

HABEAS CORPUS Nº 9.070 – GO

(Registro nº 99.0031733-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Impetrantes: Thales José Jayme e outro
Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Paciente: Roberto Cláudio Granado

EMENTA: **Habeas corpus** – Prescrição retroativa – Reconhecimento em relação a um dos delitos – Lei nº 9.099/1995 – Aplicabilidade – Delito prescrito – Condenação insubsistente – Ordem concedida.

I – Ultrapassado o prazo prescricional previsto no art. 109, inc. VI, do CP, entre a data da decisão confirmatória da pronúncia e a da publicação da sentença condenatória, levando-se em conta a pena concretamente aplicada, declara-se a extinção da punibilidade quanto ao delito de lesões corporais.

II – Em relação ao crime prescrito, não se tem como subsistente a condenação, pois, extinta a punibilidade, deve ser considerado como se o fato objeto do processo prescrito nunca tivesse ocorrido na vida do acusado, não se cogitando de reincidência ou maus antecedentes – o que possibilita que seja observado o procedimento da Lei nº 9.099/1995 em relação ao delito de homicídio culposo.

III – Ordem concedida para declarar-se a extinção da punibilidade em relação ao crime de lesões corporais simples e para que o juízo de origem converta o processo em diligência, a fim de que seja propiciado o procedimento da Lei nº 9.099/1995 em relação ao delito de homicídio culposo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para declarar a extinção da punibilidade em relação ao crime de lesões corporais simples e para que o Juízo de origem converta o processo em diligência, a fim de que seja propiciado o procedimento da Lei nº 9.099/1995,

em relação ao delito do homicídio culposo. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca, Edson Vidigal e Felix Fischer.

Brasília-DF, 4 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro GILSON DIPP, Relator.

Publicado no DJ de 29.11.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fl. 89, **in verbis**:

“Cuida-se de **habeas corpus** impetrado pelos advogados Thales José Jayme e Ricardo Silva Naves, em favor de Roberto Cláudio Granado, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que confirmou a condenação do paciente pelo delito de homicídio culposo e determinou a aplicação, no juízo de origem, do art. 72 da Lei nº 9.099/1995, quanto ao crime de lesão corporal simples.

Aduzem, em síntese, os impetrantes, a extinção da punibilidade em relação ao crime de lesão corporal simples e a imperiosa aplicação da suspensão condicional do processo no tocante ao homicídio culposo.

Originariamente impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, foi o *writ* remetido a esse Superior Tribunal de Justiça, em virtude da edição da Emenda Constitucional nº 22/1999.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem. (fl. 89).

É o relatório.

Apresento os autos em mesa.

VOTO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator): O paciente foi condenado a 2 anos e 2 meses de reclusão pela prática de homicídio culposo e 7 meses de detenção pelo delito de lesão corporal simples.

No presente *writ*, os impetrantes sustentam a ocorrência da prescrição, em relação ao crime de lesões corporais, assim como pugnam pela suspensão condicional do processo, no tocante ao delito de homicídio culposo.

A d. Subprocuradoria Geral da República manifesta-se parcialmente contrária às pretensões, entendendo que, reconhecida a extinção da punibilidade em relação a um dos crimes, não caberia a suspensão condicional do processo em relação ao delito remanescente, ante a ausência do requisito de *não estar sendo o réu processado ou não ter sido condenado por outro crime*, consignando que *a extinção da punibilidade não apaga o crime, nem descriminaliza a conduta. Apenas extingue a pretensão punitiva ou, como no caso, a pretensão executória*, referindo, ainda, *que mesmo com a extinção da punibilidade, subsiste a condenação, não podendo o paciente ser beneficiário da regra do art. 89 da Lei sobremencionada* (fls. 80/81).

Assiste razão à impetração.

Vislumbra-se, efetivamente, a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição em relação ao crime de lesões corporais simples, eis que, entre a decisão confirmatória da pronúncia, ocorrida em 13.12.1994 – quando do julgamento do recurso em sentido estrito (fls. 253/260 – apenso 2) e a sentença condenatória, proferida em 07.04.1997 (fls. 597/603 – apenso 3), consumou-se o lapso prescricional necessário, previsto no art. 109, inc. VI, do Código Penal.

Assim, reconhecida a extinção da punibilidade em relação a um dos crimes, deve ser observado o procedimento da Lei nº 9.099/1995 em relação ao outro, de homicídio culposo, tendo em vista tratar-se de delito com pena mínima abstratamente cominada igual a 1 ano e diante da retroatividade benéfica da lei, sendo que em relação ao crime prescrito não pode ser considerada como subsistente a condenação.

Com efeito. Extinta a punibilidade do paciente, deve ser considerado como se o fato objeto do processo prescrito nunca tivesse ocorrido na vida do acusado, não se cogitando de reincidência ou maus antecedentes.

Diante do exposto, concedo a ordem para declarar a extinção da punibilidade em relação ao crime de lesões corporais simples e para que o juízo de origem converta o processo em diligência, a fim de que seja propiciado o procedimento da Lei nº 9.099/1995 em relação ao delito de homicídio culposo.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 9.262 – SP

(Registro nº 99.0037809-1)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrante: Antônio José Maffezoli Leite
Impetrado: Desembargador-Relator do Agravo de Instrumento nº 595.850 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Rafael de Carvalho Lopes Massaro

EMENTA: Habeas corpus – ECA – Adolescente infrator – Progressão de medida de internação para semiliberdade – Agravo – Concessão de efeito suspensivo, sem a devida fundamentação.

Constituindo a medida de internação verdadeira restrição ao **status libertatis** do adolescente, deve sujeitar-se aos princípios da brevidade e da excepcionalidade, só sendo recomendável em casos de comprovada necessidade e quando desaconselhadas medidas menos gravosas.

No caso, o Magistrado de primeiro grau concedeu ao ora paciente o direito à progressão de medida sócio-educativa com base em laudos técnicos e em decisão fundamentada.

Assim, estando deficientemente fundamentada a decisão de segundo grau que conferiu efeito suspensivo a agravo formulado pelo Ministério Público para impedir a referida progressão, configurado está o constrangimento ilegal.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para que o paciente aguarde em liberdade assistida o julgamento do Agravo de Instrumento nº 59.585.015-00. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.

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

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA: A parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal assim narrou a espécie, *in verbis* (fls. 77/78):

“Trata-se de **habeas corpus** originário impetrado contra decisão do Sr. Desembargador-Relator do Agravo de Instrumento nº 59.585.015-00 do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que concedeu efeito suspensivo ao agravo interposto pelo Ministério Público onde pretendia fosse restaurada internação de menor infrator.

Consta que ao paciente foi imputada a infração prevista no art. 157 do CP (fls. 45/46).

Apreciando a representação oferecida pelo Ministério Público o MM. Juiz da Vara Especial da Infância e da Juventude aplicou medida de internação, por prazo indeterminado, fixando em 4 (quatro) meses o prazo mínimo de reavaliação. (fls. 16/17).

Decidiu o MM. Juiz do Departamento de Execuções da Infância e da Juventude progredir o regime para liberdade assistida por 6 meses, apoiando-se em parecer psicossocial constante do relatório conclusivo da Febem (fls. 19/24).

Inconformado, o Ministério Público agravou dessa decisão pretendendo a restauração da internação do paciente (fls. 29/36), pleito que restou acolhido pelo Exmo Desembargador que concedeu efeito suspensivo ao agravo e determinou a permanência do paciente no regime de internação, até final julgamento deste agravo, e a expedição de mandado de busca e apreensão (fl. 73).

Irresignado, o recorrente impetrou o presente **habeas corpus**, alegando inexistir risco de lesão irreparável que justifique a decretação da ordem liminar e carência de fundamentação na v. decisão de segundo grau, pretendendo, por fim, sua cassação que atribuiu eficácia suspensiva ao agravo ou, subsidiariamente, a cassação a partir do ponto em que determina que o paciente permaneça segregado até o final do julgamento do agravo (fls. 2/15).

Informações prestadas pela MMa. Juíza **a quo** (fl. 74).”

A essa narrativa, acresce-se que a liminar foi indeferida (fls. 73/74).

Assinale-se, ainda, que a autoridade impetrada prestou as informações de fls. 43/74.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, posiciona-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (Relator): Como visto, a presente impetração se insurge contra ato do Desembargador-Relator do Agravo de Instrumento nº 59.585.015-00, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que conferiu efeito suspensivo ao recurso interposto pelo Ministério Público, suspendendo decisão de primeiro grau que concedera ao paciente progressão de medida sócio-educativa – de internação para liberdade assistida.

Ao se pronunciar pela concessão da ordem, ponderou com propriedade, o ilustre membro do *parquet* federal, **verbis** (fl. 79):

“De se ver que a medida de internação tem caráter excepcional. **In casu**, o paciente esteve internado por 11 meses e 23 dias, tendo, inclusive, completado a maioridade penal. Com o benefício pretende dar continuidade a escolarização e profissionalização, além de já ter trabalho certo ao tempo de sua progressão (fl. 56).

Creemos que carente de fundamentação o r. despacho acerca da necessidade de manter-se a internação do paciente. O Exmo. Desembargador em exercício em sua decisão apenas considerou que ‘Trata de infrator reincidente que, em vez anterior, não soube aproveitar seu retorno ao convívio social, aproveitando-se desse benefício para praticar nova infração contra o patrimônio, sempre mediante grave ameaça de violência à vítima’. (fl. 73)

Consoante estatui o art. 121, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente a decisão que determina a manutenção ou não da internação do menor deverá ser fundamentada.

Não houve, no despacho guerreado, indicação objetiva dos motivos ensejadores da medida. Aliás teve-se apenas a fazer referência à gravidade dos fatos praticados pelo menor, sem indicar as razões do deferimento liminar da pretensão recursal.”

Realmente, constituindo a medida de internação verdadeira restrição ao **status libertatis** do adolescente, deve sujeitar-se aos princípios da brevidade e da excepcionalidade, só sendo recomendável em casos de comprovada necessidade e quando desaconselhadas medidas menos gravosas. No caso, o Magistrado de primeiro grau concedeu ao ora paciente o direito à progressão de medida sócio-educativa com base em laudos técnicos e em decisão fundamentada, acostada às fls. 62/64.

Já a ilustre autoridade impetrada não fundamentou satisfatoriamente a decisão que conferiu efeito suspensivo ao agravo ministerial, como frisou o *parquet* federal. Ademais, não restou demonstrada a ocorrência de um dos requisitos autorizadores do efeito suspensivo, qual seja, o indispensável **periculum in mora**, consistente em eventual risco de lesão irreparável.

A propósito, já decidiu esta Quinta Turma, em caso semelhante ao dos autos:

“Criminal. HC. ECA. Suspensão de progressão de medida sócio-educativa. Decisão com fundamentação deficiente. Afronta ao objetivo do sistema. Ordem concedida.

I – Deficientemente fundamentada a decisão do Desembargador do Tribunal **a quo**, que concedeu efeito suspensivo a agravo de instrumento ministerial, para impedir progressão de medida sócio-educativa – deferida pelo julgador de primeiro grau motivadamente e com base em laudos técnicos, reconhece-se a ocorrência de constrangimento ilegal.

II – O sistema implantado pelo ECA visa à reintegração do menor ao convívio social, sendo que a progressão é da sua natureza, sendo descabida a sua sustação se não demonstrado risco de lesão irreparável.

III – Ordem concedida para que o paciente aguarde em liberdade assistida o julgamento do recurso ministerial.”

(HC nº 8.717-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 31.05.1999).

Ante o exposto, concedo a ordem de **habeas corpus** para que o paciente aguarde em liberdade assistida o julgamento do Agravo de Instrumento nº 59.585.015-00.

HABEAS CORPUS Nº 9.509 – MS

(Registro nº 99.0043957-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrante: Maritza Brandão
Impetrada: Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul
Pacientes: Vilmar Simão e Luzinete Paula de Souza

EMENTA: Habeas corpus – Crime de furto em continuidade delitiva – Condenação inferior a quatro anos – Possibilidade de aplicação, em grau de apelação, da Lei nº 9.714/1998.

Se no momento da entrada em vigor da Lei nº 9.714/1998 (Lei das Penas Alternativas) estava em curso recurso de apelação contra condenação não superior a quatro anos de reclusão, deveria o Tribunal examinar, até mesmo de ofício, a possibilidade de aplicação da nova lei penal mais benigna aos então apelantes, em atenção ao princípio da retroatividade da *lex mitior*, insculpido no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, e reproduzido no parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Verificando-se, todavia, o trânsito em julgado da decisão, competente para apreciar eventual substituição de pena é o juízo da execução (Súmula nº 611-STF).

Em tema da continuidade delitiva de que trata o *caput* do art. 71 do Código Penal, tem entendido a doutrina, majoritariamente, que o melhor critério para a fixação do aumento de pena deve ser aquele que considera o número de crimes praticados. Seguindo esse critério, o Supremo Tribunal Federal tem decidido, em hipóteses como a dos autos – dois crimes praticados em continuidade delitiva –, que o aumento de pena em razão da continuidade deve-se dar no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto).

Concessão parcial da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos

e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, para que o aumento fracionário relativo à continuidade delitiva seja estabelecido no mínimo de 1/6 (um sexto) para ambos os pacientes. Com relação à paciente Luzinete Paula de Souza, outrossim, deve o juízo das execuções examinar a possibilidade de substituição da pena imposta, nos termos da Lei nº 9.714/1998. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

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

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 11.10.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA: Trata-se de **habeas corpus** impetrado pela advogada Maritza Brandão, em prol de Vilmar Simão e Luzinete Paula de Souza, apontando como autoridade coatora a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Narram os autos que os pacientes Vilmar Simão e Luzinete Paula de Souza foram condenados, respectivamente, às penas de três anos e dois meses de reclusão e vinte dias-multa e dois anos e oito meses de reclusão e dezesseis dias-multa, por infringência ao art. 155, § 4º, IV (por duas vezes), do Código Penal, em continuidade delitiva.

Inconformados, apelaram pretendendo a desclassificação do delito para receptação culposa ou, alternativamente, a redução da reprimenda imposta, sob o fundamento de que houve exacerbação, já que a pena foi aumentada em 1/3, devido à continuidade, quando poderia ter incidido a majorante de 1/6.

Negado provimento ao apelo, impetra-se o presente *writ* no qual se pretende o exame, pela Corte de origem, da possibilidade de aplicação da Lei nº 9.714/1998, para fins de substituição da pena, ou, ainda, redução da reprimenda imposta diante da falta de fundamentação para a aplicação em percentual maior (1/3). Para tanto, alega o impetrante que o processo estava em grau de recurso quando do advento da Lei nº 9.714/1998, tendo o

tribunal deixado de aplicar o diploma legal, negando, assim, a devida prestação jurisdicional, já que os pacientes possuem todos os requisitos a ensejarem a substituição.

Aduz, ainda, que o aumento da pena em 1/3, em face da continuidade delitiva, deu-se sem qualquer fundamentação, eis que, tratando-se apenas de dois crimes de furto, deveria incidir o aumento mínimo de 1/6.

As informações foram prestadas pelo ilustre Vice-Presidente da Corte de origem (fls. 25/26).

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

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (Relator): Qual visto, o presente *writ* assenta em dois pontos, a saber: a) a omissão da Corte de origem consistente em não ter examinado, em grau de apelação, a possibilidade de aplicação da Lei nº 9.714/1998, para fins de substituição da pena imposta aos pacientes e; b) pretende-se a redução da reprimenda imposta diante da falta de fundamentação na fixação do aumento de 1/3 em razão da continuidade delitiva, quando, na verdade, tratando-se de apenas dois crimes de furto, deveria incidir o aumento mínimo de 1/6.

No concernente ao primeiro tópico da irresignação, merece prosperar a súplica tão-somente com relação à paciente Luzinete Paula de Souza, como demonstrado a seguir.

Consoante se verifica da sentença condenatória, às fls. 9/11, os crimes imputados aos pacientes ocorreram nos dias 10.01.1997 e 18.01.1997, anteriormente, portanto, ao advento da Lei nº 9.714, de 25.11.1998. Foram os pacientes Vilmar Simão e Luzinete Paula de Souza condenados, respectivamente, às penas de três anos e dois meses de reclusão e vinte dias-multa e dois anos e oito meses de reclusão e dezesseis dias-multa.

Ocorre que, quando a Lei nº 9.714/1998 entrou em vigor, no dia 26.11.1998, estava em curso perante a Corte **a quo** recurso de apelação manejado pela defesa dos pacientes, que foi julgado em 9 de dezembro de 1998, consoante se extrai do acórdão trazido aos autos com as informações. Conquanto tenha o julgamento da apelação se dado já na vigência da lei nova mais benéfica (Lei nº 9.714/1998), o Tribunal **a quo** não fez qualquer consideração acerca da sua possível aplicação à espécie.

Das informações prestadas, às fls. 25/26, extrai-se a justificativa de que a Corte **a quo** só não examinou a possibilidade de aplicação da referida lei porque tal tema não foi cogitado no recurso de apelação.

Data venia a omissão não se justifica.

Com efeito, as modificações introduzidas no Código Penal pela Lei nº 9.714/1998 tiveram, sem dúvida, caráter mais benigno que a redação anterior do Estatuto Repressivo; porquanto, além de criarem-se penas substitutivas menos severas, estendeu-se extraordinariamente a incidência destas, possibilitando a sua aplicação em condenações até quatro anos de reclusão. Assim, deveria o Tribunal impetrado examinar, até mesmo de ofício, a possibilidade de sua aplicação aos então apelantes, em atenção ao princípio da retroatividade da **lex mitior**, insculpido no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, e reproduzido no parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Outro não é o entendimento do insigne mestre **Júlio Fabbrini Mirabete**, ao discorrer sobre a aplicação retroativa da “Lei das Penas Alternativas”, **verbis**:

“Em praticamente todos os seus aspectos, a Lei nº 9.714, de 25.11.1998, que alterou os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 da Parte Geral do Código Penal, instituída pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984, é mais benigna do que esta. Além de criar penas substitutivas menos severas, estendeu extraordinariamente a incidência destas, possibilitando a sua aplicação em condenações até quatro anos de reclusão ou detenção. Assim, é evidente que as novas disposições têm caráter retroativo, nos termos do art. 5º, XIX, *in fine*, da CF, regulamentado pelo art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, devendo incidir sobre os crimes ocorridos antes de sua vigência, que se iniciou em 26.11.1998, ainda que a sentença condenatória tenha transitado em julgado.

Caso o fato criminoso não tenha sido, ainda, objeto de sentença, deve o juiz aplicar os novos dispositivos mais benignos ao decidir a causa. *Estando o feito na fase recursal, seja em apelação, embargos infringentes, recurso especial, recurso extraordinário, etc., o tribunal que apreciá-lo deverá também considerar a possibilidade de sua aplicação. Tendo transitado em julgado a sentença condenatória, de acordo com o disposto no art. 66, I, da LEP e na Súmula nº 611 do STF, competente para a aplicação dos novos dispositivos mais favoráveis é o juiz da execução, que deverá apreciar os requisitos objetivos e subjetivos indispensáveis à*

concessão do benefício da substituição. É vedada a aplicação das regras mais benignas em revisão criminal, por supressão de instância, a não ser que, cabível tal recurso, seja revisto o mérito da decisão condenatória. Também não se admite a aplicação da lei nova mais benigna por meio de pedido de **habeas corpus**, exceto quando, desnecessário o exame de prova, patente é o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente.” (Código Penal Interpretado, **Júlio Fabbrini Mirabete**, São Paulo, Atlas, 1999, p. 287). (grifei).

Todavia, conquanto tenham sido ambos os pacientes condenados a penas privativas de liberdade inferiores a quatro anos, limite estabelecido pela Lei nº 9.714/1998 para a possível substituição pela pena alternativa, o paciente Vilmar Simão não faz jus à eventual substituição, eis que, sendo ele reincidente, consoante reconhecido na sentença condenatória (fl. 10), não possui o requisito subjetivo exigido pelo inciso II do art. 44 do Código Penal.

Já no que se refere à paciente Luzinete, tem ela o direito de ver apreciada a possibilidade da substituição da pena, contudo, não nesta via de cognição sumária, imprópria para a aferição dos requisitos subjetivos, mas na instância de origem. Porém, constando das informações, à fl. 27, que a condenação transitou em julgado, caberá ao juízo da execução o exame da possibilidade de aplicação da pretendida substituição da reprimenda a ela imposta, nos termos da Súmula nº 611 do Excelso Pretório, que encerra este enunciado:

“Súmula nº 611. Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.”

No que tange ao segundo tópico da impetração, referente ao aumento de pena pela continuidade delitiva, tem razão o impetrante, devendo a ordem ser concedida a ambos os pacientes. Colhe-se do alentado parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Jair Brandão de Souza Meira, às fls. 40/41, **verbis**:

“A fixação da pena obedece ao sistema trifásico estabelecido no Código Penal, devendo-se numa primeira etapa ser fixada a pena-base, de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59, passando-se, posteriormente, à apreciação das circunstâncias legais (agravantes ou atenuantes) previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 e, finalmente, incidirão as

eventuais causas de aumento ou de diminuição da Parte Geral ou Especial do Código Penal.

Na hipótese, a pena-base foi fixada no mínimo legal para ambos os pacientes (dois anos), tendo, na segunda fase, sido aumentada em seis meses para Vilmar, devido a reincidência, passando o Magistrado para as causas de aumento e diminuição (3ª fase), quando acrescentou mais oito meses para ambos os acusados, devido a continuidade delitiva.

Com efeito, o artigo 71 do Código Penal, determina que nas hipóteses de continuidade delitiva será aplicada ‘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’.

Na hipótese, porém, o MM. Juiz sentenciante, na terceira fase da fixação da pena, ao aumentar em oito meses as reprimendas anteriormente impostas, valeu-se de fração superior a mínima prevista no supracitado dispositivo legal (1/6), sem, contudo, justificar a exacerbação.

O fato é que a Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, impõe a necessidade de fundamentação a todas as decisões judiciais, configurando constrangimento ilegal o aumento fracionário, acima do mínimo previsto (1/6) devido a continuidade delitiva, sem a devida justificativa.”

Com efeito, em tema da continuidade delitiva de que trata o **caput** do art. 71 do Código Penal, tem entendido a doutrina, majoritariamente, que o melhor critério para a fixação do aumento de pena deve ser aquele que considera o número de crimes praticados. Nesse sentido: **Damásio de Jesus** (Direito Penal, Saraiva, 14ª ed., 1990, I/529) e **Celso Delmanto et al** (Código Penal Comentado, Renovar, 4ª ed., 1998, p. 71).

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

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

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

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

III – HC deferido, em parte.”

(HC nº 69.437-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso).

“Continuidade delitiva. Majoração da pena. Percentagem. A eleição do percentual de acréscimo – de um sexto a dois terços – há de fazer-se considerado o número de delitos. Exsurge inidônea à modificação do percentual máximo de dois terços o fato de, em relação a sete dos quarenta e cinco perpetrados, haver sido reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Razoabilidade da manutenção dos dois terços.”

(HC nº 73.446-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio).

Ante o exposto, conheço do pedido e concedo a ordem, em parte, para que o aumento fracionário relativo à continuidade delitiva seja estabelecido no mínimo de 1/6 (um sexto) para ambos os pacientes. Com relação à paciente Luzinete Paula de Souza, outrossim, deve o Juízo das execuções examinar a possibilidade de substituição da pena imposta, nos termos da Lei nº 9.714/1998.

É como voto.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: V. Exa. entendeu que era caso de concessão parcial da ordem.

Acompanho o voto de V. Exa.

HABEAS CORPUS Nº 10.057 – SP

(Registro nº 99.0062047-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Carlos Jacinto Pellegrino

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Fábio Machado de Oliveira (preso)

EMENTA: Processual Penal – **Habeas corpus** – Execução – Regime prisional mais gravoso impropriamente fundamentado na gravidade do crime – Condenado não reincidente e sem maus antecedentes – Direito ao regime semi-aberto – Ordem concedida.

I – Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime semi-aberto, tendo em vista a quantidade de pena imposta, eis que reconhecida a ausência de reincidência e maus antecedentes na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de regime mais gravoso com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado.

II – Tratando-se de nulidade prontamente verificada, deve ser permitido o devido saneamento via **habeas corpus**.

III – Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao paciente. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Edson Vidigal e Felix Fischer. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 7 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro GILSON DIPP, Relator.

Publicado no DJ de 08.11.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 108/113, **in verbis**:

“Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra decisão proferida pela egrégia Décima Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, por votação unânime, negou provimento à apelação interposta em favor de Fábio Machado de Oliveira, incurso no art. 157, § 2^a, inciso I, do Código Penal, na qual se postulou absolvição por insuficiência de provas ou, alternativamente, o reconhecimento da tentativa ou, ainda, a determinação do regime inicial semi-aberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta.

O paciente foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial fechado, além de treze dias-multas por ter, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, subtraído, para si, o veículo VW/Kombi, placas BOB-2262/SP, pertencente ao ABN AMRO Arrendamento Mercantil S/A, e ao ofendido Rogério Cardoso de Araújo, restando incurso nas sanções do artigo 157, § 2^a, inciso I, do Código Penal.

Inconformado, interpôs apelação pleiteando absolvição, por falta de provas, ou, alternativamente, o reconhecimento da modalidade tentada, por não ter a **res** saído da esfera de vigilância da vítima, ou, ainda, a imposição de regime mais brando para o início de cumprimento da pena corporal imposta.

À oportunidade do julgamento, o egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, através da Décima Quarta Câmara, por unanimidade, negou provimento ao recurso, mantendo a pena e o regime inicial fechado.

Sobreveio, então, o presente **habeas corpus**, no qual alega o impetrante que ‘a não concessão do regime semi-aberto ao paciente tornou-se, **data venia**, um constrangimento ilegal, pois ele é primário e as penas foram fixadas nos mínimos legais. Assim, vulnerado foi o § 3^a do artigo 33 e o inciso III do artigo 59, ambos do Código Penal. Além disso, o crime de roubo não foi colocado entre os crimes hediondos.’”

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão do *writ*. (fl. 113).

É o relatório.

Apresento os autos em mesa.

VOTO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator): O cerne da **quaestio** diz respeito à imposição de regime fechado a réu condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, além de multa, pela prática de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, mesmo diante do reconhecimento de condições pessoais favoráveis, quando da dosimetria da reprimenda, como a primariedade e a ausência de maus antecedentes.

Pugna, a impetrante, pelo direito do paciente ao regime semi-aberto, tendo em vista as circunstâncias favoráveis já reconhecidas e a inexistência de fundamentação para o regime gravoso estabelecido na condenação, mantido pelo egrégio Tribunal **a quo**.

Nos termos do entendimento já adotado por esta Turma, penso que resta demonstrado evidente constrangimento ilegal.

Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime semi-aberto, eis que sem reincidência – por exemplo, não cabe a imposição de regime mais gravoso com base em fundamentação restrita à gravidade do delito praticado, como ocorrido **in casu**.

Inobstante reconhecer-se que há certa discricionariedade na fixação do regime mais rigoroso, quando existirem motivos de fato e de direito a recomendarem tal providência, necessária se faz a pertinente fundamentação em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal, o que não se vislumbra neste caso específico.

Ao contrário, se a maioria das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não foi negativamente valorada, tanto assim que a pena-base foi fixada no mínimo legal, tem-se como plausível a irresignação.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte:

“– Recurso especial. Pena inferior a 2 anos. *Sursis*. Regime fechado. Necessidade de fundamentação.

– a sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que aquele que o condenado teria direito, exige fundamentação adequada, sob pena de ineficácia.

– o art. 697 do CPP, impõe o pronunciamento motivado sobre a concessão ou denegação de suspensão condicional da pena.

– recurso conhecido e provido.”

(REsp nº 147.425-SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 15.06.1998).

“Penal. Roubo qualificado. Primariedade e bons antecedentes. Pena-base fixada no mínimo. Art. 59, II, do CP. Regime fechado. Negativa de vigência ao art. 33, § 3º, do CP. Recurso especial.

Se as condições concretas da prática do delito e dos antecedentes do réu – primariedade e bons antecedentes – foram determinantes para a fixação da pena-base no patamar mínimo, também devem sê-lo para o estabelecimento do regime prisional.

Incompatível o regime fechado com delito para o qual tenha sido fixada pena-base no mínimo previsto pela lei.

Recurso conhecido e provido.”

(REsp nº 55.057-SP, Rel. Anselmo Santiago, DJ de 26.05.1997).

No mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. *Sursis*. Requisitos. Regime de cumprimento da pena. CP, art. 77, I.

– A simples alusão à gravidade do delito, sem suficiente fundamentação, não basta, por si só, para a fixação do regime de pena mais gravoso ao réu: HC nº 77.682-SP, Néri da Silva, Plenário, 22.10.1998.

– II – Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos – CP, art. 77 – pode ser concedido o *sursis*.

– III – HC deferido.”

(HC nº 77.619-RJ, Ministro Carlos Velloso, DJ de 18.12.1998, p. 50, Ement, Vol. 01936-02, p. 350).

“**Habeas corpus**. Regime prisional agravado em apelação manifestada pelo Ministério Público com base unicamente na gravidade do delito. Ausência de fundamentação suficiente.

Pode o Tribunal fixar regime semi-aberto de cumprimento da pena, embora a quantificação da pena aplicada seja compatível com o regime mais benéfico e o réu atenda aos requisitos objetivos e subjetivos para sua obtenção, dado que a norma do art. 33, § 2º, b, do

Código Penal confere mera faculdade ao órgão julgador. O que não se permite, contudo, é a imposição de regime mais rigoroso fundado unicamente na gravidade do delito imputado ao paciente, sem suficiente justificação. **Habeas corpus** concedido para anular o acórdão no ponto impugnado para que outra decisão seja proferida com indicação fundamentada do regime.”

(HC nº 75.856-SP, Min. Ilmar Galvão, DJ de 30.04.1998, p. 00008, Ement, Vol. 01908-01, p. 181).

Assim, tratando-se de nulidade prontamente verificada, ante a efetiva ausência de embasamento legal para a manutenção do indigitado regime fechado, deve ser permitido o devido saneamento via **habeas corpus**.

Diante do exposto, concedo a ordem para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao ora paciente.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 10.150 – RN

(Registro nº 99.0065239-8)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrante: João Batista Neto
Impetrada: Juíza-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região
Paciente: Antônio Costa Filho

EMENTA: Penal – Processual – Ordem judicial – Desobediência – **Habeas corpus**.

1. O crime de desobediência (CP, art. 330) só se configura se a ordem legal é endereçada diretamente a quem tem o dever legal de cumpri-la.

2. A lei exige a fundamentação de todos os decisórios judiciais (CF, art. 93, XI), sob pena de nulidade.

3. **Habeas corpus** conhecido; pedido deferido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 7 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 21.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: **Habeas corpus** impetrado em favor de Antônio Costa Filho, contra ato da Juíza-Presidente do TRT da 21ª Região, que decretou a prisão do paciente pela prática de supostos crimes de estelionato (CP, art. 171) e desobediência (CP, art. 330).

O impetrante sustenta que: “a) a Prefeitura da cidade de Maxaranguape – RN, em sede de reclamação trabalhista movida pela Sra. Maria do Socorro de Brito, celebrou acordo com a reclamante; b) a avença não foi cumprida pelo referido ente público, tendo sido determinado o seqüestro da quantia e, posteriormente, confeccionado instrumento de doação de parte do valor acordado, tendo como doadora a Sra. Maria do Socorro e como beneficiária a Prefeitura do citado município; c) após algum tempo, a Sra. Maria do Socorro alegou em juízo a ocorrência de fraude na celebração do referido instrumento; d) o paciente, quando da época do acordo, era Chefe de Gabinete da Prefeita de Maxaranguape – RN, recebendo, em nome da Prefeitura, a doação referida, fazendo ingressar os valores nas receitas do município; e) em decorrência da notícia feita pela Sra. Maria do Socorro, foi determinado que o paciente depositasse em juízo a quantia que fora objeto da doação, sob pena de prisão por infringência aos artigos 330 e 171 do Código Penal” (fls. 179/180).

Alega, ainda, que não houve fraude na celebração do acordo, “além de

não ser ele – o paciente – o competente para fazer qualquer tipo de pagamento em nome do Município, se fosse o caso de adotar-se o procedimento judicialmente determinado, eis que as receitas já se haviam incorporado ao patrimônio municipal”.

Pede a concessão da ordem para que, anulada a decisão recorrida, seja revogada a custódia decretada.

O Ministério Público, nesta Instância, é pela concessão da ordem.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Sr. Presidente, a desobediência como crime está assim tipificada – “Desobedecer à ordem legal de funcionário público” (CP, art. 330). O bem tutelado aí é a Administração Pública.

A *ordem legal* há que ser endereçada diretamente a quem tem o dever legal de obedecê-la. Assim, se o funcionário não possui a condição inerente ao cumprimento exato da ordem não se lhe pode exigir o dever legal de obedecê-la.

Ademais, a prisão por desobediência, como a prisão em face de qualquer outro delito, só pode ocorrer em flagrante – o que é permitido a qualquer do povo – ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime militar conforme definição da lei. Não havendo o flagrante na hipótese de desobediência há que se fazer, como em qualquer outro caso, representação cabível para a instauração do procedimento criminal.

Quanto ao estelionato, como bem sustenta o MPF (fl. 181), “não vislumbramos fundamentação para a decretação da prisão do paciente por prática da figura delituosa do art. 171 do Estatuto Penal”.

Assim veio decretada a custódia:

“À vista das alegações já expendidas pelas partes e considerando, notadamente, a manifestação do Ministério Público do Trabalho e o crime continuado, com enquadramento no art. 330, Código Penal, além do art. 171 do mesmo Código, intime-se o senhor Antônio Costa, para depositar o valor de R\$ 21.446,50 (vinte e um mil, quatrocentos e quarenta e seis reais e cinquenta centavos), em 24 horas, sob pena de prisão” (fl. 56).

O que a lei exige é a fundamentação de todos os decisórios judiciais (CF, art. 93, XI), sob pena de nulidade. Deve o julgador explicitar os motivos de seu convencimento, demonstrando, efetivamente, a necessidade da prisão. Nada disso foi feito aqui.

Assim, conheço do **habeas corpus**, e, na linha de incontáveis precedentes deste STJ, defiro o pedido.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 10.438 – SP

(Registro nº 99.0072680-4)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrante: Messias José Lourenço
Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Roberto Aparecido Nogueira (preso)

EMENTA: Penal – Processual – Sentença condenatória – Nulidade decorrente de não apreciação de tese da defesa – Não ocorrência.

1. Não é nula, portanto, a decisão que, mesmo sem fazer menção expressa à tese sustentada pela defesa, adota entendimento diverso.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 21.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: **Habeas corpus** impetrado em favor de Messias José Lourenço, contra decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que indeferiu pedido de revisão criminal.

O paciente foi condenado, por infração ao CP, art. 155, § 1º, à pena de dois anos e um mês de reclusão, em regime fechado. Dessa decisão foi tirado um recurso de apelo, ao qual o Tribunal deu parcial provimento para, tão-somente, reduzir a pena imposta para um ano e dois meses de reclusão, afastando a agravante do repouso noturno e a nota de reincidência.

Transitada em julgado aquela decisão, veio o pedido de revisão criminal. Naquela oportunidade, “foram argüidas nulidades processuais, referentes à nomeação de defensor dativo sem a intimação do réu, e à sentença, pois que não se teria apreciado tese levantada pela defesa, relativa à desclassificação para furto simples e ao reconhecimento do arrependimento posterior”. Ainda, que fosse-lhe aplicada a atenuante da confissão espontânea.

Indeferida a revisão, reagiu com este **habeas corpus**, insistindo na nulidade da sentença condenatória e do próprio acórdão, por falta de apreciação de tese da defesa. Pede sejam reconhecidas a causa de diminuição da pena (arrependimento posterior) e a atenuante da confissão espontânea, “e conseqüente extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva” (fl. 9).

O Ministério Público, nesta instância, é pela denegação da ordem.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Sr. Presidente, ao contrário do que sustenta a impetração, a sentença condenatória veio devidamente fundamentada. O fato de ter silenciado sobre questão levantada pela defesa não enseja nulidade, eis que não é **citra petita** a decisão que, mesmo sem fazer menção expressa à tese sustentada pela defesa, adota entendimento diverso.

É o caso destes autos. A sentença, como bem consignou o MPF (fl. 126), não é omissa, “pois que, após apresentadas as razões de procedência da denúncia ministerial, passou-se à aplicação da pena, percorrendo o MM. Juiz o sistema trifásico adotado pelo ordenamento jurídico pátrio”. Da mesma forma, não há nulidade no acórdão que indeferiu a revisão criminal. Das informações prestadas (fl. 50), destaco:

“O egrégio Oitavo Grupo de Câmaras, por votação unânime, indeferiu a pretensão, entendendo que as preliminares de nulidade do feito não foram mencionadas no recurso de apelação e, com relação à atenuante da confissão, ficou implícito na sentença o seu não reconhecimento, em virtude do crime ter sido desvendado pela polícia. O r. **decisum** restou irrecorrido (doc. nº 10).”

Temos entendido que, quando o juiz – ou o acórdão – adota tese diversa da sustentada pela defesa, explicitando as razões de seu convencimento, acaba por rejeitar, ainda que implicitamente, a tese defensiva, dispensando manifestação expressa naquele sentido. Nessa linha, os precedentes:

“REsp. Processual Penal. Sentença. Discurso lógico. Nulidade.

A sentença deve analisar as teses da defesa, a fim de a prestação jurisdicional ser exaustiva. Urge, todavia, ponderar. Se o julgado encerra conclusão inconciliável com a referida tese, desnecessário fazê-lo expressamente. A sentença precisa ser lida como discurso lógico. Não há espaço para itens supérfluos.”

(REsp nº 47.474-RS, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 24.10.1994).

“Processual Penal. Sentença. Nulidade. Inexistência.

A conclusão da sentença no sentido da condenação indica rejeição implícita às teses da defesa, conducentes à absolvição. Ausência de nulidade. Precedente do STJ.

Ordem de **habeas corpus** denegada.

(HC nº 9.980-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 16.11.1999).

De minha relatoria, destaco o HC nº 9.235-PA, DJ de 06.09.1999, assim ementado:

“Penal. Processual. Testemunhas. Oitiva. Limitação. Pronúncia. Nulidades. **Habeas corpus**.

1. Não demonstrado o efetivo prejuízo à defesa, não se reconhece a alegada nulidade no despacho que limitou a inquirição das testemunhas aos advogados que as arrolaram.

2. A pronúncia é decisão de natureza processual, em que o juiz proclama admissível a acusação e envia o réu para julgamento pelo Tribunal do Júri.

3. *O juiz pronunciante não deve aprofundar-se no exame das provas, para não influir no ânimo dos jurados. Não é nula, portanto, a decisão que, mesmo sem fazer menção expressa à tese sustentada pela defesa, adota entendimento diverso.*

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

Entendimento idêntico vem sendo acolhido pelo Supremo Tribunal Federal:

“Sentença: fundamentação. Não é omissa a sentença que explicita as premissas de fato e de direito da decisão e, ao fazê-lo, afirma tese jurídica contrária à aventada pela parte, ainda que não a mencione.”

(HC nº 70.179-5-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.06.1994).

Assim, na linha dos precedentes citados, e do parecer do MPF (fls. 124/128), que acolho, conheço do **habeas corpus**, mas indefiro o pedido.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 10.618 – PR

(Registro nº 99.0080792-8)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Impetrante: Janaína Bordin Remor

Impetrada: Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Paciente: Hílton Chipon

EMENTA: Penal – Tributário – Trancamento de inquérito policial – Falta de justa causa – Lei nº 9.430/1996 – Condição de procedibilidade – Constrangimento ilegal – **Habeas corpus** – Recurso.

1. O inquérito policial é mera peça informativa, destinada, tão-somente, a apurar o fato noticiado. Havendo, ao menos em tese, crime a ser apurado, não se tranca o inquérito, exceto em situações em que desponta flagrante o constrangimento ilegal.

2. O exaurimento da instância administrativa não é condição de procedibilidade para a ação penal (Lei nº 9.430/1996, art. 83). Res-salva da posição contrária do Relator.

3. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e José Arnaldo da Fonseca. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezini.

Brasília-DF, 23 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 17.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: **Habeas corpus** impetrado em favor de Hílton Chipon, contra decisão do TRF da 4ª Região, que denegou a ordem ali impetrada.

Denunciado por infração à Lei nº 8.212/1991, art. 95, d, o impetrante pede seja trancada a ação penal. Diz que foram violadas as Leis nºs 9.430/

1996, art. 83, e 9.249/1995, art. 34, na medida em que “se tratando de crimes contra a ordem tributária, o esgotamento da esfera administrativa, ou seja, a constituição definitiva do crédito tributário, constitui-se condição de procedibilidade para a ação penal” (fl. 4).

Assim, prossegue, “a ação penal foi instaurada exclusivamente em face de representação fiscal para fins penais encaminhada pelo INSS, a despeito do referido processo administrativo não estar concluído, e sim aguardando julgamento no Conselho de Recursos da Previdência Social” (fl. 10).

O Ministério Público, nesta instância, é pela denegação da ordem.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Sr. Presidente, a idéia de que o direito penal não é a solução mais inteligente para os problemas de caixa do Governo vem se impondo, felizmente, à compreensão das mentes que decidem.

Diz a Lei nº 9.430/1996:

“Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no **caput** do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos policiais e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo Juiz.”

Não se trata, a toda evidência, de cerceamento da ação institucional do Ministério Público. O que a lei restringe é a ação da repartição fazendária, proibida agora, – como esteve quando da vigência da Lei nº 4.357/1964, art. 11, § 3º, – de remeter papéis, para fins de denúncia, ao Ministério Público, enquanto não se concluir, no processo administrativo, sobre a existência do crédito tributário correspondente.

Isto é, o crime em tese contra a ordem tributária somente despontará, em princípio, configurado ao término do procedimento administrativo.

Não é mais um simples auto de infração, resultante quase sempre de apresadas conquanto tensas inspeções, o instrumento com potencialidade indiciária suficiente para instruir uma denúncia criminal.

A Lei nº 9.430/1996, art. 83, é clara; refere-se a *representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1ª e 2ª da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Diz que essa *representação fiscal para fins penais será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do débito tributário correspondente*.

Não quer dizer que, diante dos papéis requisitados ou do relatório do inquérito policial, tenha o Ministério Público que, obrigatoriamente, oferecer denúncia.

Representação fiscal para fins penais não pode ser entendida, à luz do Direito Processual Penal, como simples comunicação do Fisco, apenas uma notícia-crime para o Ministério Público proceder conforme achar melhor. *Representação fiscal para fins penais* há que ser entendida como condição de procedibilidade, sim. A expressão – *representação fiscal para fins penais* – se reveste de condição técnica, não cabendo outra leitura, senão a que apreenda o seu sentido técnico.

Conforme anota o Professor **David Teixeira de Azevedo**, da Universidade de São Paulo:

“Considerar que a representação aludida no dispositivo significa tão-só mera comunicação ao Ministério Público da existência do ilícito tributário, mas não o exercício de uma potestade jurídica, condição do exercício da ação penal, e que este último poderá sponte própria iniciar o procedimento investigatório preliminar e apresentar subsequente denúncia, é votar o dispositivo à ociosidade, tornando absolutamente supérflua a norma. É também instituir à lei um jogo de esconde-esconde: a autoridade tributária omitiria do titular da ação penal a existência de um ilícito tributário até julgamento final do processo administrativo. Se o titular da ação penal, por esperteza, porventura vier a descobrir o ilícito tributário, nada estaria a lhe impedir a burla da norma: condiciona-se a ação penal à representação; todavia nada impediria a mera comunicação, esta sim suficiente para início da **persecutio criminis!!!** Seria, assim, absolutamente inócuo o dispositivo, porque, com a comunicação ou sem ela, o titular da **persecutio criminis** poderá desencadear o procedimento penal. Mais que ociosa,

ainda, tal norma, por não haver razão jurídica para disciplinar em lei ordinária a mera comunicação da infração tributária ao Ministério Público, com ou sem comunicação, o Ministério Público poderá avaliar, sempre e sempre, a conveniência e a correção de apresentar-se a acusação penal.

Se a lei impede a comunicação, chegando a instituir a representação, é por não desejar a instauração da ação penal senão depois de verificada, em definitivo, no processo administrativo, a exigência fiscal do crédito tributário. E se assim é, evidentemente que a finalidade foi criar uma condição de procedibilidade para a ação penal, cujo início não poderá ocorrer senão após a decisão administrativa. Somente dessa forma se tem uma compreensão estrutural da legislação relativa ao relacionamento Fisco-Contribuinte, realizando-se um trabalho 'constutivo de natureza axiológica, não só por se captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque (...) a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa' (Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 287). Esse caminho hermenêutico que, a um só tempo prestigia a literalidade do dispositivo e a teologia da norma, que colhe a intencionalidade do legislador e a finalidade da lei, põe-se na linha do que **Recansens Siches** denomina 'lógica do razoável e do humano', modelo exegético, segundo ele, conciliador e superador de todos os métodos de interpretação legislativa". (RT 739, maio de 1997, pp. 477/478).

A determinação de se exaurir antes a via administrativa, digo eu, para só depois se acionar a instância judicial-criminal já constou de lei mais antiga, no caso a Lei nº 4.357/1964, em seu:

"Art. 11

.....
§ 3º Nos casos previstos neste artigo, a ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade julgadora de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência de crime, logo após a decisão final condenatória proferida na esfera administrativa."

No ano seguinte, em 14 de julho, surgiu a Lei nº 4.729/1965 definindo

os crimes de sonegação fiscal. Foi o silêncio dessa lei quanto ao esgotamento da via administrativa antes das providências para fins criminais que levou o Supremo Tribunal Federal à Súmula nº 609 na qual prescreve que “é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”.

Com a Lei nº 8.137/1990 sumiram os *crimes de sonegação fiscal* e surgiram os *crimes contra a ordem tributária*, crimes de dano.

Numa análise comparativa entre os dois diplomas legais, Aristides Junqueira Alvarenga, então Procurador-Geral da República, anotou que “todos os tipos penais definidos na Lei nº 4.729/1965 foram objeto de novo tratamento pela Lei nº 8.137/1990, a autorizar conclusão de que a Lei nº 4.729/1965 foi revogada pela Lei nº 8.137/1990, restando daquela apenas o artigo que deu nova redação aos parágrafos do art. 334 do CP, concernente aos crimes de contrabando ou descaminho”.

Assim, enquanto os chamados crimes de sonegação fiscal definidos pela Lei nº 4.729/1965 configuravam crimes de mera conduta, os da Lei nº 8.137/1990 configuram crimes de dano, “eis que o resultado danoso se realiza posteriormente à conduta do agente, conduta essa que constitui simples meio”.

É importante não perder de vista essa distinção entre crimes de mera conduta e crimes de dano por causa de suas repercussões intensas no sistema jurídico-penal.

Ou seja, a supressão ou redução de tributos, por exemplo, de que trata a Lei nº 8.137/1990, somente se realiza com o proveito do agente, com a obtenção do resultado. Ora, isso depende de aferição do setor fazendário, na via administrativa. Só na conclusão do processo administrativo, assegurada a ampla defesa ao acusado, é que se poderá falar, em regra, em lesão à ordem tributária, mediante a supressão ou redução de tributos.

Repetir que as instâncias administrativa e penal são distintas, não muda nada. Não se confundem mesmo. Isso foi imaginado para impedir que a demora excessiva do processo administrativo resultasse, ao final, em prescrição da pretensão punitiva, livrando das sanções penais cabíveis quem resultasse condenado por sonegação, na via administrativa.

O que não é mais possível, agora, é deixar que, por conta disso, desse quase dogma, se deixe ocorrer desenfreada a ação penal contra acusados de crimes como esses, de supressão ou de redução de tributos, crimes de dano que só se realizam com a materialização do resultado pretendido.

A simples lavratura do auto de infração não serve para embasar denúncia por crime de sonegação. E é nesse sentido que se direciona a disposição da Lei nº 9.430/1996, art. 83, e parágrafo único.

Há que se exaurir a instância administrativa, assegurando-se aos acusados todas as garantias constitucionais da ampla defesa e da presunção da inocência. Só depois, comprovada a lesão efetiva ao erário através de supressão ou da redução do tributo devido, é que – manda a lei – deve o Estado iniciar a persecução criminal.

Sob a relatoria do Ministro Paulo Brossard (**Habeas Corpus** nº 71.788-1-PR, DJU de 04.11.1994, p. 29830), o Supremo Tribunal Federal, reformando decisão deste Superior Tribunal de Justiça, trancou ação penal contra acusados de sonegação porque se resolveu na via administrativa que os produtos objetos da alegada sonegação não constavam da lista de semi-elaborados, sendo, portanto, industrializados imunes ao ICMS, nas exportações.

Não se tratou nesse caso, evidentemente, de condição de procedibilidade. Houve um auto de infração, peça provisória, contra o qual o acusado de sonegação recorreu para se constatar, ainda na via administrativa, que a infração alegada não existiu, não existindo, também, por conseguinte, crime em tese imputado em denúncia tecnicamente perfeita, ensejando ao STF rechaçar a alegação de que era inepta.

Fosse o Relator daquele **habeas corpus** escudar-se tão-somente na teoria da independência das instâncias, administrativa e penal, ter-se-ia consentido numa injustiça, pois o prosseguimento da ação penal configuraria enorme constrangimento ilegal, que somente se extinguiria, ao final, com a sentença absolutória.

Heleno Cláudio Frago lembra, em Jurisprudência Criminal, decisão do Tribunal Federal de Recursos entendendo que “à ação penal pelo crime de sonegação fiscal há que se proceder a instauração do processo fiscal supedâneo da ação penal” (DJ de 19.06.1972, p. 3932). Para o grande criminalista, “o crime de sonegação fiscal consiste em fraudar o pagamento de tributos, envolvendo necessariamente um ilícito fiscal. O ilícito penal – conclui – constitui um plus em relação a este, mas não pode subsistir sem ele”.

A ação penal por delitos contra a ordem tributária é pública incondicionada. Basta ao Ministério Público que lhe cheguem as provas indiciárias

suficientes à configuração do crime em tese, sem dúvidas quanto à materialidade e autoria, para que promova a instauração do procedimento criminal.

Nada impede que o Ministério Público requisite, a qualquer tempo e de onde quiser, informações necessárias ao desempenho de sua função institucional. Mas é lógico que para denunciar alguém por sonegação precisará de provas indiciárias suficientes, as quais, em regra, não são obtidas antes que se conclua o procedimento administrativo. Denúncia sem base consistente é inepta, e denúncia inepta é causa de nulidade do processo.

E a esse respeito, manifestou-se **Hugo de Brito Machado**:

“Nos termos do Código Tributário Nacional compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (...) Assim, *nenhuma autoridade que não seja a responsável pela administração tributária pode dizer que alguém é devedor de tributo. Ou, mais exatamente, nenhuma autoridade, que não seja a competente para fazer o lançamento, pode dizer que ocorreu certo fato gerador de obrigação tributária, ou, em consequência, dizer que ocorreu o inadimplemento de uma obrigação tributária, seja acessória, ou principal.*” – grifei (in Crimes contra a Ordem Tributária, Coordenador **Ives Gandra da Silva Martins**, RT, p. 118).

No caso do acórdão da relatoria do Ministro Paulo Brossard, privilegiou-se, mais uma vez, a busca da verdade. Como seguir com um processo criminal quando ainda se apura o fato que teria ensejado o crime em tese? O atual Procurador-Geral da República, Professor Geraldo Brindeiro, se posiciona, ele também, nessa linha, conforme leio em O Globo, do Rio de Janeiro, 20.02.1998, p. 4:

“Brindeiro espera decisão final da Receita para denunciar Collor por sonegação fiscal.

Brasília. O Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, anunciou ontem que aguarda a decisão do processo administrativo

movida pela Receita Federal contra o ex-presidente Fernando Collor por crime de sonegação fiscal, para avaliar a possibilidade de oferecer denúncia à Justiça, Collor teve sua dívida com o IR reduzida em dois terços porque o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda concluiu que não houve provas que atestem a existência da Operação Uruguai.

O empréstimo de US\$ 5 milhões num banco uruguaio foi usado como prova por Collor para explicar a origem dos elevados gastos realizados pelo Esquema PC. A Receita queria cobrar uma multa de US\$ 5 milhões do ex-presidente, por ele não ter declarado no IR a operação financeira. A confirmação do crime de sonegação levaria o Ministério Público Federal a oferecer denúncia contra Collor à Justiça. Brindeiro mostrou-se surpreso com o resultado que beneficiou Collor.

“– Tinha-se como certa uma série de questões acerca desse processo e agora a própria Receita diz o contrário. Ela desdisse o que disse. Caso eu tivesse oferecido denúncia com base nas informações preliminares da Receita, corria sérios riscos, porque a decisão tomada agora é radicalmente diferente. Ainda é cedo para dizer o que se pode fazer. Vamos aguardar a decisão final para estudar quais providências podem ser tomadas”, disse. (...)

É o próprio Chefe do Ministério Público Federal, titular da ação penal pública incondicionada, quem dá o exemplo de prudência e respeito aos direitos constitucionais de um acusado, na forma da lei. Assim neste caso de competência originária do Supremo Tribunal Federal por que não também quanto aos demais?

Se não há na lei palavras inúteis, também não é inútil a norma que o legislador inseriu no ordenamento jurídico. Qual o sentido da Lei nº 9.430/1996, art. 83, e parágrafo único? Se a decisão administrativa, seja qual for ela, não tivesse qualquer repercussão sobre o processo criminal, nos crimes contra a ordem tributária, por que então aguardar-se a decisão final, para que se encaminhe a denominada representação fiscal ao Ministério Público?

O sentido foi este que o Chefe do Ministério Público Federal, diante de um caso concreto, entendeu. A Receita admitiu que errou e ele, Professor Brindeiro, ressalva: “Caso eu tivesse oferecido denúncia com base nas informações preliminares da Receita, corria sérios riscos, porque a decisão tomada agora é radicalmente diferente. Ainda é cedo para dizer o que se pode fazer”.

Alguém já disse que só no Paraíso, o Éden que Deus doou a Adão e Eva, não se cobrou impostos, Benjamin Franklím escreveu que há jeito para tudo, menos para a morte e para os impostos. Realmente, no caso brasileiro, já estamos com uma carga tributária equivalente a 33% (trinta e três por cento) do PIB/Produto Interno Bruto. E o retorno em benefícios à sociedade? Desperdiça-se muito e não se cobra eficazmente de quem lucrando mais, pode pagar mais.

Lembrando o que eu disse no começo deste voto, o Direito Penal não serve para resolver os problemas de caixa do Executivo.

A ação penal aqui não pode continuar em razão da lei nova, a de nº 9.430/1996, art. 83, que condiciona a instauração do processo penal às conclusões do procedimento administrativo destinado a aferir a correção do auto de infração.

O débito tributário vincula-se estreitamente à tipicidade penal. Como processar alguém, criminalmente, por sonegação fiscal, quando não se tem, ainda, evidente o que foi sonegado? A discussão na via administrativa resulta como único recurso diante do direito constitucional do contribuinte à presunção da inocência. A prudência do legislador mais recente (Lei nº 9.430/1996, art. 83) estanca a iniciativa do Ministério Público, titular da ação penal, até que se conclua o processo administrativo.

Cabe aqui lembrar **Eduardo Reale Ferrari**, Professor de Direito Penal na PUC-SP, para quem “o instrumento recursal não tem qualquer relação à tipicidade objetiva, a ponto de tornar a conduta atípica toda vez que utilizado.”(...)

“Pragmaticamente – aduz **Eduardo Reale Ferrari** – parece-nos que a solução a ser conferida para a tormentosa discussão já está presente na nossa atual legislação penal e processual penal, bastando reconhecer-se a dívida tributária como verdadeira questão prejudicial heterogênea do procedimento criminal-fiscal. Partindo do pressuposto de que a persecução penal instaurada pelo Ministério Público está dependente da certeza do débito tributário, configura-nos possível qualificar o tributo como um antecedente lógico-jurídico da questão penal, objeto do processo criminal-fiscal. Tal antecedência lógico-jurídica é definida entre os doutrinadores como questão prejudicial, sendo essa para **Manzini**, ‘questão jurídica cuja solução constitua um pressuposto para a decisão da controvérsia submetida a juízo’. *A controvérsia, portanto, quanto à existência ou não do tributo, conduz à instauração de uma prejudicial de mérito da ação penal, cabendo ao julgador*

suspender o processo criminal, enquanto não decidida a questão tributária, nos termos do artigo 93 do Código de Processo Penal.” (grifei).

“Concomitante à suspensão do processo criminal, razoável será a suspensão da prescrição procedimental, nos termos do artigo 116, I, do Código Penal, não fazendo sentido possibilitar-se o andamento da prescrição penal quando presente uma prejudicial. A suspensão da prescrição, nesse aspecto, configura-se como ponto de equilíbrio e justiça à instauração da prejudicial”. (Boletim IBCCrim, nº 50, p. 6).

Subscrevo este entendimento.

Assim, com a ressalva do meu ponto de vista reiterado constantemente em casos como este, apenas em respeito ao atual entendimento predominante neste colegiado, conheço do **habeas corpus**, como substitutivo de recurso ordinário, mas indefiro o pedido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 126.449 – AP

(Registro nº 97.0023567-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Amiraldo Guedes Bousse
Advogado: Ronaldo de Castro Teixeira (defensor público)
Recorrido: Ministério Público do Estado de Roraima

EMENTA: Penal e Processual Penal – Recurso especial – Júri – Homicídio – Legítima defesa – Excesso – Quesitação – Precedentes.

I – Reconhecida uma situação de excesso na legítima defesa, os srs. jurados devem ser perquiridos acerca da sua natureza. (Precedentes do Pretório Excelso). Negada a forma dolosa e, também, a culposa, o réu está absolvido por força de excesso não punível (excesso por erro de tipo permissivo invencível).

II – Recurso conhecido e parcialmente provido para que, afastado o **error in procedendo**, o egrégio Tribunal a **quo** aprecie o restante da apelação do *parquet*.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 26 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 29.11.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial interposto por Amiraldo Guedes Bousse, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Magna, contra v. acórdão da egrégia Câmara Única do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, sob alegação de negativa de vigência ao art. 23, parágrafo único, do Código Penal, além de dissenso jurisprudencial com julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narram os autos que o ora recorrente fora condenado, anteriormente, a 6 (seis) anos de reclusão como incurso nas sanções do art. 121 do Código Penal. Inconformado, apelou, logrando êxito em seu recurso, eis que restou anulado o **decisum** do Tribunal Popular. Submetido a novo julgamento, veio a ser absolvido, em razão de o Tribunal do Júri haver acolhido a tese da legítima defesa.

Dessa decisão, recorreu o Ministério Público Estadual. O egrégio Tribunal **a quo**, à unanimidade, proveu o recurso para anular o veredicto do Conselho de Sentença, por defeito na quesitação, em acórdão ementado nos seguintes termos, **in verbis**:

“Processual Penal. Tribunal do Júri. Preliminar de nulidade do julgamento. Reconhecimento da legítima defesa e uso imoderado dos meios. Contradição nas respostas dos jurados. 1) Há contradição na decisão dos jurados que, embora reconhecendo os meios necessários, nega o uso moderado de tais meios. Nulo é o julgamento que em tais

condições, acolhendo a tese da legítima defesa, absolve o réu. 2) Apelo provido.” (fl. 267).

Daí o presente recurso especial, em que a recorrente sustenta, em síntese, que reconhecida a imoderação dos meios utilizados na repulsa, o excesso porventura surgido é penalmente irrelevante, eis que proveniente de caso fortuito. Pugna, ao final, pelo restabelecimento da sentença absolutória do Júri Popular.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 380/384.

Admitido o recurso pela alínea c, vieram os autos a esta Corte (fls. 386/391).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): No presente caso, os srs. Jurados, respondendo quesitação acerca de homicídio simples, após reconhecerem a materialidade e a autoria, admitiram a situação do *excesso na legítima defesa*, negando o uso do meio necessário e a moderação no emprego do referido meio. A seguir, perquiridos da forma do excesso, responderam negativamente tanto para a modalidade dolosa como para a culposa (v. quesitos 7, 8, 9 e 10, fls. 215 a 217). O egrégio tribunal local, com isto, concluiu pela ocorrência de contradição insanável. Todavia, à luz da exegese predominante, **data venia**, não há aí qualquer **error in procedendo**. E, a r. decisão reprochada, de fato, acabou violando o disposto no art. 23, parágrafo único, do CP e ensejando a divergência indicada no apelo especial.

Hodiernamente, entende-se que, *considerada uma situação de excesso*, esta poderá ser valorada sob diferentes formas. Pode, **ex hypothesis**, em *linhas gerais* (afora a **quaestio** da perturbação do ânimo), ser intencional (dolosa) ou não intencional (denominada, por alguns, de inconsciente). Esta última decorre de *erro de tipo permissivo* (excesso fulcrado no art. 20, § 1º, do CP) ou de *erro de proibição* (excesso alicerçado no art. 21, **caput**, do CP). Este, por sua autonomia, não pode ser quesitado **ex officio**. Já, o **excessus** por *erro de tipo permissivo*, se vencível ou inescusável, indica o *excesso culposo* (a responsabilidade passa a ser por crime culposos que, para

muitos, seria culpa imprópria) e se invencível ou escusável, afastados restam o dolo e a culpa, e o acusado absolvido (cf. comparativamente, **Damáσιο E. de Jesus**, in *Direito Penal*, PG., p. 361, 20ª ed., Saraiva, 1997; **Assis Toledo**, in *Princípios Básicos de Direito Penal*, pp. 209/210, 5ª ed., Saraiva; **Hermes Vichez Guerrero**, in *Do Excesso em Legítima Defesa*, Del Rey, 1997, pp. 153 e segs.; **J. F. Mirabete**, in *Manual de Direito Penal*, vol. 1, PG., p. 194, Atlas, 1999; **A. Marrey, Silva Franco e Ruy Stocco**, in *Teoria e Prática do Júri*, 6ª ed., pp. 488 e segs.). **In casu**, pois, nos termos da reforma do Código Penal (Lei nº 7.209/1984), a quesitação feita em primeiro grau está correta e não houve qualquer contradição. O réu foi absolvido, por via de consequência, pelo *excesso não punível* (art. 23, parágrafo único c.c. o art. 20, § 1º, do Código Penal) ou melhor, por excesso decorrente de *erro de tipo permissivo invencível ou escusável*.

Quanto à perquirição do excesso, após o repúdio do meio necessário e do uso moderado de tal meio, é aplicável aqui a ensinança extraída da acima citada obra de **A. Marrey, Silva Franco e Rui Stocco**, a saber: “Ademais, negados ambos os quesitos ou apenas um deles, indiferentemente, deve ser proposto o quesito do excesso doloso cuja rejeição deve acarretar a propositura do quesito sobre o excesso culposo.” (*ob. cit.*, p. 493).

Como precedentes, tem-se: a) STF, HC nº 73.574-MG, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJU de 01.07.1996, p. 23862; b) STF, HC nº 72.341-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJU de 20.03.1998.

Voto, pois, pelo conhecimento do recurso e pelo seu parcial provimento para que, afastado o **error in procedendo**, o egrégio Tribunal local aprecie o outro tópico do apelo do *parquet*.

RECURSO ESPECIAL Nº 127.910 – RJ

(Registro nº 97.0026079-8)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Roberto Carlos Pires Garcia
Advogado: André Luiz de Felice Souza (defensor público)
Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA: Execução penal – Falta grave – Perda dos dias remidos.

– O condenado que cumpre pena privativa de liberdade, e que comete falta grave, assim entendidas as do art. 50 da Lei nº 7.210/1985, perde por consequência do art. 127 do mesmo diploma legal, o direito à remissão do período de trabalho.

– Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso mas lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

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

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro JORGE SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 04.10.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI: Com apoio no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, interpõe o recorrente Roberto Carlos Pires Garcia recurso especial contra o v. acórdão proferido pela egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa encontra-se vazada nos seguintes termos, **verbis**:

“Remição. Fuga. Falta grave. Perda do período remido.

Evadindo-se da Unidade Prisional onde se achava cumprindo pena, comete o apenado falta grave prevista no artigo 50, I, da Lei nº 7.210/1984, perdendo, portanto, o direito ao tempo remido, conforme catalogado no artigo 157 do mesmo diploma, passando contar-se um novo período a partir da data da infração disciplinar.”

O recorrente alega, em síntese, ofensa aos artigos 59 e 127 da Lei nº 7.210/1984. Sustenta não ser possível a cassação da remição concedida, sem antes haver a punição pelo motivo de evasão, o que deveria ocorrer mediante procedimento administrativo.

Contra-razões oferecidas às fls. 92/94.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, diz o artigo 127 da Lei nº 7.210/1984:

“O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.”

Por outro lado, dispõe o art. 50 da mesma lei:

“Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

- I –
- II – Fugir,
- III –

Do voto-condutor do acórdão recorrido, à fl. 72, consta que, **verbis**:

“Ora, havendo o apenado em 4 de abril de 1993, evadido-se da Unidade Penal onde se achava cumprindo pena – Colônia Agrícola de Magé – cometeu falta grave prevista no artigo 50, I, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, perdeu, portanto, o direito ao tempo remido conforme catalogado no artigo 127 do mesmo diploma ao estabelecer, **in verbis**:

‘O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.’

Desde que empreendeu fuga, cometeu o apenado falta grave e perderá não somente o tempo remido, bem como sujeitar-se-á a regressão de regime mais gravoso (artigo 118, I, 2ª parte, da LEP).

Assim, embora pesando falta grave contra o apenado, o Juízo da Execução, erroneamente, considerou-lhe o período de remido, apontando dispositivo de texto legal (Lei nº 7.210/1984).

Se perdeu este direito, não poderá permanecer o período remido em favor do apenado.”

Vê-se que o paciente cometeu falta grave, qual seja, fuga do presídio onde se encontrava cumprindo pena, fazendo incidir sobre o benefício dos dias que havia remido, as penalidades do art. 127 c.c. art. 50, ambos da Lei nº 7.210/1984.

Neste sentido é a jurisprudência deste egrégio Superior Tribunal, haja visto os arestos:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Execução. Falta grave. Perda dos dias remidos. Art. 127 da LEP. Inexistência de direito adquirido. Recurso desprovido.

I – Não se caracteriza como constrangimento ilegal, a decretação de perda dos dias remidos pelo Juízo de Execução, quando demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, **ex vi** do art. 127 da Lei nº 7.210/1984, não se cogitando de eventual direito adquirido ao tempo remido. Precedentes.

II – Recurso desprovido.” (RHC nº 8.074-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 17.02.1999).

‘Penal. Processual. Condenado que comete falta grave. Judicialização do inquérito disciplinar. Inadmissibilidade. **Habeas corpus**. Recurso.

1. Ao condenado que comete falta grave, não se faz necessária sua oitiva em juízo para a aplicação das devidas sanções, como a perda de dias remidos; a ampla defesa deve ser exercida através de justificativas apresentadas pelo defensor.

2. Recurso conhecido e não provido.’ (RHC nº 7.461-DF, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 22.06.1998).

“Execução penal. RHC. Falta disciplinar grave. Perda dos dias remidos. Art. 127 da LEP.

A perpetração de falta grave implica perda dos dias remidos, nos termos do art. 127 da Lei de Execuções Penais.

Recurso desprovido.” (RHC nº 8.263-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 29.03.1999).

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 155.711 – RS

(Registro nº 97.0082798-4)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Vandir Machado Pftuze
Advogado: Antônio Carlos Pinto da Silva

EMENTA: Recurso especial – Violência presumida – Debilidade mental – Pleno conhecimento do acusado – Ocorrência.

– Presume-se a violência se a vítima, com suporte em farto material cognitivo, possuía idade mental de apenas 6 anos, sendo esta circunstância de pleno conhecimento do acusado.

– Recurso conhecido para restabelecer a sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 14 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro JORGE SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 04.10.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra o v. acórdão que, reformando a decisão monocrática, absolveu Vandir Machado Pftuze, por maioria de votos, das sanções do art. 213, **caput**, c.c. os arts. 224, **b**, e 226, III, todos do Código Penal.

O retrospecto encontra-se à fl. 182, **in verbis**:

“2. O recorrido foi denunciado pela prática de crime tipificado no art. 214, **caput**, c.c. arts. 224, **b**, e 226, III, do Estatuto Repressivo por ter, na qualidade de motorista do ônibus da Escola Municipal para Excepcionais Orestes Gonçalves da Silva, constrangido a vítima Adriana Carvalho Leão, doente mental, a permitir que com ele praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

3. Posteriormente, aditada a acusatória para enquadrar Vandir como incurso no art. 213, **caput**, c.c. art. 224, **b**, também do Código Penal (fl. 94), terminada a instrução, sobreveio sentença monocrática condenando-o a sete anos de reclusão, nos termos da exordial.

4. Inconformado, apelou pretendendo absolvição, face a ausência de provas, tendo a apelação sido provida, por maioria, com base no artigo 386, II, do Código de Processo Penal, motivando a interposição do presente recurso especial pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, onde se alega contrariedade ao disposto no art. 213, c.c. artigo 224, **b**, do Código Penal, além de divergência jurisprudencial.

5. Aduz o recorrente que ‘embora se reconheça que a vítima não tinha totalmente abolida sua capacidade de entendimento ou de governar-se, tal circunstância não autoriza, por si só, desconhecimento ao artigo 224, letra **b**, do Código Penal’.

6. Contra-arrazoado o recurso, alega o recorrido que trata-se na

verdade de exame aprofundado da matéria probatória, inviável em sede de especial. Acrescenta, ainda, que não há nos autos prova da materialidade do delito.”

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo conhecimento e provimento do presente recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, o presente recurso do Ministério Público ataca questão bastante singela: a devida valoração das provas não observadas pelo Tribunal **a quo** quando do julgamento da apelação onde se absolveu o acusado pela prática do crime previsto no art. 213, **caput** c.c. arts. 224, **b**, e 226, III, todos do Código Penal.

O voto-condutor do acórdão recorrido consignou o seguinte:

“No caso em exame, embora classificada no atestado de fl. 23 como possuidora de idade mental equivalente a 6 anos, a ofendida, durante a audiência, pelo que se extrai do registrado no termo de fl. 57, em que pese ser analfabeta, demonstrou boa orientação de tempo e espaço, mostrou memória preservada, capacidade de associação e afetividade, tudo levando a crer que o comprometimento de suas faculdades mentais não é de nível absoluto.”

Mais adiante assevera:

“Evidente que não se pode afirmar que a vítima é dotada de plena saúde mental. Todavia, também não se pode considerá-la inteiramente incapaz de querer ou entender...”

Ora, o próprio acórdão reconheceu a fragilidade mental da vítima que, a toda evidência, não possuía capacidade de entendimento ético jurídico, ou da natureza de seu gesto.

Embora com 18 anos, sua idade mental era de apenas 6 anos e freqüentava escola destinada a excepcionais, o que era de pleno conhecimento do agente, já que era o motorista-condutor do veículo da instituição reservada para atendimento a pessoas excepcionais.

Aliás, nesse ponto consignou o voto-vencido:

“Mas o que me chama especial atenção é o fato de que o réu era motorista da instituição reservada para atendimento de pessoas comprometidas na sua percepção, isto é, pessoas com restrição na sua percepção, numa faixa mental abaixo da sua idade.

Então, a meu ver, o réu não poderia desconhecer a situação da vítima, de que era portadora de deficiência mental. O réu era motorista profissional, atendia e levava as crianças. Assim, é claro que fica a responsabilidade do réu, pois ele mesmo afastou o rapazinho que estava junto.”

O culto Subprocurador-Geral de República, em seu parecer às fls. 183/184, de forma ampla e exaustiva, bem delineou a questão:

“8. No tocante à violência exercida, conforme o artigo 224, **b**, do Código Penal, para caracterização dos crimes contra os costumes, a mesma será presumida *se a vítima for alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância.*

9. De acordo com os autos, Adriana, apesar de possuir 18 anos de idade, à época dos fatos, tinha a idade mental de uma criança de 6 (seis) anos, conforme laudo psicológico de fl. 23. Mas não é só. Durante os exames realizados no Instituto Médico Legal, restou constatado que a paciente apresentava sinais de alienação ou debilidade mental (fl. 24), além de não possuir desenvolvimento compatível com a sua idade cronológica.

10. Como se vê, dúvidas não restam acerca da deficiência mental da vítima, que estudava, inclusive na *Escola Municipal para Excepcionais* Orestes Gonçalves da Silva. E mais. A necessidade do agente conhecer tal circunstância, também restou devidamente comprovada, eis que Vandir era, então, motorista do ônibus que transportava os alunos àquela escola, estando perfeitamente ciente de que aquelas crianças tinham a percepção comprometida.

11. Assim, ainda que a vítima soubesse o que era um ato sexual, pode-se dizer que a mesma não tinha capacidade de emitir um juízo de valor, não tendo condições de compreender o significado nem mesmo as conseqüências de seus atos.

12. É bem verdade que a jurisprudência tem como pacífico o fato

de que a presunção de que trata o artigo é **juris tantum**, sendo, portanto, relativa. No entanto, analisando as situações em que os tribunais vêm descaracterizando o crime cometido sob violência presumida, vê-se que em todos os casos o comportamento da vítima foi fator determinante para afastar a infração penal, como ocorre, por exemplo, nos crimes contra os costumes praticados contra menores de quatorze anos. Assim, considera-se afastada a presunção nos casos em que a ofendida se mostra experiente em matéria sexual, se é despidorada e sem moral, se é corrompida ou se já teve relações sexuais com outros indivíduos.

13. Sucede que, na hipótese, não se trata de saber se a vítima possui ou não conduta social adequada. O fato é que a debilidade mental, ainda que moderada, caracteriza a presunção de violência, quando sabida pelo agente, sendo desnecessário que a vítima seja totalmente irresponsável (TJSP, RJTJSP 93/373, RJTJSP 90/467, RJTJSP 88/370).

14. Assim, os fundamentos do acórdão recorrido, de que, embora analfabeta, a vítima tenha demonstrado boa orientação de tempo e espaço, memória preservada, capacidade de associação e afetividade, não sendo o comprometimento de suas faculdades mentais absoluto, razão pela qual desconfigurada resta a presunção de violência, não podem ser mantidos, eis que tais fatos não implicam na confirmação de que a jovem tivesse capacidade para relacionar-se sexualmente com o motorista do ônibus que a conduzia à escola de deficientes, notadamente um homem de 40 anos de idade.

15. Com estas considerações, entendo que foram violados o art. 213 c.c. artigo 224, **b**, do Código Penal.”

Com estas considerações, dou provimento ao recurso para que seja restabelecida a sentença de primeiro grau.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 192.346 – DF

(Registro nº 98.0077375-4)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Edílson Jesus Xavier de Sousa
Advogado: David Judah Antônio de B. Cordeiro Branco (defensor público)

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

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

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

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

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

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 19 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 13.09.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Magna, contra v. acórdão da egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sob alegação de contrariedades aos arts. 213 e 224, alínea **a**, do Código Penal, além de dissenso jurisprudencial com julgados do colendo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Depreende-se dos autos que o recorrido fora denunciado como incurso nas sanções dos arts. 213 e 224, item **a**, ambos do Código Penal, tendo sido absolvido pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal de Planaltina-DF, consoante o disposto no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado com o **decisum** absolutório, recorreu o Ministério Público. O egrégio Tribunal **a quo**, à unanimidade, desproveu o recurso, em acórdão ementado nos seguintes termos, **in verbis**:

“Estupro. Presunção de violência. Absolvição Recurso. Pretendida condenação nos termos da denúncia. Improvimento. Maioria.

A presunção de violência nos crimes contra liberdade sexual não tem caráter absoluto, admitindo prova em contrário, face à mudança dos costumes.” (fl. 234).

Daí o presente recurso especial, no qual o *parquet* sustenta, em síntese, que em se tratando de vítima menor de 14 (quatorze) anos, à época dos fatos, configurada está a presunção de violência, pugnando, ao final, pela reforma do v. acórdão increpado, para o fim de ser condenado o acusado pelas imputações que lhe foram feitas.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 281/287.

Admitido o recurso, vieram os autos a esta Corte (fl. 337).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): O colendo Tribunal

a quo, pelo acórdão recorrido, partindo da idéia de ser a presunção de violência *iuris tantum* e não *iuris et de iure*, entendeu que uma menina de 13 anos, na verdade, uma criança, em virtude de consentir com a prática da conjunção carnal e por residir na Capital do nosso país, não poderia ter proteção no campo criminal, em particular, na esfera sexual. A conjunção carnal assim praticada seria um indiferente penal. Este entendimento não deve ser aceito.

Primeiro, como é sabido, existem incriminações nas quais a norma proíbe certa conduta (tipo comissivo) e, em outros casos, determina — com pressupostos — a realização de determinada ação (tipos omissivos), tudo isto, sob ameaça de sanção penal (cf. **E. R. Zaffaroni** in Manual de Direito Penal, PG, 6ª ed., pp. 347/349). No caso, apesar de respeitáveis posições divergentes, a incriminação é clara: a norma, sob pena de não ter a indispensável delimitação, afastando despiciendas incertezas denotativas, impõe, conforme **J. Mestieri** (in O Estupro, p. 116), “um dever geral de abstenção de relações sexuais, imposto aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade”.

Segundo, não é de se confundir *innocentia consilli* com mero conhecimento, objetivo, do que é um ato sexual. Aquela diz com a maturidade psicoética, com a livre determinação no plano das atividades sexuais. Isto, *venia concessa*, dificilmente existe numa pessoa de 13 anos (v.g. art. 172, nº 2, do CP português, alterado pelo Decreto-Lei nº 48/1995).

Terceiro, o denominado estupro ficto, com a sua estrutura legal, não guarda, inclusive, relação com a *sedução* e nem com a *corrupção de menores*. A honestidade da vítima não é, e nem poderia ser, requisito para o crime. Caso contrário, no fundo, restariam mescladas as presunções das alíneas **a** e **b** do art. 224 do CP. Só virgens de formação antiquada e mentalmente pouco dotadas é que, *ex hypothesis*, poderiam ser vítimas de estupro presumido. Se a legislação, como um todo, protege inclusive prostitutas, procurando impedir a exploração, a submissão, etc.; se a legislação, bem assim, através do Estatuto da Criança e do Adolescente procura dar uma proteção mais ampla às crianças e aos adolescentes, então, carece de amparo jurídico entender-se, como algo penalmente indiferente, o ato sexual praticado com crianças.

Quarto, a afirmação de que, no art. 224 do CP, estaria uma situação de responsabilidade objetiva, *data venia*, não procede. A equiparação legal não implica necessariamente na ausência do requisito de responsabilidade subjetiva. É inegável que o dolo deve cobrir os componentes da denominada

presunção. Se isto inoocorrer tem-se o erro de tipo (art. 20 do CP), v.g., na forma do **error aetatis**. Pode, eventualmente, dependendo dos envolvidos e das circunstâncias, até existir a possibilidade de erro de proibição (art. 21, **caput** e, 2ª parte, do CP). É difícil a configuração mas, de antemão, não se pode descartar a hipótese. Enfim, ninguém deve, ou pode, sustentar a responsabilidade objetiva. A simples exigência do dolo acerca dos componentes da violência ficta, afasta essa linha de argumentação.

Portanto, a ofendida, no feito sob exame, poderia ter sido, e *foi*, vítima de estupro ficto. O seu *consentimento* não era válido e o réu não deveria ter mantido, com ela, a conjunção carnal. Sabia que era menor e acabou aproveitando-se das circunstâncias. Entre outros precedentes, tem-se: a) STF: RT 636/392 e 646/364; b) STJ, HC nº 74.286-6-SC, DJU de 04.04.1997; REsp nº 15.414-PR, DJU de 31.08.1992; REsp nº 111.672-MG, DJU de 01.09.1997; REsp nº 75.765-MG, DJU de 25.08.1997; REsp nº 94.683-GO, DJU de 15.03.1999; REsp nº 89.684-MG, DJU de 15.06.1998. Portanto, *estupro ficto* houve. Ocorreu, inclusive, a continuidade delitiva, conforme reconhecida *situação fática* no próprio v. acórdão vergastado (fls. 236/237). Todavia, na dúvida acerca do número de relações carnais a majorante deverá ser utilizada em grau mínimo.

Sob outro aspecto, o Pretório Excelso, em recente aresto, noticiado no “Informativo STF” nº 152, p. 2 (HC nº 78.305-4-MG, Rel. Min. *Néri da Silveira*), concluiu por não considerar o atentado violento ao pudor ficto como crime hediondo visto que não há referência, na listagem do art. 1º da Lei nº 8.072/1990, ao art. 224 do CP. O art. 9º, vale dizer, aumenta a pena só em caso de violência real contra as pessoas apontadas nas hipóteses do art. 224 do CP. Em relação ao estupro presumido, entretanto, não incide a restrição do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990. Tal exegese, em assunto que exige permanente reflexão, é de ser acolhida, abrandando os rigores da mencionada **lex specialis**.

Nestas condições, o recurso é de ser provido, em parte, com condenação do réu-recorrido como incurso nas sanções do art. 213 c.c. o art. 224, alínea **a**, do Código Penal. Como as circunstâncias passíveis de imediata percepção, em sede de diretrizes do art. 59 do CP, são favoráveis ao agente (primariedade e antecedentes) visto que outras nada acrescentam aos dados que ensejaram a tipificação, a pena-base é de ser fixada no *mínimo legal*. Inexistem agravantes ou atenuantes. E, pela continuidade delitiva, a resposta penal merece o aumento em 1/6 (um sexto), resultando em 7 (sete) anos de reclusão a pena definitiva.

Excluída a restrição do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, o regime inicial deve ser o semi-aberto *ex vi* art. 33, § 3º c.c. o art. 33, § 2º, alínea **b**, do CP.

Voto, pois, pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento parcial.

RECURSO ESPECIAL Nº 194.902 – PR

(Registro nº 98.0084154-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Fernando Sant’Anna Finn e outros
Recorridos: Oscarlino Cadena de Lara e outros
Advogados: Sílvio Luiz de Costa e outros

EMENTA: Previdenciário – Execução – Cálculo – Art. 604/CPC.

A determinação para que o INSS forneça os elementos informativos ao cálculo dos benefícios previdenciários, decorrentes de decisão judicial, não fere as disposições contidas no art. 604 do CPC.

Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília-DF, 18 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro GILSON DIPP, Relator.

Publicado no DJ de 06.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP: A espécie foi assim relatada no tribunal de origem, via do despacho de admissão, lavra do Juiz Teori Albino, Vice-Presidente do TFR/4ª Região, **verbis**:

“1. Trata-se de recurso especial interposto com base no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição. Ataca acórdão segundo o qual cabe ao INSS apresentar as planilhas necessárias à elaboração do cálculo, mesmo após a vigência da Lei nº 8.898/1994 que alterou a disposição do art. 604 do CPC.

2. Sustenta o recorrente: a) que os despachos obrigando o INSS a apresentar cálculos de liquidação são posteriores ao advento da Lei nº 8.898/1994, sendo do credor o ônus de tal apresentação; b) que a autarquia sofre em razão da carência de sua estrutura; e c) que não há pedido das partes autoras na condenação imposta.

3. Alega que o acórdão: a) ofendeu o art. 604 do CPC, com a redação que lhe deu a lei supracitada.” (fl. 43)

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator): O artigo 604 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.898/1994, assim dispõe:

“Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma dos arts. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.”

É consabido que, em se tratando de execução de benefícios previdenciários decorrentes de decisão judicial, a elaboração do cálculo, antes de constituir um mero exercício aritmético, passa necessariamente, pelo levantamento de dados informativos, que somente a autarquia previdenciária dispõe.

Não se pode admitir que o segurado, na maioria das vezes de poucas luzes e recursos, seja responsável por armazenar esses elementos, que o

INSS possui em sistema informatizado, e ao qual pode ter acesso em minutos.

Além do que, a obtenção de dados a seu respeito existentes nas repartições públicas, com vistas a esclarecimento de situações de interesse pessoal, é garantia assegurada a todos pela CF/1988, art. 5^a, inc. XXXIV.

A determinação contida no acórdão recorrido para que o recorrente apresente os elementos informativos à elaboração do cálculo não afronta o disposto no art. 604 do CPC.

Portanto, não merece reforma o acórdão recorrido.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 201.356 – RJ

(Registro nº 99.0005155-6)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrentes: José Castro Borges e outros

Advogados: Emílio de Lima Neves e outro

Recorrida: Regina das Graças R. Santos

Advogados: Joel Batista dos Santos

EMENTA: Recurso especial – Locação – Denúncia vazia – Audiência de conciliação – Proposta de majoração do aluguel com renovação do contrato – Mudança do pedido para denúncia cheia – Inocorrência e descabimento.

Afirmações e manifestações colhidas em audiência de conciliação não têm força de confissão, nem importam alteração do pedido inicial.

O procedimento conciliatório é pressuposto do procedimento contencioso (arts. 447 e 448, CPC).

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 25 de maio de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 21.06.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA: Assim sumaria os fatos o ilustre Terceiro Vice-Presidente do TJ-RJ, Des. Décio Meirelles Góes, ao admitir o recurso, às fls. 92/93:

“Recurso especial tempestivo (fls. 182/200), fundado no artigo 105, III, a, da Constituição Federal, contra o v. acórdão da Décima Primeira Câmara Cível deste Tribunal de Justiça (fls. 58/60), assim ementado:

‘Locação não residencial. Denúncia vazia. Alteração do pedido inicial.

Se o locador ajuizou ação de despejo, com base na denúncia vazia, pretendendo de forma oblíqua, reajustar o valor locatício em aproximadamente 100% (cem por cento), impõe-se a improcedência do pleito, posto que alterado o pedido de retomada em denúncia motivada.’

Sustentam os recorrentes, negativa de vigência aos artigos 2^o, 126, 128, 264, 330, I, e 515 e seu § 1^o, do Código de Processo Civil, 57 e 18 da Lei n^o 8.245/1991, bem como ao artigo 535, I e II, do Codex além de dissídio jurisprudencial.

Embargos de declaração rejeitados em fls. 68/69.

Contra-razões em fls. 89/90.

Isto posto.

É a hipótese dos autos de ação de despejo de imóvel não residencial decorrente de contrato firmado pelo prazo de 36 meses, contados de 16.10.1993 até 15.10.1996, ficando prorrogado por tempo indeterminado, fundada, pois, em denúncia vazia.

O pedido foi julgado improcedente, tanto em sede monocrática quanto em grau de apelação, ante proposta de aumento de valor locatício, feita pelos autores à ré, que não a aceitou, concluindo os julgadores pela existência de abuso de direito e má-fé dos requerentes, que com sua atitude, transformaram o fundamento da ação proposta, de denúncia vazia em denúncia cheia.

Argumentam os recorrentes a vedação expressa constante do artigo 264 do CPC à modificação do pedido inicial e que, além disso, a ré não aceitou a proposta ofertada.”

Contra-razões de fls. 89/90.

Admissão pela alínea a.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (Relator): Proposta ação de despejo por não convir aos locadores a continuidade da relação **ex locato** (denúncia vazia), houve contestação e, na audiência de conciliação, os proprietários propuseram majoração do aluguel, o que não foi aceito pela inquilina, daí entendeu o decreto monocrático configurada mudança de fundamento da ação: denúncia vazia para denúncia cheia ou motivada, e julgou improcedente o pedido.

Em grau de apelação, manteve-se o **decisum** com esta ementa (fl. 58):

“Locação não residencial. Denúncia vazia. Alteração do pedido inicial.

Se o locador ajuizou ação de despejo, com base na denúncia vazia pretendendo de forma oblíqua, reajustar o valor locatício em aproximadamente 100% (cem por cento), impõe-se a improcedência do pleito, posto que alterado o pedido de retomada em denúncia motivada.”

Opostos embargos, restaram rejeitados.

Sobrevém, então, a presente irresignação fundada nos dispositivos legais já indicados.

Os recorrentes requereram julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I), tendo, contudo, o MM. Juiz alvitrado realizar audiência de conciliação, em que não chegaram a acordo as partes.

Sobre o sentido da audiência de conciliação, extrai-se da lição do insigne e saudoso **Pontes de Miranda**, à fl. 78:

“A finalidade da conciliação é a de alcançar-se, através de procedimento independente, como se o juiz se pusesse ao lado das partes, e não em frente, a decisão judicial da lide. Tal encontro entre partes e juiz está fora do princípio de publicidade e como que se afasta da linha característica da litispendência. A função do juiz é tentar que fique fora do litígio a solução da questão” (obra citada, p. 15).

... “O procedimento conciliatório é pressuposto necessário do procedimento contencioso, nas espécies do art. 447 e parágrafo único. Não é pressuposto da sentença de mérito”. (obra citada, p. 18).

Vislumbrar como o fizeram as instâncias ordinárias modificação de pedido, na audiência de conciliação, por oferta e recusa de propostas, constituiria óbice à adoção desse procedimento que visa, sabidamente, a propiciar acordo entre os litigantes.

Lê-se no REsp nº 43.239-1-SP, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, publicado no DJ de 28.03.1994:

“REsp. Civil. Locação. Denúncia vazia. Revisional. A revisão visa a impedir que a desatualização do valor do aluguel favoreça injustamente o inquilino. Evidencia-se hábil, ainda que o senhorio possa valer-se da denúncia vazia. Corolário do princípio que veda o enriquecimento sem justa causa.”

No REsp nº 22.914-9-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, in DJ de 10.05.1993:

“Pedido.

Inexiste modificação do pedido apenas por haver sido esclarecido, no curso do processo, fundado em denúncia vazia, que se pretendia dar uma certa destinação ao imóvel.

Recurso especial. Matéria não prequestionada. Inadmissibilidade.”

REsp nº 16.474-0-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 04.05.1992:

“Civil e Processual. Locação. Imóvel não residencial. Ação revisional. Denúncia vazia.

I – Inexiste norma a respeito de revisão judicial de alugueres em se tratando de locação não residencial não sujeita a lei de luvas (Decreto nº 24.150/1934). Não havendo prorrogação forçada, não se justifica a intervenção judicial para fixar um aluguel em desacordo com os reajustes previstos no contrato. A melhor doutrina vê no mecanismo da denúncia vazia o instituto hábil e capaz de impor equilíbrio às partes contratantes, quando expirado o prazo da avença. Inteligência do art. 49 da Lei nº 6.649/1979.

II – Recurso conhecido e provido.”

Não poderia, portanto, admitir a instância comum alteração do pedido após contestada a ação, não só porque afrontaria o disposto no art. 264, CPC, como também os dados, manifestações e afirmações, colhidos na audiência de conciliação, não podem influenciar no julgamento eis que não têm força de confissão, sob pena de inibir as partes a um prévio entendimento e a frustrar o sentido da audiência, consoante recomendação dos arts. 447 e 448, CPC.

Dito isto, conheço do recurso e o provejo para, reformando a sentença que julgou improcedente a ação e o acórdão que a manteve, outra sentença seja proferida nos limites da peça vestibular, como entender de direito o órgão julgador.

RECURSO ESPECIAL Nº 221.312 – RS

(Registro nº 99.0058497-0)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Clarice Storck

Advogados: João Batista Bertani e outros
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Neusa Mourão Leite e outros

EMENTA: Previdenciário – Aposentadoria por tempo de serviço – Trabalhador rural – Segurado especial – Ausência de recolhimento da contribuição facultativa – Carência.

– A concessão da aposentadoria por tempo de serviço a trabalhador rural, na condição de segurado especial, está condicionada ao recolhimento das contribuições facultativas à Previdência Social, nos termos do art. 39, II, da Lei nº 8.213/1991, não lhe assegurando a percepção do referido benefício, o recolhimento obrigatório sobre percentual retirado da receita bruta da comercialização da produção.

– Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 14 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro JORGE SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 04.10.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI: Clarice Storck interpõe recurso especial com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, ao v. acórdão de fls. 106/113, que manteve sentença de improcedência da ação, por entender que o trabalhador rural enquadrado como segurado especial, somente fará jus à aposentadoria por tempo de serviço,

mediante a comprovação do recolhimento das contribuições facultativas à Previdência Social, nos termos do art. 39, I e II, da Lei nº 8.213/1991.

Sustenta a recorrente, em síntese, que o acórdão contrariou o disposto nos artigos 11, 52 e 106 da Lei nº 8.213/1991, eis que, na condição de segurado especial contribuiu obrigatoriamente sobre a comercialização da sua produção, o que lhe assegura a percepção do benefício (fls. 115/119).

Contra-razões às fls. 126/128.

Admitido o recurso (fl. 133), subiram os autos, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, os arts. 39, incisos I e II, e 26, inciso III, da Lei nº 8.213/1991, estabelecem:

“Art. 39. Para os segurados especiais referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão:

I – de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido; ou

II – dos benefícios especificados nesta Lei, observados os critérios e a forma de cálculo estabelecidos, desde que contribuam facultativamente para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social.”

“Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

I –

II –

III – os benefícios concedidos na forma do inciso I do art. 39, aos segurados especiais referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei.”

Verifica-se, assim, que a Lei de Benefícios assegura ao trabalhador rural, na condição de segurado especial, a concessão do auxílio-doença, auxílio-reclusão ou pensão, aposentadoria por idade ou invalidez, isentas de carência, no valor equivalente a um salário mínimo, não fazendo nenhuma referência a aposentadoria por tempo de serviço, sendo que sua concessão deve observar os requisitos inscritos nos arts. 52 e 25, II, da Lei nº 8.213/1991, no que tange ao período de 30 ou 25 anos de tempo de serviço, se homem ou mulher, e ao recolhimento das 180 contribuições mensais.

Nem mesmo a contribuição sobre percentual retirado da receita bruta de comercialização da produção rural garante ao segurado especial o benefício pretendido, porquanto sua concessão está condicionada ao recolhimento facultativo de contribuições para a Previdência Social, a teor do art. 39, II, da Lei nº 8.213/1991.

Neste sentido, pois, é a jurisprudência da Corte, **verbis**:

“Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Contribuição facultativa e obrigatória. Lei nº 8.213/1991. Decreto nº 2.173/1997.

– A contribuição sobre percentual retirado da receita bruta da comercialização da produção rural, considerada como obrigatória, não garante ao segurado especial a aposentadoria por tempo de serviço.

Tal benefício, conforme se depreende do exame dos arts. 11, inciso VII, e 39, I e II, da Lei nº 8.213/1991, tem sua concessão condicionada ao recolhimento facultativo de contribuições, estas disciplinadas no art. 23 do Decreto nº 2.173/1997, e substancialmente diversas daquelas efetuadas sobre a produção rural – art. 24 do mesmo decreto.

– Recurso não conhecido.” (REsp nº 204.234-RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 16.08.1999).

“Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Trabalhador rural. Segurado especial. Contribuição facultativa e obrigatória. Lei nº 8.213/1991 e Decreto nº 2.173/1997.

Segundo precedentes, ‘a contribuição sobre percentual retirado da receita bruta da comercialização da produção rural, considerada como obrigatória, não garante ao segurado especial a aposentadoria por tempo de serviço’, pois, ‘tal benefício, conforme se depreende do exame

dos arts. 11, inciso VII, e 39, I e II, da Lei nº 8.213/1991, tem sua concessão condicionada ao recolhimento facultativo de contribuições, estas disciplinadas no art. 23 do Decreto nº 2.173/1997, e substancialmente diversas daquelas efetuadas sobre a produção rural – art. 24 do mesmo decreto’.

Recurso não conhecido.” (REsp nº 203.403-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.08.1999).

“Previdenciário. Trabalhador rural. Segurados especiais. Aposentadoria por tempo de serviço. Prazo de carência. Recolhimento das contribuições.

– Os segurados especiais da previdência social, dentre eles os produtores, parceiros, meeiros e arrendatários rurais que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, não têm assegurado o direito à percepção da aposentadoria por tempo de serviço de forma a desobrigar-se do cumprimento do prazo de carência do benefício, cuja concessão vincula-se à observância dos requisitos inscritos nos artigos 52 e 25, II, da Lei nº 8.213/1991, no que tange ao período trabalhado e ao recolhimento das 180 contribuições mensais.

– Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 202.766-RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 24.05.1999).

Com estas considerações, não conheço do recurso.

É como voto.