto grau de afetividade, chegando o denunciado Fernando, a considerar a vítima e sua mulher, como seus pais. Entretanto, com o passar do tempo, inexplicavelmente, o denunciado Fernando se transformou, passou a dirigir a empresa de maneira despótica e com certa irresponsabilidade, tirando a autoridade da vítima, que era seu benfeitor e cunhado. Agiu assim, até com a sua própria irmã (mulher da vítima), a quem, igualmente, proibiu de ter acesso à sede da empresa.

O denunciado Fernando, chegou até mesmo a suspender o pró-labore da vítima Mário Domingos Grisólia, deixando este com dificuldades financeiras, para o próprio sustento.

A vítima diz, ainda, que o denunciado Fernando, ultimamente, tem demonstrado interesse em fazer acordo, contudo, somente tem feito propostas graciosas, conforme documento que anexou aos autos, de fls. 25. Ressalte-se, também, que os denunciados, se apoderaram de toda a documentação da empresa Coimbra, deixando a vítima à margem da direção da firma.

A liminar concedida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Capital, já reintegrou a vítima Mário Domingos Grisólia na direção da empresa, conforme comprova com documentos em anexo, às fls. 30.

O denunciado Fernando França, quando interrogado, às fls. 51, disse que sabia que havia sido realizado o contrato de vendas das ações de sua mãe, porém não havia surtido o efeito legal, porque a vítima, Mário, não fez o pagamento do valor dessas ações, embora sua mãe tenha assinado o recibo.

A denunciada Maria Antonieta, não foi interrogada na Polícia, em razão do que consta no atestado médico de fls. 71.

Quanto ao denunciado Mauro César da Silva Pantoja, sua ação delituosa está em ter o mesmo, após o levantamento na firma, sido nomeado como fiel depositário (fls. 64) e ter se apropriado de um malote contendo certa importância em dinheiro e cheques passados à firma. E durante a tramitação do inquérito, não foram devolvidos e nem apresen-

tados as importâncias e dinheiro e cheques à firma, e até o momento, não devolveu à firma tais importâncias e cheques, incorrendo no crime de apropriação indébita.

O denunciado Mauro César, no depoimento de fls. 65, disse sem maiores justificações, que o dinheiro e os cheques da firma estavam dentro da bolsa da funcionária Porfília, mas que as importâncias, tanto em dinheiro quanto em cheques, continuam em seu poder, guardados em sua casa. Se o dinheiro e os cheques estavam em sua casa, por que não os apresentou na Polícia, para tudo ser devidamente esclarecido e consignado em auto próprio? Foi muito estranha a atitude do denunciado Mauro César, o dinheiro e os cheques.

Dessa forma, incorreu Mauro César no crime de apropriação indébita e a funcionária Porfília em tentativa de furto, devendo esta, quando devidamente qualificada, ser aditada denúncia contra a mesma.” (fls. 19/22)

Como se vê da leitura do excerto transcrito, ante a generalidade com que se houve o *parquet*, é, de fato, inepta a denúncia.

Com efeito, limitou-se a promotora de justiça oficiante a muito mais narrar desavenças familiares do que, propriamente, descrever, de modo claro e específico, qualquer conduta típica.

Quanto ao estelionato, não se encontra na peça acusatória onde estaria o ardil, ou outro meio fraudulento e, menos ainda, qualquer vantagem ilícita obtida pelo paciente.

De outra parte, no concernente à apropriação indébita, não poderia o Ministério Público pormenorizar nenhuma ação delituosa, visto que a Construtora e Incorporadora São Braz Ltda. é de propriedade do paciente, conforme faz prova a documentação de fls. 103 **usque** 105, estando, pois, afastado o elemento normativo do tipo (coisa alheia móvel).

Neste passo, vale transcrever os fundamentos do parecer da Procuradoria de Justiça do Estado do Pará:

“A presente impetração tem por objetivo o *trancamento da ação penal*, que o órgão ministerial move contra o paciente Fernando França de Mendonça, por infringência aos artigos 168 e 171, todos do CPB.

Da análise dos autos, depreende-se que o paciente é e sempre foi sócio proprietário da Construtora Coimbra, ao contrário do Sr. Mário

Grisólia, que exercia somente a função de procurador da mesma, até decisão oposta do real e legítimo dono da mesma.

Com efeito, a **prima facie**, observa-se que tem fundamento a presente impetração, tendo em vista, a meu ver, que os elementos caracterizadores dos crimes imputados ao paciente, encontram-se ausentes, se não vejamos:

Art. 168-CP — ‘Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção.’

Art. 171-CP — ‘Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.’

Ora, **in casu**, conforme farta documentação trazida nos autos, conclui-se que o Sr. Mário Grisólia jamais pertenceu à sociedade da empresa como sócio, propriamente dito, mas sim apenas como procurador, até por declaração do Sr. Secretário-Geral do Órgão competente, constata-se tal assertiva, de sorte que não vislumbramos nada que possa caracterizar o crime de apropriação indébita, que tem como bem jurídico a inviolabilidade do patrimônio particularmente em relação à propriedade, e assim tem entendido a nossa jurisprudência:

‘Consuma-se o crime de apropriação indébita no momento em que o agente inverte o título da posse, passando a agir como dono, recusando-se a devolver a coisa ou praticando algum ato externo típico de domínio, com o ânimo de apropriar-se da coisa’ (STJ — RHC — Rel. Ministro Assis Toledo — RT 675/415).

‘A apropriação indébita, nos expressos termos do artigo 169 do CP/40, pressupõe a anterior posse ou detenção da coisa móvel pelo agente. Nela, a coisa é subtraída ou ardilosamente captada de seu dono, pois já estava no legítimo e desvigiado poder de disponibilidade física daquele’ (TACRIM-SP — AC — Rel. Costa Manso — RT 598-350-351).

No que tange ao crime capitulado no artigo 171, não concordamos, **data venia**, com a generalidade da denúncia e nem tampouco o vimos tipificado no caso em apreço, dada ausência de seus elementos fundamentais.

Ademais, os órgãos de 2º grau, tanto no cível como através da Corregedoria do egrégio Tribunal de Justiça, de maneira acertada, vêm frustrando as pretensões do Sr. Mário Grisólia, posto que infundadas, haja

vista estar claramente comprovada a propriedade da empresa em tela, podendo dela o seu proprietário usar, gozar e dispor, nos limites da lei, como parece vem fazendo o ora paciente, de sorte que não há o que se falar em crime.” (fls. 26/27)

Nesse contexto, caracterizada está a inépcia da denúncia que não descreve de modo específico e satisfatório as condutas tidas por delituosas, dificultando, inclusive, o direito de defesa. A propósito a jurisprudência da Corte:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Denúncia. Omissão quanto às circunstâncias do fato. Inépcia.

— O dogma fundamental que orienta o processo penal é garantia do exercício pleno de direito de defesa, em razão do que a norma regente exige que a denúncia contenha a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias.

— É inepta a denúncia que não descreve o fato criminoso em toda a sua inteireza, nem aponta, nem especifica as suas circunstâncias, dificultando o exercício do direito de defesa.

— **Habeas corpus** concedido.” (HC nº 7.011/SP, Rel. Ministro Vicente Leal, DJU 22.06.98)

Efetivamente, a conduta descrita na inicial acusatória deve ser típica, ou seja, subsumir-se no tipo penal estabelecido pela lei, contendo a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a teor da norma do art. 41 do CPP.

A esse respeito, pronunciou-se o STF, no julgamento do HC nº 42.303, sendo Relator o eminente Ministro Pedro Chaves, em acórdão colacionado por **Helene Cláudio Frago**, in *Jurisprudência Criminal* — vol. I, Borsói, 1973, p. 168, **verbis**:

“Esses pressupostos formais de denúncia, exigidos pela nossa legislação processual desde o Código de Processo de 1832, estão compendiados hoje no art. 41 do Código de Processo Penal e são indeclináveis não só em nome do princípio na lealdade processual, como também por força do princípio do contraditório, que é preceito constitucional. Se a denúncia acusatória não for clara, precisa e contundente, não se poderá estabelecer o contraditório em termos positivos, com evidente prejuízo para a defesa, sujeita a vagas acusações.”

Ante o exposto, concedo a ordem para trancar a ação penal instaurada contra Fernando França de Mendonça.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Pelo que pude ler de todo o processado, é possível que o paciente tenha trapaceado seu cunhado, Mário Grisólia, que de sócio da empresa “Coimbra”, na qual inclusive investiu dinheiro, transformou-se em mero “procurador”, de cujo encargo, também, viu-se destituído.

Ocorre, no entanto, que a peça vestibular não descreve, com precisão, esse fato, apenas se reportando, genericamente, a uma conduta ilícita do réu, sem os pormenores necessários, inclusive para tipificar o estelionato, que exige se indique o ardil utilizado.

Assim, sem a precisa e evidente clareza da peça inaugural acusatória, forçoso é reconhecer sua inépcia, razão por que acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

HABEAS CORPUS Nº 7.562 — RJ

(Registro nº 98.0037714-0)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Relator p/acórdão: Ministro Vicente Leal
Impetrantes: George Tavares e outros
Impetrada: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Pacientes: Washington Armênio Lopes e outros
Sustentação Oral: Katia Tavares, pelos pacientes

EMENTA: Penal — Princípio da legalidade — Queixa-crime — Inépcia — Fato atípico — Ação penal — Trancamento — **Habeas corpus**.

— O Direito Penal assenta-se, fundamentalmente, no princípio da legalidade, do qual emana princípio da tipicidade, que exige, de modo imperativo, a conformação do fato com regra que define, que exige, de modo imperativo, a conformação do fato com regra que define o crime.

— É inepta a queixa-crime que, por meio de acusação genérica, imputa aos diretores de uma empresa um fato penalmente atípico, como tal um comunicado público no sentido de que outra empresa não é mais distribuidora dos seus produtos.

— **Habeas corpus** concedido. Ação penal trancada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Vicente Leal, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder o **habeas corpus** e ordenar o trancamento da ação penal, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Vencido o Sr. Ministro-Relator. Votou com o Sr. Ministro Vicente Leal o Sr. Ministro Anselmo Santiago. O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro não participou do julgamento. Ausentes, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson e, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Brasília-DF, 25 de novembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro VICENTE LEAL, Presidente e Relator p/acórdão.

Publicado no DJ de 18.12.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Washington Armênio Lopes, Luiz Carlos Pimenta, José Américo Huertas, Hudson Armênio Lopes, Rubens Guilherme Malta Decourt e Chong Jin Jeon que estariam a sofrer indevido constrangimento por parte da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Deflui do articulado vestibular que Daikin Motors Automóveis Ltda. e Roberto Plácido da Cunha Freire, concessionários autorizados da Asia Motors do Brasil — Importação e Comércio S/A, ofereceram queixa-crime contra os pacientes, acusando-os como integrantes da diretoria desta empresa (Asia Motors do Brasil — Importação e Comércio S/A), do crime de concorrência desleal, na modalidade “emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio clientela de outrem”, e porque “a reputação comercial da querelante, como concessionária da Asia Motors, foi aniquilada pela veiculação da publicidade nos principais jornais de domingo, desta capital, meio que

facilitou a divulgação da difamação, cometida no afã de causar prejuízo” ... **omissis** ... “e obter lucro através das concessionárias concorrentes beneficiadas”.

Sustentam os pacientes, dentro do contexto assinalado, falta de justa causa para a ação penal, cuja peça inaugural mostra-se “absolutamente inepta”, configurando o seu recebimento pelo Juiz da 27ª Vara Criminal e a denegação do *writ* interposto com vistas ao seu trancamento evidente constrangimento ilegal. Na verdade, para caracterização do crime de concorrência desleal é necessário que o sujeito ativo e o sujeito passivo sejam concorrentes, situação inexistente na prática, pois a relação entre Asia Motors e Daikin Motors Automóveis Ltda. é de concedente e concessionária de revenda de produtos fabricados por aquela. De outro lado, a declaração publicada na imprensa de que a Daikin Motors não estava mais autorizada a comercializar os produtos da Asia Motors ou executar serviços em seus automóveis não se erige à condição de ofensiva à honra daquela empresa. Houve, se muito, simples violação de contrato. Também não ocorreu qualquer ato de desmoralização.

Diz ainda e, por fim, a inicial, que a queixa-crime não descreve o comportamento de cada um dos envolvidos, além de não especificar onde e quando teria ocorrido o pretense crime, emergindo, de outra banda, de sua narrativa cuidar-se de delito de imprensa.

Nas informações o eminente Desembargador Thiago Ribas Filho, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, destaca haver a 6ª Câmara Criminal daquela Corte, por maioria, denegado ordem de **habeas corpus** impetrado pelos pacientes sob idêntico fundamento. Esclarece — ainda — estar a ação penal em curso.

Após pronunciamento ministerial no sentido do não conhecimento do pedido por estar desacompanhado do teor do aresto impugnado (fls. 66/69), trouxeram os impetrantes aos autos cópia do acórdão em questão (fls. 71/84). Manifestou-se, então, novamente a Subprocuradoria Geral da República — fls. 94/96 — pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (Relator): A presente ordem visa trancar por falta de justa causa ação penal manejada mediante queixa-crime oferecida por Daikin Motors Automóveis Ltda. e Roberto Plá-

cido da Cunha Freire contra Washington Armênio Lopes e outros pela eventual prática do crime de concorrência desleal, na modalidade de empregar meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem, diante de aviso veiculado pela imprensa, do seguinte teor:

“A Asia Motors do Brasil S.A. comunica a seus fornecedores e clientes que a empresa Daikin Motors Automóveis Ltda., localizada na cidade do Rio de Janeiro-RJ, na av. Venceslau Brás nº 30, loja ‘A’, desde 23.12.97 não é mais distribuidora dos produtos por nós importados e comercializados.

Vitória, 16 de janeiro de 1998.

Asia Motors do Brasil S.A.

A Diretoria.” (fls. 24)

Sustenta também a queixa-crime que a reputação comercial da empresa foi aniquilada pela notícia, “meio que facilitou a divulgação da difamação, cometida no afã de causar prejuízo ... e obter lucro através das concessionárias concorrentes ...”

A peça de ingresso da queixa-crime, não obstante contaminada pelo evidente tumulto no tocante à narração dos fatos e invocação dos dispositivos legais eventualmente incidentes, ainda que *in thesi*, descreve conduta típica, consoante se verifica da redação do art. 195, III, da Lei nº 9.279, de 1996, substitutivo da norma do art. 196, § 1º, inc. III, do Código Penal.

É que a eventual verificação do possível caráter fraudulento do anúncio, retirando da empresa a distribuição dos produtos importados e comercializados pela Asia Motors do Brasil S.A., reclama a todas as luzes investigação probatória incompatível com os limites acanhados do **habeas corpus**. A natureza do vínculo contratual entre as partes em conflito é outro óbice que, pelo mesmo motivo, não encontra deslinde na via eleita.

Não há, por outro lado, ilegalidade flagrante autorizativa do trancamento da ação penal em curso por falta de justa causa, ainda que a controvérsia encontre solução em parte na área cível, circunstância que a instrução criminal, com suas amplas condições probatórias, naturalmente se encarregará de bem esclarecer.

Por ora, o importante é destacar que não há situação especial e evidente, apta a ministrar ciência da inexistência de qualquer fato típico. A doutra Quinta Turma desta Corte, pelo voto do Ministro Cid Flaquer Scartezini, em hipótese

análoga, de trancamento de ação penal por falta de justa causa, em sede de **habeas corpus** asseverou:

“A restrita via de **habeas corpus** não se presta para trancar ação penal sob a fundamentação de inexistência de justa causa, a não ser quando nem mesmo em tese, o fato constitui crime, ou então, quando se verifica a **prima facie**, o não envolvimento do acusado no caso tido como delituoso, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem no decorrer da instrução criminal” — STJ — Quinta Turma — DJ 08.11.93 — p. 23.573, in *Jurisprudência Criminal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça* — **Alfredo de Oliveira Garcindo Filho** — 3ª ed. — 1997 — p. 143.

Por fim, há de se ter em conta que a jurisprudência do STF, nos chamados delitos societários, admite a narração genérica dos fatos, sem descrição da conduta específica de cada um, circunstância que, mais uma vez, apenas a instrução poderá definir (HC nº 74.641-1-STF).

Diante do exposto, nego a ordem.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário em que se postula o trancamento de ação penal privada proposta por queixa-crime na qual uma empresa concessionária de veículos automotores imputa aos diretores da empresa concedente a prática dos crimes de concorrência desleal, e de difamação, porque a empresa querelada publicara comunicado na imprensa aos seus fornecedores e clientes, cientificando-os de que a querelante não era mais distribuidora dos seus produtos.

Sustenta-se na inicial do *writ* que a queixa é inepta, seja porque não aponta o meio fraudulento praticado pelos concorrentes beneficiados, seja porque imputa conduta atípica, nem aponta qual a conduta de cada querelado.

O ilustre Relator — Min. Fernando Gonçalves — denegou a ordem, sufragando o entendimento de que “a peça de ingresso da queixa-crime, não obstante contaminada pelo evidente tumulto no tocante à narração dos fatos e invocação dos dispositivos legais eventualmente incidentes, ainda que **in thesi**, descreve conduta típica” (**sic**).

Com todas as vênias, ousou divergir de Sua Excelência, embora, em regra, seja seu fiel discípulo, em razão do seu reconhecido tirocínio jurídico.

Na verdade, tenho que merecem prestígio os dois fundamentos da impetração: inépcia da peça acusatória e atipicidade penal do fato nela descrito.

Como inclusive reconhecido no voto do ilustre Ministro-Relator, a inicial é confusa e condensa, de fato, em evidente tumulto quanto à narração dos fatos. E expressa uma imputação genérica aos querelados, o que evidencia que os mesmos foram incluídos na peça de acusação pela mera circunstância de serem diretores da empresa Asia Motors do Brasil — Importação e Exportação S.A.

A peça de acusação não permite o exercício do direito de defesa e afronta o princípio do contraditório.

É certo que em sede de delitos de autoria coletiva a jurisprudência tem admitido que na denúncia não exija a plena decantação da conduta de cada agente. Todavia, impõe-se que se descreva um mínimo de participação dos réus no fato criminoso, de modo a atender, mesmo sem rigor, o preceito inscrito no art. 41 do Código de Processo Penal, e propiciar aos acusados a possibilidade de exercício do direito de defesa.

Por outro lado, com todas as vênias à posição do ilustre Relator, o fato único descrito na queixa-crime é o comunicado publicado pela Asia Motors Automóveis S.A. aos seus clientes e fornecedores que a empresa Daikin Motors Automóveis Ltda. não mais era distribuidora dos seus produtos.

Veja-se o teor do aludido comunicado:

“A Asia Motors do Brasil S.A. comunica a seus fornecedores e clientes que a empresa Daikin Motors Automóveis Ltda., localizada na cidade do Rio de Janeiro-RJ, na av. Venceslau Brás nº 30, loja ‘A’, desde 23.12.97 não é mais distribuidora dos produtos por nós importados e comercializados” (fls. 31).

Eis o fato. Dele os querelantes extraíram toda a acusação, sustentando a ocorrência dos delitos de difamação e concorrência desleal.

Não tem qualquer procedência a acusação.

O Direito Penal tem como uma das suas colunas basilares o princípio da legalidade, do qual emana o princípio da tipicidade penal. Para que um fato seja considerado crime é necessário que o mesmo se encase no modelo inscrito na lei penal.

No caso, o questionado *comunicado* não apresenta qualquer feição criminal, não tendo a natureza de difamação, nem de prática de concorrência desleal.

Isto posto, concedo o **habeas corpus**, para ordenar o trancamento da ação penal.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 7.700 — PR

(Registro nº 98.0039151-7)

Relator: Ministro Vicente Leal
Recorrente: Delivar Tadeu de Mattos
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Pacientes: Luís Fernando Macedo e Moacir Nelson Martinichen
Advogado: Delivar Tadeu de Mattos

EMENTA: Penal — Tipicidade — Processual Penal — Habeas corpus — Sonegação fiscal — Aproveitamento de crédito de ICMS — Diferença de alíquotas interestaduais — Fraude — Inocorrência — Atipicidade penal — Ação penal — Ausência de justa causa.

— Em Direito Penal tem exponencial relevo o princípio da reserva legal, do qual emana o princípio da tipicidade, que preconiza ser imperativo que a conduta reprovável se encase no modelo descrito na lei penal.

— O aproveitamento de crédito de ICMS, por meio de escrituração fiscal regular, decorrente de diferenças de alíquotas interestaduais, sem qualquer adulteração de documento nem inserção de fatos não verdadeiros, não tem repercussão no campo penal, já que não caracteriza fraude fiscal, elemento constitutivo do crime de sonegação fiscal.

— Recuso ordinário provido. **Habeas corpus** concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento

ao recurso para conceder o **habeas corpus**, ordenando, em conseqüência, o trancamento da ação penal, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Fernando Gonçalves. Ausentes, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson e, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília-DF, 19 de novembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro VICENTE LEAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 14.12.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: Proposta ação penal contra administradores da empresa “Hermes Macedo S.A.” sob a acusação de sonegação de ICMS, realizada por meio de inserção de créditos fictícios nos livros fiscais, os denunciados impetraram **habeas corpus** objetivando o trancamento do processo.

Alegou-se na peça exordial que a denúncia é inepta pois não propicia a cada réu o conhecimento do que é acusado, impossibilitando o exercício do direito de defesa e, por outro lado, ela inclui pessoas falecidas, como o presidente da empresa e mais duas pessoas, além de outros que nunca foram diretores da entidade.

Sustenta-se, ainda, que o fato contido na denúncia não configura ilícito penal, pois o crédito tributário utilizado foi efetuado com base no direito local, inexistindo, pois, justa causa para a ação penal.

A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná concedeu, em parte, a ordem, excluindo da ação penal os falecidos e outros acusados que não tinham participação na empresa, mantendo a acusação contra Luís Fernando Macedo e Moacir Nilton Martinichem.

Insatisfeitos, interpõem o presente recurso ordinário, reeditando as razões expendidas na inicial, fazendo acentuar, além da atipicidade da conduta, a existência de coisa julgada, pois a alegada fraude fiscal foi rechaçada por decisão judicial irrecorrível.

Processado o recurso, subiram os autos a esta Corte, tendo a douta Subprocuradoria Geral da República, em alentado parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira Gomes, opinado pelo provimento do recurso para trancar a ação penal (fls. 538/544).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): Após longa reflexão sobre o **thema decidendum**, convenci-me de que o recurso em tema merece ser provido.

Na verdade, o fato imputado aos recorrentes não se reveste de tipicidade penal.

A empresa Hermes Macedo S.A., na sua escrituração contábil, apropriou-se de créditos de ICMS, resultantes de diferença de alíquotas entre Estados, o que fez, segundo alega, com base na legislação. E assim procedeu de modo transparente, tudo registrando nos seus livros fiscais, sem qualquer subterfúgio, sem omitir fatos nem adulterar documentos.

Assim, não há que se falar de sonegação fiscal, delito que tem como um dos seus elementos constitutivos *a fraude*.

É de conhecimento elementar que em sede de Direito Penal tem exponencial relevo o princípio da reserva legal, do qual emana o princípio da tipicidade, o qual preconiza ser imperativo que a conduta reprovável se encase no modelo descrito na lei penal.

No caso, o que se imputa aos recorrentes é conduta que se ajusta ao tipo de sonegação fiscal.

A propósito, merece registro trecho do judicioso parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral Zélia de Oliveira Gomes, **verbis**:

“É que não apontou o Fisco, e a denúncia também não descreve, qualquer expediente fraudulento por parte dos pacientes para apropriação dos créditos do ICMS, resultantes de diferenças de alíquotas interestaduais tendo-as apurado em fontes consideradas como legítimas — o Fisco Estadual não registrou qualquer anormalidade nos levantamentos que deram origem às diferenças informadas pela contribuinte — e lançado da GIAS, informando, ademais, em que consistiam.

Não houve, assim, qualquer expediente punível pelas leis penais para apropriação dos créditos de ICMS, como falsificação de documentos ou inserção de fatos irreais, a exemplo de entradas e saída de mercadoria inexistentes ou preços subfaturados, com o fito de diminuir tributo. Os registros feitos em livro e documentos não mudaram fatos nem foram resultado de alteração dos elementos caracterizados do fato gerador do tributo, elemento indispensável à caracterização da fraude fiscal,

resultando apenas da compreensão dada ao instituto jurídico do crédito do ICMS, na hipótese de operações interestaduais com alíquotas diferenciadas.

O que a denúncia aponta é a indevida apropriação do ICMS com base em declaração incidental de inconstitucionalidade da Resolução nº 07/80, do Senado Federal, que não aproveitava a empresa dos pacientes, por não ser parte na demanda submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal.

Tal conduta pode gerar o direito do Fisco de buscar, na área cível, os valores apropriados indevidamente, por interpretação equivocada da lei, não constitui, porém, ilícito penal, porque não informado em que constituiu a fraude, circunstância elementar da sonegação fiscal". (fls. 543/544).

Irrepreensível, a opinião ministerial, a qual acolho por inteiro.

Isto posto, dou provimento ao recurso e concedo o **habeas corpus**, ordenando, em consequência, o trancamento da ação penal.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Nº 9.993 — SP

(Registro nº 98.0053336-2)

Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Tribunal de Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri de São Paulo-SP
Recorrido: Edson Aparecido de Carvalho
Advogado: Adenor Ferreira da Silva
Recorrido: Edilson Aparecido de Carvalho

EMENTA: RO (MS) — Processual Penal — Lei nº 9.271/96 (art. 366) — Em havendo suspensão do processo, por força do disposto no art. 36

da Lei nº 9.271/96, admissível a produção antecipada de provas. A produção antecipada da prova resta ao juízo de conveniência e oportunidade. Impugnar as razões do decidir implica investigação probatória, obstada pela Súmula nº 7, STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília-DF, 9 de fevereiro de 1999 (data do julgamento).

Ministro VICENTE LEAL, Presidente.

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

Publicado no DJ de 22.03.99.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso ordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, inconformado com v. acórdão do Tribunal de Justiça Paulista que, à unanimidade, denegou segurança impetrada pelo 12º Promotor de Justiça da 1ª Vara do Júri da Comarca da Capital, figurando a juíza de Direito da respectiva Vara paulista como impetrada.

O **mandamus** do *parquet* estadual visava à anulação de decisão que indeferiu produção antecipada de prova testemunhal, em processo cujo curso foi suspenso com base no artigo 366 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 9.271/96.

Alega o recorrente às fls. 163/171, ser dever do magistrado, a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal, determinar a produção antecipada da prova, a fim de evitar dano irreparável à memória das testemunhas e o perecimento da prova.

Despacho de admissão às fls. 180.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não provimento do recurso (fls. 185/189).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Sr. Presidente, a r. decisão indeferitória de produção antecipada de provas ficou bem assentada às fls. 135/138, oportunidade em que a MMa. Juíza Presidente do processo decidiu com base nos elementos fáticos disponíveis nos autos.

O v. acórdão hostilizado manteve a decisão, recorrendo o *parquet* ao argumento de possível perecimento de provas, caso não fosse concedido o **mandamus**.

Não assiste razão ao recorrente, a teor da Súmula nº 7-STJ, pois a reforma do julgado reclama, investigação probatória, inconciliável com o procedimento do mandado de segurança.

O erudito parecer ministerial de fls. 185/189, da lavra da Dra. Maria Eliane Menezes de Farias salienta:

“O art. 366 do CPP, com a redação da Lei nº 9.271/96, dispôs sobre a discricionariedade de o magistrado determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes (*podendo o juiz determinar*), não sendo um imperativo legal. Assim, em se considerando o indeferimento da colheita antecipada, não há ilegalidade, nem mesmo direito líquido e certo, porquanto, em princípio, cabe ao juiz exercer o juízo de conveniência e oportunidade sobre a produção de provas requeridas pelo *parquet*. Outrossim, a decisão judicial, inserida na regra geral, deverá ser fundamentada, o que ocorreu, no caso **sub judice**.” (fls. 187).

Isto posto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 123.029 — SP

(Registro nº 97.0017238-4)

Relator: Ministro William Patterson
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Advogado: Ricardo Ramos Novelli

Recorrido: Aparecido Alves Cardoso
Advogados: José Roberto Sodero Victório e outros

EMENTA: Previdência Social — Reajuste de benefício — Aplicação ORTN/OTN — URP — Fevereiro de 1989 — 26,05% — Correção monetária — Súmula nº 148-STJ.

— Correta a aplicação da variação das ORTN/OTNs no cálculo de reajuste de benefício previdenciário.

— Consoante a orientação do STF, recepcionada neste STJ, inexistente direito adquirido à URP de fevereiro de 1989, no percentual de 26,05.

— Os débitos relativos a benefício previdenciário, vencidos e cobrados em juízo após a vigência da Lei nº 6.899/81, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista nesse diploma legal. Enunciado da Súmula nº 148-STJ.

— Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, pela alínea c, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago.

Brasília-DF, 13 de maio de 1997 (data do julgamento).

Ministro ANSELMO SANTIAGO, Presidente.

Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

Publicado no DJ de 16.06.97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Trata-se de recurso especial interposto pelo INSS, com fulcro nas letras a e c do inciso III do art. 105 da Constituição, contra acórdão que, em ação de revisão de benefício previdenciário, determinou:

a) atualização das parcelas de benefício com base na variação das ORTN/OTNs;

b) pagamento da URP relativa a fevereiro de 1989, no percentual de 26,05;

c) correção monetária nos termos da Súmula nº 71-TRF.

Subiram os autos a este Tribunal, em razão do juízo de admissibilidade quanto aos dois últimos itens da pretensão recursal, na forma em que acima esquematizada.

Dispensei a audiência do Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): Porquanto insista o INSS na tese da inaplicabilidade da variação das ORTN/OTN no cálculo do reajuste dos benefícios previdenciários, este Tribunal já firmou orientação no sentido de que é de inteiro acerto tal aplicação. Confirma-se os precedentes; AC nº 149.638-RS, Rel. Min. Dias Trindade, *in* RTFR nº 164, pp. 239/242; AGA nº 62.973-RS, Rel. Min. Jesus Costa Lima, *in* DJ de 08.05.95; Res. nº 66.722, Rel. Min. José Dantas, *in* DJ de 18.09.95, dentre muitos outros.

De outro passo, assiste razão à Autarquia Previdenciária quanto aos demais pontos de sua irresignação.

Quanto ao reconhecimento do direito adquirido do autor ao reajuste de 26,05%, relativo à URP de fevereiro de 1989, bem demonstra a procedência da pretensão recursal a orientação do colendo STF ao julgar a ADIn nº 694-DF, tal como invocada em inúmeros julgados, não só do Pretório Excelso como deste STJ. A exemplo, confira-se:

“Recurso extraordinário. Funcionário público. Vencimentos. URP — fevereiro de 1989. 2. No julgamento da ADIn nº 694-DF, o Plenário do STF afirmou ser indevido, em fevereiro de 1989, o percentual de 26,05%, sobre vencimentos de servidores federais, com base na URP do período de setembro a novembro de 1988. Revogação do Decreto-Lei nº 2.335/87 pelo art. 38 da Lei nº 7.730, de 31.01.89, resultante da conversão da Medida Provisória nº 32, de 15 de janeiro de 1989. Precedentes. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE nº 157.395-3-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, *in* DJ de 27.10.94).

A mesma sorte favorece à autarquia no que se refere aos critérios em que determinada a correção monetária, procurando-se afastar dos cálculos o critério da Súmula nº 71 do antigo TFR, qual seja a variação do salário mínimo, ao argumento de que a Lei nº 6.899/81 teve o seu **dies a quo** em 1981, portanto, não há de se falar em aplicação de outro critério para as parcelas pretéritas ao ajuizamento da ação, porquanto já em vigor a referida lei.

Não se discute, **in casu**, o termo inicial da atualização — se a partir de quando devidas as parcelas não pagas ou se corrigíveis tão apenas aquelas vencidas após o ajuizamento da ação. Pelo contrário, a questão em controvérsia diz com o indexador a ser utilizado na correção dos débitos havidos anteriormente à vigência da Lei nº 6.899/81, pois, em verdade, o que pretende a autarquia é, na atualização dessas parcelas, aplicar o índice da lei e não o salário mínimo previsto no verbete do antigo TFR.

Sem embargo do tema em questão ter gerado grande polêmica no âmbito das Turmas que compõem a egrégia Terceira Seção deste Tribunal, inobstante até mesmo a formulação do enunciado da Súmula nº 148-STJ, a matéria encontra-se hoje pacificada, inclusive em sentido contrário à tese defendida por este Relator que, buscando definir o momento inicial de incidência da correção e, por conseqüência, em desapego ao índice de sua aplicação, entendia limitada, com o advento da Lei nº 6.899/81, a recomposição por força do atraso no pagamento, por isso que não mais permitida a correção das parcelas anteriores ao ajuizamento da ação.

Do exposto, com ressalva do meu ponto de vista pessoal, que solitário restou vencido por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos nos embargos de divergência no REsp nº 47.810-SP (Terceira Seção — assentada de 26.06.96), acolho as razões que prevaleceram no sentido de justificar o Enunciado de nº 148-STJ, claramente reiteradas e expostas no voto proferido pelo eminente Ministro José Dantas, ao conhecer e prover recurso do INSS, para reformar acórdão em sentido idêntico ao dos autos (REsp nº 88.595-RS), ocasião em que enfatizou:

“Senhor Presidente, a questão está em saber-se se o entendimento adotado pela decisão impugnada: correção monetária nos termos da Súmula nº 71 até o ajuizamento da ação e, a partir de então, aplicação da Lei nº 6.899/81, independentemente da época em que se instaurou o litígio, deve prevalecer sobre a tese que estabelece a aplicação da citada súmula, apenas e tão-somente enquanto não existia no mundo jurídico a Lei nº 6.899/81, passando, referida lei, a contar de então, a ser o diploma de regência para o cálculo mencionado.

A partir daí, lembre-se que, conquanto díspares as decisões iniciais sobre a aplicação da Lei nº 6.899/81 em face da Súmula nº 71-TFR, a jurisprudência do sempre lembrado Tribunal Federal de Recursos veio a se afirmar no sentido da aplicação daquela sua súmula nas decisões judiciais sobre benefícios previdenciários enquanto vencidos anteriormente à Lei nº 6.899/81, a partir de cuja vigência (04.81), passou a reger as novas prestações de benefícios se pagas com atraso.

Por outro lado, verifica-se que este egrégio Superior Tribunal de Justiça por sua Terceira Seção, já sumulou a matéria, nos termos do Verbete nº 148, embora que tenha aplicação simultânea à de Súmula nº 43.

Creio que essa asseveração serve ao caso dos autos, no qual se trata de prestações previdenciárias concomitantemente vencidas e cobradas já na vigência daquela lei, sem causa para adoção do critério da Súmula nº 71-TFR, de aplicação exclusiva aos benefícios anteriores àquela vigência.” (REsp nº 88.595, 5ª Turma, Sessão de 03.09.96, DJ de 23.09.96).

Também o eminente Ministro Vicente Leal, ao concorrer com o seu douto voto em defesa da orientação acima explicitada, escreveu a seguinte ementa:

“Previdenciário. Processual Civil. Benefício previdenciário. Pagamento com atraso. Correção monetária. Lei nº 6.899/81. Súmulas nºs 71/TFR, 43/STJ e 148/STJ.

— Em tema de cobrança judicial de benefícios previdenciários, a egrégia Terceira Seção consolidou o entendimento jurisprudencial de que a correção monetária das parcelas pagas com atraso incide na forma prevista na Lei nº 6.899/81 e deve ser aplicada a partir do momento em que eram devidas, compatibilizando-se a aplicação simultânea das Súmulas nºs 43 e 148 deste Tribunal.

— Os referidos débitos, por consubstanciarem dívidas de valor, por sua natureza alimentar, devem ter preservado o seu valor real no momento do pagamento.

— Recurso especial conhecido e desprovido.” (REsp nº 96.317/RN, DJ de 07.10.96).

Essas as circunstâncias dos presentes autos, conheço do recurso, pela alínea c, e dou-lhe provimento para determinar a incidência de correção monetária, nos moldes da Lei nº 6.899/81, a partir de quando devidas e não pagas as parcelas previdenciárias (Súmula nº 148-STJ), sem alusão aos crité-

rios da Súmula nº 71 do antigo Tribunal Federal de Recursos, bem como afastar a aplicação do percentual de 26,05 no cálculo do reajuste do benefício previdenciário.

RECURSO ESPECIAL Nº 146.009 — SP
(Registro nº 97.0060451-9)

Relator: Ministro William Patterson
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Advogados: José Carlos Pereira Vianna e outros
Recorrido: Sclemencerick Fae
Advogados: Benedito Gonçalves Cunha e outro

EMENTA: Previdenciário — Atualização de benefício — Cálculo da correção monetária — Inaplicabilidade da TR.

— A Taxa Referencial criada pela Lei nº 8.177/91 não pode ser utilizada como fator de correção monetária (ADIn nº 493-0).

— Recurso conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília-DF, 7 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro ANSELMO SANTIAGO, Presidente.

Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

Publicado no DJ de 03.11.97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Trata-se de recurso interposto pelo INSS, com fulcro na alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição, contra acórdão que julgou apelação de sentença homologatória de cálculo judicial, em que se discutiu a aplicação dos critérios da Súmula nº 71/ TFR para a apuração do **quantum debeatur**, bem como a utilização da Taxa Referencial como fator de atualização monetária.

O acórdão recorrido encontra-se assim sumariado (fl. 195):

“Processual Civil: Liquidação. Homologação de cálculo. Correção monetária. Utilização da TR como fator de atualização do débito previdenciário.

I — As parcelas anteriores ao ajuizamento da ação atualizam-se de acordo com o Enunciado nº 71 da Súmula do extinto TFR, às posteriores aplica-se o disposto na Lei nº 6.899/81.

II — O indexador Taxa Referencial, instituído pela União, objetiva atualizar monetariamente os créditos e débitos públicos, nestes incluídos aqueles de natureza previdenciária.

III — Recurso improvido.”

Alega-se contrariedade à Lei nº 6.899/81, na medida em que, com a edição do referido diploma legal, a Súmula nº 71/TFR perdeu sua força, não podendo mais ser aplicada como critério de correção monetária. Insurge-se, ainda, contra a determinação da incidência da TR-Taxa Referencial aduzindo à impossibilidade de seu uso como índice de correção, porquanto decorre de taxa de juros. Traz à colação julgados neste sentido. Por fim, assevera que, a partir de 24.07.91, com o advento da Lei nº 8.213/91, os débitos previdenciários passaram a ser corrigidos pelo INPC.

Admitido o recurso, por despacho de fl. 209, vieram os autos a este Tribunal, onde dispensei a audiência do MPF.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): O despacho de admissibilidade do recurso especial entendeu procedentes as razões do recorrente no que tange a ambas as questões suscitadas quanto à correção do débi-

to judicial. Entretanto, mesmo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tenha se orientado no sentido da não aplicabilidade dos critérios da Súmula nº 71/TFR para a atualização dos débitos posteriores à edição da Lei nº 6.899/81, impossível rever o acórdão que concedeu o benefício, em plena fase de liquidação de sentença.

Eis a síntese do acórdão transitado em julgado em 12.12.91 (fl. 134):

“Previdenciário. Benefício. Reajuste de proventos.

I — Ao efetuar o primeiro reajuste dos proventos o INPS deve utilizar os índices integrais da política salarial e não proporcional ao mês em que o segurado se tornou inativo.

II — O enquadramento em faixas salariais previsto na Lei nº 6.708/79, deve ter em conta o valor do salário mínimo vigente à data-base do efetivo reajustamento.

III — Aplicação do Enunciado na Súmula nº 260 da Súmula do extinto TFR.

IV — As parcelas anteriores ao ajuizamento da ação atualizam-se de acordo com o Enunciado nº 71 da Súmula do extinto TFR, às posteriores aplica-se o disposto na Lei nº 6.899/81.

V — O percentual fixado aos honorários advocatícios deve atender ao disposto no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

VI — Apelo do INPS e recurso adesivo do autor, improvidos.”

Do acórdão, não foi interposto qualquer recurso.

Após a homologação dos cálculos, vem a autarquia se insurgir contra a aplicação da Súmula nº 71/TFR para o cálculo da correção monetária das parcelas em atraso, anteriores ao ajuizamento da ação.

Vê-se, pois, que a matéria que a recorrente quer agora discutir em fase de liquidação de sentença, encontra-se protegida pela coisa julgada, insuscetível de qualquer modificação em grau de recurso especial. Não se pode conceber alteração no julgamento de mérito transitado em julgado, em virtude da autarquia não ter manifestado a sua irresignação no momento oportuno.

Sobre o assunto, eis a consagrada jurisprudência deste Tribunal:

“Acórdão transitado em julgado. Inviabilidade de alteração.

Transitado em julgado o acórdão, torna-se impossível modificar a decisão mediante agravo de instrumento proposto na fase de execução.

Recurso não conhecido”. (REsp nº 29.788, Rel. Ministro José Cândido, DJ 05.04.93).

“Execução de sentença — Alteração do julgado — Impossibilidade — Pensão fixada em salário mínimo.

Se a sentença e o v. acórdão fixaram a indenização em salários mínimos e se esta transitou em julgado, não poderia ser alterada, ampliada ou restringida na execução (art. 610 do CPC).

Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 4.581-SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, DJ de 09.10.90).

Entretanto, com relação à aplicação da Taxa Referencial adotada no art. 1º da Lei nº 8.177/91 como fator de correção monetária, após a extinção do BTN, não estando a matéria protegida pelo manto da coisa julgada, procede a irresignação da autarquia. Na verdade, a jurisprudência assente nesta Corte e também no Supremo Tribunal Federal, é a de que a Taxa Referencial é um meio de remuneração do capital e não de *recomposição* do capital, pois refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita variação do poder aquisitivo da moeda (ADIn nº 493-0, DJ de 04.09.92).

Em decisões recentes, as Turmas que integram este Tribunal têm entendido que o índice de atualização monetária a ser utilizado para corrigir os débitos oriundos de sentença judicial é o INPC. É ver-se das ementas:

“Correção monetária. Conta de liquidação.

— A partir do advento da Lei nº 8.177/91, a correção monetária do débito deve ser feito não pela TR, mas pelos índices do INPC.

— Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 57.272-0/SP, Rel. Ministro Antônio Torreão Braz, DJ de 29.05.95).

“Civil. Índice de correção monetária em débitos da Previdência Social.

A 'TR' não é índice de correção monetária, uma vez que não reflete a variação de custo de vida, achando-se atrelada à captação de depósitos bancários. Precedentes.

Recurso provido para que seja utilizado índice de lei." (REsp nº 38.660, Rel. Ministro Adhemar Maciel, DJ de 07.02.94).

"Liquidação de sentença. Direitos dos servidores públicos. Correção monetária. Atualização pelo IPC.

Firmou-se a jurisprudência do tribunal no sentido de que, não podendo a correção monetária ser considerada acréscimo, mas representando apenas simples atualização do valor da dívida, em decorrência da desvalorização da moeda, a variação deve ser calculada pelos índices que representem a verdadeira inflação no período; no caso, o Índice de Preços ao Consumidor (IPC). Não sendo assim, o pagamento estará incompleto." (Embargos de Divergência no REsp nº 49.436-7/SP, Rel. Ministro Hélio Mosimann, DJ de 28.08.95 — Corte Especial).

"Liquidação de sentença — Correção monetária — Condenação judicial — IPC.

— Na vigência dos sucessivos planos econômicos implantados pelo Governo Federal permaneceu a inflação e o índice que a reflete é o IPC, não o BTN.

— Recurso improvido." (REsp nº 25.952/SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, DJ de 16.11.92).

Assim, conheço em parte do recurso e dou-lhe provimento, a fim de expurgar a Taxa Referencial prevista na Lei nº 8.177/91, como fator de atualização monetária, adotando-se, no caso, o INPC ou outro índice que lhe substituiu.

RECURSO ESPECIAL Nº 157.415 — SP
(Registro nº 97.0086883-4)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Recorrente: Paulo Roberto de Andrade

Advogados: Guilherme Octavio Batochio e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: Processual Penal — Reabilitação — Art. 746, do CPP — Subsistência em face da LEP.

1 — O art. 746 do CPP, porque é norma de aplicação pelo juízo da condenação, não foi revogado pela Lei de Execuções Penais, subsistindo, pois, o recurso de ofício de sentença concessiva de reabilitação. Precedentes do STJ.

2 — Recurso conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, porém lhe negar provimento. Participaram do julgamento os Ministros Vicente Leal e Anselmo Santiago. Ausentes, por motivo de licença, o Ministro William Patterson e, ocasionalmente, o Ministro Luiz Vicente Cennicchiari.

Brasília-DF, 15 de setembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro VICENTE LEAL, Presidente.

Ministro FERNANDO GONÇALVES, Relator.

Publicado no DJ de 13.10.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Trata-se de recurso especial interposto por Paulo Roberto de Andrade, com fundamento no art. 105, inciso III, letra c, da Carta da República, contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que entendeu subsistir o recurso de ofício de sentença que concede reabilitação.

Afirma o recorrente existir dissídio jurisprudencial com outros tribunais.

Contra-arrazoado (fls. 192-194), o recurso teve admitido o seu processamento (fls. 199), ascendendo os autos a esta Corte, onde opinou o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (Relator): A irresignação não merece acolhida.

Com efeito, fixou o julgado atacado:

“Subsiste o recurso de ofício da sentença que conceder a reabilitação criminal.

O colendo Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que ‘o fato de haver a Lei de Execução Penal nº 7.210/84 instituído o agravo como único recurso cabível em fase executória (art. 197) não implica em revogação de norma que não se insere na competência do Juízo da Execução’ (RJSTJ 43/350-1 e RT 712/475).

Copiosa jurisprudência desta Corte perfilha a mesma orientação (cf. JUTACRIM 86/181, 90/152, 91/179, RJDTACRIM 1/199, 3/212, 8/228, 12/218-219, etc.), já se tendo proclamado: ‘Se a nova Lei de Execução Penal não revogou expressamente os arts. 743 e 750 do CPP e com eles não é incompatível, assim como não regulou de forma diferente o processo de reabilitação, a conclusão a que se chega é que persiste o recurso de ofício da decisão que concede o benefício’ (TACRIM-SP — RT 608/345).

Na doutrina, sustentam o mesmo ponto de vista de **Damásio E. de Jesus** (Código de Processo Penal Anotado, p. 440, Ed. Saraiva, 8ª ed., 1990) e **Júlio Fabbrini Mirabete** (Código de Processo Penal Interpretado, p. 818, Atlas, 1994).

Afasta-se, pois, a argüição de não conhecimento do recurso.” (fls. 143-144)

Ao assim decidir, o Tribunal **a quo** encontra-se em perfeita sintonia com o entendimento desta Corte, no sentido de que o art. 746 do CPP, porque é norma de aplicação pelo juízo da condenação, não foi revogado pela Lei de Execuções Penais, subsistindo, pois, o recurso de ofício de sentença concessiva de reabilitação.

A propósito, as seguintes ementas:

“Processual Penal. Recurso especial. Letras **a** e **c**, sentença concessiva de reabilitação. Recurso **ex officio**. Art. 746 do Código de Processo Penal. Apontada revogação do dispositivo pela Lei de Execuções Penais. Inocorrência.

I. O artigo 746 do Código de Processo Penal, que regula o recurso **ex officio** de sentença concessiva de reabilitação, não foi abolido pela Lei de Execuções Penais, subsistindo em plena vigência.

A reabilitação é meio de suprimir os efeitos e assegurar o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação, segundo o art. 93 do Código Penal. Por consequência deve ser processado e julgado pelo juízo da condenação e só tem lugar após a extinção da pena ou término da execução (art. 94 do CP), portanto o instituto não tinha por que figurar na lei destinada a disciplinar a execução penal. Em cifra, em plena vigência o dispositivo, pois não foi revogado expressa ou tacitamente pela Lei nº 7.210/84.

II. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp nº 43.799-RJ, Rel. Min. Pedro Acioli, DJ 12.12.94).

“Processual Penal. Reabilitação. Recurso de ofício. Lei nº 7.210/84 e art. 746 do CPP.

— O instituto da reabilitação, de que trata o Código de Processo Penal (art. 743) deve ser requerido ao juiz da condenação, e da decisão que a conceder, caberá recurso de ofício, como determina o art. 746 da mesma lei adjetiva penal.

— O fato de haver a Lei de Execução Penal nº 7.210/84 instituído o agravo como único recurso cabível em fase executória (art. 197) não implica em revogação de norma que não se insere na competência do juízo da execução.

— Recurso provido.” (REsp nº 12.525-SP, Rel. Min. Cid Fláquer Scartezini, DJU 07.12.92)

Ante o exposto, tendo por demonstrado o dissídio pretoriano, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 182.133 — RS
(Registro nº 98.0051965-3)

Relator: Ministro Vicente Leal

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Recorrido: Clovis Mazina

Advogados: Patrícia Helena Bonzanini e outros, e Raquel Maria de Freitas Suita

EMENTA: Processual Civil — Direito intertemporal — Sentença publicada quando o reexame necessário não beneficiava as autarquias — Lei nova — Lei nº 9.469/97 — Artigo 475, II, do CPC.

— Nossa tradição jurídica de direito processual intertemporal consagra o princípio de que a lei nova tem eficácia imediata, incidindo sobre os atos processuais praticados a partir do momento em que se torna obrigatória, sem alcançar os atos consumados sob o império da legislação anterior.

— Publicada a sentença quando ainda não editada a Lei nº 9.469/97, que estendeu às autarquias e às fundações públicas o benefício do reexame necessário inscrito no artigo 475, caput e inciso II, do CPC, não se pode sujeitar o **decisum**, quando do julgamento da apelação voluntária, ao duplo grau de jurisdição como condição de sua eficácia.

— Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro e Anselmo Santiago. Ausentes, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Brasília-DF, 29 de outubro de 1998 (data do julgamento).

Ministro VICENTE LEAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 23.11.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: O Instituto Nacional da Seguridade Social — INSS ingressou com embargos à execução objetivando a declaração de nulidade da sentença homologatória dos cálculos de liquidação por falta de fundamentação, rejeitados pelo r. juízo de 1º grau por extemporâneos.

A egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, não conheceu da apelação da autarquia previdenciária, por não atacar o fundamento do **decisum**, limitando-se a reeditar os argumentos delineados nos embargos.

Opostos embargos de declaração, invocando omissão do julgamento quanto à análise da remessa oficial instituída em favor da autarquia pela Medida Provisória nº 1.561/97, convertida na Lei nº 9.469/97, restaram os mesmos improvidos (fls. 39/42), tendo sido o julgamento consolidado em ementa do seguinte teor:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Reexame necessário. Medida Provisória nº 1.561/97. Lei nº 9.469/97.

1. A data a ser considerada para a incidência da Medida Provisória nº 1.561, de 17.01.97, convertida na Lei nº 9.469, de 10.07.97, é a da sentença. Entendimento diverso importaria em quebra dos princípios constitucionais da isonomia, contraditório e ampla defesa.

2. Embargos de declaração improvidos” (fls. 46).

Irresignado, o INSS interpõe o presente recurso especial (fls. 48/54), com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, sustentando ter o v. acórdão recorrido violado as disposições na Medida Provisória nº 1.561/97, transformada na Lei nº 9.469, de 10.07.97, que instituíram o reexame necessário em favor das autarquias, bem como ao artigo 1.211, que assegura a incidência imediata das normas processuais.

Não apresentadas as contra-razões e admitido o recurso especial na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): Como patentado no relatório, a controvérsia deduzida no presente apelo nobre tem como ponto nodal o alcance da norma instituída pela Medida Provisória nº 1.561/91, transformada na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, que estendeu o benefício do duplo grau de jurisdição obrigatório às autarquias e fundações públicas.

O Tribunal de origem, em sede de embargos de declaração, proclamou o entendimento de que, para fins de incidência das novas regras processuais

quanto ao reexame necessário, deve-se considerar a data da sentença e não do acórdão proferido pela instância recursal.

Em razão disso, concluíram os ilustres integrantes do órgão colegiado que, na espécie, tendo sido a sentença que reconheceu a extemporaneidade dos embargos ajuizados pelo INSS proferida em data anterior à edição da nova regra processual, não poderiam, em sede de apelação, sujeitá-la ao duplo grau de jurisdição.

Tenho como incensuráveis os fundamentos lançados no acórdão recorrido.

Com efeito, é da nossa tradição jurídica de direito processual intertemporal o princípio de que a lei nova tem eficácia imediata, incidindo sobre os atos processuais praticados a partir do momento em que se tornam obrigatórias, sem alcançar, todavia, os atos consumados sob o império da legislação anterior, à luz do princípio **tempus regit actum**, sob pena de retroagir para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

É também certo que em se tratando de matéria recursal, aplicam-se as regras vigentes quando da publicação da decisão atacada.

Na espécie, publicada a sentença quando ainda não editada a Lei nº 9.469/97, que estendeu às autarquias e às fundações públicas o benefício do reexame necessário inscrito no artigo 475, **caput**, e inciso II, do Código de Processo Civil, não se pode sujeitar o **decisum**, quando do julgamento da apelação voluntária, ao duplo grau de jurisdição.

Ora, se à época da publicação da sentença a legislação vigente não condicionava sua eficácia ao reexame necessário, é de se reconhecer que a decisão teria, iniludivelmente, transitado em julgado, não mais sujeita a recurso, caso a autarquia previdenciária não tivesse manejado recurso de apelação voluntário objetivando a reforma da sentença que foi desfavorável a sua pretensão.

Em face dessas considerações, tenho que o acórdão recorrido aplicou o melhor direito à hipótese dos autos, merecendo ser prestigiado.

Isto posto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 190.534 — SP

(Registro nº 98.0073230-6)

Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Marcos Antônio Garbo
Advogada: Maria Alice Pelicario
Recorrido: Maurício Francisco de Paula
Advogado: Edmilson Evangelista — defensor

EMENTA: REsp — Penal — Roubo — Extorsão — Crime continuado — O crime continuado evidencia pluralidade de delitos, aproximados, formando unidade jurídica, por serem da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outros semelhantes, devem ser havidos como continuação do primeiro. Crimes da mesma espécie não se confundem com crimes idênticos (CP, arts. 69 e 70). Basta evidenciarem elementos fundamentais comuns; embora, formalmente (tipo legal de crime) revele, diferença, substancialmente, satisfazem a definição do art. 71. É o que acontece com o roubo e a extorsão, cometidos no mesmo contexto temporal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso quando à alínea **a**, conhecer pela alínea **c**, porém para lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília-DF, 17 de dezembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro VICENTE LEAL, Presidente.

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no intuito de impugnar v. aresto da 10ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que negou provimento ao apelo ministerial e proveu apelo defensivo para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, minorando a pena aplicada aos réus.

O especial debate dois quesitos. Primeiro, pretende afastar a continuidade delitiva concedida na instância **a quo**; segundo, majoração da pena imposta ao entendimento de haver mais de uma causa de aumento de pena, devendo o acréscimo ser aplicado além do limite mínimo de 1/3 (um terço).

Narram os autos, restarem os réus condenados pelo Juízo da 24ª Vara Criminal da Comarca da Capital Paulista, às penas de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, como incurso nos preceitos contidos nos artigos 157, § 2º, I e II e 158, § 1º, c/c artigos 29, **caput** e 69, **caput**, todos do Código Penal (sentença de fls. 141/146).

Inconformados apelaram os réus e o Ministério Público Estadual. O recurso ministerial propugnou pelo aumento das penas em 2/5 (dois quintos), face existirem duas qualificadoras (fls. 153/155). O recurso de Maurício Francisco de Paula (fls. 166/189) argüia, no mérito, negativa de autoria quanto ao roubo e extorsão e, subsidiariamente, ausência de consumação dos supostos crimes, restando caracterizadas as figuras tentadas. Quanto ao apelo de Marcos Antônio Garbo, no mérito, aduziu existência de crime impossível quanto ao roubo, pois não houve a subtração de coisa alheia, e, quanto à extorsão apregou a existência somente na forma tentada, caso não entendesse o tribunal pela impossibilidade do crime (fls. 193/196).

O acórdão de fls. 224/227 do egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo negou provimento ao apelo ministerial e deu parcial provimento aos recursos dos condenados para reduzir as penas para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias-multa, repelindo a tese de concurso material e reconhecendo a continuidade delitiva entre o roubo e extorsão.

Foram opostos embargos de declaração pelo *parquet* (fls. 230/233), rejeitados pelo acórdão de fls. 249/250.

Daí, adveio o presente recurso especial interposto pelo Ministério Público onde se alega negativa de vigência aos artigos 69, 71, 59, 68, 157, § 2º e

158, § 1º, todos do Código Penal, além de divergência jurisprudencial com o Pretório Excelso e o Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, no tocante à admissibilidade do concurso material entre roubo e extorsão e a fixação da fração majorante de 2/5 (dois quintos) em concurso de causas de aumento de pena.

Recurso admitido às fls. 322/323.

Contra-razões às fls. 313/315.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O tema trata de sedutora matéria doutrinária, ou seja, se os crimes de roubo e extorsão são da mesma espécie. Notadamente para considerar se admitem a figura do crime continuado.

No REsp nº 50.515-1 lancei considerações a respeito do — estupro — e — atentado violento ao pudor. Transcrevo-as:

“A interpretação jurídica não pode ser contraditória, ou seja, impõe-se coerência, dado o Direito, como sistema, ser unidade.

Os crimes e as penas obedecem a critérios lógicos, não obstante o amplo poder discricionário do legislador. Os ilícitos e as sanções colocam-se em relação de gravidade, seja quanto ao impacto do bem jurídico, como resposta político-jurídica ao agente da infração penal. Daí a incontornável conclusão de o delito mais grave chamar pena mais grave. Se assim não for, desenganadamente, haverá contradição lógica. O legislador, risco de inconstitucionalidade, não poderia jamais cominar pena ao crime de lesões corporais (art. 129) mais grave do que a definida ao homicídio (art. 121). A explicação é simples: o homicídio provoca dano mais intenso do que qualquer modalidade de lesão corporal.

Esse raciocínio é constante, permanente nos quadros da interpretação jurídica. Note-se, haveria flagrante descompasso se a pena da apropriação indébita (art. 168) fosse igual ou superior à sanção do peculato (art. 312). Este envolve todos os elementos daquela e acrescenta a infidelidade do funcionário público.

A observação é pertinente do caso **sub judice**.

O crime de estupro (art. 213) é punido com maior rigor que o crime de atentado violento ao pudor (art. 214). Houve, pois, juízo de valor na criminalização.

Em conseqüência, contraditório punir mais severamente quem comete dois estupros do que a quem cometer um estupro e um atentado violento ao pudor.

O tratamento normativo do — crime continuado — é mais benigno do que o dispensado ao concurso material. O primeiro, quanto à pena, pondera cúmulo jurídico ao passo que o segundo utiliza cúmulo material.

Logo, o crime continuado confere tratamento mais favorável ao réu.

No Recurso Especial nº 6.131-SP, esta egrégia Turma apreciou o tema em julgamento. Como Relator, votei vencido.

O voto foi o seguinte:

‘O fato é incontroverso. O réu, ora recorrente, mediante grave ameaça, manteve conjunção carnal com a vítima e também a submeteu a ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Condenado em ambas as instâncias como incurso nos artigos 213 e 214 do Código Penal. A divergência reside na capitulação do fato. A sentença reconheceu concurso material (fls. 152). O egrégio tribunal, por maioria, definiu-se pelo crime continuado. Em conseqüência, reduziu a pena (fls. 187).

A definição normativa gera acirrada polêmica. Tanto assim, o recorrente, arguindo divergência jurisprudencial, postula revigorar a condenação imposta em 1º grau (fls. 200).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora não se revele unânime, propende para entender configurado o concurso material. Exemplificativamente, acórdãos estampados na RTJ, vol. 120/344-358 e RTJ, vol. 121/926-931.

Na doutrina pátria, contrariamente, **Fragoso**, Lições, vol. II, p. 495, no sentido de ocorrer conflito aparente de normas, especificamente com incidência do princípio da absorção.

O STF, conforme decisão na RTJ 108/888, entendeu ser hipótese de crime continuado.

A solução exata somente se alcança nos quadrantes da Teoria Geral do Delito. O confronto dos artigos de lei, isoladamente, não consente o surgimento de tantas opiniões divergentes.

O crime é conduta. Ação ou omissão. O tipo legal de crime, por razões dogmática e de garantia, define essa conduta daí a sempre repetida advertência de o delito descrever o comportamento ilícito.

A conduta, por seu turno, é manifestação de vontade, projeto do agente. Exterioriza-se através dos atos, modificação do mundo exterior.

O tipo subjetivo, nos delitos dolosos, é, diga-se, a espinha dorsal do crime. Os tipos legais de crime podem identificar-se do ponto de vista objetivo. Jamais, entretanto, quanto ao elemento moral.

Este dado bio-psicológico é tomado como referência pelo legislador, que, por sua vez, realça os respectivos pormenores, formalizando tipos para apreender cada particularidade. E dele resulta toda problemática do chamado conflito aparente de normas, largamente trabalhado na literatura brasileira, dentre cujas obras merece encômios a tese de concurso do Ministro José Cândido, para o cargo de Professor Titular da Universidade Federal da Bahia.

O concurso material, o concurso formal e o crime continuado, integrantes do concurso real, a teor dos arts. 69, 70 e 71, do Código Penal, constituem institutos que projetam unidade ou pluralidade de condutas, unidade ou pluralidade de resultados.

Tem-se unidade de conduta quando o homem lança, no mundo exterior, no mesmo contexto de atos, a sua vontade (direção subjetiva). Tais atos estão envolvidos. Daí sua unidade, amalgamada pelo elemento subjetivo.

Dar-se-á pluralidade de condutas quando o agente, em mais de um contexto de atos, projeta, em cada um, vontades diferentes (historicamente lançadas), ou seja, direções subjetivas.

A conduta projeta o resultado (juridicamente, conceituado). Uma e outro com a respectiva individualidade. Ambos unidos formam o fato delituoso.

Não querendo ser enfadonho, e peço desculpas por estas considerações teóricas, indispensáveis, no entanto, para explicar o pensamento, analiso o caso concreto deste recurso.

A denúncia está às fls. 02:

‘Consta do incluso inquérito policial que, no dia 19 de junho de 87, por volta das 23:30 horas, em um campo de futebol adaptado, nas proximidades do Instituto Penal Agrícola ‘Professor Noé Azevedo’, nesta cidade e comarca, Hélio Pereira, qualificado à fl. 72, mediante grave ameaça de morte exercida com emprego de duas facas, constrangeu Zenaide Linaldi dos Santos a com ele manter conjunção carnal e a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Ao que se apurou, o indiciado abordou a vítima nas proximidades da casa desta, quando então, portando uma faca em cada mão, obrigou a mesma lhe chupasse o pênis e depois manteve com ela várias conjunções carnis, tudo sob ameaça de morte.

Diante do exposto, denuncio a V. Exa. Hélio Pereira como incurso no artigo 213 e no artigo 214, ambos combinados com o artigo 69, todos do Código Penal, e requeiro que, r. a. esta, seja citado para regular ação penal, interrogado, ouvindo-se as pessoas a seguir arroladas, prosseguindo-se até final condenação’.

O réu, por essa narração, acolhida pela sentença e mantida pelo tribunal, definitiva para a defesa, praticou atos de libidinagem com a vítima, submetendo-a a grave ameaça. Do gênero, realizou a conjunção carnal e depois a **fellatio in ore**.

Transitou em dois crimes: estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214). Em outros termos, no mesmo contexto, de tempo, espaço e execução, projetou (direção subjetiva) dois resultados, definidos em tipos legais diferentes. No primeiro momento, satisfiz sua lascívia com a conjunção carnal. Em seguida, sua vontade (dolo) dirige os atos para o sexo oral.

A hipótese subsume-se à norma do art. 71, que traz o **nomen iuris** crime continuado, **verbis**:

‘Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, conside-

rando a culpabilidade dos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código'.

No caso **sub judice**, o recorrido, repita-se, no mesmo contexto, aproveitou-se sexualmente da vítima, submetendo-a ao seu capricho de satisfazer a lascívia de modo variado. Ocorre, no entanto, a pluralidade fê-lo transitar por mais de um crime. Vale dizer, os crimes concorrentes resultaram de designios próprios. Em palavras menos técnicas: desejou praticar mais de um crime e, para cada um, projetou a conduta (vontade) própria.

Data venia, afaste-se o concurso material, apesar da pluralidade de condutas. Evidencia-se crime continuado. Hoje, expressamente, não é afastado por ser contra a mesma vítima, ainda que ofensivo de bem personalíssimo.

A jurisprudência que o recorrente pretende ver aplicada, respeitosamente, apóia-se em distinção útil para configurar a progressão criminosa, como escreve o saudoso **Hungria**: 'Se o agente, além da conjunção carnal, pratica outro ato de libidinagem não classificável entre os **praeludia coiti** (coito anal, **irrumatio in ore**, etc.) haverá concurso material de estupro e atentado violento ao pudor' (Comentários, VIII, 1967, pp. 129/130).

Concorro com a primeira colocação. Efetivamente, se a pluralidade dos atos voltam-se para um só resultado, tem-se o progredir na ofensa ao bem jurídico, como acontece quando o agente injuria, em seguida, no mesmo contexto, difama e culmina por caluniar. O coito anal, entretanto, por si só, não é um momento que normalmente conduza ao crime mais grave. Ao contrário dos crimes contra a honra, em que, geralmente, se parte da ofensa menor e, no calor da ira, chega-se à maior.

O concurso material, porém, pressupõe pluralidade de condutas e pluralidade de resultados. A pluralidade de resultados, por si só, é insuficiente.

Ademais, quanto à parte final dos comentários de **Hungria** e de seus contemporâneos, devem ser entendidos no contexto das respectivas obras, ou seja, condicionados ao entendimento de o crime continuado ser incomparável com a ofensa a bens personalíssimos.

Hoje, o Código Penal, no particular, dispõe diversamente de seu congêneres de 1940. Urge, então, promover a necessária distinção.

Em outros termos, repita-se, o réu, no mesmo contexto de tempo, espaço e execução, projetou dois resultados definidos em tipos legais diferentes. No primeiro momento, satisfaz sua lascívia com a conjunção carnal e, em seguida, sua vontade (dolo) dirige os atos para o sexo oral. A hipótese subsume-se à norma do art. 71 — crime continuado. E assim entendo, não obstante encontra exemplos, até na Suprema Corte, de caracterizar concurso material. A redação do Código de 1984 elaborou profunda alteração a respeito do crime continuado. A jurisprudência da Suprema Corte refutava a possibilidade da continuação nas hipóteses aqui mencionadas, ao fundamento de ‘não ser possível praticar-se crime continuado, ofendendo bens jurídicos personalíssimos: a vida, a honra’. Pela reforma penal o art. 71 foi acrescido do atual parágrafo único, que diz: ‘Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com culpabilidade, os antecedentes, a conduta dolosa, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo’.

Legislativamente, tomou-se posição na divergência jurisprudencial. Além do mais, entendo configurado o crime continuado, dada a redação do art. 71 e, notadamente, a redação do art. 70.

Há continuação, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie.

Para configurar o crime na modalidade de concurso material, a redação da lei é diferente: ‘quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não’. Há, portanto, que se fazer interpretação lógica do Código. Distinção entre crimes da mesma espécie e crimes idênticos. Consideram-se crimes idênticos os previstos no mesmo dispositivo legal ou acrescidos de circunstâncias de aumento ou diminuição da pena. Homicídio simples e homicídio qualificado. Homicídio consumado e homicídio tentado. Têm os mesmos elementos. Considerar-se-ão crimes da mesma espécie os que têm elementos genéricos comuns e se distinguem por um elemento específico, indicativo de ofensa ao mesmo bem jurídico. Resumindo: gênero — atos de libidinagem; espécies de ofensa ao objeto jurídico: conjunção

carnal e coito anal. Em outras palavras — os crimes não são idênticos, porém integram a mesma categoria.

Em face dessas considerações, é possível relacionar os crimes também quando à identidade de tempo, local, maneira de execução. O que fez o agente? Submeteu a vítima à coação psicológica e satisfaz a sua luxúria. E como fez? Primeiro com conjunção carnal e, em seguida, com sexo oral. Note-se, não se caracterizam, como mencionado, repita-se, os **praeludia coiti**.

Há significativo acórdão do Supremo Tribunal Federal, Relator o ilustre Ministro Soares Munhoz. Concluiu que a espécie caracteriza crime continuado. Dever-se-á atender à teleologia desse instituto, advirta-se, feito para favorecer o réu que, praticando crimes da mesma hipótese, não fosse submetido à pena capital à época de Farinaceo e Bartollo.

Concluiu o eminente Relator, acompanhando sugestão do parecer do então Subprocurador-Geral, hoje ilustre Ministro Assis Toledo, que se o mesmo indivíduo praticasse estupro contra a vítima e, logo em seguida, também estupro, receberia o tratamento mais benéfico.

Peço vênica para transcrever parte da fundamentação desse acórdão:

‘Parece-nos, todavia, que os crimes cometidos contra Elizabeth devem ser tidos como em continuação, porque, assim não se entendendo, disso resultaria situação de certa incongruência.

E que, levando-se em conta a admissibilidade de incidência do benefício da continuidade entre estupros cometidos contra a mesma vítima, isso importaria em admitir-se que o réu seria mais favoravelmente apenado se, em vez de estuprar e atentar violentamente contra o pudor de sua filha Elizabeth, tivesse se conduzido de modo ainda mais reprovável, estuprando-a por mais de uma vez.

Não seria, pois, razoável a aplicação da lei que importasse em reprimir mais severamente quem tivesse cometido o estupro e um crime menos grave (o atentado vilento ao pudor), do que aquele que, ao delinquir novamente, houvesse optado pela conduta mais reprovável.

Diante do exposto, afigura-se-nos viável admitir-se a continuidade delitativa pertinente à conduta do réu, no tocante à sua filha Elizabeth’ (RTJ 108/890).

Com essas considerações, Sr. Presidente, repetindo, caracterizada identidade de tempo, lugar e maneira de execução, o agente, através de

pluralidade de vontades, praticou duas ações, cada uma manifestada em ato sexual próprio. **Data venia** das eruditas considerações do parecer do Ministério Público, caracteriza-se o crime continuado e, assim, nego provimento ao recurso”.

No caso dos autos, após consumado o roubo, os delinqüentes forçaram a vítima a acompanhá-los à caixa eletrônica para sacar o dinheiro. Não aconteceu, dada eficaz intervenção da Polícia. Ainda que se dê como consumado o delito, urge, como fez o v. acórdão reconhecer a continuidade delitiva (cf. fls. 226).

Crime da mesma espécie não é crime definido no mesmo dispositivo de lei. Como dito, o Código, nesse caso, define como — crimes idênticos.

Não conheço do recurso especial (alínea a); conheço, porém nego provimento, quanto à alínea c, dado não se evidenciar, no confronto analítico, a identidade dos fatos.

RECURSO ESPECIAL Nº 194.166 — DF

(Registro nº 98.0082099-0)

Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro
Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Recorrido: Bruno Alves Pimentel (preso)
Advogado: Milton Lopes Machado Filho
Sustentação Oral: Milton Lopes Machado Filho, pelo recorrido

EMENTA: REsp — Processual Penal — Júri — Soberania — Denúncia — Pronúncia — A soberania do Tribunal do Júri deve ser analisada em conjugação com a lei processual. O entendimento dos jurados, sem dúvida, é definitivo, quanto ao mérito. Todavia, conforme o rito processual. Cumpre, portanto, conjugar a decisão (mérito) com a regularidade processual. No Tribunal do Júri a imputação é feita pelo libelo (não se confunde com denúncia). Ele se apóia na sentença de pronúncia (CPP, art. 416). A denúncia, nesse procedimento, não é peça de imputação ao Colegiado; ao contrário mero pressuposto da pronúncia, cujo conteúdo é submetido ao contraditório. A pronúncia, por isso, pode excluir quali-

ficadora narrada na denúncia. Diz o brocardo jurídico, herdado dos romanos: “quem pode o mais, pode o menos”. Ora, se ao juiz é permitido repelir a denúncia in totum (sentença de impronúncia), evidente, lícito lhe é recusá-la parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso, porém lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília-DF, 2 de fevereiro de 1999 (data do julgamento).

Ministro VICENTE LEAL, Presidente.

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

Publicado no DJ de 22.03.99.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra acórdão unânime da Segunda Turma Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O v. acórdão hostilizado estampa a seguinte ementa:

“Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Homicídio. Índícios de participação. Circunstâncias qualificadoras. Ausência de fundamentação.

1. Não há que se falar em despronúncia se a decisão que admitiu a acusação está fundamentada na prova da existência do crime e em indícios de que o réu dele participou.

2. A fundamentação de todo ato decisório, no qual se inclui a pronúncia, é exigência que não pode ser postergada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF).

3. Deve o juiz, ainda que sucintamente, pronunciar-se sobre as circunstâncias qualificadoras, postuladas pela acusação, quer para

acolhê-las, quer para rejeitá-las, dando os motivos de seu convencimento.

4. Exclui-se da pronúncia qualificadora admitida sem a imprescindível fundamentação e que não se encontra descrita na denúncia.” (fls. 271).

A irresignação trazida no especial aduz negativa de vigência aos preceitos contidos no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal e artigos 408 e 74, § 1º, do Código de Processo Penal, apontando por último, divergência jurisprudencial com julgados deste Tribunal e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Entende o *parquet* desprezo da Corte a **quo** ao ultrapassar sua competência, ferindo a soberania popular e o princípio do juízo natural descritos na Carta Política.

O pedido às fls. 293 pugna pela pronúncia do réu, nos termos da sentença de 1º grau (fls. 232/234), a fim de se incluir a qualificadora afastada no julgamento do recurso em sentido estrito.

Contra-razões às fls. 297/309.

Despacho de admissão às fls. 314.

Parecer do MPF às fls. 320/325, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O procedimento dos julgamentos pelo Tribunal do Júri é especial. Antes da apreciação pelo Tribunal Popular, a denúncia é analisada, em instrução, culminando com eventual — sentença de pronúncia. Apesar do **nomen iuris**, nem sempre, extingue o processo. De qualquer modo, define a imputação. Na espécie, a acusação, em plenário, far-se-á segundo os seus termos. Não mais se consideram os termos da denúncia.

E a pronúncia deve projetar indícios de autoria e materialidade, delimita, portanto, os limites da acusação. A pronúncia de outro lado, resulta do contraditório, amplamente desenvolvido na instrução. Tanto assim, é objeto de recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, IV).

Evidente, admissível haver divergência entre a denúncia e a pronúncia. Tanto assim, o juiz poderá impronunciar o réu, refutando, portanto, a imputação. Logicamente, viável impugná-la parcialmente.

Dessa forma, o v. acórdão, Relator o eminente Desembargador Getúlio Pinheiro, é irrepreensível.

O recurso especial, manejado pelo Ministério Público, esteia-se na divergência jurisprudencial. Aliás, invocando acórdãos ambos de 1993 desta Sexta Turma, Relator o eminente Ministro Adhemar Maciel, no julgamento do REsp nº 16.504-SP e da Quinta Turma da lavra do Ministro Cid Flaquer Scartezini no julgamento do REsp nº 29.272-8.

Data venia, a soberania do Tribunal do Júri não afeta a conclusão antes exposta.

Não se nega a soberania, expressa no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. Aliás, indiscutível.

Cumpra, todavia, distinguir “soberania” de “procedimento”. Aquela, entendida como resguardo do julgamento do Tribunal Popular, impossível de, no mérito ser contrastado por juízes togados, atuando individualmente, ou em colegiado. Nada impede, entretanto (e aqui se está na extensão do procedimento), a lei processual estabelecer o rito de manifestação da referida soberania. Assim, por exemplo, o disposto no art. 593, III, do Código de Processo Penal. Admissível a apelação, inclusive para anular o julgamento do Júri. Tanto assim, dispõe no § 3º, **verbis**:

“Se a apelação se fundar no nº III, d, deste artigo, e o Tribunal **ad quem** se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.”

A — soberania — do Tribunal do Júri deverá, pois, ser analisada em conjugação com a lei processual. Sem dúvida, o entendimento dos jurados é definitivo, todavia, conforme o rito processual. Cumpra, portanto, conjugar a decisão (mérito) com a regularidade processual.

O Supremo Tribunal Federal decidiu no RECR nº 115.202/MS:

“Constitucional. Penal. Processual Penal. Júri. Soberania. CF/67, art. 153, § 18. CF/88. Art. 5º, XXXVIII, c, CPP, art. 593, III.

I — A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões, quando se mostram manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Provido o recurso, será o réu submetido a novo julgamento pelo júri.

II — RE não conhecido.”

A imputação é o libelo (não se confunde com a denúncia). Este se apóia na pronúncia (CPP, art. 416). Dessa forma, a denúncia, nesse procedimento, insista-se, não é a peça de imputação ao Tribunal do Júri. Ao contrário, mero pressuposto da pronúncia.

O art. 409 é categórico:

“Se não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor, o juiz julgará improcedente a denúncia ou a queixa.”

Diz o brocardo jurídico, herdado dos romanos: “quem pode o mais, pode o menos.”

Ora, se ao juiz é permitido repelir a denúncia **in totum**, evidente, poderá recusá-la parcialmente.

Conheço do recurso especial, todavia, para negar-lhe provimento.

