

Jurisprudência da Sexta Turma

## **HABEAS CORPUS N. 23.372-SP (2002/0081784-0)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Silvia Bartira Moreira Kierdeika

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

Paciente: Juarez Fernandes dos Santos (Preso)

### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Falsa identidade. Falta de fundamentação do acórdão. Não ocorrência. Crime formal. Elaboração de laudo pericial. Prescindibilidade. Atipicidade da conduta. Ordem concedida de ofício.

1. O acórdão, ao contrário do afirmado pelo impetrante, encontra-se devidamente fundamentado, não restando configurada a ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

2. O crime previsto no artigo 307 do Código Penal é delito formal, revelando-se desnecessária a elaboração de laudo pericial para a sua caracterização.

3. É pacífico nesta Corte o entendimento de que não comete o crime de falsa identidade aquele que, perante autoridade policial, se apresenta com outro nome, procurando ocultar antecedentes criminais negativos.

4. *Habeas corpus* denegado, concedida a ordem de ofício para tornar sem efeito a condenação pela prática do crime previsto no art. 307 do Código Penal.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o de *habeas corpus*, mas, de ofício, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Medina, Maria Thereza de Assis Moura e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 08 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

---

DJ 26.03.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Juarez Fernandes dos Santos, condenado como incurso no artigo 307 do Código Penal, a 5 meses e 25 dias de detenção, em regime semi-aberto, apontando-se como autoridade coatora o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

Os autos foram a mim redistribuídos em razão da aposentadoria do Ministro Fontes de Alencar.

Colhe-se do processado que o paciente, ao ser abordado portando arma de fogo em desacordo com as prescrições legais, acabou por se identificar perante a autoridade policial como outra pessoa, afirmando, naquela ocasião, ser Itamar Aparecido.

Posteriormente, o próprio paciente, além de ter sido identificado criminalmente, confessou em Juízo ter se identificado anteriormente como sendo seu irmão.

Absolvido em primeiro grau, o Tribunal de origem reformou a sentença, condenando o paciente pela prática do delito de falsa identidade.

Busca a impetração ver decretada a nulidade do acórdão por falta de fundamentação, além do que não se teria comprovado a culpa do paciente, na medida em que não foi realizado exame de corpo de delito, imprescindível quando a infração deixar vestígios.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Colhe-se do aresto impugnado:

Impossível manter-se a absolvição, seja por falta de dolo, seja pela impossibilidade delituosa.

O apelante, em razão de diligências policiais, foi levado à delegacia de polícia para apurar-se eventual porte ilegal de arma.



Identificou-se, já que em seu automóvel estava uma xerocópia de identidade de seu irmão Itamar, como este.

Tão possível era o delito que o flagrante iniciou-se contra Itamar, demonstrando, destarte, a idoneidade dos meios utilizados pelo recorrido para atingir a meta optata.

Por outro lado, como anotado pelo Ministério Público, se impossível fosse o crime, inexisteriam cidadãos indevidamente presos, verdadeiras vítimas daqueles que falsamente se identificam.

À configuração do delito previsto pelo art. 307 do Código Penal basta que o autor assuma o comportamento previsto pelo tipo, independentemente de lograr vantagens em proveito próprio ou alheio, pois o delito em tela é de mera conduta.

Posta assim a questão, como se disse, a condenação era inarredável demonstrado o crime pela segura prova testemunhal e pela parcial confissão do acusado.

O passado do recorrido não o recomenda.

Já se viu processado outras vezes, saindo condenado, embora sentenças quando da eclosão dos fatos ainda não tivessem transitado em julgado.

Pelos antecedentes, fica a sua pena fixada em cinco meses. Independentemente dos antecedentes, mas agora pela reincidência demonstrada pela condenação de fls. 151, fica acrescida a pena de um sexto, totalizando cinco meses e 25 dias de detenção, que é a definitiva.

Pela reincidência, mas considerada a natureza da pena fixada, o desconto dela será iniciada no regime semi-aberto. (fls. 114/115)

Como se vê, o acórdão, ao contrário do afirmado pelo impetrante, encontra-se devidamente fundamentado, não restando configurada a ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

De outro lado, não tem razão o impetrante quando alega ser imprescindível a realização do exame de corpo de delito, visto que, de acordo com o ensinamento de Guilherme Nucci, o crime previsto no artigo 307 do Código Penal é delito formal (Código Penal Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003, p. 822), revelando-se, desta forma, desnecessária a elaboração de laudo pericial para a sua caracterização.

A meu ver, contudo, há constrangimento ilegal a ser sanado de ofício.

É pacífico nesta Corte o entendimento de que não comete o crime de falsa identidade aquele que, perante autoridade policial, se apresenta com outro nome, procurando ocultar antecedentes criminais negativos.

Vejam-se:

A - Penal. *Habeas corpus*. Art. 307 do Código Penal. Falsa identidade atribuída perante policial. Atipicidade.

Na linha de precedentes desta Corte, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal aquele que, perante a autoridade policial, se atribui falsa identidade para evitar sua prisão (Precedentes).

Ordem concedida.

(HC n. 51.122-SP Relator o Ministro Felix Fischer, DJU de 14.08.2006)

B - Embargos de declaração. *Habeas corpus*. Omissão e contradição. Inocorrência. Artigo 307 do Código Penal. Atipicidade. Ordem concedida de ofício.

1. 'A contradição que rende ensejo à oposição de embargos de declaração é a interna ao julgado, caracterizada por proposições inconciliáveis entre si, que dificultam ou impedem a sua compreensão.' (EDclAgRgREsp n. 571.895-SP da minha Relatoria, in DJ 25.10.2004) e, não, a existente entre o *decisum* e a interpretação dada à norma por esta Corte Superior de Justiça.

2. A pretensão de obter o reexame da matéria versada nos autos, na busca de decisão que lhe seja favorável, não enseja a oposição de embargos declaratórios.

3. A atribuição de falsa identidade perante a autoridade policial, pelo preso em flagrante, com o objetivo de ocultar-lhe seus antecedentes penais, não configura o crime tipificado no artigo 307 do Código Penal, por constituir hipótese de autodefesa, amparado pelo artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Precedentes do STJ.

4. Embargos de declaração rejeitados. *Habeas corpus* de ofício.

(EDcl no HC n. 21.202-SP Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 13.03.2006)

C - Recurso especial. Penal e Processual Penal. Recurso exclusivo da acusação. Ocorrência da *reformatio in melius*. Possibilidade. Inexistência de vedação legal. Falsa identidade. Exercício de autodefesa. Art. 307 do CP Não-aplicação.

1. (...).

2. Esta Corte firmou entendimento de que a conduta praticada pelo réu, de se atribuir falsa identidade perante autoridade policial, não configura o crime descrito no art. 307 do Código Penal, tratando-se de hipótese de autodefesa consagrada no art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 689.011-SP Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJU 02.05.2005)



Diante do exposto, denego o *habeas corpus*, concedendo a ordem de ofício para tornar sem efeito a condenação pela prática do crime previsto no art. 307 do Código Penal, por considerar atípica a conduta atribuída ao paciente na ação de que aqui se cuida.

É como voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 34.347-RS (2004/0036417-6)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outro

Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Anderson Durante

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Nota fiscal “calçada”. Circunstância judicial. Fixação da pena-base. *Bis in idem*. Caracterização. Crime continuado. Número de crimes. Concurso formal. Função favorável ao réu. Obrigatoriedade.

1. Em se mostrando as circunstâncias que informaram a individualização da pena pelo Magistrado idênticas às do fato humano reitor da decisão política de criminalização, cuja gravidade objetiva e subjetiva determinaram o mínimo legal abstrato da sanção cominada, é defeso atribuir-lhes efeito exasperante do limite inferior da resposta penal, pena de violação manifesta do princípio *ne bis in idem*.

2. Cuidando-se de ICMS, incidente em “operações relativas à circulação de mercadorias” (artigo 2º, inciso I, da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996), cada qual das reduções de tributo devido caracteriza o delito tipificado no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990.

3. Nada impede, em hipóteses tais, o reconhecimento do concurso formal, se a conduta final, que dá lugar à supressão ou diminuição dos tributos devidos, unifica as várias condutas-meio.

4. A caracterização de mais de um concurso formal de crimes, na unidade do crime continuado, há de influir, favoravelmente ao réu,

no *quantum* do aumento da continuação, porque certamente a sua extensão resta atenuada pelas unidades formais que a integram, sendo demasia ignorá-las e considerar cada um dos crimes isoladamente, para, depois, somá-los e aplicar o grau máximo da continuação.

5. Ordem concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Paulo Medina negava o pedido de redução da pena-base aplicada ao paciente. Os Srs. Ministros Relator, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves fixaram em metade o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, no ponto, vencidos o Sr. Ministro Paulo Gallotti, que o estipulava em 2/3, e o Sr. Ministro Paulo Medina, em 1/3. Unanimemente, substituiu-se a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, estas consistentes em prestação de serviços à comunidade e pagamento de prestação pecuniária, também nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJ 09.10.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, improvando o apelo interposto por Anderson Durante, preservou-lhe a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, pela prática do delito tipificado no artigo 1º, inciso II (inúmeras vezes), combinado com o artigo 12, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, combinado com o artigo 71, *caput*, do Código Penal, em acórdão assim ementado:

*Competência.*

É competente a Justiça Estadual para o processo e julgamento de sonegação fraudulenta de ICMS, tributo estadual.



*Perícia.*

É dispensável a realização de perícia contábil para a comprovação material da sonegação fiscal, se existem elementos probatórios capazes de demonstrar a ilicitude. Preliminares rejeitadas.

*Crime contra a ordem tributária.*

Comete o delito previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, o agente que frauda a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos nas notas fiscais, utilizando o expediente chamado ‘nota calçada’. Condenação mantida.

*Majorante.*

A majorante contemplada no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990 somente pode ser aplicada aos grandes crimes de sonegação. Sentença confirmada. (fl. 1.142).

Narram os autos que o paciente viu-se processado e condenado, porque, na condição de administrador da empresa Rio Vermelho Móveis Ltda., reduziu o Tributo de ICMS, inserindo elementos inexatos nas notas fiscais, para criar a chamada “*nota calçada*”, com fraude à fiscalização tributária.

Estes, os fundamentos da impetração:

a) ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto as circunstâncias judiciais, em sua maioria, são favoráveis ao paciente, especificando que:

1) nos motivos do crime que se reportaram à obtenção de vantagem patrimonial em prejuízo alheio “há flagrante ilegalidade neste fundamento, por uma razão bastante singela: tal motivo é inerente ao próprio tipo penal da sonegação fiscal.”

2) nas circunstâncias do crime, onde se ressaltou que o paciente “praticou o delito utilizando-se diretamente de outras pessoas que preenchiam as notas fiscais ‘calçadas’, também aqui evidencia-se ilegalidade, na medida em que, nos crimes fiscais praticados por pessoa jurídica, é inerente ao próprio delito que seu autor execute-o por prepostos.”

3) nas conseqüências do crime “também aqui há evidente equívoco na sentença, que reconheceu que as conseqüências do crime eram gravíssimas porque o paciente, com sua conduta, ‘privou várias pessoas de alimentação, remédios e saneamento básico’. Ora, o tributo sonegado (ICMS) não possui destinação específica (ao contrário, por exemplo, de contribuições previdenciárias), caso em que não se pode afirmar que o recolhimento de ICMS vá gerar, diretamente, os benefícios sociais mencionados. (...) ou seja, não se pode afirmar que este valor, relativamente baixo em se tratando de uma pessoa jurídica, possa trazer ‘graves’

conseqüências para determinadas pessoas, quanto mais não seja se lembrarmos que o crime de sonegação fiscal tutela o Sistema Tributário Nacional, e não cidadão determinados.”

b) erro na fixação do *quantum* da causa de aumento de pena do crime continuado, ao entendimento de que o crime de sonegação fiscal “(...) enunciado no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, está caracterizado por um delito de conduta múltipla ou variada, ou seja, o sujeito ativo, para consumá-lo, há de suprimir ou reduzir tributo mediante uma ou mais das condutas arroladas nos incisos daquele dispositivo legal. Consequentemente, inexistente sonegação fiscal quando, por exemplo, a falsidade praticada num livro caixa não acarreta a supressão ou supressão do tributo, ou seja, teremos tantos delitos quantas forem as condutas substanciadas na supressão ou redução do tributo. E , ainda, que o crime consuma-se (...) não quando da prática da conduta-meio (incisos do art. 1º), mas sim quando da realização completa da conduta-fim (*caput* do art. 1º: supressão ou redução do tributo). No caso dos autos, portanto, *não poderemos considerar que cada nota calçada caracterize um crime, até mesmo porque a redução do valor da nota fiscal emitida, e que servirá de parâmetro à contabilidade da empresa, caracteriza a conduta enunciada no inciso II do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, mas não também o seu caput (...)*” (fls. 9/10).

Sob outro aspecto enfoca que “o ICMS é um tributo recolhido a partir da conta-corrente financeira da empresa , já que, a partir do encontro entre débito e créditos ocorridos num mês, teremos o valor a ser recolhido a título de imposto” (fl. 10).

Em conclusão, afirma que o paciente “(...) não praticou 144 crimes de sonegação fiscal, conforme mencionado na sentença, mas sim 05 crimes, relacionados ao período de apuração ocorrido entre 1º.12.1994 e 23.05.1995. A saída de mercadorias, com a respectiva nota fiscal, caracteriza o fato gerador do tributo, mas não o seu vencimento (onde ocorrerá, efetivamente, a supressão). Assim sendo - e levando-se em consideração que o bem jurídico protegido pelo art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é o Sistema Tributário Nacional -, *teremos a prática de cada delito na data do vencimento do tributo, e não na data do fato gerador. Não é a prática de cada conduta-meio que consuma a sonegação fiscal, mas sim a prática de cada conduta-fim (supressão ou redução).*” (fls. 11/12).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, para reduzir a pena-base ao mínimo legal; aplicação, no mínimo, da fração relacionada ao crime continuado e, por conseqüência, substituir a pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direito.



A liminar foi indeferida (fls. 949/950).

As informações estão às fls. 955/960 dos autos.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem (fls. 1.187/1.189).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, *habeas corpus* contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, improvando o apelo interposto por Anderson Durante, preservou-lhe a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, pela prática do delito tipificado no artigo 1º, inciso II (inúmeras vezes), combinado com o artigo 12, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, combinado com o artigo 71, *caput*, do Código Penal, em acórdão assim ementado:

*Competência.*

É competente a Justiça Estadual para o processo e julgamento de sonegação fraudulenta de ICMS, tributo estadual.

*Perícia.*

É dispensável a realização de perícia contábil para a comprovação material da sonegação fiscal, se existem elementos probatórios capazes de demonstrar a ilicitude. Preliminares rejeitadas.

*Crime contra a ordem tributária.*

Comete o delito previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, o agente que frauda a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos nas notas fiscais, utilizando o expediente chamado 'nota calçada'. Condenação mantida.

*Majorante.*

A majorante contemplada no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990 somente pode ser aplicada aos grandes crimes de sonegação. Sentença confirmada. (fl. 1.142).

Narram os autos que o paciente viu-se processado e condenado, porque, na condição de administrador da empresa Rio Vermelho Móveis Ltda., reduziu o Tributo de ICMS, inserindo elementos inexatos nas notas fiscais, para criar a chamada "nota calçada", com fraude à fiscalização tributária.

Estes, os fundamentos da impetração:

a) ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto as circunstâncias judiciais, em sua maioria, são favoráveis ao paciente, especificando que:

1) nos motivos do crime que se reportaram à obtenção de vantagem patrimonial em prejuízo alheio “Há flagrante ilegalidade neste fundamento, por uma razão bastante singela: tal motivo é inerente ao próprio tipo penal da sonegação fiscal.”

2) nas circunstâncias do crime, onde se ressaltou que o paciente “praticou o delito utilizando-se diretamente de outras pessoas que preenchiam as notas fiscais ‘calçadas’, também aqui evidencia-se ilegalidade, na medida em que, nos crimes fiscais praticados por pessoa jurídica, é inerente ao próprio delito que seu autor execute-o por prepostos.”

3) nas conseqüências do crime “também aqui há evidente equívoco na sentença, que reconheceu que as conseqüências do crime eram gravíssimas porque o paciente, com sua conduta, ‘privou várias pessoas de alimentação, remédios e saneamento básico’. Ora, o tributo sonegado (ICMS) não possui destinação específica (ao contrário, por exemplo, de contribuições previdenciárias), caso em que não se pode afirmar que o recolhimento de ICMS vá gerar, diretamente, os benefícios sociais mencionados. (...) ou seja, não se pode afirmar que este valor, relativamente baixo em se tratando de uma pessoa jurídica, possa trazer ‘graves’ conseqüências para determinadas pessoas, quanto mais não seja se lembrarmos que o crime de sonegação fiscal tutela o Sistema Tributário Nacional, e não cidadão determinados.”

b) erro na fixação do *quantum* da causa de aumento de pena do crime continuado, ao entendimento de que o crime de sonegação fiscal “(...) enunciado no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, está caracterizado por um delito de conduta múltipla ou variada, ou seja, o sujeito ativo, para consumá-lo, há de suprimir ou reduzir tributo mediante uma ou mais das condutas arroladas nos incisos daquele dispositivo legal. Consequentemente, inexistente sonegação fiscal quando, por exemplo, a falsidade praticada num livro caixa não acarreta a supressão ou supressão do tributo, ou seja, teremos tantos delitos quantas forem as condutas substanciadas na supressão ou redução do tributo. E mais que o crime consumasse (...) não quando da prática da conduta-meio (incisos do art. 1º), mas sim quando da realização completa da conduta-fim (*caput* do art. 1º: supressão ou redução do tributo). No caso dos autos, portanto, *não poderemos considerar que cada nota calçada caracterize um crime, até mesmo porque a redução do valor da nota fiscal emitida, e que servirá de parâmetro à contabilidade da empresa,*



*caracteriza a conduta enunciada no inciso II do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, mas não também o seu caput (...)* (fls. 9/10).

Sob outro aspecto enfoca que “o ICMS é um tributo recolhido a partir da conta-corrente financeira da empresa , já que, a partir do encontro entre débito e créditos ocorridos num mês, teremos o valor a ser recolhido a título de imposto” (fl. 10)

Em conclusão, afirma que o paciente “(...) não praticou 144 crimes de sonegação fiscal, conforme mencionado na sentença, mas sim 05 crimes, relacionados ao período de apuração ocorrido entre 1º.12.1994 e 23.05.1995. A saída de mercadorias, com a respectiva nota fiscal, caracteriza o fato gerador do tributo, mas não o seu vencimento (onde ocorrerá, efetivamente, a supressão). Assim sendo - e levando-se em consideração que o bem jurídico protegido pelo art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é o Sistema Tributário Nacional -, *teremos a prática de cada delito na data do vencimento do tributo, e não na data do fato gerador.* Não é a prática de cada conduta-meio que consuma a sonegação fiscal, mas sim a prática de cada conduta-fim (supressão ou redução).” (fls. 11/12).

Esta, a motivação judicial da resposta penal imposta ao paciente e preservada em grau de apelação:

(...)

Atendendo o comando do art. 68, bem como do art. 59, ambos do Código Penal, verifico que o réu não registra maus antecedentes (fls. 602/603). Não há elementos para aferição de sua conduta social, nem dados que indiquem possíveis transtornos sócio-psicológicos. *Os motivos reportam-se à obtenção de vantagem patrimonial em prejuízo alheio. No que tange às circunstâncias do crime, merecem relevo, pois praticou o delito utilizando-se diretamente de outras pessoas que preenchem as notas fiscais ‘calçadas’. As conseqüências do crime são muito graves, uma vez que privou várias pessoas de alimentação, remédios e saneamento básico. A vítima é o Estado que em nada colaborou para o evento.*

Dessa forma, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime, a culpabilidade deve ser mensurada um pouco além do mínimo legal.

Assim, fixo a pena-base em 2 anos e 6 meses de reclusão.

(...) (fl. 981 - nossos os grifos).

Tem-se assim que quatro foram as circunstâncias motivadas pelo Juiz, na primeira fase da individualização das penas cominadas ao ilícito tipificado no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, a saber: os motivos que se reportam à

obtenção de vantagem pessoal em prejuízo alheio; as circunstâncias do crime, praticado com a utilização de pessoas que preencheram as notas fiscais; as conseqüências do crime, graves uma vez que privou várias pessoas de alimentação, remédios e saneamento básico; e não haver o Estado, vítima, colaborado em nada para o evento.

Ocorre que o denominado motivo do crime não é senão modo diferenciado de se dizer do dolo do agente de reduzir tributo devido, próprio da tipicidade do delito, cujo cometimento determinou-lhe a condenação.

As apontadas conseqüências do crime, expressas em possibilidades aleatórias, culminaram, como invocadas, por se identificarem com o resultado do crime, que não é outro diverso da redução da receita orçamentária, não considerado definida e concretamente, como é imperativo se se pretende extrair conseqüências da gravidade da infração penal.

Demais, tal resultado não é a soma dos resultados dos vários crimes unificados na continuidade delitiva, como se entendeu no estabelecimento das várias respostas penais idênticas, sob a conseqüência de se violar o princípio do *non bis in idem*, porque, em última análise, informou também o aumento decorrente da continuação.

E ainda, por fim, ao resultado do crime são estranhos os acréscimos financeiros, juros e correção monetária.

O modo de execução do crime, na espécie, ajusta-se à natureza do tributo reduzido, incidente, *in casu*, sobre a operação relativa à circulação de mercadorias (Lei Complementar n. 87/1996, artigo 2º, inciso I), mostrando-se ajustada à essência típica do imposto.

A referência do Estado, vítima, que não concorreu para o delito, averbe-se em remate, é, *sensu legis*, de desinflüência óbvia, a dispensar consideração qualquer.

A tais circunstâncias consideradas, porque análogas às do fato humano reitor da decisão política de criminalização, cuja gravidade objetiva e subjetiva informam o estabelecimento do mínimo legal abstrato da sanção cominada, é defeso, por violação manifesta do princípio do *ne bis in idem*, atribuir efeito exasperante do limite inferior da resposta penal.

No que respeita ao aumento decorrente do reconhecimento do crime continuado, os delitos se referem ao ICMS, incidente, *in casu*, sobre “operações relativas à circulação de mercadorias” (artigo 2º, inciso I, da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996), não havendo como, a meu ver, cindir a unidade de cada crime caracterizado com a redução de cada tributo devido, na exata razão de que cada qual corresponde a um fato gerador individualizado, fazendo-



se irrelevante as compensações próprias da natureza não acumulativa que a própria Constituição da República, na letra do inciso I do parágrafo 2º do artigo 155, atribuiu a este tributo.

Ajusto-me, contudo, ao pensamento dos ilustres impetrantes que a conduta típica não se exaure no elenco dos incisos do artigo 1º da Lei n. 8.137/1990, eis que o crime é de supressão ou diminuição do tributo, podendo, compreender uma conduta final.

Tal conduta final, referente ao recolhimento a menor, até o dia 12 do mês subsequente, do ICMS devidos, correspondentes e apurados no mês anterior, pode determinar, porque são vários os delitos, a caracterização do concurso formal, que se aperfeiçoa no ato mesmo que marca a redução patrimonial do Estado.

Tenho que tal ocorre na espécie, considerado o disposto no Decreto n. 37.699/1997 que regulamentou o ICMS no Estado do Rio Grande do Sul (artigos 43, itens **a** e **b** da Seção I do Apêndice III e artigo 174).

A caracterização do concurso formal, contudo, não há de ser invocada em prejuízo do condenado, como é da boa doutrina e da jurisprudência dos Tribunais, incluídamente o Supremo Tribunal Federal, não havendo falar na cumulação dos aumentos correspondentes ao concurso formal e ao crime continuado, salvo hipótese excepcionalíssima em que tal dupla exasperação fosse *plus douce*.

A propósito, os seguintes precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal:

Crime continuado. Concurso formal.

A regra do concurso formal foi concebida em favor do réu, e só há de ser aplicada quando efetivamente lhe trazer proveito.

Mesmo havendo, entre dois dos crimes integrantes do nexos de continuidade delitiva, concurso formal, apenas um aumento de pena - o do crime continuado - deve prevalecer. (RE n. 101.925-SP, Relator Ministro Francisco Rezek, in DJ 14.3.1986).

*Crime de roubo qualificado. Co-autores. Concurso formal. Continuidade delitiva. Non bis in idem* (arts. 70 e 71 do CP).

Em situação de aparente e simultânea incidência da norma de concurso formal e da de continuidade delitiva, é correto o entendimento de que a unificação das penas, com o acréscimo de fração a pena básica encontrada, se faça apenas pelo critério da continuidade delitiva, por mais abrangente.

Recurso extraordinário não conhecido. (RE n. 103.244-SP, Relator Ministro Rafael Mayer, in DJ 22.11.1985).

Passo seguinte, estou em que, se se tem caracterizado 5 concursos formais na espécie, tanto há de influir no *quantum* do aumento do crime continuado, porque certamente a sua extensão resta atenuada pelas unidades formais que a integram, sendo demasia ignorá-las e considerar cada um dos crimes isoladamente, para, depois, somá-los e aplicar o grau máximo da continuação.

Por todo o exposto, concedo a ordem para reduzir a pena-base ao mínimo legal, fixando-a, assim, em 2 anos, para ato seguido aumentá-la da metade, pela série dos concursos formais caracterizados, estabelecendo-a em 3 anos de reclusão.

A pena de multa, por igual, fica estabelecida segundo os mesmos parâmetros.

Estabeleço o regime aberto como inicial do cumprimento da pena prisional porque é que mais se ajusta à espécie, considerados o fato-crime na sua natureza e o homem autor, visto, sobretudo, na sua atividade laborativa e no seu passado.

Tenho como suficiente a pena restritiva de direito, impondo, em consequência, ao paciente, na forma do parágrafo 2º, última parte, do artigo 44, do Código Penal, a prestação pecuniária consistente no pagamento de 15 salários mínimos a entidade privada com destinação social e a de prestação de serviços à comunidade.

É o voto.

#### VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Presidente): Senhores Ministros, não tenho dúvida em acompanhar o voto do Ministro Hamilton Carvalhido no tocante à estipulação da pena-base. Pelos mesmos fundamentos de S. Exa., também vejo que, quanto ao acréscimo de seis meses, foram feitas considerações sem a pertinência necessária, algumas até, como o próprio Professor César Bitencourt assinalou da Tribuna, inerentes ao tipo que se está a tratar.

Ainda nessa ótica, V. Exa., *en passant*, mais uma vez, acentuou o aspecto cruel de alguns desses crimes tributários, comportamentos tipificados com o objetivo de ameaçar o contribuinte.

Pedindo vênias para divergir de V. Exa., reduzo a pena-base ao mínimo de dois anos, mas estipulo o aumento decorrente da continuidade em dois terços.

Estou de acordo com a substituição por medidas restritivas de direitos.

Com essas considerações, acompanho o voto do Ministro Hamilton Carvalhido, divergindo tão-somente quanto ao índice de aumento da continuidade delitiva.



### VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Sr. Presidente, é sempre agradável ouvir e aprender com o Professor César Bitencourt. Tenho a impressão de que S. Exa., ao desenvolver sua sustentação oral nesta data, ensejou à Turma uma meditação maior sobre a possibilidade de vermos crescer e alterar a dosimetria da pena-base. Ao invés de nos escondermos diante da possibilidade da anulação para que o juízo *a quo* aplique a matéria de fato adequadamente, conforme a sua crítica, devemos pensar e orientar em outros casos não tão iguais, ajustáveis, que podem ser até diferentes, mas levar uma abertura maior para que este Tribunal, com a experiência de seus Membros, possa, então, ajustar no *quantum* justo, legal e de direito a pena-base e as suas alterações.

Assim, S. Exa. nos trouxe, hoje, não só uma brilhante sustentação, mas também uma luz que nos leva a uma reflexão maior para casos vindouros.

Ouvi, também, o excelente voto proferido pelo nosso mestre Ministro Hamilton Carvalhido e percebi, de imediato, que S. Exa. se insurge contra a pena-base, e, meditando quanto a esta, ainda ressoava em mim a sustentação da Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da Justiça.

Nisso, abrindo o seu livro, identifiquei na culpabilidade um pequeno trecho, porém expressivo pelo brilhante conteúdo que nele contém, de que o dolo, agora, pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação obtida como tipicamente jurídica, e que se refere à aplicação do art. 109: “quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor sua intensidade, menor será a censura”.

Nesse aspecto, não podemos ver censura menor, senão censura maior, num agente que está deliberadamente a praticar as ações na forma pela qual o fez o paciente.

Vejo também tais motivos como desvantagem para o paciente que viria, ainda, a crescer a pena-base não pelos fundamentos que já fizera o juiz, os quais poderiam ensejar, se quiséssemos, a nulidade. Os outros fundamentos não me parecem mais adequados que esse que estou a apontar, e fui advertido pela Dra. Cláudia Sampaio Marques quanto ao atuar do agente.

Assim discordo, com profundo respeito, dos Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti quanto à fixação da pena-base, fixando-a, no seu *quantum*, em dois anos e seis meses de reclusão.

Na segunda fase, o Sr. Ministro Paulo Gallotti destacou o aspecto tarifário. Sem a preocupação de adotar a tarifa, entendo que se trata de rematado exagero

e absoluta é a conduta que revela a insensibilidade do julgador ao acrescer o *quantum* no seu máximo com a cláusula de aumento. Pior ainda, como disse o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, é considerar a multiplicidade de condutas para a aplicação de pena diversa em número de quatorze.

Estou de pleno acordo com o entendimento de S. Exa., porém, quanto à tarifa, discordo por fundamento diverso, acompanhando, doutrinariamente, tal proceder, ou seja, fixo em dois anos e seis meses a pena-base, acrescentando-a não em 2/3 (dois terços), tal como o fez o Sr. Ministro Paulo Gallotti, mas acrescentando-a em 1/3 (um terço), que daria três anos e oito meses para, se for o caso, aplicar o regime aberto, e mais ainda, aceitando a substituição da pena restritiva de direito nas explicitações formuladas pelo Sr. Ministro-Relator.

Assim, não há discordância na essência do voto ao formular crítica à sentença quanto à fixação da pena, havendo divergência no *quantum* da pena-base e no acréscimo reduzido na quantidade de 1/3 (um terço) que daria três anos e oito meses, atendendo à substituição acrescida e salientada pelo Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, concedendo a ordem de *habeas corpus* nesses termos.

#### **VOTO-VOGAL**

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Senhor Presidente, sinto-me suficientemente esclarecido após os votos precedentes e acompanho o voto do Senhor Ministro-Relator, concedendo a ordem de *habeas corpus*.

No tocante à fixação da pena-base, fixo-a, acompanhando os votos dos Senhores Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti, em vinte e quatro meses, isto é, em dois anos, excluindo a parcela referente aos seis meses.

No que se refere ao aumento decorrente da continuidade delitiva, prefiro fixar a pena na metade, como assim o fez o Senhor Ministro-Relator, acrescentando os doze meses, o que resulta em três anos, possibilitando a aplicação das medidas restritivas de direito.

---

#### **HABEAS CORPUS N 38.097-SP (2004/0126619-5)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Gustavo Raymundo

Impetrado: Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Aguinaldo José Surano (Preso)

#### EMENTA

Furto (simples/qualificado). Sentença (furto qualificado). Concurso de duas pessoas (uma menor de 18 anos). Qualificadora (não-ocorrência). Alteração do fato (impossibilidade).

1. O Código Penal é o código das pessoas maiores de idade. Por isso, entende o Relator, a qualificadora do concurso de duas ou mais pessoas pressupõe, nos crimes de furto e roubo, por exemplo, concurso de pessoas imputáveis. Não é, portanto, qualificado o furto praticado por pessoa imputável e pessoa inimputável (menor de 18 anos).

2. De mais a mais, não era lícito ao juiz, no caso, dar nova definição jurídica ao fato sem que se cumprisse o que rezam o art. 384 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal.

3. *Habeas corpus* deferido para se excluir a qualificadora, determinando-se o recálculo da pena.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, que fará declaração de voto, e Paulo Gallotti. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

---

DJ 04.12.2006

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Junto de pessoa inimputável (menor de dezoito anos), Aguinaldo José Surano subtraiu quantidade de alho avaliada em R\$ 213,00 (duzentos e treze reais), então foi denunciado, em concurso formal,

por furto simples e corrupção de menores (arts. 155 do Código Penal e 1º da Lei n. 2.252/1954). Viu-se, no entanto, quanto ao furto, condenado na sua forma qualificada, tendo-lhe sido aplicada a pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, bem como a pena pecuniária de 12 (doze) dias-multa. Foi, no entanto, absolvido do crime de corrupção de menores.

A sentença foi confirmada pelo acórdão, daí o presente *habeas corpus*, no qual opinou a Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira pela denegação da ordem nestes termos:

1º- Quanto ao alegado cerceamento de defesa, ante a alteração da capitulação do crime na sentença singular, urge lembrar, de início, que o Juiz não está vinculado à classificação do fato dada pelo Ministério Público ou querelante, na denúncia ou queixa, podendo, por ocasião da sentença, dar-lhe nova definição jurídica (art. 383, do Código de Processo Penal), inclusive para assegurar a correlação entre a sentença e a conduta descrita na inicial acusatória, vedando-se, sim, que o Juiz julgue o réu por fato de que não foi acusado, afastando-se do pretendido pela acusação.

De outro lado, o réu se defende dos fatos descritos e não da capitulação formulada pelo acusador, público ou privado, daí porque vigora no Processo Penal o princípio da livre dicção do direito, consubstanciado na máxima *narra mihi factum dabo tibi jus*, expressamente tratado nos artigos 383 e 384, do Código de Processo Penal.

Assim, se o Juiz reconhece que os fatos descritos na inicial acusatória, dos quais o réu se defendeu, comportam definição jurídica diversa da conferida pelo acusador, pode fazer a adequação típica, ainda que tenha de aplicar pena mais grave, inclusive sem necessidade de se abrir vista à Defesa para se manifestar a respeito, por cuidar-se a corrigenda apenas de *emendatio libelli*, que não tem o condão de modificar a condução da defesa técnica.

A necessidade de determinar a abertura de vista ao Defensor, para, querendo, produzir nova prova, somente ocorre se a possibilidade de nova definição jurídica decorre de constatação de existência nos autos de circunstância elementar não contida expressamente na denúncia ou queixa (art. 384, do Código de Processo Penal), devendo, inclusive, o Ministério Público aditar a inicial, se a nova classificação importar em pena mais grave (parágrafo único, do mesmo dispositivo).

Em outras palavras, somente em havendo *mutatio libelli* é que se justifica a providência gizada no art. 384, do Código de Processo Penal, no que se refere à abertura de vista à Defesa para se manifestar, porquanto o réu tem o direito de saber qual é a nova imputação que lhe pesa para que possa exercitar a mais ampla



defesa, sendo que em tal hipótese, a providência é vedada em Segunda Instância, nos termos da Súmula n. 453-STF.

No caso dos autos, a toda evidência, apenas ocorreu a hipótese de *emendatio libelli*, porquanto, segundo notícia a sentença condenatória:

(...)

2º- O impetrante alega, ainda, que a coisa furtada seria de pequeno valor, sendo aplicável o princípio da insignificância, e, ademais, deveria ser oferecido o benefício previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal.

Cumpre registrar, de início, que no ordenamento jurídico vigente não há previsão de descriminalização de conduta por aplicação do princípio da insignificância, mesmo porque outros institutos legais existem capazes de evitar a instauração da ação penal (Lei n. 9.099/1995, por exemplo) ou de submeter o réu ao cumprimento de penas restritivas de liberdade.

As causas de exclusão da ilicitude estão previstas de forma taxativa no art. 23, do Código Penal – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito –, aí não se contemplando a insignificância do dano.

Deve, quando muito, servir para atenuação da pena privativa de liberdade, ou sua substituição por outra restritiva de direitos, ou possibilitar a transação penal para evitar a propositura da ação (Lei n. 9.099/1995), não, todavia, *datissima venia*, para descriminalizar a conduta.

Entretanto, tanto a doutrina como a jurisprudência têm-se utilizado de tal princípio para evitar a aplicação de sanção penal, qualquer que seja ela, considerando atípica a conduta, violando, *data venia*, o princípio da reserva legal em matéria penal, pois se o legislador diz que determinada conduta é crime, não cabe ao Juiz afastar a tipicidade, porque ínfimo foi o valor do prejuízo ou dano causado.

Ainda que se releve tal invasão de competência legislativa, para que se caracterize o chamado crime de bagatela, na hipótese de ofensa ao patrimônio da vítima, até para se evitar injustiças, pois o que é considerado insignificante para um Juiz, pode não o ser para outro, é indispensável que o valor seja pequeno em análise circunstanciada dos fatos, visto ser essencial se considerar a capacidade econômica da vítima.

Parece-nos, pois, que não se pode, em sede de *habeas corpus*, aplicar o princípio da insignificância para excluir a tipicidade da conduta perpetrada, visto que importaria em percuciente análise do estado financeiro da vítima à época dos fatos, o que não é possível na augusta via eleita.

De outro lado, para o reconhecimento do crime de bagatela, não se há de levar em consideração apenas a pequenez do dano ou prejuízo. Outras circunstâncias devem ser sopesadas, mormente relacionadas à conduta do réu e sua vida pregressa, não sendo de se lhe deixar de aplicar pena, a despeito da irrelevância do prejuízo causado pela conduta, se é reincidente, portador de maus antecedentes, etc.

Se mesmo em relação ao furto privilegiado, não se admite a concessão do benefício quando o réu não é primário e ostenta maus antecedentes, embora pequeno o valor da coisa subtraída, com maior razão se há de invocar a restrição na hipótese de aplicação do princípio da bagatela, visto que objetiva a não imposição de qualquer sanção penal.

(...)

3º- Quanto ao benefício previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, verifica-se que o acórdão hostilizado não tratou de tal tema, pelo que sua apreciação, nessa instância, importaria em indevida supressão de instância.

Ainda que assim não fosse, impossível seria a concessão do benefício.

Vale ressaltar que em nenhum momento o v. acórdão considerou que a coisa subtraída – 70 kg de alho, avaliados em R\$ 210,00 – fosse de pequeno valor.

Ao contrário, considerou que a quantia não poderia ser considerada insignificante, visto que superior a um salário mínimo da época.

Assim, não reconhecido expressamente um dos requisitos para concessão do privilégio, certo que a orientação jurisprudencial dominante nos Pretórios Excelsos é no sentido de não se considerar sinônimas as expressões *pequeno valor da coisa e diminuto prejuízo* (REsp n. 359-SP, Relator Ministro Carlos Thibau; REsp n. 1.028-SP, Relator Ministro Edson Vidigal; RECr n. 93.010-8-SP, 2ª T., Relator Ministro Djaci Falcão, DJ de 24.10.1980, p. 8.610; RECr n. 101.010-0-SP, 1ª T., Ministro Rafael Mayer, DJU 101.8232, 25.05.1984; RECr n. 102.632-4-SP, 1ª T., Ministro Oscar Correa, DJU 165.13486, 24.08.1984, dentre outros).

De outro lado, o benefício somente é concedido ao criminoso primário.

No caso, segundo a sentença e o acórdão, o paciente é reincidente, além de ostentar maus antecedentes.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O Código Penal é o código das pessoas maiores de idade. Quando se dedica aos menores de idade (imatuross), é para, em primeiro lugar, excluí-los do âmbito de sua apropriada regência,



considerando, nesse caso, a idade limite dos 18 (dezoito) anos – aliás, essa é uma questão altamente discutível, porquanto há os que defendem outra idade, menor que a dos dezoito –, por isso são penalmente inimputáveis, conforme diz, entre nós, o art. 27, os menores de 18 (dezoito) anos. Em segundo lugar, para dar a eles proteção diversa, como sói acontecer, ainda entre nós, com os crimes contra os costumes, a exemplo do que reza o art. 224, **a**, a saber, que se presume a violência se a vítima não é maior de 14 (catorze) anos. Em suma, relativamente a menores, o Código ou os inclui entre os inimputáveis ou lhes dá proteção diferente quando são vítimas.

No essencial, o Código, sem dúvida, dirige-se aos que podem responder por suas ações e omissões típicas e antijurídicas – são as pessoas denominadas imputáveis. Foi escrito na Exposição de Motivos de 1940 que a responsabilidade pressupõe, “no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade”. E mais: “Não cuida o projeto dos imaturos (menores de 18 anos), senão para declará-los inteira e irrestritamente fora do direito penal...” Na Exposição de Motivos do projeto convertido na Lei n. 7.209, de 1984, temos o seguinte: “Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal...”

Dessarte, o nosso Código, quando tem como referencial a reunião de pessoas para o fim de cometer crimes (“quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, art. 29; “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”, art. 288; “mediante concurso de duas ou mais pessoas”, arts. 155, § 4º, IV, e 157, § 2º, II, etc.), só pode tê-lo, de acordo com a sua filosofia, quanto a pessoas imputáveis. Historicamente, já aconteceu em outros tempos e continua até hoje acontecendo em outros lugares e quiçá entre nós a reunião de pessoas sãs e insanas ou de pessoas apenas insanas para o fim de cometer crimes. Em outra corrente de idéias, admite-se também que isso possa acontecer – por exemplo, a literatura é rica de exemplos. Só que, no Penal, mormente diante do nosso Código, não se pode, juridicamente, considerar quadrilha ou bando a reunião, digamos, de duas pessoas imputáveis e duas outras inimputáveis. Isso bate de frente com suas idéias e se choca com a ordem natural das coisas.

É por isso que entendo que, nos crimes de furto e roubo qualificados (Código Penal, art. 155, § 4º, IV, e 157, § 2º, II), o concurso de duas ou mais pessoas presume pessoas imputáveis; conseqüentemente, no concurso de duas pessoas, se uma é inimputável, concurso não haverá, não se podendo, nesse caso, reputar qualificados tal furto e tal roubo. E é também por isso que, no caso sob

exame, foram cometidos, a meu juízo, dois equívocos: primeiro, quando se deu nova definição jurídica ao fato sem a prévia audiência da defesa (caso de *mutatio libelli*); segundo, quando se condenou por furto qualificado, a teor do aludido inciso IV. O meu raciocínio não se altera ante o fato da absolvição pela corrupção de menores (é verdade, não se corrompe o corrompido).

Com efeito, averbou o Juiz sentenciante:

Sob outro vértice, restou comprovada a prática do delito pelo acusado em concurso de agentes com o menor Rodrigo. Portanto, deverá o réu ser condenado por furto qualificado (artigo 155, parágrafo 4º, inciso IV, do Código Penal).

Cumprido consignar que o réu defende-se da descrição fática e não da classificação jurídica indicada na denúncia. Desse modo, embora tenha a denúncia imputado ao réu a prática do crime previsto no artigo 155, 'caput', do Código Penal, a referida peça acusatória indicou expressamente que o acusado praticou o delito em concurso de agentes e com unidade de desígnios com o menor inimputável, o que restou amplamente comprovado. Portanto, aplico a regra da *emendatio libelli* a fim de condenar o réu como incurso nas penas do art. 155, parágrafo 4º, inciso IV, do CP, sendo desnecessário qualquer aditamento ou manifestação da defesa.

Impondo-se a condenação por crime de furto qualificado, passo a fixar a pena.

Por sua vez, estatui o acórdão do Tribunal de Alçada Criminal:

O incansável Defensor aduziu não constar a qualificadora do concurso de agentes na denúncia.

É preciso esclarecer que, *in casu*, não há falar em ofensa ao princípio da correlação.

Dentre os diversos momentos processuais penais, conhece-se dois importantes, visando, por parte do juiz, a declaração do direito aplicável. O primeiro, *emendatio libelli* (art. 383, CPP), preocupa-se com a narração do fato-crime, da ação física ou moral, projetada na pretensão punitiva, mesmo que ocorra erro na classificação do delito. Há portanto, uma simples correção. No segundo, *mutatio libelli* (art. 384 e parágrafo único), pode a jurisdição de Primeiro Grau reconhecer eventual definição jurídica do fato-crime em face da omissão de circunstância elementar na exordial acusatória. Se ocorrer nova definição jurídica, o juiz determinará o cumprimento do art. 384, *caput*, do CPP, conhecido como *mutatio libelli* sem aditamento. Se, entretanto, ocorrer alteração de circunstância projetada no elemento do tipo, da norma penal, haverá necessidade de nova definição jurídica, devendo o juiz utilizar-se do parágrafo único do art. 384 do CPP, propiciando ao agente, conhecer a figura



delituosa e dela defender-se, agora, com nova enunciação do comportamento criminoso do autor do fato. Essa modalidade especial, a doutrina classificou como *mutatio libelli* com aditamento pelo Órgão do Ministério Público.

No caso em tela tratou-se de simples correção, ou seja, de *emendatio libelli*. A qualificadora consistente no concurso de agentes foi expressamente apontada na descrição fática da denúncia, tratando-se de aplicação do art. 383, do CPP, o que não gera qualquer nulidade.

Só que, sob a minha ótica, não era caso de simplesmente dar ao fato definição jurídica diversa, hipótese do art. 383 (*emendatio libelli*), mas de alterar o fato, dando-lhe nova definição jurídica, hipótese do art. 384 e de seu parágrafo único (*mutatio libelli*), ambos do Código de Processo Penal. Seria, porém, desperdício de tempo anular o processo porque, segundo minhas idéias, trata o caso noticiado nestes autos de furto simples, e não de furto qualificado pelo concurso de duas pessoas (uma era menor, por isso, penalmente, não concorreu para o crime, isto é, penalmente, tal pessoa não participou do evento), razão pela qual voto pela concessão da ordem a fim de afastar do caso a qualificadora prevista no aludido inciso IV, reconhecida pela instância de origem. Determino sejam recalculadas as penas.

#### VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, tenho que a hipótese dos autos, percucientemente definida no relatório apresentado, não se afeiçoa com o instituto da *mutatio libelli*, mas, sim, com o da *emendatio libelli*, incidindo na espécie a regra inserta no artigo 383 do Código de Processo Penal.

Demais, afora cuidar-se de réu reincidente, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça registra entendimento de que “Ao furto qualificado não se aplica a minorante da forma privilegiada. O menor desvalor de resultado, desde que não seja insignificante, carece de relevância jurídica no sentido de afetar o desvalor de ação na figura típica do furto qualificado.” (REsp n. 599.649-RS, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 02.08.2004).

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

#### VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Presidente): Senhores Ministros, *data venia*, denego a ordem de *habeas corpus*.

**HABEAS CORPUS N. 53.117-SP (2006/0013879-0)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: João Fernando Ostini - Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Solon Barboza Silva

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Direito Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime equiparado à hediondo. Progressão de regime prisional. Inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990 declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Cabimento. Ordem concedida com ressalva de entendimento do relator.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

2. De tanto, resultou o reexame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificada, agora, na afirmação da progressividade de regime no cumprimento das penas privativas de liberdade dos crimes de que cuida a Lei n. 8.072/1990.

3. Declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990, de modo a submeter o cumprimento das penas dos crimes de que cuida a Lei n. 8.072/1990 ao regime progressivo, resta afastado o fundamento da interpretação sistemática que arredava dos crimes hediondos e a eles equiparados as penas restritivas de direitos e o *sursis*.

4. Declaração de voto do Relator com entendimento contrário.

5. Ordem concedida.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia



Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 18 de maio de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJ 04.09.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, improvendo o apelo interposto por Solon Barboza da Silva, preservou-lhe a condenação à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado, pela prática do delito tipificado no artigo 12, *caput*, da Lei n. 6.368/1976.

Alega o impetrante constrangimento ilegal, eis que o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990 é inconstitucional, por desconsiderar o princípio constitucional da individualização da pena, o que, conseqüentemente, possibilitará ao paciente a progressão de regime.

Sustenta, mais, cabível, na espécie, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Daí por que pugna, ao final, seja afastado o óbice à progressão de regime prisional do paciente, bem assim que seja efetivada a substituição de sua pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

A liminar restou indeferida (fls. 102/103) e as informações foram prestadas (fls. 113/114).

O Ministério Público Federal veio pelo *não conhecimento do writ*, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, Dr. *Edinaldo de Holanda Borges*, eis que as questões “(...) não foram objetos de análise pelo segundo grau de jurisdição, quando do julgamento do recurso de apelação.” (fl. 137).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, de início, relativamente à alegada supressão de instância, que impediria o conhecimento do *writ*, invocada pelo Ministério Público Federal no parecer de fls. 136/137 dos autos, tenho que não merece prosperar.

É que o Excelso Supremo Tribunal Federal firmou já entendimento no sentido de que o conhecimento do *habeas corpus* nos diversos graus de jurisdição independe de prequestionamento na decisão impugnada, bastando que a coação seja imputável ao órgão de gradação jurisdicional inferior, o que ocorre quando este haja examinado e repellido a ilegalidade apontada, bem como quando se omite em decidir as alegações do impetrante ou matéria sobre a qual, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida, deveria se pronunciar de ofício (cf. RHC n. 82.045-SP/ Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *in* DJ 25.10.2002).

*In casu*, ao preservar a condenação do paciente, improvando o apelo interposto, o Tribunal *a quo* reconheceu o acerto da sentença, bem como declarou-se competente para processar e julgar o recurso interposto, o que autoriza o conhecimento de todas as questões suscitadas pelo impetrante, ainda que alguma delas tenha permanecido estranha ao acórdão da apelação que se impugna, em sede de *habeas corpus*, no Superior Tribunal de Justiça, dado o amplo efeito devolutivo do recurso decidido na Corte de Justiça Estadual, como reiteradamente tem decidido o Excelso Supremo Tribunal Federal.

A propósito, os seguintes precedentes:

*Habeas corpus*: competência do STF: coação de Tribunal, caracterização.

O cabimento do *habeas corpus* contra decisão judicial não se subordina ao requisito do prequestionamento: o essencial é que o juízo coator, tendo podido fazê-lo, no âmbito de sua jurisdição na causa, não haja feito cessar a coação alegada: por isso, julgando apelação do réu, interposta sem restrições, o Tribunal se fez responsável por eventuais ilegalidades da sentença, corrigíveis de ofício, ainda quando não versadas nas razões dos apelantes.

2. Individualização da pena: fundamentação suficiente: remissão a documentos comprobatórios de maus antecedentes. (HC n. 68.582-DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *in* DJ 19.04.1991).

Processual Penal. Penal. *Habeas corpus*. Competência: Apelação: julgamento. Policial. Testemunha: validade. Cerceamento de defesa: inoportunidade. Prova: exame: impossibilidade.

I. - Julgando o Tribunal a apelação, dando-lhe ou negando-lhe provimento, nos casos em que o efeito devolutivo é pleno, torna-se ele coator, para futuros pedidos de *habeas corpus*, mesmo se as questões postas neste não foram ventiladas na apelação. Somente nas hipóteses em que a apelação não tem efeito devolutivo pleno, como, por exemplo, no caso de apelação interposta de decisão do Tribunal do Júri, é que essa regra não teria aplicação.



II. - O simples fato de ser policial não torna suspeito ou inválido o seu testemunho. Precedentes do STF.

III. - Inocorrência de cerceamento de defesa.

IV. - A negativa de autoria e a alegação de que inexistente nos autos prova de sua participação no delito implicam o exame de todo o conjunto probatório, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.

V. - HC indeferido. (HC n. 76.381-SP, Relator Ministro Carlos Velloso, in DJ 14.08.1998 - nossos os grifos).

Posto isso, a questão está, primeiramente, em que o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 – que submeteu a fase prisional do cumprimento da pena privativa de liberdade, pela prática de crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, ao regime fechado, vedando ao condenado a progressão de regime – afora inconstitucional, teria sido revogado pelo artigo 1º, parágrafo 7º, da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que estabeleceu a obrigatoriedade do regime fechado apenas como inicial, permitindo aos condenados por tortura a progressividade de regime no cumprimento da pena privativa de liberdade.

A vigente Constituição da República, contudo, obediente à nossa tradição constitucional, reservou exclusivamente à lei anterior a definição dos crimes, das penas correspondentes e a consequente disciplina de sua individualização, *verbis*:

Art. 5º (...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, *nem pena sem prévia cominação legal*;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (nossos os grifos).

Individualizar a pena, tema que diz respeito à questão posta a deslinde, é fazê-la específica do fato-crime e do homem-autor, por função de seus fins retributivo e preventivo, que, assim, informam as suas dimensões legislativa,

judicial e executória, eis que destinada, como meio, a sua realização, como é do nosso sistema penal.<sup>1</sup>

E a individualização legislativa da resposta penal, que se impõe considerar particularmente, e é conseqüente ao ato mesmo da criminalização do fato social desvalioso, não se restringe à só consideração do valor do bem jurídico a proteger penalmente e às conseqüências de sua ofensa pela conduta humana, recolhendo, como deve recolher, a conduta concreta, até então penalmente irrelevante, objeto da decisão política de criminalização, como se mostra no mundo, em todos os seus elementos, circunstâncias e formas de aparição, enquanto se definam como sinais da personalidade e da culpabilidade do homem-autor e sem o que as penas cominadas seriam puro arbítrio do legislador ou, pelo menos, deixariam de atender a todos os necessários fundamentos de sua fixação legal.<sup>2</sup>

Daí por que a individualização legislativa da pena - requisição absoluta do princípio da legalidade, próprio do Estado Democrático de Direito, e, conseqüentemente, delimitadora das demais individualizações que a sucedem e complementam por função da variabilidade múltipla dos fatos e de seus sujeitos<sup>3</sup> -, encontra expressão não somente no estabelecimento das penas e de suas espécies, alcançando também, eis que não se está a cuidar de fases independentes e presididas por fins diversos e específicos, a individualização judicial e a executória, quando estabelece, *ad exemplum*, de forma necessária, os limites máximo e mínimo das penas cominadas aos crimes; circunstâncias com função

---

<sup>1</sup> Os fins retributivo e preventivo da pena estão positivados no artigo 59 do Código Penal, no qual, indicando as circunstâncias informadoras da individualização judicial, preceitua o legislador ao Juiz que estabeleça, “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, as penas aplicáveis dentre as cominadas; a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível.

<sup>2</sup> As circunstâncias de individualização judicial, insertas no artigo 59 do Código Penal, como resulta de uma atenta interpretação do sistema penal vigente, desvelam elas mesmas, *como, aliás, devem desvelar*, os elementos e circunstâncias que tiveram função na individualização legislativa da resposta penal.

<sup>3</sup> Preceitua, significativamente, o constituinte no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, “A Lei regulará a individualização da pena”.



obrigatória, como as denominadas legais<sup>4</sup> (Código Penal, artigos 61, 62 e 65); obrigatoriedade ou proibição de regime inicial, como ocorre, respectivamente, com o fechado, nos casos de penas superiores a 8 anos, ou com o aberto e o semi-aberto, vedados ao reincidente, salvo, quanto ao segundo, quando a pena não excede de 4 anos (Código Penal, artigo 33, parágrafo 2º); limites objetivos ao Juiz na aplicação das penas restritivas de direito (Código Penal, artigo 44); condições objetivas do *sursis* e do livramento condicional, ao fixar quantidades máxima de pena aplicada ou mínimas de cumprimento de pena, respectivamente (Código Penal, artigos 77 e 83), e ao preceituar imperativamente para execução da pena, como sucede, relativamente à perda dos dias remidos e à revogação obrigatória do livramento condicional (Lei de Execução Penal, artigos 127, 140 e 144).

Por certo, em casos tais, não há falar, como nunca se falou, em inconstitucionalidade qualquer, conseqüência última de, *em se absolutizando a individualização judicial da pena*, reabrir, mesmo que só em possibilidade, o que já é irreparavelmente danoso à causa da liberdade, a porta dos tempos obscuros do *arbitrium judicis*, ao qual, com honra inexcedível, o grande BECCARIA, se

---

<sup>4</sup> As chamadas circunstâncias legais não são ontologicamente distintas das que se denomina circunstâncias judiciais, pois que fazem parte do conjunto das circunstâncias da individualização judicial da pena (artigo 59 do Código Penal), distinguindo-se umas das outras apenas pelo fato de que aquelas, as circunstâncias legais, têm função obrigatória e essas, as circunstâncias judiciais, têm a aferição do seu valor, na fixação da pena, atribuído ao Juiz, que pode ou não reconhecer-lhes função.

A nosso ver, a leitura equivocada do artigo 68 do Código Penal tem levado à identificação das circunstâncias de individualização judicial da pena com as denominadas circunstâncias judiciais, que nada mais são que circunstâncias de individualização judicial da pena com função aferível pelo Juiz, diversas das denominadas legais que têm função obrigatória. Por óbvio não há qualquer distinção ontológica entre elas. O motivo do crime, *exempli gratia*, é uma circunstância de individualização judicial da pena (Código Penal, artigo 59), tendo função obrigatória quando fútil ou torpe (Código Penal, artigo 61, inciso II, alínea **a**). Em sendo de outra espécie o motivo que não a fútil ou torpe, pode o Juiz, quando deva fazê-lo, atribuir-lhe função. Deve-se afirmar, assim, que uma e outra, a circunstância legal e a circunstância judicial, integram o conjunto das circunstâncias de individualização judicial da pena (Código Penal, artigo 59), de natureza complexa, ante a presença, anote-se, na sua dimensão, da individualização legislativa da pena, por força da identidade essencial das circunstâncias que as informam.

opôs, indubitavelmente incompatível com a natureza legal da decisão política de criminalização, sua forma obrigatória, de que é consequência legítima, necessária e direta a individualização legislativa, obrigatoriamente a primeira a ser procedida, entre as dimensões da individualização da resposta penal<sup>5</sup>, enquanto deve estabelecer a pena correspondente à conduta social criminalizada, que há, certamente, de se fazer obediente aos fins retributivo e preventivo da sanção penal e, assim, tão individualizada quanto permitir o fato humano criminalizado, objetiva e subjetivamente considerado, nas suas múltiplas formas.

E se a lei, enquanto formaliza a política criminal do Estado, é expressão de função própria da competência do legislador, impõe-se afirmá-la constitucional.

Não há, pois, agora mais particularmente, inconstitucionalidade qualquer na exclusão dos regimes semi-aberto e aberto aos condenados por crime hediondo ou delito equiparado, submetendo-os apenas ao regime fechado e ao livramento condicional, ou mesmo na exclusão desses condenados da liberdade antecipada sob condição, quando reincidentes específicos, por não estranhos e, sim, essenciais à individualização da pena e, *assim, também à individualização legislativa, os fins retributivo e preventivo da pena*, certamente adequados ao Estado Social e Democrático de Direito, ético por pressuposto e de rigor absoluto na limitação do *jus puniendi*, cuja legitimidade, todavia, não se pode deslembrar, está fundada no direito de existir como pessoa, *titularizado por todos e cada um dos membros da sociedade*, em que tem lugar a vida humana.

Ouçá-se *Beccaria*:

Origem das penas e do direito de punir

A moral política não pode oferecer à sociedade nenhuma vantagem durável, se não estiver baseada em sentimentos indeléveis do coração do homem.

Qualquer lei que não estiver fundada nessa base achará sempre uma resistência que a constringerá a ceder. Desse modo, a menor força, aplicada continuamente, destrói por fim um corpo de aparência sólida, pois lhe imprimiu um movimento violento.

Façamos uma consulta, portanto, ao coração humano: encontraremos nele os preceitos essenciais do direito de punir.

---

<sup>5</sup> Dimensões múltiplas da individualização da resposta penal, legislativa, judicial e executória, conseqüentes à infinita variabilidade, como se costuma dizer, “*dos seres e das coisas*”.



Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens. Sendo o crescimento do gênero humano, apesar de lento e pouco considerável, muito superior aos meios de que dispunham a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e entrecruzando-se de mil modos, os primeiros homens, até então em estado selvagem, foram forçados a agrupar-se. Constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade surgida de se resistir às primeiras, e assim viveram esses bandos, como haviam feito os indivíduos, em permanente estado de beligerância entre si. As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra.

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda a parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositários dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.

*Não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular; pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo, que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros.*

Eram necessários meios sensíveis e muito poderosos para sufocar esse espírito despótico, que logo voltou a mergulhar a sociedade em seu antigo caos. Tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiam as leis.

Referi que esses meios precisaram ser sensíveis, pois a experiência comprovou o quanto a maioria está longe de subscrever os princípios estáveis de conduta. Percebe-se, em todas as partes do mundo físico e moral, um princípio universal de dissolução, cuja ação somente pode ser impedida em seus efeitos sobre a sociedade por meios que causem imediata impressão aos sentidos e que se fixem nos espíritos, para contrabalançar por impressões fortes a força das paixões particulares, em geral opostas ao bem comum. Qualquer outro meio não seria suficiente. Quando as paixões são fortemente abaladas pelos objetos presentes, os discursos mais sábios, a eloquência mais arrebatadora, as verdades mais excelsas não passam, para elas, de freios impotentes, que logo arrebentam.

Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela da sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito

comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

*A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.*

*As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos. (in Dos Delitos e das Penas, Cesare Beccaria – nossos os grifos).*

Não há confundir, pensamos, os defeitos que estejam a gravar a política criminal, por certo, *dês que sem ofensa à dignidade humana, valor ético supremo de toda a ordem sócio-política*, com aqueloutro de inconstitucionalidade da lei em que o Estado formaliza essa política pública.

E se o legislador, como ocorreu com a denominada Lei dos Crimes Hediondos, no exercício de sua competência constitucional, por função dos fins retributivo e preventivo da pena criminal, afastou os regimes semi-aberto e aberto do cumprimento das penas privativas de liberdade correspondentes aos crimes que elenca, não há como imputar-lhe violação constitucional.

A individualização da pena é matéria de lei, como preceitua a Constituição Federal e o exige o Estado Democrático de Direito, fazendo-se também judicial e executória, por previsão legal e função da variabilidade dos fatos e de seus sujeitos.

*Nula poena, sine praevia lege!*

A interpretação constitucional fortalece a lei, instrumento de sua efetividade e de edição deferida ao Congresso Nacional pela Constituição da República.

É importante lembrar, em remate, que a Constituição Federal, adentrando na práxis jurisdicional, afora, em certos e determinados casos, *presumir a necessidade de prisão só cautelar*, com vistas aos fins preventivos da resposta penal (confira-se-lhe o artigo 5º, inciso XLIII, *ad exemplum*), estabelece, nos domínios da individualização executória da pena, que os estabelecimentos de seu cumprimento devem corresponder à natureza do crime (Constituição da República, artigo 5º, inciso XLVIII).

Vale, a propósito de todo o exposto, invocar o magistério de *Celso Ribeiro Bastos*, relativamente ao inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal:



O leitor se surpreende quando se confronta com o preceptivo sob comento, que na verdade o que faz é reforçar o processo punitivo do Estado, **estabelecendo um teor de punitividade mínimo**, aquém do qual o legislador não poderá descer. (in Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., p. 225, Saraiva, 1989 - nossos os grifos).

E, ainda, os seguintes precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal que, faz muito, vem afirmando a constitucionalidade do disposto no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990:

*Habeas corpus.*

*Crime hediondo.* Condenação por infração do art. 12, § 2º, II, da Lei n. 6.368/1976. Caracterização.

*Regime prisional.* Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada.

*Individualização da pena.* Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.

À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Ordem conhecida, mas indeferida. (HC n. 69.603-SP, Relator Ministro Paulo Brossard, Pleno, in DJ 23.04.1993).

**Crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990): regime fechado integral (art. 2º, § 1º), de constitucionalidade declarada pelo Plenário (ressalva pessoal do relator):** inaplicabilidade, porém, da regra proibitiva da progressão ao condenado pelo delito de associação incriminado no art. 14 da Lei de Entorpecentes, inconfundível com o de tráfico, tipificado no art. 12, único daquele diploma a que se aplica a Lei dos Crimes Hediondos. (HC n. 75.978-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, in DJ 19.06.1998 - nossos os grifos).

*Habeas corpus.* - Improcedência da alegação de falta de exame de dependência psíquica do paciente, bem como de ausência de fundamentação da decisão condenatória para o não-acolhimento do laudo existente. - Condenação fundada em elementos probatórios que não apenas nos colhidos no inquérito policial. - A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, se a defesa foi intimada da

expedição da precatória para a inquirição de testemunha, não é necessário que seja ela intimada da audiência, para esse fim, no juízo deprecado. - Por fim, não só *este Tribunal já fixou o entendimento de que é constitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, como também o de que esse dispositivo não foi derogado pela Lei n. 9.455/1997. Habeas corpus* indeferido. (HC n. 77.779-SP, Relator Ministro Moreira Alves, in DJ 18.12.1998 - nossos os grifos).

*Habeas corpus*. Crime hediondo. Lei n. 8.072/1990. Progressão de regime da pena.

Em relação aos crimes hediondos, por força de disposição legal, a pena deve ser cumprida necessariamente em regime fechado.

O fato de a sentença não se haver referido à expressão 'integralmente' não significa que tenha assegurado a progressividade do regime da pena.

*Habeas corpus* indeferido. (HC n. 78.976-RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, in DJ 18.06.1999).

1. *Habeas corpus*. 2. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. 3. Regime integralmente fechado para o cumprimento da pena. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade. 4. *Habeas corpus* indeferido. (HC n. 81.421-SP, Relator Ministro Néri da Silveira, in DJ 15.03.2002).

Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Homicídio qualificado. Comutação de penas. Exclusão do benefício, em relação aos autores de crimes hediondos (art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.072, de 26.07.1990, modificada pela Lei n. 8.930, de 06.09.1994). Decreto n. 3.226/1999. *Habeas corpus*.

**1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da constitucionalidade do inciso I do art. 2º da Lei n. 8.072, de 26.07.1990 (modificada pela Lei n. 8.930, de 06.09.1994), na parte em que considera insuscetíveis de indulto (tanto quanto de anistia e graça), e, portanto, também de comutação de pena, os crimes hediondos por ela definidos, entre os quais o de homicídio qualificado, pelo qual foi condenado o ora paciente.**

2. É firme, igualmente, por outro lado, a jurisprudência da Corte, no Plenário e nas Turmas, considerando válidos Decretos de indulto coletivo, que beneficiam indeterminadamente os condenados por certos delitos e não os condenados por outros, conforme critérios razoáveis de política criminal do Presidente da República (Plenário: HC n. 74.132).

3. HC indeferido. (HC n. 81.564-SC, Relator Ministro Sydney Sanches, in DJ 05.04.2002 - nossos os grifos).



*Habeas Corpus*. Homicídio qualificado. Regime de cumprimento da pena. Progressão: inviabilidade.

1. Esta Corte já firmou orientação no sentido da constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, o qual determina que a pena aplicada aos autores de crimes hediondos seja cumprida integralmente no regime fechado.

2. Também a Lei n. 9.455/1997 não derogou o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, restando inviável a progressão prisional nas hipóteses de condenação por crime hediondo.

3. *Habeas corpus* indeferido. (HC n. 79.375-MG, Relator Ministro Maurício Corrêa, in DJ 12.04.2002).

*Habeas corpus*. Condenação pela prática de crime hediondo. Sentença que se limita, na definição do regime penal, a fazer remissão ao art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990. Legitimidade do cumprimento integral da pena em regime fechado. Pedido indeferido.

**- O réu, que foi condenado pela prática de crimes hediondos ou de infrações penais a estes equiparadas, não tem o direito de cumprir a pena em regime de execução progressiva, pois a sanção penal imposta a tais delitos deverá ser cumprida, integralmente, em regime fechado, por efeito de norma legal (Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º) cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.**

- A mera remissão, ao art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990, feita, pelo magistrado, na sentença condenatória, basta para legitimar o cumprimento integral da pena em regime fechado, desde que se trate de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. A ausência, no ato sentencial, de menção ao cumprimento da pena em regime integralmente fechado não significa que se tenha garantido, ao condenado, o direito à progressão no regime de execução penal. Precedentes. (HC n. 81.006-MG, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ 21.06.2002 - nossos os grifos).

*Habeas corpus*. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Apelação em liberdade.

Não tem direito a apelar em liberdade, réu condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por se tratar de crime hediondo (Lei n. 8.072/1990, art. 2º, II).

O Pleno do Tribunal já declarou a constitucionalidade do referido artigo 2º da Lei.

*Habeas* indeferido. (HC n. 81.871-MT, Relator Ministro Nelson Jobim, in DJ 21.03.2003).

1. *Habeas corpus*. 2. Processual Penal. 3. Crime hediondo. 4. Progressão de regime. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a constitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072, de 1990. Precedentes. 6. Entendimento contrário dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Ressalva de uma melhor análise da matéria. 7. *Habeas corpus* indeferido. (HC n. 82.638-SP, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, in DJ 12.03.2004).

Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Regime integralmente fechado para o cumprimento da pena. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade. Precedentes. HC indeferido. (HC n. 83.880-SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, in DJ 12.03.2004).

*Habeas corpus*. Direito Penal. Processo Penal. Atentado violento ao pudor. Regime integralmente fechado. Crime hediondo. Ordem denegada.

1. Consoante o entendimento do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, o crime de atentado violento ao pudor, mesmo em sua forma simples, é considerado crime hediondo (Lei n. 8.072/1990).

2. Ainda conforme entendimento do Pleno, inalterado até a presente data, o regime integralmente fechado, previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, é constitucional.

3. Ordem denegada. (HC n. 84.006-RJ, Relator p/ acórdão Ministro Joaquim Barbosa, in DJ 20.08.2004).

Constitucional. Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime hediondo. Regime fechado. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade.

I. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. C.F., art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC n. 69.657-SP, Rezek, RTJ 147/598; HC n. 69.603-SP, Brossard, RTJ 146/611; HC n. 69.377-MG, Velloso, DJ de 16.04.1993; HC n. 76.991-MG, Velloso, DJ de 14.08.1998; HC n. 81.421-SP, Néri, DJ de 15.03.2002; HC n. 84.422-RS, Joaquim Barbosa, Relator para acórdão, julgado em 14.12.2004.

II. - HC indeferido. (HC n. 85.379-SP, Relator Ministro Carlos Velloso, in 13.05.2005).

Relativamente à revogação do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990, pela Lei n. 9.455/1997, tem sido aduzido que estaria na linha oblíqua que, passando pela Constituição Federal, onde recolhe a obrigatoriedade do tratamento isonômico dos ilícitos de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e hediondos (artigo 5º, inciso XLIII), faz necessária a interpretação extensiva da norma penal



nova, qual seja, a inserta na lei que define o crime de tortura, assim incompatível com a anterior, da Lei dos Crimes Hediondos (artigo 2º, parágrafo 1º).

Ocorre que a incompatibilidade de que trata o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil existe, é verdade, entre os dois diplomas legais, mas apenas na parte referente ao crime de tortura, já que lei posterior, número 9.455/1997, específica desse ilícito, estabelece a obrigatoriedade do regime fechado apenas como inicial do cumprimento da pena, enquanto a anterior, número 8.072/1990, dos crimes hediondos, preceituava, também em relação à tortura, o cumprimento integral da pena privativa de liberdade, na sua fase prisional, sob o regime fechado.

De tanto, resulta apenas que o cumprimento da pena correspondente ao crime de tortura comporta a progressividade de regime prisional a partir do regime inicial fechado.

Nada mais.

Não é outro o verbo legal: “O condenado *por crime previsto nesta Lei*, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.” (Lei n. 9.455/1997, artigo 1º, parágrafo 7º - nossos os grifos).

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

*Habeas corpus*. Alegações de participação de menor importância e de colaboração para o desmantelamento da quadrilha. Exame de provas. Inadmissibilidade. Crime hediondo. Regime integralmente fechado.

A análise de questões relativas à verificação da participação de menor importância na prática delituosa e da colaboração do agente para o desmantelamento da quadrilha não se compatibiliza com a via estreita do *habeas corpus*, por exigir aprofundado exame do quadro fático-probatório estabelecido no processo.

***A Lei n. 9.455/1997 dispõe exclusivamente sobre o crime de tortura, não se aplicando, assim, os seus dispositivos aos delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional.***

*Habeas corpus* conhecido em parte, e, nessa extensão, denegado. (HC n. 34.294-RJ, Relator Ministro Paulo Medina, in DJ 16.11.2004 - nossos os grifos).

*Habeas corpus*. Processual Penal. Latrocínio. Crime hediondo. Progressão de regime prisional. Não aplicabilidade. Lei n. 9.455/1997. Ordem denegada.

1. O crime de latrocínio é considerado hediondo a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, razão por que deve a pena ser cumprida em regime integral fechado.

**2. A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida sua extensão aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, considerada constitucional pelo Pretório Excelso.**

3. Ordem denegada. (HC n. 36.812-MG, Hélio Quaglia Barbosa, *in* DJ 22.11.2004).

*Habeas corpus*. Direito Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Delito equiparado a hediondo. Progressão de regime prisional. Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997. Lei dos Crimes Hediondos. Revogação parcial. Inconstitucionalidade. Inocorrência.

1. ‘O inciso XLIII do artigo 5º da Constituição da República apenas estabeleceu ‘um teor de punitividade mínimo’ dos ilícitos a que alude, ‘aquém do qual o legislador não poderá descer’, não se prestando para fundar alegação de incompatibilidade entre as leis dos crimes hediondos e de tortura. A revogação havida é apenas parcial e referente, exclusivamente, ao crime de tortura, para admitir a progressividade de regime no cumprimento da pena prisional.’ (HC n. 20.954-SP, da minha Relatoria, *in* DJ 19.12.2002).

2. ‘Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.’ (Súmula do STF, Enunciado n. 698).

3. Ordem denegada. (HC n. 36.674-PR, da minha Relatoria, *in* DJ 1º.02.2005).

*Habeas corpus*. Penal. Crime hediondo ou equiparado. Progressão de regime prisional em face da Lei n. 9.455/1997. Impossibilidade. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º.

Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o fechado, descabendo progressão. Preceito legal declarado compatível com a atual Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal (HC n. 69.603).

**Ademais, a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que ‘A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais mantém-se a vedação à progressão de regime.’ (EREsp n. 170.841-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 28.02.2000). Precedente do STF**

Ordem denegada. (HC n. 36.194-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 21.02.2005).

Penal. Crime hediondo. Progressão de regime. Impossibilidade. Art. 2º, § 1º, Lei n. 8.072/1990. Inaplicabilidade da Lei n. 9.455/1997. Súmula n. 698-STF



1. Nos crimes hediondos, ou a eles equiparados, a pena deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, nos termos do que dispõe a Lei n. 8.072/1990.

2. *‘Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura’ (Súmula n. 698 do STF).*

3. O art. 1º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos não ofende o princípio constitucional da individualização da pena.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 610.302-SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, in DJ 21.02.2005).

Penal e Processo Penal. Recursos especiais. Extorsão mediante seqüestro e formação de quadrilha. Participação de menor importância. Reexame de provas. Nulidade da sentença. Inocorrência. Falta de indicação do prejuízo. Reconhecimento fotográfico corroborado por chamada de co-réu. Lei dos Crimes Hediondos. Lei da Tortura. Progressão de regime prisional. Impossibilidade.

1. Tendo o Tribunal afastado a participação de menor importância com base no quadro probatório, decidir de forma contrária demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 desta Corte.

2. Não é nula a sentença que não detalha a tese de defesa, mas a examina no mérito.

3. O reconhecimento fotográfico realizado no inquérito policial e a chamada de co-réu, na fase judicial é prova bastante de autoria.

4. Em se tratando de extorsão mediante seqüestro, delito considerado hediondo pela Lei n. 8.072/1990, a pena deve ser cumprida integralmente no regime fechado, vedada a progressão, a teor do que dispõe o artigo 2º, § 1º, desse diploma legal, considerado constitucional no Supremo Tribunal Federal.

5. *A Lei n. 9.455/1997 não revogou o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, encerrando o indigitado diploma nítida opção do legislador em dar tratamento diverso aos delitos de tortura do que aos relativos aos demais crimes hediondos, opção essa que não parece ter sido a melhor, porém, é inegável, decorrente de legítimo exercício de função constitucional.*

6. Recurso de José Esteves Gomes desprovido, e não conhecido o de Esmilson de Andrade. (REsp n. 574.375-RO, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 11.04.2005 - nossos os grifos).

Recurso especial. Penal. Atentado violento ao pudor. Concurso material. Continuidade delitiva. Lapso temporal de três anos. Impossibilidade. Hediondez do delito. Regime prisional integralmente fechado.

1. Incabível a aplicação do art. 71 do Código Penal, por ausência de requisitos objetivos necessários, evidenciada pela diversidade no *modus operandi* do acusado na reiteração criminosa e longo intervalo de tempo entre a prática dos dois delitos.

**2. As condenações por crimes hediondos devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, nos termos da Lei n. 8.072/1990, uma vez que a Lei n. 9.455/1997 trata da possibilidade de progressão de regime exclusivamente para crimes de tortura, conforme o verbete sumular n. 698 do STF**

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 692.219-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, in DJ 11.04.2005 - nossos os grifos).

Penal. Recurso especial. Art. 12, da Lei n. 6.368/1976. Tráfico de drogas. Regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

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

II - O art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990 deve ser aplicado até que o c. Pretório Excelso se manifeste sobre eventual inconstitucionalidade.

**III - A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual 'a Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais mantém-se a vedação à progressão de regime.'** (EREsp n. 170.841-PR, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 28.02.2000). Recurso provido. (REsp n. 692.285-MG, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 11.04.2005 - nossos os grifos).

Criminal. HC. Execução. Tráfico de entorpecentes. Regime integralmente fechado de cumprimento da pena. Progressão de regime. Delito hediondo. Impossibilidade. Lei n. 8.072/1990. Vedação legal à progressão. Constitucionalidade. Lei n. 9.455/1997. Exclusividade dos crimes de tortura. Inexistência de ofensa aos princípios da humanização e da individualização da pena. Ordem denegada.

As condenações por tráfico ilícito de entorpecentes, delito elencado como hediondo pela Lei n. 8.072/1990, devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, vedada a progressão. Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos já afirmada pelo STF.

**A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional. Precedentes. Súmula n. 698 do STF**



O art. 1º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos não ofende ao Princípio Constitucional da Individualização da Pena.

Ordem denegada. (HC n. 37.555-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 18.04.2005 - nossos os grifos).

Este entendimento, inclusive, já foi objeto de súmula no âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal, ao que se extrai do teor do Enunciado n. 698, *verbis*:

Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.

Nada obstante, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959-SP, o Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de 6 votos a 5, pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, enviando o cumprimento de suas penas privativas de liberdade ao regime progressivo, disciplinado pelo Código Penal.

De tanto, resultou o reexame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificada, agora, na afirmação da progressividade de regime no cumprimento das penas privativas de liberdade dos crimes de que cuida a Lei n. 8.072/1990.

Conseqüentemente, há que se examinar as questões relativas às penas restritivas de direito (artigo 44 do Código Penal) e à suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade (artigo 77 do Código Penal), em se cuidando de crimes hediondos ou a eles equiparados.

Com efeito, as normas gerais do Código Penal, como ninguém discute, aplicam-se aos fatos incriminados por Lei especial, se esta não dispuser de modo diverso, a teor do que dispõe o artigo 12 do próprio diploma penal material, que ora se invoca:

As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

O próprio Código Penal, pois, disciplina as suas relações com as leis penais materiais especiais.

Em conseqüência, a Lei n. 9.714/1998, *precisamente porque modificativa da parte geral do Código Penal*, somente se aplica aos fatos incriminados por Lei especial, se esta não dispuser de modo diverso (artigo 12 do Código Penal).

E a Lei n. 8.072/1990 dispõe de modo diverso das normas gerais do Código Penal, estabelecendo, como estabelece, na letra do seu artigo 2º, ora declarada inconstitucional, que a *pena prisional* do crime de *tráfico de entorpecentes*

será cumprida *integralmente* em regime fechado, o que faz tal ilícito penal incompatível com a Lei n. 9.714/1998, referente a sanções penais de liberdade, por força de inarredável interpretação sistemática, que nada tem de extensiva ou analógica.

Não se há de pretender, sem concessão ao absurdo, que a necessidade do regime fechado, presumida na Lei dos Crimes Hediondos (artigo 2º, parágrafo 1º) ou concretamente aferida pelas circunstâncias de individualização da pena, se compatibilize com subsequente resposta penal de cumprimento em liberdade, isto é, com as penas restritivas de direito e com o *sursis*.

É que o regime fechado exclui do condenado toda e qualquer atividade externa, que não seja “serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina” (Lei das Execuções Penais, artigo 36).

Não é demasiado lembrar que o estabelecimento do regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade antecede o do cabimento da pena restritiva de direitos.

É esta, com efeito, a letra do artigo 59 do Código Penal:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, à circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Confira-se, a propósito do tema, a jurisprudência majoritária deste Superior Tribunal de Justiça antes da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990:

Recurso especial. Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime equiparado a hediondo. Sentença condenatória. Possibilidade de progressão de regime. Trânsito em julgado para a acusação. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido.

1. Encontra-se assente nesta Corte o entendimento de que a Lei n. 8.072/1990, de caráter especial, ao impor aos condenados por crimes hediondos ou a eles



equiparados o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, contrapõe-se (e prevalece) ao previsto pela Lei n. 9.714/1998, que introduziu, na parte geral do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do que estabelece o princípio da especialidade previsto no art. 12 do Código Penal.

2. Conquanto a sentença condenatória tenha transitado em julgado para a acusação, o Juízo processante não afastou o caráter hediondo do delito; apenas, seguindo precedente da Corte estadual, concedeu ao réu o direito à progressão do regime, o que, em hipótese alguma implica a possibilidade de concessão da substituição. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso especial conhecido e provido para, anulando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de 1º grau. (REsp n. 748.579-MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, in DJ 05.12.2005).

*Habeas corpus*. Direito Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Sentença condenatória. Majoração da pena-base. Fundamentação. Ausência. Constrangimento ilegal evidenciado. Precedentes do STJ. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pedido de modificação de regime prisional. Crime equiparado a hediondo. Impossibilidade.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o magistrado sentenciante fixar a pena-base no dobro do mínimo legal, fundando-se, tão-somente, em referências vagas sem indicação de qualquer circunstância concreta que justificasse o aumento.

3. *A substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos é incompatível com a condenação pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecente, a teor da vedação imposta pela Lei dos Crimes Hediondos.*

4. O regime integralmente fechado para o cumprimento da pena dos crimes hediondos e equiparados, decorre de determinação expressa do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem parcialmente concedida para, reformando o acórdão e a sentença de 1º grau na parte relativa à individualização da pena, determinar o refazimento do cálculo do *quantum* da reprimenda, sem o aumento referente à gravidade abstrata

da conduta inerente à consunção do tipo penal do tráfico. (HC n. 44.767-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in* DJ 14.11.2005 - nossos os grifos).

Recurso especial. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Art. 44 do CP Lei n. 9.714/1998. Impossibilidade.

À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela “Lei das Penas Alternativas” (Lei n. 9.714/1998) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/1990 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/1990). Inteligência da Súmula n. 171-STJ.

Recurso provido. (REsp n. 699.200-RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 05.09.2005).

Penal. *Habeas corpus*. Art. 12, c.c. art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976. Crime equiparado a hediondo. Regime integralmente fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Lei n. 9.714/1998. Progressão de regime.

I - A substituição da pena privativa de liberdade, *ex vi* do art. 44 do CP, não se realiza quando se trata de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, delito equiparado a hediondo, em virtude de manifesta incompatibilidade (*Precedentes do STJ e do Pretório Excelso*).

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

III - Tal limitação já foi considerada constitucional pelo *Pretório Excelso* (HC n. 69.603 e HC n. 69.657) e não foi revogada pela Lei n. 9.455/1997, de aplicação restrita.

IV - O entendimento relativo ao art. 14, da Lei n. 6.368/1976, no que se refere à possibilidade de progressão de regime, não se aplica ao art. 18 da mesma lei, porquanto não configura delito autônomo, mas mera causa especial de aumento de pena (*Precedentes*).

V - Tendo o recorrente sido condenado por crime equiparado a hediondo, qual seja, tráfico ilícito de entorpecentes (art. 2º, da Lei n. 8.072/1990), deve a pena cominada, incluindo-se a majorante (art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976), ser cumprida em regime integralmente fechado, *ex vi* do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (*Precedentes*).



Ordem denegada. (HC n. 41.586-SP, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 05.09.2005).

Penal. Recurso especial. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime equiparado a hediondo. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito. Lei n. 9.714/1998. Impossibilidade.

1 - Não cabe substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos no caso de tráfico ilícito de entorpecentes.

2 - A Lei n. 9.714/1998, que modificou dispositivos legais do Código Penal, não alterou a forma de execução penal preconizada na Lei n. 8.072/1990. (Precedentes)

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

4 - Recurso Especial conhecido e improvido. (REsp n. 551.815-ES, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, *in* DJ 13.09.2004).

Penal. Tráfico de entorpecentes. Substituição de pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. Impossibilidade. Lei dos Crimes Hediondos. Cumprimento da sanção corporal integralmente em regime fechado.

1. Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmaram compreensão no sentido de não ser possível substituir por medidas restritivas de direitos a pena privativa de liberdade imposta em condenação pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, que deve ser cumprida integralmente no regime fechado, a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, vedada a progressão.

2. *Habeas corpus* denegado. (HC n. 19.935-RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, *in* DJ 22.03.2004).

Recurso especial. Criminal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Delito equiparado a hediondo. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Incabimento. Lei dos Crimes Hediondos. Constitucionalidade.

1. “A Lei dos Crimes Hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos, exclui a incidência da Lei n. 9.714/1998, modificativa da parte geral do Código Penal, por força do artigo 12 do próprio diploma penal material brasileiro (‘As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.’)” (REsp n. 251.776-RS, da minha Relatoria, *in* DJ 10.03.2003).

2. “(...) 3. Não há falar em inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, eis que, para além de ser a edição do direito penal matéria própria da dimensão infraconstitucional (Constituição Federal, artigo 22, inciso I), a norma inserta no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição da República defere, também à lei, a disciplina da individualização da pena, que pode assim estabelecer especialmente o regime fechado como integral das penas dos crimes hediondos.” (HC n. 24.706-MG, da minha Relatoria, *in* DJ 10.03.2003).

3. Recurso especial provido. (REsp n. 556.391-RS, da minha Relatoria, *in* DJ 02.02.2004).

Penal. Crime hediondo. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Aplicação do art. 44 e seguintes do Código Penal (Lei n. 9.714/1998). Impossibilidade.

1 - A Lei n. 9.714/1998, ao alterar os arts. 44 e seguintes do Código Penal, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se aplica aos crimes hediondos que têm regulação específica. O condenado por tráfico (art. 12, da Lei n. 6.368/1976), não tem direito ao benefício. Precedentes do STF e desta Corte.

2 - Recurso especial conhecido. (REsp n. 472.570-MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ 07.04.2003).

RHC. Direito de apelar em liberdade. Paciente que permaneceu preso durante todo o processo. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Impossibilidade.

- Inexiste direito de apelar em liberdade quando o réu, preso em flagrante delito, permaneceu preso durante todo o processo. A manutenção do decreto construtivo perdura com a condenação.

- As alterações introduzidas no Código Penal pela Lei das Penas Alternativas (Lei n. 9.714/1998) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, cujo cumprimento da pena é em regime integralmente fechado. Impossibilitada, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

- Precedentes.

- Recurso desprovido. (RHC n. 9.157-SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, *in* DJ 06.12.1999).

Penal. Processual. Tráfico de entorpecentes. Lei n. 9.714/1998. Não aplicabilidade. *Habeas corpus*. Recurso.



1. A Lei n. 9.714/1998, quando prevê a conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direito, não se aplica aos crimes hediondos e os a estes assemelhados. Precedentes.

2. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (RHC n. 9.062-MG, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 25.10.1999).

Recurso em *habeas corpus*. Penal e Processo Penal. Paciente que respondeu ao processo sob custódia. Condenação no art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Direito de apelar em liberdade. Vedação legal. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44 do CP. Lei n. 9.714/1998. Crime equiparado a hediondo. Impossibilidade.

- Tratando-se de paciente preso em flagrante e que permaneceu recolhido durante o curso do processo, não tem direito de apelar em liberdade, porquanto um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão. Precedentes.

- Firme jurisprudência desta Corte no sentido de que o tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, razão pela qual é insuscetível de determinados benefícios, dentre os quais o de recorrer em liberdade, a teor do art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.072/1990.

À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela “Lei das Penas Alternativas” (Lei n. 9.714/1998), não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/1990 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/1990).

Inteligência da Súmula n. 171-STJ.

- Recurso desprovido. (RHC n. 8.620-PR, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, in DJ 16.08.1999).

E, ainda, do Excelso Supremo Tribunal Federal:

Constitucional. Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Sentença. Não-apreciação de tese da defesa. Alegação de falta de fundamentação. Inocorrência. Tráfico de entorpecentes. Delito equiparado a hediondo. Lei n. 9.714/1998: substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade.

I. - Sentença suficientemente fundamentada. Inocorrência de nulidade.

II. - Impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por crime previsto na Lei n. 6.368/1976 em restritiva de direitos, tendo

em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que, expressamente, determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

III. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. CF, art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC n. 69.657-SP, Rezek, RTJ 147/598; HC n. 69.603-SP, Brossard, RTJ 146/611; HC n. 69.377-MG, Velloso, DJ de 16.04.1993; HC n. 76.991-MG, Velloso, DJ de 14.08.1998; HC n. 81.421-SP, Néri, DJ de 15.03.2002; HC n. 84.422-RS, julgado em 14.12.2004.

IV. - HC indeferido. (HC n. 85.906-SP, Relator Ministro Carlos Velloso, in DJ 02.09.2005).

*Habeas corpus*. Crime equiparado a hediondo. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Precedentes. No Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento de que não é possível a concessão da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando se trata de crimes hediondos ou equiparados. Ordem denegada. (HC n. 84.515-RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, in DJ 21.10.2005).

*Habeas corpus*. Processo Penal. Recurso especial. Contra-razões. Intimação. Não apresentação. Alegação. Nulidade. Inocorrência.

1. Inaplicável a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos crimes hediondos. Precedentes. Inviabilidade da concessão da ordem *ex officio*.

2. Havendo sido regularmente intimado o defensor constituído, não há como prosperar a alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em razão da não apresentação das contra-razões ao recurso especial.

3. Ordem indeferida. (HC n. 85.395-RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, in DJ 12.04.2005).

*Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma. Restrição de direitos.

A condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, por se tratar de crime hediondo, não comporta a substituição da pena por restrição de direitos.

Para o crime de porte ilegal de arma, a conversão da pena seria possível. Entretanto, o paciente não satisfaz os requisitos de ordem subjetiva (art. 44, I, II e III, do CP), já que também é condenado por crime de roubo, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo.



*Habeas corpus* indeferido. (HC n. 82.914-SP, Relator Ministro Nelson Jobim, in DJ 26.03.2004).

Vale conferir, ainda, a jurisprudência dos Tribunais Superiores relativamente à concessão da suspensão condicional da pena:

*Habeas corpus*. Prática de crime hediondo. Condenação à pena de dois (2) anos de reclusão. Pretendida concessão do *sursis*. Inadmissibilidade. Pedido indeferido.

É incabível a concessão do *sursis* em favor daquele que foi condenado pelo delito de atentado violento ao pudor, ainda que satisfeitos os pressupostos subjetivos e objetivos fixados pelo art. 77 do Código Penal, pois, tratando-se de crime hediondo, a sanção privativa de liberdade deve ser cumprida integralmente em regime fechado. (HC n. 72.697-RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, in DJ 19.03.1996).

Criminal. REsp. Execução. Atentado violento ao pudor. Tentativa. Crime hediondo. Regime integralmente fechado de cumprimento de pena. Lei n. 8.072/1990. Constitucionalidade. Vedação legal à progressão e ao *sursis*. Incompatibilidade. Art. 226, inciso III, do Código Penal. Alegação de inconstitucionalidade da causa de aumento de pena. Inocorrência. Majorante com dupla justificativa. Recurso provido.

I. Inviável a discussão acerca da desclassificação da conduta, procedida pelo Tribunal *a quo*, eis que a análise da questão envolveria apurado exame do contexto fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula n. 7-STJ.

II. Delitos de estupro e atentado violento ao pudor, inclusive em suas formas tentadas, ainda que cometidos em sua forma simples e mesmo com violência presumida, são considerados crimes hediondos. Precedentes do STF e desta Corte.

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

IV. Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos já afirmada pelo e. STF

V. A imposição legal de regime integralmente fechado é, igualmente, incompatível com a concessão de *sursis*.

VI. Não obstante a diferenciação que sempre se faz entre regime de cumprimento de pena e a sua suspensão condicional, se a substituição de penas - revigorada pela Lei n. 9.714/1990 - é considerada incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, por esta Turma, quanto mais o *sursis*. Precedentes STJ e STF

VII. Esta Corte tem admitido a causa de aumento de pena do art. 226, inciso III, do Código Penal, aplicável aos delitos contra os costumes, apenas advertindo que, para a incidência da majorante faz-se necessária a comprovação do estado civil do paciente, com a juntada aos autos da certidão do respectivo registro de casamento, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal. Precedentes.

VIII. Recurso provido, nos termos do voto do relator. (REsp n. 766.667-RS, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 24.10.2005).

Recurso especial. Penal. Estupro. Tentativa. Crime hediondo. Progressão de regime e concessão de *sursis*. Impossibilidade.

1. O crime de tentativa de estupro tem natureza hedionda, devendo a respectiva pena ser cumprida em regime prisional integralmente fechado, sendo, portanto, inaplicável o *sursis*.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 700.881-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in* DJ 14.03.2005).

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Embargos de declaração. *Sursis*. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Lei n. 9.714/1998. Atenuantes. Fixação da pena. Súmula n. 231-STJ.

I - Inexiste violação do art. 619 do CPP se o e. Tribunal, examinando os embargos de declaração, não se esquivou de enfrentar as questões levantadas na fase recursal.

II - *É incabível, por incompatível com a sistemática do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, a concessão do sursis a condenado por tráfico de tóxicos.*

III - Não cabe substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos no caso de tráfico ilícito de entorpecentes.

IV - A Lei n. 9.714/1998, que modificou dispositivos legais do Código Penal, não alterou a *forma de execução penal* preconizada na Lei n. 8.072/1990. (Precedentes).

V - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (precedentes do *Pretório Excelso* e do STJ/ Súmula n. 231-STJ).

Recurso parcialmente provido. (REsp n. 570.899-RS, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 1º.12.2003).

Declarada, contudo, a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990, de modo a submeter o cumprimento das penas dos crimes de que cuida a Lei n. 8.072/1990 ao regime progressivo, resta afastado o



fundamento da interpretação sistemática que arredava dos crimes hediondos e a eles equiparados as penas restritivas de direitos e o *sursis*.

Pelo exposto, com fundamento nas razões acima expostas, e com ressalva de entendimento em sentido contrário, concedo a ordem de *habeas corpus* para afastar o óbice à progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente e à imposição de pena restritiva de direito, que deverão ser decididas pelo Juízo da execução, à luz de sua disciplina legal.

*É o voto.*

---

**HABEAS CORPUS N. 59.051-PR (2006/0103173-1)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Eduardo de Vilhena Toledo e outros

Impetrado: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Gerhard Fuchs (Preso)

Paciente: Ernesto de Veer (Preso)

**EMENTA**

Prisão decorrente de sentença penal condenatória (natureza cautelar). Antecedentes criminais (inexistência). Gravidade abstrata dos fatos e mero juízo de probabilidade de fuga (motivação). Fundamentação (falta). Apelação em liberdade (possibilidade). Comparecimento a todos os atos processuais (compromisso).

1. A prisão, antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, é exceção. Como as demais, é prisão cautelar.

2. Tratando-se de medida de exceção, a cautelar há sempre de vir apoiada em bons elementos de convicção – elementos certos, determinados, concretos.

3. Quando carece o ato judicial de suficiente motivação, falta-lhe validade, decorrendo daí ilegal coação. Expressões como “sentimento de impunidade”, “gravidade do ilícito cometido”, “possibilidade real de fuga”, empregadas na sentença, não justificam a prisão recaída sobre os pacientes, porque são meras presunções.

4. O processo criminal em curso não é considerado antecedente criminal em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição. Na espécie, o fato de os pacientes estarem respondendo por vários processos criminais não é motivo suficiente para serem considerados sem bons antecedentes.

5. Ordem concedida a fim de se permitir aos pacientes a apelação em liberdade, mediante o comprometimento de comparecerem a todos os atos do processo.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Sustentou oralmente o Dr. Eduardo de Vilhena Toledo pelos pacientes.

Brasília (DF), 29 de junho de 2006 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

---

DJ 06.11.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi o *habeas corpus* impetrado em benefício de Gerhard Fuchs e Ernesto de Veer. Nele, indicou-se Turma que, por maioria de votos, denegou, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a ordem lá impetrada, portando o respectivo acórdão esta ementa:

*Habeas corpus*. Apelação. Juntada de documento. Inocorrência de violação ao princípio do contraditório. Determinação de recolhimento à prisão. Presença dos requisitos da prisão preventiva. Garantia da ordem pública.

Não há ofensa ao princípio do contraditório pela juntada de documento que serviu de embasamento à decretação da prisão preventiva.

Havendo fortes indícios da prática de novos delitos pelos pacientes, impõe-se a segregação cautelar, nos termos do artigo 312 do diploma processual penal, como forma de garantir a ordem pública.

Ordem denegada.



Foi pelo Relator, na origem, feito este relatório:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Antonio Acir Breda, José Carlos Cal Garcia Filho e Juliano Breda, em favor de Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs, objetivando a soltura dos pacientes, presos em razão de sentença condenatória recorrível.

Narram que os pacientes foram condenados pela prática do crime de evasão de divisas, em continuidade delitiva, à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão; que baseando-se em documento juntado por ordem da sentença, veio nessa peça processual o magistrado *a quo* a compreender como existente a continuidade na prática de crimes da mesma espécie, pelo que determinou o recolhimento à prisão dos apelados, como garantia da ordem pública; que os pacientes já interpuseram recurso de apelação; que já foram os pacientes condenados em outros dois processos, por fatos contemporâneos, e respondem aos pertinentes apelos em liberdade; que os pacientes sempre demonstraram comportamento exemplar, comparecendo a todos os atos do processo, não prejudicando de qualquer modo seu regular desenvolvimento; que desde a interposição do primeiro *habeas corpus*, os pacientes depositaram espontaneamente seus passaportes.

Sustentam que a existência de outra condenação e de outros processos em andamento não afasta a presunção de inocência e deveria, se o caso, justificar a prisão ao início do feito, pois presentes essa situação já no recebimento da denúncia; que a hipótese de fuga pelos processos pendentes é mera especulação; que não existe persecução penal por fatos ocorridos após o ano de 2000, daí não se podendo admitir como fundamento da habitualidade delitiva um relatório do COAF até então secreto, não submetido ao contraditório; que não pode o magistrado firmar seu convencimento por provas não submetidas ao contraditório, o que gera nulidade da sentença; que dito relatório não traz indicadores de novos crimes pelos pacientes.

Ao Superior Tribunal foram pelos impetrantes trazidos estes pedidos:

75. Os fundamentos da impetração demonstram, à saciedade, a presença do *fumus boni iuris*. Por outro lado, o *periculum in mora* encontra-se patente na medida em que os pacientes encontram-se presos desde o dia 23 de março de 2006. Há mais de 50 dias, portanto.

76. Ante o exposto, tendo em vista a manifesta ilegalidade da prisão a que se encontram submetidos, requer-se, em caráter liminar, que o eminente Relator do presente *habeas corpus* determine o sobrestamento do mandado de prisão, com a expedição do competente alvará de soltura, até o julgamento do mérito do presente *writ*.

(...)

80. Ante todo o exposto, requerem que a presente ordem venha a ser conhecida e deferida para reconhecer a ilegalidade da prisão a que os pacientes encontram-se submetidos, determinando-se seja expedido alvará de soltura em seu favor, revogando-se, em conseqüência, o acórdão impugnado.

Indeferi a liminar. O Ministério Público Federal, pela palavra da Subprocuradora-Geral Helenita Caiado, pronunciou-se pela denegação da ordem nos termos seguintes:

7. Com efeito, a decretação da custódia preventiva encontra-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, concretizada a sanção em seis anos e oito meses de pena corporal, tendo o juiz de primeiro grau determinado o recolhimento dos réus à prisão baseado em dados reais e não em meras suposições, como se vê às fls. 75/77, *in verbis*:

(...)

8. Desta forma, além de incontrovertidos os maus antecedentes ostentados pelos pacientes, restou demonstrada com elementos concretos a necessidade da custódia cautelar dos réus, tendo em vista a gravidade do delito contra o Sistema Financeiro Nacional por eles praticado e a possibilidade real de fuga, por serem sócio-gerentes de agências de turismo e corretora de câmbio, além de detentores de abastada fortuna pessoal, valendo destacar que o réu Gerhard Fuchs possui cidadania alemã. À vista de tais circunstâncias sobressai evidente o real comprometimento da correta aplicação da lei penal, já que a condenação proferida pelo juiz de primeiro grau impôs aos pacientes a pena de 6 anos e oito meses de reclusão.

9. E, ainda, é importante frisar que se trata de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, cuja lesividade ao meio social é inegável e de larga repercussão, sendo que os recorridos geriram fraudulentamente empresas das quais eram sócios-administradores, dando azo à lavagem de dinheiro e evasão de divisas para o exterior, cujos valores foram estimados em vários milhões de dólares.

10. Ademais, além de estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, a orientação do STJ, na espécie, é no sentido de que 'não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, a determinação judicial para que o réu, considerado de péssimos antecedentes, seja recolhido à prisão para apelar, em consonância com o art. 594, do CPP, e Súmula n. 9-STJ.' (Neste sentido: REsp n. 71.593-GO, DJ de 17.08.1998, Rel. Min. Anselmo Santiago).

É o relatório.



### VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): No Tribunal Regional, foi vencido o Relator. O voto vencedor é de motivação seguinte:

Na hipótese em exame, ao decidir pela impossibilidade de apelarem em liberdade os réus, a autoridade impetrada fundamentadamente consignou haverem indícios de habitualidade e persistência delitiva, pela estruturação empresarial da atividade criminosa com contas em nome de interpostas pessoas e diversas contas no exterior em nome de *off-shores*, acrescentando que tal persistência se deu na pendência de ações penais, sendo a presente ação de 2003, havendo fortes indícios de atividades criminosas até o ano de 2004. A propósito, se destaca:

(...)

Considerando-se, além dos fundamentos do julgador, a manifestação do Ministério Público exarada da Tribuna neste momento, no sentido de que os pacientes além de seis ações penais que respondem perante a Justiça Federal, ainda teriam inúmeros inquéritos policiais em andamento por fatos semelhantes, sendo mais de dez, considero que a ordem pública está ameaçada pela reiteração de condutas delitivas.

Nestes termos, voto no sentido de denegar a ordem.

Todavia a sentença, no tópico – da necessidade de os réus se recolherem à prisão para apelar (expeçam-se mandados de prisão) –, dispôs nestes termos:

Na forma do artigo 594 do Código de Processo Penal, os réus não poderão apelar sem recolher-se à prisão.

Em primeiro lugar, porque não têm bons antecedentes. Muito pelo contrário, os réus respondem por vários processos criminais perante a Justiça Federal, sendo que perante a 1ª Vara Federal de Curitiba houve condenação nos autos 98.009441-5 e 97.0011066-4, nos quais lhes foi imposta a pena de quatorze anos de prisão por crimes de gestão fraudulenta e evasão de divisas (além de multa). Este mesmo juízo, nos autos n. 2001.70.00.016090-3 lhes condenou a quatro anos, nove meses e dezoito dias de reclusão, e multa de 240 dias-multa.

Os maus antecedentes, por si sós, já seriam obstáculo para que os réus pudessem apelar em liberdade, conforme entendimento do STJ consolidado na Súmula n. 9 e também em reiteradas manifestações do Supremo Tribunal Federal:

(...)

Contudo, a impossibilidade de apelar em liberdade se verifica também por estarem presentes os requisitos da custódia preventiva, tanto para garantia da ordem pública e econômica como para assegurar a aplicação da lei penal.

Com efeito, a garantia da ordem pública porque está demonstrado pelos diversos crimes perpetrados pelos acusados que eles têm inclinação à prática delituosa e porque fatos como os dos autos exigem um maior rigor por parte do Poder Judiciário, de modo a evitar o sentimento de impunidade no seio da sociedade. Também em face da magnitude da lesão desencadeada pela omissão dos réus, já que segundo revelam os autos passaram pelas contas das empresas dos acusados nada mais nada menos que R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais). Como se vê, estamos diante de uma estrondosa prática ilícita contra a credibilidade do sistema financeiro, e o que é pior, de dinheiro oriundo de desvios de dinheiro público. Como já decidiu o Tribunal Regional da 4ª Região, ‘a garantia da ordem pública consubstancia-se não somente em evitar novos crimes. Leva em consideração, também, o grande impacto social causado. Assim, a gravidade do ilícito cometido, a par de outros fatores, é elemento hábil a fundamentar custódia *ante tempus*’. (HC n. 2003.04.01.033707-7-PR, DJU de 24.09.2003, p. 614).

Por fim, há notícia nos autos de vultosas quantias de dinheiro depositadas no exterior em nome dos acusados, circunstância que lhes permitiriam facilmente evadir-se. Essa possibilidade real de fuga, segundo o entendimento do Tribunal Regional da 4ª Região, viabiliza a decretação da prisão cautelar:

Acontece, porém, que, a propósito dos antecedentes – se bons, se maus –, receio, se maus, tê-los nessa conta simplesmente por se encontrar alguém respondendo a processos criminais. E, ao que estou entendendo deste caso, foram assim reputados os pacientes, isto é, sem bons antecedentes. Foi escrito na sentença: “Em primeiro lugar, porque não têm bons antecedentes. Muito pelo contrário, os réus respondem por vários processos criminais...” Isso não era o suficiente para se considerar os pacientes sem bons antecedentes. O indicado art. 594 há de ser lido conjuntamente com o art. 5º, LVII, da Constituição. Demais, em liberdade, como se viu, os pacientes se achavam, vinham, pois, respondendo em liberdade e, soltos, deram respostas a outras ações penais, quadro esse, como se vê, de ampla liberdade, apresentando-se-me, então, contraditório, aqui, o atual quadro, de prisão provisória, visto que a atual prisão não se coaduna com a precedente ampla liberdade.

De resto, ao que também penso, tal o voto vencido na origem, não estão, no caso, presentes os requisitos da prisão cautelar, e aqui são algumas das passagens desse voto:



Na hipótese em tela, analisando unicamente os requisitos da prisão cautelar, não se constata a efetiva ameaça à ordem pública por parte dos pacientes, porquanto, além do tempo já decorrido dos fatos, não se tem notícia da recente prática de qualquer outro delito. Gize-se que os acusados permaneceram em liberdade durante todo o processamento do feito, vindo tão-somente a ser determinada a prisão provisória dos mesmos por ocasião da prolação da sentença.

O argumento de que a preventiva é necessária para evitar a prática de novos ilícitos, baseia-se em meras presunções. A tese não encontra respaldo em elementos de convicção, não passando de mera fórmula abstrata, insuficiente para justificar a necessidade do encarceramento provisório.

(...)

Desta sorte, não demonstrados riscos ao processo (garantia da instrução criminal) ou à sua eficácia (garantia de aplicação da lei penal), bem como preservada a ordem pública (por não demonstrada a persistência no cometimento de ilícitos), não se sustenta a custódia cautelar dos pacientes.

Isto posto, concedo a ordem de *habeas corpus*, determinando a expedição dos competentes alvarás de soltura em favor de Gerhard Fuchs e de Ernesto de Veer, nos termos da fundamentação.

Com efeito, expressões como “sentimento de impunidade”, “gravidade do ilícito cometido”, “possibilidade real de fuga”, empregadas pelo Juiz na sentença, não justificariam e não justificam a prisão recaída sobre os pacientes, porque, no fundo, são presunções. Vejam que, a respeito da “gravidade”, há, nos registros da nossa jurisprudência, precedentes conforme os quais (I) “a gravidade abstrata do delito não é suficiente para justificar a segregação provisória” (HC n. 40.616, Ministro Paulo Gallotti, DJ de 28.11.2005); (II) “a gravidade do crime não pode servir como motivo *extra legem* para decretação da prisão provisória” (HC n. 37.448, Ministro Paulo Medina, DJ de 18.04.2005).

Permito-me, ainda, colher do voto já indicado este significativo tópico:

Ressalto que a prisão provisória – que em nenhum momento se confunde com o encarceramento pelo crime cometido (*carcer ad poenam*) – não possui como objetivo atribuir punição ao agente que, em tese, praticou determinada conduta típica. Não é idéia de retribuição pelo crime cometido. Constitui, por sua finalidade específica, instrumento destinado a possibilitar desenvolvimento válido e regular do processo penal, somente devendo ser utilizado quando houver elementos concretos indicando reiteração da prática de delitos e a existência recente de organização criminosa que necessita, urgentemente, ser desarticulada (garantia da ordem pública) obstrução na colheita de provas (conveniência da instrução criminal) ou

quando o agente demonstra efetiva intenção de não se submeter à aplicação da lei penal. A suposta magnitude da lesão causada não é suficiente para a decretação da medida constritiva.

Sobre prisão provisória, escrevi, para o HC n. 38.882 (DJ de 07.11.2005), esta ementa:

Prisão preventiva (garantia da ordem pública). Gravidade abstrata dos fatos. Personalidade do agente (motivação). Fundamentação (insuficiente). Revogação (caso).

1. Antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, a prisão tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória – classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, etc.

2. O ato judicial que decreta a prisão preventiva, diz a lei, bem como o ato que a revoga, ‘será sempre fundamentado’.

3. No caso, faltaram ao decreto de imposição da preventiva os indispensáveis fundamentos justificativos, pois levou-se em conta apenas a personalidade do agente e a gravidade abstrata dos fatos.

4. *Habeas corpus* deferido para ser revogada a prisão preventiva.

Voto pela concessão da ordem com o intuito de, revogando a prisão, permitir aos pacientes a apelação em liberdade, sob o compromisso de comparecerem a todos os atos do processo.

---

#### **HABEAS CORPUS N. 60.266-RS (2006/0118837-5)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Alonso Machado Lopes e outro

Advogado: Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira e outros

Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Alonso Machado Lopes

Paciente: Ana Lúcia Almiron Lopes

#### **EMENTA**

*Habeas corpus* (cabimento). Trancamento da ação penal (possibilidade). Ausência de justa causa (caso). Patrocínio infiel (descaracterização).

1. Quando fundado o *habeas corpus*, por exemplo, na alegação de falta de justa causa para a ação penal, admite-se se faça nele exame de provas. O que se veda em *habeas corpus*, semelhantemente ao que acontece no recurso especial, é a simples apreciação de provas, digamos, a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção.

2. É possível a concessão de *habeas corpus* para a extinção de ação penal sempre que se constatar ou imputação de fato atípico, ou inexistência de qualquer elemento que demonstre a autoria do delito, ou extinção da punibilidade.

3. Na espécie, não há justa causa para a ação penal, fundada que está no parágrafo único do art. 355 do Código Penal. A tempo e a hora, os advogados, a par de não terem praticado atos de ordem processual, renunciaram aos poderes a eles conferidos por procuração, tendo-o feito um dia após a outorga do mandato e um dia antes da data do fato supostamente delituoso.

4. *Habeas corpus* deferido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Sustentou oralmente o Dr. Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira pelos pacientes.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

---

DJ 06.11.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Segundo a ementa do acórdão local, que, lá no Sul, denegou aos ora pacientes, em 09.03.2006, a ordem impetrada, “o trancamento da ação penal, a título de falta de justa causa, somente pode acontecer quando a denúncia não descrever conduta caracterizadora de crime

em tese ou na total impossibilidade da pretensão punitiva”. E embargos de declaração ainda foram rejeitados.

A ação que se pretende não vá adiante foi instaurada mediante esta denúncia:

No dia 08 de janeiro de 2005, por volta das 11h45min, no interior do Prédio do Fórum da comarca de Alegrete, sito na Praça Getúlio Vargas, nesta Cidade, os denunciados Percy Machado Lopes, Alonso Machado Lopes, Ana Lúcia Almiron Lopes, em comunhão de vontades e conjugação de esforços, na qualidade de advogados, defenderam na mesma causa, sucessivamente, partes contrárias.

Na ocasião, os denunciados, todos advogados, que já haviam sido constituídos como procuradores da Agropecuária Pilecco Ltda. e outros, para patrocinarem seus interesses nos autos do processo n. 1040000073-3, protocolizaram petição nos autos n. 1050000037-9, ação de embargos de terceiros relativos ao feito sobredito, nos quais são embargados, dentre outros, a própria Agropecuária Pilecco.

Assim agindo, os denunciados Percy Machado Lopes, Alonso Machado Lopes, Ana Lúcia Almiron Lopes, incorreram nas sanções do art. 355, parágrafo único, combinado com art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, pelo que, o Ministério Público oferece a presente denúncia, requerendo que, recebida e autuada, sejam os denunciados citados para interrogatórios e defesas que tiverem, inquiridas as testemunhas adiante arroladas, preenchidas as demais formalidades legais, até o final do julgamento e condenação.

Na petição encaminhada ao Superior Tribunal, alegam os impetrantes, em resumo, o seguinte:

Oferecer denúncia, como a do presente caso, contra acusados que nada praticaram, que nenhuma conduta realizaram, e que contra eles inexitem elementos probatórios de haverem realizado a conduta nuclear do tipo, é algo terrível, mormente quando a denúncia se baseia em mera suposição, desprendida de dados fáticos palpáveis.

(...)

Sem essa indicação de provas, impossível o recebimento da denúncia, pois a inicial se baseia, como no caso em exame, em simples suposições e ideações imaginativas que não podem servir de base à denúncia, como a que foi recebida em primeiro grau e confirmada pela denegação de *habeas corpus*, pela 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Indeferi a liminar. Com vista dos autos, o Ministério Público Federal é de parecer pela concessão da ordem (Subprocurador-Geral Eduardo de Santana):



O *habeas corpus* deve ser deferido.

Com efeito este é um dos casos em que o *habeas corpus* mostra-se idôneo ao trancamento da ação penal.

Descrevendo a denúncia de fls. 14/16, que o fato supostamente delituoso teria ocorrido no dia 08 de janeiro de 2005 e, a renúncia acontecido no dia anterior, como certificado às fls. 46, não há falar em delito.

Destarte, não ocorreu o delito atribuído aos pacientes, os advogados Dr. Alonso Machado Lopes e Dra. Ana Lúcia Almiron Lopes, por isso, o pedido de *habeas corpus* deve ser deferido para trancar a ação penal.

Suso exposto, pelo meu parecer concede-se a ordem.

Conclusos os autos no dia 1º.08.2006.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Estou acolhendo o pedido formulado em nome dos dois pacientes (Alonso Machado Lopes e Ana Lúcia Almiron Lopes), bem como acolhendo o parecer ministerial.

Inicialmente, a mim sempre se me afigurou não devermos tanto restringir o cabimento do *habeas corpus*, e é por isso que ando escrevendo o seguinte – vou citar apenas uma de minhas ementas (HC n. 36.824, DJ de 06.06.2005):

*Habeas corpus* (cabimento). Matéria de prova (distinção).

1. Determina a norma (constitucional e infraconstitucional) que se conceda *habeas corpus* sempre que alguém esteja sofrendo ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação; trata-se de dar proteção à liberdade de ir, ficar e vir, liberdade indubitavelmente possível em todo o seu alcance.

2. Assim, não procedem censuras a que nele se faça exame de provas. Quando fundado, por exemplo, na alegação de falta de justa causa, impõe-se sejam as provas verificadas. O que se veda em *habeas corpus*, semelhantemente ao que acontece no recurso especial, é a simples apreciação de provas, digamos, a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção.

3. Admite-se, sem dúvida, *habeas corpus* que questione defeitos da sentença relativos aos seus requisitos.

4. Pedido originário do qual não se conheceu. Ordem, porém, expedida de ofício, a fim de que se julgue, na origem, o mérito da impetração.

Indo, portanto, adiante, cumpre verificar – tal a observação feita, como se viu do relatório, pelo representante do Ministério Público Federal – a certidão

de fl. 46, de termos seguintes: “Certifico que a Dra. Ana Lúcia Almiron Lopes e o Dr. Alonso Machado Lopes, este representante da empresa AL Assessoria Jurídica, OAB-RS 2.043, CNPJ n. 05.631.300/0001-92, a qual conforme mandato acostado a fl. 17 do processo supra, recebeu poderes para o ajuizamento da ação, os quais foram renunciados através do comunicado de renúncia de fl. 1.230, do qual tomou ciência o outorgante em 07.01.2005, não praticaram atos de ordem processual no processo supra”. Há sentido para a verificação porque, segundo a denúncia, data o fato criminoso do dia 8.

Exatas, portanto, se me apresentam estas alegações dos impetrantes:

A outorga dessa procuração ocorreu em 06.01.2005 (doc. anexo II).

Tão pronto Alonso e Ana Lúcia tomaram conhecimento da procuração a eles outorgada juntamente com Percy, comunicaram ao outorgante Marconi Carmo Sonego sua não aceitação do mandato, isso no dia imediato, 07.01.2005 (doc. III). Ou seja, sequer poderiam ser considerados como procuradores dessa parte que outorgara procuração sem seu conhecimento, por obra e graça exclusiva de Percy, que, unilateralmente, inclui, no mandato, seu irmão, cunhada e amigos Alonso e Ana Lúcia.

Supunha certamente Percy que poderia contar com o auxílio, na causa, dos pacientes, como é normal que se faça em épocas de recesso do foro.

O certo é que nem Alonso nem Ana Lúcia aceitaram o mandato, comunicando ao outorgante seu dissenso um dia após a outorga (doc. III), ou seja, tão pronto tomaram conhecimento por Percy que seus nomes constavam da procuração.

Mas não é só! Os embargos de terceiros foram assinados apenas por Percy, em 07.01.2005, fato que demonstra a situação de absoluto descompromisso de Alonso e Ana Lúcia pela causa.

Justa causa não há para a mencionada ação penal, fundada no parágrafo único do art. 355 do Código Penal, motivo por que, com a intenção de trancá-la quanto aos pacientes – Alonso e Ana Lúcia –, voto pela concessão da ordem.

---

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 14.044-SC  
(2003/0021142-9)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Avani Serafim de Santana



Advogado: Avani Serafim de Santana  
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina  
Paciente: Agenor Gottardi (Preso)

#### EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Rito da Lei n. 10.409/2002. Constrangimento inexistente. Recurso improvido.

1. O artigo 27 da Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, está inserto na Seção Única do Capítulo IV da lei nova, que cuida da fase inquisitorial da *persecutio criminis*, visando à sua efetividade, não havendo razão qualquer para negar incidência às suas normas, e, por maior razão, às normas processuais contidas nesse diploma legal, por desinfluyente o veto lançado no Capítulo III da lei, referente à “repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica”, em se encontrando, como já se encontrava em vigor a Lei n. 6.368/1976, dispondo sobre o “tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”.

2. Trata-se, com efeito, de normas jurídicas de natureza processual penal, elaboradas e postas em vigor à luz da Constituição Federal, nada inibindo sua regular incidência, à falta de disposição expressa que a vinculasse à vetada modificação parcial das normas penais referentes ao tráfico e uso ilícitos de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

3. As novas normas processuais penais, contudo, não prevalecem sobre as relativas às infrações penais de pequeno potencial ofensivo, quais sejam, aquelas cujas penas máximas não são superiores a 2 anos de reclusão, como na letra do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei n. 10.259/2001, precisamente porque destas, sim, é indissociável o seu procedimento legal, como o determina a Constituição da República, em seu artigo 98, inciso I.

4. Recurso improvido.

#### ACÓRDÃO

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

prossequindo o julgamento, após o voto do Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Paulo Medina. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

---

DJ 02.10.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que denegou a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Agenor Gottardi, em decisão assim ementada:

Tráfico ilícito de entorpecentes. Nulidade do processo pela adoção do rito da Lei n. 10.409/2002. Procedimento mais amplo. Ausência de prejuízo ao paciente. Excesso de prazo para o término da instrução. Inocorrência. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada. (fl. 38).

Está o recorrente na nulidade do processo, em decorrência do vício do procedimento adotado pelo magistrado, que, segundo sustenta, não poderia ser o previsto na Lei n. 10.409/2002, eis que seu artigo 27 expressamente restringe sua aplicabilidade aos crimes nela definidos, os quais foram objeto de veto pela Presidência da República.

Sustenta, de outro lado, excesso de prazo na instrução criminal, por que sua custódia, decorrente de prisão em flagrante, data de 08 de setembro de 2002.

O Ministério Público Federal veio pelo improvimento do recurso, em parecer assim ementado:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Lei n. 10.409/2002. Aplicabilidade. Liberdade provisória. Excesso de prazo. Princípio da razoabilidade. Improvimento do apelo.

- A Lei n. 10.409/2002 foi concebida para substituir a Lei n. 6.368/1976 e com isso reger toda a matéria relativa aos tóxicos, incluindo-se aí a tipificação penal e a concretização de procedimento teoricamente mais adequado. Ao se vetarem os crimes, não foi demonstrado, com isso, a intenção do Poder Executivo de frustrar o novo rito legal.



- Ademais, ante o princípio da razoabilidade encontra-se o feito em seu regular trâmite.

- Parecer pelo improvimento do recurso. (fl. 64).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com duplo fundamento, quais sejam, a inaplicabilidade da Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, aos crimes definidos na Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, e o excesso de prazo na instrução criminal.

O primeiro fundamento se define em que, vetado o capítulo III da Lei n. 10.409/2002, não há falar na sua aplicação relativamente aos crimes definidos na Lei n. 6.368/1976, diante da letra mesma do artigo 27 do novo diploma legal, *verbis*:

*O procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.*

Tal dispositivo, diversamente do que se sustenta na presente impugnação recursal, está inserto na Seção Única do Capítulo IV da lei nova, que cuida da fase inquisitorial da *persecutio criminis*, visando à sua efetividade, não havendo razão qualquer para negar incidência às suas normas, e, por maior razão, às normas processuais contidas nesse diploma legal, por desinfluyente o veto lançado no Capítulo III da lei, referente à “repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica”, em se encontrando, como já se encontrava em vigor a Lei n. 6.368/1976, dispondo sobre o “tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”.

Trata-se, com efeito, de normas jurídicas de natureza processual penal, elaboradas e postas em vigor à luz da Constituição Federal, nada inibindo sua regular incidência, à falta de disposição expressa que a vinculasse à vetada modificação parcial das normas penais referentes ao tráfico e uso ilícitos de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

É seguro, por outro lado, que as novas normas processuais penais não prevalecem sobre as relativas às infrações penais de pequeno potencial ofensivo, quais sejam, aquelas cujas penas máximas não são superiores a 2 anos de reclusão,

como na letra do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei n. 10.259/2001, precisamente porque destas, sim, é indissociável o seu procedimento legal, como o determina a Constituição da República, ao dispor no seu artigo 98, inciso I, *verbis*:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I- juizados especiais providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

A propósito, Luiz Flávio Gomes, citado no acórdão impugnado:

(...)

Discutia-se, entretanto, sua eficácia jurídica em virtude do que dispõe o seu art. 27 ('Nos crimes previstos nesta lei, será observado o procedimento...'). Pergunta-se: quais crimes, se todos os que estavam previstos na Lei n. 10.409/2002 foram vetados pelo Presidente da República?

Apesar disso, como não existe a menor dúvida sobre a quais crimes refere-se o art. 27 da Lei n. 10.409/2002 (é evidente, óbvio e ululante que esse dispositivo legal diz respeito aos crimes previstos na Lei n. 6.368/1976), segundo nosso ponto de vista - já externado no nosso curso pela *internet* sobre a nova lei de tóxicos: cf. [www.ielf.com.br](http://www.ielf.com.br) -, parece muito claro que o novo procedimento tem que ser observado em todos os seus termos, sob pena de nulidade total do processo (por inobservância do devido processo legal).

Impõe-se tão-somente atentar para o seguinte: a Lei n. 6.368/1976 prevê seis crimes (arts. 12, 13, 14, 15, 16 e 17). Os três últimos não contam com pena superior a dois anos, logo, hoje, são de menor potencial ofensivo (cf. RHC n. 12.033, STJ, rel. Felix Fischer - cf. nesse sentido artigo de minha autoria publicado no [www.ielf.com.br](http://www.ielf.com.br)). Já os três primeiros estão fora dos juizados: quanto a eles é que deve ser observado rigorosamente o novo procedimento legal (sob pena de nulidade) (cf. Silva, Jorge Vicente, *Tóxicos: Manual prático*, 2ª ed., Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 123/128) (...) (fls. 40/41).

Assim se entendendo, não há falar em excesso de prazo na formação da culpa, cuja invocação não tem outro título que não a inaplicação da lei nova, considerada gravosa pelos impetrantes, que, todavia, não é de aplicação facultativa, mas sim necessária e imediata, em se tratando de processo de ação penal proposta na vigência da lei nova.



Ademais, se é seguro que a celeridade do processo, sem desprezo do conhecimento da verdade dos fatos, deve ser almejada em obséquio, sobretudo, da liberdade, principalmente em se cuidando de processo com réu preso, nem por isso há falar, *in casu*, em irrazoabilidade da demora, ante a natureza, a complexidade e a quantidade de agentes dos fatos criminosos imputados na acusatória inicial, em número de cinco.

Trata-se, a espécie, com efeito, de crime legalmente equiparado a hediondo - tráfico ilícito de entorpecentes, em tese, praticado por vários agentes, tudo a determinar o exame da questão dos prazos processuais, à luz do princípio da razoabilidade, mormente diante da necessidade de expedição de diversas cartas precatórias.

Nesse sentido, aliás, a iterativa jurisprudência desta Corte, conforme se recolhe dos seguintes precedentes de ambas as Turmas Criminais:

Recurso em *habeas corpus*. Paciente preso preventivamente e denunciado por latrocínio. Alegações de deficiência na fundamentação da prisão preventiva e constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução criminal. Demora justificada à luz do princípio da razoabilidade.

Embora sucintamente, a custódia cautelar do paciente está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal e na garantia da aplicação da lei penal.

O prazo para a conclusão da instrução não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, mormente quando se trata, como no caso, de processo complexo, versando sobre crime grave – latrocínio –, para cuja instrução fez-se necessária a expedição de carta precatória para oitiva de testemunha de defesa.

Recurso desprovido. (RHC n. 10.986-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 04.06.2001 - nossos os grifos).

Processual Penal. Excesso de prazo. Formação da culpa. Não ocorrência complexidade da causa. Súmula n. 52-STJ.

1 - Não há falar em constrangimento ilegal, por excesso de prazo na instrução criminal, quando, pela complexidade da causa, evidenciada pela existência de três réus, todos presos fora da comarca e pela constatação de terem sido todos os atos processuais realizados à custa de cartas precatórias, há incidência do princípio da razoabilidade.

2 - Como se não bastasse, a instrução já está encerrada, o que atrai a aplicação da Súmula n. 52-STJ.

3 - Ordem denegada. (HC n. 21.517-CE, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ 14.10.2002).

Criminal. RHC. Extorsão mediante seqüestro. Excesso de prazo. Princípio da razoabilidade. Complexidade do feito. Prazo para a conclusão da instrução que não é absoluto. Trâmite regular. Fase de alegações finais. Encerramento da instrução. Súmula n. 52-STJ. Recurso desprovido.

I. Por aplicação do Princípio da Razoabilidade, tem-se como justificada eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, em hipótese de feito complexo, com grande número de réus.

II. O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução não é absoluto.

III. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada.

IV. Não se acolhe alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, se os autos demonstram, efetivamente, o encerramento da instrução processual, eis que o feito principal encontra-se em fase de alegações finais. Súmula n. 52-STJ.

V. Recurso desprovido. (RHC n. 12.427-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 03.06.2002).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

#### **VOTO-VISTA**

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Busca a impetração a anulação da ação penal, ao argumento de que não poderia ter sido observado o rito da Lei n. 10.409/2002, visto que o art. 27 restringe expressamente a sua aplicação aos crimes nela definidos, estes vetados pelo Presidente da República, apontando-se, ainda, excesso de prazo na conclusão da instrução criminal.

No caso, portanto, houve a aplicação do rito novo, buscando o recorrente a observância do rito previsto na Lei n. 6.368/1976.

Como é cediço, a Lei n. 10.409/2002 foi editada para regular toda a matéria concernente à prevenção, tratamento, fiscalização, controle e repressão ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas.

Grande discussão doutrinária e acentuada divergência jurisprudencial surgiram em razão de ter o Presidente da República vetado todo o Capítulo III do referido diploma, que previa os crimes e as penas, permanecendo incólumes, à



míngua de vetos formais, os Capítulos IV e V, que cuidam dos procedimentos de investigação, processo e julgamento.

Apesar de a Lei n. 10.409/2002, após o veto, não conter nenhuma descrição de conduta delituosa, o rito processual nela previsto, a meu ver, está em vigor, disciplinando-se ali o procedimento de investigação policial e da ação penal instaurada para a apuração dos delitos mencionados na Lei n. 6.368/1976, assim como em relação àqueles que ela criou.

A melhor solução para esse conflito aparente de normas encontra-se no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil, que regula a vigência de todas as leis, *verbis*:

A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando com ela seja incompatível ou quando regule inteiramente toda a matéria de que tratava a anterior.

Sob esse enfoque, tenho que a Lei n. 6.368/1976 permanece em vigor naquilo em que não confronta com a Lei n. 10.409/2002, não podendo o magistrado deixar de aplicar o novo rito procedimental, que não foi vetado.

A propósito, observa Renato Flávio Marcão em texto publicado na revista da Ajuris (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul):

A Lei posterior revoga a anterior quando regula de forma diversa a matéria de que tratava a lei anterior, conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da LICC. Nos precisos termos do art. 6º da LICC, a lei em vigor terá efeito imediato e geral.

O art. 2º do Código de Processo Penal estabelece que a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

A Lei n. 10.409/2002 está em vigor e não padece de inconstitucionalidade. É de rigor, portanto, a aplicação do procedimento relativo a instrução criminal nela previsto, sob pena de flagrante cerceamento de defesa e quebra do procedimento, questão de ordem pública.

A supressão da oportunidade outorgada legalmente à defesa para a apresentação da resposta escrita, precedente ao recebimento da denúncia, fulmina o procedimento de nulidade, conforme decorre, inclusive, do disposto no artigo 564, inc. IV, do Código de Processo Penal. Não observadas as regras, o remédio jurídico é o *habeas corpus*.

Se adotado o procedimento da Nova Lei, e não encontramos razão para não adotá-lo, eventual posicionamento da Superior Instância no sentido de sua inaplicabilidade não acarretará qualquer nulidade, visto tratar-se de procedimento

mais benéfico, que amplia as chances de defesa, notadamente em razão da possibilidade de resposta escrita e dilação probatória antecedentes ao recebimento da inicial acusatória, para o efeito de apurar elementos para o acolhimento desta ou não.

Por outro lado, a não adoção do procedimento introduzido com a Lei n. 10.409/2002 sujeita o processo e a Justiça Criminal aos transtornos decorrentes do reconhecimento de nulidade por violação da ampla defesa e quebra do procedimento, podendo acarretar a soltura de traficantes que não merecem ganhar a liberdade.

Como se vê, ainda que se pense não ser aplicável o procedimento novo, a prudência recomenda a sua adoção em benefício da estabilidade das decisões do Poder Judiciário, e em prol da sociedade que já não suporta a convivência com os “Senhores do Tráfico”, e nem entenderá a soltura destes em razão de questões técnico-jurídicas.

Respeitado o douto entendimento em sentido contrário ao que defendemos desde sempre, estamos convictos de que é melhor não correr o risco a que se tem exposto os processos envolvendo crimes relacionados com a Lei Antitóxicos. (Revista da Ajuris - Ano XXX - n. 89, março de 2003, p. 329)

Ainda sobre o tema, veja-se o comentário de Damásio E. de Jesus, em artigo intitulado Nova Lei Antitóxica (Lei n. 10.409/2002 - Mais Confusão Legislativa, São Paulo, Complexo Jurídico Damásio de Jesus, fev. 2000):

Incidimos, mais uma vez, no vício da má elaboração de leis. A Presidência da República, deixando de recusar integralmente o Projeto da nova Lei Antitóxicos, preferiu, para não ferir o Congresso Nacional, vetar 35 de seus dispositivos. Com isso, quando entrar em vigor a lei nova (Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002), o que se dará no dia 27 de fevereiro do corrente ano (2002), teremos nova confusão legislativa. Assim:

1. As normas dos Capítulos I e II da Lei n. 10.409/2002 (arts. 2º a 13), que dispõem sobre generalidades administrativas, prevenção, erradicação e tratamento, revogaram parcialmente a Lei n. 6.368/1976; desta, somente subsistem os dispositivos que tratam de temas não disciplinados na nova legislação.

2. Os dispositivos do Capítulo III do Projeto (arts. 14 a 26), que descreviam crimes, foram inteiramente vetados. De maneira que continuam em vigor os arts. 12 e seguintes da Lei n. 6.368/1976, que definem os delitos referentes a tóxicos.

3. Em relação aos arts. 27 a 34 da lei nova (Capítulo IV), que dispõem sobre o procedimento penal (fase inquisitiva do procedimento criminal), haverá posições divergentes: 1ª orientação: embora em vigor, os arts. 27 a 34 não possuem eficácia.



O art. 27 determina: 'o procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo...'. Ocorre que a Lei n. 10.409/2002 não define crimes (vide, acima, o item 2). Logo, os dispositivos do mencionado capítulo ficaram sem objeto. Conseqüência, de acordo com essa posição: na parte inquisitória do procedimento penal por crimes concernentes a tráfico de tóxicos subsistem as disposições da Lei n. 6.368/1976 (flagrante, investigação, perícia etc.); 2ª orientação: os arts. 27 a 34 revogaram parcialmente as disposições da Lei n. 6.368/1976 que disciplinavam a parte inquisitiva do procedimento referente aos delitos de tráfico de drogas (nossa posição). Observação: da Lei n. 6.368/1976 subsistem as normas sobre institutos não disciplinados pela lei nova. Além disso, cuidando-se de crimes dos arts. 15, 16 e 17 da Lei n. 6.368/1976, incide a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/1995, modificada pela Lei n. 10.259/2001).

4. As disposições do Capítulo V da Lei n. 10.409/2002 (arts. 37 a 45), que disciplinam a instrução criminal, revogaram parcialmente a mesma parte processual da Lei n. 6.368/1976 (permanecem as normas da lei anterior sobre institutos não regulados pela Lei n. 10.409/2002). De modo que o rito processual da ação penal por crimes de tráfico de drogas (arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/1976), hoje, é o da lei nova; tratando-se, entretanto, dos crimes descritos nos arts. 15, 16 e 17 da Lei n. 6.368/1976, de menor potencial ofensivo em face da Lei n. 10.259/2001, incide a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/1995, alterada pela Lei n. 10.259/2001).

5. Os arts. 46 a 55 da lei nova (Capítulos VI e VIII), sobre os efeitos da sentença, a perda da nacionalidade e disposições finais, revogaram as disposições similares da Lei n. 6.368/1976. Temos uma colcha de retalhos, coexistindo as Leis n. 6.368/1976 e 10.409/2002 (Razões dos vetos, Mensagem n. 25, de 11 de janeiro de 2002, do Senhor Presidente da República ao Senhor Presidente do Senado Federal, razões do veto ao art. 1º do Projeto).

No tocante ao excesso de prazo, trata-se de feito complexo, com vários réus.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso em *habeas corpus*, acompanhando o voto do Relator.

#### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Sr. Presidente, *data venia*, dou provimento ao recurso em *habeas corpus*.

### VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Designado para compor o *quorum*, no julgamento do RHC n. 14.044-SC, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, trago o feito em mesa.

Assim sumaria os fatos o *Parquet* Federal (fls. 64/5):

Trata-se de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* interposto por Avani Serafim Santana e Janice de Bairros, em favor de Agenor Gottardi, em face do v. acórdão de fls. 38/42, proferido pela Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que denegou a ordem originariamente impetrada.

Aduzem os impetrantes que sofre o paciente manifesto constrangimento ilegal, decorrente de nulidade insanável no procedimento adotado pelo magistrado *a quo* para instrução do feito, onde aquele foi denunciado pelos artigos 12 e 14, da Lei n. 6.368/1976, eis que a Lei n. 10.409/2002, não poderia ser adotada, sendo mais prejudicial ao paciente, haja vista a ausência de eficácia jurídica conferida pelo veto presidencial ao Capítulo III do mencionado dispositivo, que disciplinava os crimes e as penas.

Alegam, ainda, existência de excesso de prazo na formação da culpa, o que auferia ao paciente o direito à liberdade provisória que se encontra preso há mais de 65 dias.

Deste modo, requerem a concessão da ordem, com a expedição de alvará de soltura, já que a segregação do paciente é derivada de processo nulo.

Nas assentadas de 17.06 e de 16.12.2003, negaram provimento ao recurso os Ministros Relator e Paulo Gallotti, dando-lhe provimento o Min. Paulo Medina.

Como visto, cinge-se a questão a dois pontos: nulidade do processo pela adoção do rito da Lei n. 10.409/2002 e excesso de prazo para a conclusão da instrução.

No RHC n. 14.533-RJ, 5ª Turma, Relª Minª Laurita Vaz, publicado no DJ de 13.10.2003, restou deliberado:

Recurso em *habeas corpus*. Processual Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Constrangimento ilegal. Inobservância do rito procedimental adotado pela Lei n. 10.409/2002. Defesa preliminar escrita. Nulidade relativa.

A Lei n. 10.409/2002, no que concerne o rito procedimental previsto aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, revogou parcialmente a Lei n. 6.368/1976, encontrando-se, inclusive, em vigência.



Consoante o entendimento da Colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 26.900-SP, a inobservância do art. 38, da Lei n. 10.409/2002, consubstanciada na falta de oportunidade ao acusado de apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da peça inicial acusatória, não constitui nulidade absoluta, mas relativa, dependendo, para o seu reconhecimento, de efetivo prejuízo.

Recurso desprovido.

Extrai-se, ainda, do voto condutor do acórdão:

Consoante entendimento firmado pela Colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 26.900-SP em 12 de agosto de 2003, “a parte de direito material, concernente à tipificação dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes, prevista na Lei n. 10.409/2002, foi vetada. No entanto, as normas processuais especiais dispostas na referida lei, passaram a vigorar. Tem-se, portanto, que a Lei n. 6.368/1976 foi apenas revogada parcialmente, ou seja, *derrogada*”.

Preleciona, nesse sentido, Damásio Evangelista de Jesus, *in verbis*:

As disposições do Capítulo V da Lei n. 10.409/2002 (arts. 37 a 45), que disciplinam a instrução criminal, revogaram parcialmente a mesma parte processual da Lei n. 6.368/1976 cujos institutos não foram disciplinados pela lei nova, p. ex.: art. 35. De modo que o rito processual da ação penal por crimes de tráfico de drogas (arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/1976), hoje, é o da lei nova; tratando-se, entretanto, dos crimes descritos nos arts. 15, 16 e 17 da Lei n. 6.368/1976, de menor potencial ofensivo por força da Lei n. 10.259/2001, incide a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/1995, alterada pela Lei n. 10.259/2001 (*in* Código de Processo Penal Anotado, Editora Saraiva, 18ª edição, p. 815).

Sendo assim, a instrução criminal dos crimes previstos na Lei Anti-Tóxicos de 1976 passou a ser regulada pela novel legislação especial, *em vigência*, restando consagrado o princípio do garantismo penal, ao instituir a resposta escrita à acusação, antes do recebimento da denúncia.

No tocante ao excesso de prazo, até a data da sessão anterior, ante o princípio da razoabilidade, está o feito em seu regular trâmite.

Dito isto, com a vênua do Min. Paulo Medina, acompanho o Min. Relator, negando provimento ao recurso.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.149-ES  
(1999/0080761-8)**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura  
Recorrente: Antônio Carlos Leal Paiva  
Advogado: Alceu Bernardo Martinelli e outros  
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo  
Impetrado: Desembargador Corregedor Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo  
Impetrado: Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo  
Recorrido: Estado do Espírito Santo  
Advogado: Christiano Dias Lopes Neto e outros

**EMENTA**

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual. Adicional de assiduidade. Contagem do tempo de serviço prestado em serventia não-oficializada. Cabimento. Lei Complementar do Espírito Santo n. 80/1996.

1. A Lei Complementar Estadual n. 80/1996 consagrou, com efeitos retroativos, aos servidores públicos do Estado do Espírito Santo que outrora atuaram como serventuários o direito ao cômputo do tempo de serviço prestado anteriormente à vigência da LC n. 46/1994, para fins de concessão do adicional de assiduidade.

2. Recurso ordinário provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 27 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJ 30.04.2007

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de recurso ordinário, interposto por Antônio Carlos Leal Paiva, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consoante informado pelo recorrente, Oficial de Justiça vinculado ao Poder Judiciário daquele Estado, “anteriormente à sua nomeação para ocupar cargo de provimento efetivo por ter sido aprovado em concurso público, laborou junto ao Poder Judiciário em serventia não-oficializada na Contadoria de Vitória durante o período de 05 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 27 (vinte e sete) dias - de 1º.01.1984 a 27.12.1989, de cujo tempo obteve a averbação junto à Corregedoria Geral de Justiça, para todos os fins e efeitos” (fls. 206/207).

Salientou, outrossim, que, deferido administrativamente seu pedido, “através do Ato n. 1.957/1995, com vigência a partir de 31.01.1994, referente ao decênio de 1º.01.1984 a 1º.01.1994, mas, remetidos os autos à Corte Estadual de Contas para registro, esta impugnou o ato concessivo da gratificação, entendendo que, face ao disposto no art. 301, § 3º, da Lei Complementar n. 46/1994, com a nova redação dada pela Lei Complementar n. 80/1996, só é possível a concessão do benefício a partir de 1º.03.1996, ou seja, a partir da vigência da Lei Complementar n. 80/1996, desde que o servidor tenha sido admitido por Autoridade Judicial. Acolhendo a decisão do Tribunal de Contas, o Corregedor Geral de Justiça suspendeu o pagamento do benefício concedido” (fl. 207).

Diante desse desate, o servidor impetrou o presente mandado de segurança, contra ato do Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e do Desembargador Corregedor Geral da Justiça, para requerer, proclamada “a ilegalidade do ato impugnado das autoridades impetradas que culminou por suspender os efeitos financeiros do Ato de n. 1.957/09/97, seja restabelecido o referido ato com o escopo de ser deferido o adicional de assiduidade ao impetrante” desde 31.01.1994 e não apenas desde a edição da Lei Complementar n. 80/1996.

A Corte Estadual denegou a ordem ao fundamento de que se afigura correta a decisão da Corte de Contas “em não registrar o período compreendido entre 31.01.1994 até 28.02.1996, pois somente a partir de 1º.03.1996 é que o tempo de serviço de cartório não oficializado passou a ser computado como tempo de serviço prestado pelo servidor público, garantindo-lhe o benefício requerido. Da mesma forma, correta a decisão da Corregedoria deste Egrégio Tribunal em suspender o Ato n. 1.957 de setembro de 1995, sob pena de responder em alcance pela manutenção da despesa não autorizada” (fl. 169).

A ementa do aresto restou redigida nos seguintes termos:

Mandado de segurança. Serventuário da justiça. Vantagem de adicional de assiduidade. Benefício concedido a partir da data da vigência da Lei Complementar n. 80/1996. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. No mérito, denegada a segurança.

1. Quanto à ilegitimidade passiva, tem-se que, como o ato apontado ilegal resultou de decisão do Tribunal de Contas acatada pelo Excelentíssimo Senhor Corregedor do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, entende-se que devem figurar no pólo passivo da presente ação mandamental as duas autoridades. Assim, rejeita-se esta preliminar argüida pela Presidenta do Tribunal de Contas.

2. A Lei n. 80/1996 introduziu, claramente, no parágrafo 3º do artigo 301, que para efeito de concessão de Gratificação de Assiduidade e Tempo de Serviço prestado anteriormente à Lei Complementar n. 46/1994 como Serventuário da Justiça (inciso III), será considerado como de efetivo exercício. Portanto, só a partir da vigência da Lei n. 80/1996, publicada em 1º.03.1996, é que o impetrante passou a fazer jus ao adicional de assiduidade, vez que só a partir daí o tempo de serviço de cartório não oficializado passou a ser computado como tempo de serviço prestado pelo servidor público, garantindo-lhe o benefício requerido.

Assim, denega-se a segurança pleiteada (fls. 163/164).

Diante desse desate, sob alegação de omissão da Lei Estadual n. 3.200/1978, o impetrante opôs embargos declaratórios, os quais foram rejeitados. A título de ilustração, cumpre transcrever trecho do julgado:

(...) este egrégio Tribunal Pleno, exaustivamente, analisou a matéria trazida pelo embargante, demonstrando que este deve deferida sua gratificação assiduidade em 1995, quando já estava em vigor a Lei Complementar n. 46/1994, que instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Estado do Espírito Santo, revogando a Lei n. 3.200 de 30.01.1978, com suas alterações posteriores, à exceção da Lei Complementar n. 16/1992; sendo que a Lei Complementar n. 46/1994 só considerou cargo público o que foi criado por lei, com denominação própria, atribuições definidas e pagamento pelos cofres do Estado (art. 3º) e definiu como servidor público a pessoa investida em cargo público, isto é, o cargo remunerado por lei, excluindo, assim, da sua abrangência, os ocupantes de serventias não oficializadas.

Assim, para corrigir esta exclusão, a Lei n. 80/1996 introduziu, claramente, no § 3º do art. 301 que, para efeito de concessão de gratificação de assiduidade e adicional, o tempo de serviço prestado anteriormente à Lei Complementar n. 46/1994 como Serventuário da Justiça (inciso II) será considerado como de efetivo exercício.



Portanto, somente a partir da vigência da Lei n. 80/1996, publicada em 1º.03.1996, é que o Impetrante passou a fazer jus ao adicional de assiduidade, e não a partir de 31.01.1994, como pleiteia (fl. 193).

Afirma o impetrante, nas razões do presente recurso ordinário, que “a legislação estadual que regula a Organização e Divisão Judiciária do Estado do Espírito Santo, Lei Estadual n. 3.526/1982, é de clareza solar ao estabelecer a igualdade de tratamento entre os Servidores da Justiça e os demais Funcionários Públicos” (fl. 209).

Alega, também, que “a Lei Estadual n. 3.200/1978, vigente à ocasião em que o direito do impetrante foi consumado”, estabelecia que “a gratificação de assiduidade será concedida, em caráter permanente, ao funcionário efetivo que, tendo adquirido direito a férias-prêmio de acordo com o art. 100, optar por esta gratificação” (fl. 204). Posteriormente, sustenta, a Lei Complementar Estadual n. 80/1996 “manteve os adicionais de assiduidade e por tempo de serviço e ainda estabeleceu expressamente que deve ser computado o tempo de serviço prestado em cartório para fins de concessão de adicional de tempo de serviço e de assiduidade” (fl. 206).

Argumenta, ainda, que de acordo com a jurisprudência desta Corte, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Estaduais, bem como a Lei Estadual n. 3.526/1982, “os serventuários das serventias não oficializadas guardam a qualificação de servidor público para todos os efeitos.” Desse modo, conclui que “tanto a lei expressa à ocasião da consumação do direito, como as decisões administrativas e judiciais dos Órgãos do TJ-ES são pacíficas em determinar a contagem do tempo de serviço prestado por serventuário da Justiça em ofício do foro judicial ou extrajudicial, para concessão de gratificação de assiduidade e adicional por tempo de serviço. Daí porque o Colendo Colegiado de Contas, ao negar registro a decisão do Egrégio Conselho da Magistratura do TJES, que concedeu ao impetrante o direito à inclusão da gratificação de assiduidade e gratificação adicional por tempo de serviço junto aos seus vencimentos, violou-lhe flagrantemente direito líquido e certo” (fl. 219).

Opina o *Parquet* Federal pelo provimento do recurso (fls. 239/246).

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Inicialmente, cumpre salientar que a hipótese em exame, que envolve o direito de servidor público estadual à contagem do tempo de serviço prestado em serventia

extrajudicial para fins de percepção do adicional de assiduidade, difere daquele casos em que serventuários de cartórios extrajudiciais pleiteiam, com base na isonomia, a concessão do adicional de assiduidade, o que é vedado pela Súmula n. 339 da Corte Maior.

A Lei Estadual n. 3.200/1978, denominada Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Espírito Santo, criou o adicional de assiduidade e o concedeu aos servidores daquele Estado por cada decênio de exercício efetivo.

Posteriormente, substituiu-a a Lei Complementar Estadual n. 46/1994, que instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores do Estado do Espírito Santo e teve a redação do seu artigo 301 alterada pela Lei Complementar Estadual n. 80/1996, passando a dispor que:

Art. 301 - O tempo de serviço dos servidores públicos submetidos ao Regime Jurídico Único, na forma determinada pelos arts. 298 e 299, será computado integralmente para todos os efeitos legais, inclusive férias, férias-prêmio, adicional de assiduidade, décimo - terceiro vencimento, adicional de tempo de serviço, aposentadoria e disponibilidade.

§ 3º - Para efeito de concessão do adicional de assiduidade ou de férias-prêmio, o tempo de serviço dos servidores de que trata o *caput* deste artigo, prestado anteriormente à vigência da Lei Complementar n. 46, de 31 de janeiro de 1994, será computado de acordo com as seguintes regras:

(...)

II - Considera-se de efetivo exercício, para efeito deste artigo, o tempo de serviço prestado na qualidade de extra-numerário, professor credenciado, servidor regido pela legislação trabalhista, anteriormente a sua efetivação, serventuário da Justiça e o tempo de serviço prestado em cartório mediante admissão por autoridade judicial.

Desse modo, a Lei Complementar Estadual n. 80/1996, ao alterar a redação do artigo 301 da Lei Complementar Estadual n. 46/1994, consagrou aos servidores públicos daquele Estado, que outrora atuaram como serventuários, o direito ao cômputo do tempo de serviço prestado anteriormente à vigência da LC n. 46/1994 para fins de concessão do adicional de assiduidade.

Esclarecido que é possível ao legislador estadual estabelecer a contagem de período trabalhado em serventia não-oficializada para fins de recebimento de adicional baseado em tempo de serviço, cumpre afastar a assertiva de que apenas a partir da promulgação da LC n. 80/1996 deveria ser computado aquele tempo.

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito, resta evidente que a LC n. 80/1996 expressamente conferiu, com efeitos retroativos, aos servidores



públicos do Estado do Espírito Santo o direito à contagem do tempo de serviço trabalhado anteriormente à LC n. 46/1994, período no qual não eram servidores públicos em sentido estrito. Nesse sentido, enfatizou o Ministério Público Federal, com a promulgação da Lei Complementar Estadual n. 80/1996 deu-se “o reconhecimento, a declaração do direito ao cômputo do tempo de serviço prestado nas serventias e não constituição de nova situação jurídica, operando-se efeitos *ex nunc*” (fl. 244).

*In casu*, o impetrante trabalhou em serventia não-oficializada na Contadoria de Vitória, como Escrevente Auxiliar, de 1º.01.1984 a 27.12.1989 (fl. 43), em seguida tomando posse como Oficial de Justiça, em 28.12.1989. Destarte, tendo completado o decênio aquisitivo exigido por lei (1º.01.1984 a 1º.01.1994) em 31.01.1994, este deve ser o termo inicial para a concessão do adicional de assiduidade ao impetrante.

Diante do exposto, *dou provimento ao recurso ordinário*, para, concedida a segurança, deferir ao impetrante o adicional de assiduidade desde 31.01.1994.

É como voto.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 237.435-AC (1999/0100598-1)**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Estado do Acre

Advogado: Gerson Ney Ribeiro Vilella Junior e outros

Recorrido: Irene Neves Conde

Advogada: Pedro Paulo Castelo Branco Coêlho e outro

#### **EMENTA**

Processo Civil. Decisão administrativa do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Impugnação por ação anulatória. Impetração de mandado de segurança para desconstituir tal ação. Impossibilidade. Existência de recurso próprio para impugnar a referida ação. Cabimento de ação judicial contra ato administrativo, mesmo que proferido por Plenário de Corte Estadual.

1. O mandado de segurança somente é admitido contra ato judicial, passível de recurso, no caso de decisão teratológica. Precedentes.

2. Havendo ação anulatória, objetivando a desconstituição de decisão administrativa proferida por Pleno de Tribunal de Justiça, não pode ser impetrado mandado de segurança visando o arquivamento da referida ação judicial, sobretudo porque, na espécie, havia recurso próprio para atacar a decisão prolatada na demanda anulatória, qual seja, o agravo de instrumento. Incidência da Súmula n. 267-STF.

3. É cabível ação anulatória para desconstituir decisão administrativa proferida por Pleno de Tribunal de Justiça, sobretudo porque cabe ao Poder Judiciário zelar pela legalidade dos atos administrativos proferidos de qualquer espécie. Doutrina.

4. Recurso especial provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJ 12.02.2007

### **RELATÓRIO**

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: A recorrida impetrou mandado de segurança, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre, contra ato do Presidente daquele Sodalício, consubstanciado no indeferimento de pedido para dar cumprimento a decisão administrativa oriunda do Pleno daquela Corte.

O Tribunal Pleno, julgando recurso administrativo da recorrida, havia deferido pedido de restabelecimento do valor dos vencimentos percebidos por esta, que exercia cargo em comissão no Tribunal há mais de 10 anos.



Destarte, a recorrida peticionou ao Presidente daquela Corte para que efetivasse a decisão, pois já havia transcorrido razoável prazo para a implementação do *decisum*, sem que tivesse sido cumprido.

Decidindo o pedido, o ilustre Presidente do Tribunal de Justiça Acreano entendeu em indeferir o pleito, pois havia sido ajuizada ação anulatória da citada decisão administrativa do Pleno daquela Corte, ação esta que obteve decisão antecipatória de tutela com o objetivo de suspender o *decisum* administrativo, até julgamento final da referida *actio* de anulação.

Diante desse decisório, a recorrida impetrou o mandado de segurança, onde requereu a concessão da segurança para que fosse determinado o imediato cumprimento da decisão administrativa, bem como fosse ordenado o arquivamento da ação anulatória.

O Tribunal de Justiça, por intermédio de sua composição plena, concedeu a segurança, por maioria, para determinar o arquivamento da ação anulatória ajuizada perante a Vara da Fazenda Pública de Rio Branco-AC.

Entendeu, afastando a preliminar de cabimento do mandado de segurança, que a possibilidade de se recorrer da decisão da ação anulatória não impediria a utilização do mandado de segurança, desde que houvesse direito líquido e certo a ser protegido. Afirmou, ainda, que, como a decisão administrativa era do Pleno da Corte, não poderia haver ação anulatória desta decisão e, portanto, incabível seria qualquer recurso deste *decisum*.

No mérito, aduziu que não pode uma decisão administrativa do Pleno de um Tribunal ser desconstituída por uma ação anulatória ajuizada perante um Juiz Monocrático, por absoluta impropriedade desta *actio*, pois o único meio possível de impugnação seria o recurso competente. Nesse sentido, por ter transitado em julgado a decisão administrativa, não mais seria possível modificá-la, nem mesmo por ação anulatória.

O voto vencido, a seu turno, entendeu ser perfeitamente possível a ação anulatória da decisão administrativa, asseverando, ainda, que o único competente para sua apreciação seria o Juiz Monocrático, pois não há, no ordenamento jurídico, nenhuma previsão especial para se combater decisão administrativa de pleno de Tribunal. Afirmou, também, que as decisões administrativas não podem ser imutáveis, caso sejam ilegais, daí porque era de se negar a concessão da segurança.

Foram opostos embargos declaratórios, objetivando fosse esclarecido o motivo pelo qual se admitiu o mandado de segurança em detrimento do recurso cabível na espécie para atacar a tutela antecipada concedida, qual seja, o agravo de instrumento.

Julgando os embargos, o Tribunal esclareceu que a decisão do Pleno não poderia ser atacada por ação anulatória, razão pela qual inviável seria qualquer recurso nesta demanda.

Irresignado, o Estado do Acre interpõe o presente recurso especial, alegando, em síntese, violação ao art. 522 do Código de Processo Civil, porquanto não poderia ser admitido o mandado de segurança para determinar o arquivamento da ação anulatória, quando havia recurso legalmente previsto para atacar a decisão que concedeu a tutela antecipada, qual seja, o agravo de instrumento.

Afirmou que “não ocorrendo a hipótese de decisão teratológica ou de flagrante ilegalidade e ausente a perspectiva da irreparabilidade do dano, não se justifica o uso do mandado de segurança em lugar do recurso cabível, previsto em lei processual”.

Em contra-razões, a recorrida pugnou pela manutenção do aresto recorrido, sustentando ser legítima a utilização de mandado de segurança, na espécie.

Alçado ao juízo de admissibilidade, o recurso foi admitido.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão única do recurso especial é aquela tratada na preliminar do acórdão recorrido, qual seja, o cabimento de mandado de segurança para desconstituir ação anulatória, quando havia recurso legalmente previsto.

Nesse sentido, trago trecho do acórdão recorrido que trata especificamente da questão:

É possível Mandado de Segurança para enfrentar Ação Anulatória proposta no Primeiro Grau com o objetivo de desconstituir decisão do Pleno do Tribunal?

Admite a legislação ou a jurisprudência a inversão hierárquica para os recursos?

Sem adentrar ainda na questão da coisa julgada, entendo que cabível é o Mandado de Segurança, pois a garantia do exercício da mandamental se fundamenta na existência de direito líquido e certo, ferido, ilegalmente e com abuso de poder por parte de autoridade.

Concluindo pela possibilidade de impetração de mandado de segurança, afirmou o aresto:



Tenho pois, que descabe qualquer outro procedimento, como recursos menores tais como Agravo, correição, reclamação, etc., quando a garantia constitucional da mandamental, muito mais célere, decide a demanda posta.

Ressai, portanto, que a conclusão do Tribunal *a quo* foi a seguinte: Cabe mandado de segurança, no lugar de qualquer outro recurso, para desconstituir ação anulatória, em trâmite, de decisão administrativa.

Esse o cerne da questão.

Dessa forma, o recurso foi interposto exatamente combatendo a referida conclusão do acórdão recorrido, alegando que não seria cabível o mandado de segurança, pois havia recurso legalmente previsto para enfrentar a ação anulatória, qual seja, o agravo de instrumento da decisão que concedeu a tutela antecipada naquela ação.

Nesse sentido, resta saber se, mesmo cabendo o agravo de instrumento, poderia ter sido impetrado o mandado de segurança para determinar o arquivamento de ação anulatória, em tramitação.

Ressalto, desde logo, que se me afigura incongruente o Tribunal *a quo* ter concedido mandado de segurança, que tinha como ato impugnado uma decisão administrativa do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, para alcançar uma ação anulatória, em tramitação na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Rio Branco-AC. Parece-me equivocado que este *mandamus*, impetrado contra um ato administrativo, tenha alcançado uma ação e, por consequência, uma decisão judicial já exarada.

Contudo, assim julgou o Tribunal. Portanto, cabe apenas a esta Corte decidir a questão nos limites em que posta no recurso especial.

Não se desconhece a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato judicial, qualquer que seja. Todavia, o art. 5º da Lei n. 1.533/1951 excepciona as hipóteses de cabimento, dispondo:

Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I - (...)

II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição.

Analisando tal artigo, ensina o sempre autorizado Hely Lopes Meirelles:

Inadmissível é o mandado de segurança como substitutivo do recurso próprio, pois por ele não se reforma a decisão impugnada, mas apenas se obtém a sustação de

seus efeitos lesivos ao direito líquido e certo do impetrante, até a revisão do julgado no recurso cabível. (Mandado de Segurança, 28ª edição, Malheiros editores, p. 44)

No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal, editou a Súmula n. 267:

Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

A jurisprudência, amenizando a orientação legislativa, passou a aceitar a impetração de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, quando a decisão for teratológica. Confira-se:

Agravo regimental. Mandado de segurança. Ato judicial passível de recurso. Não cabimento. Súmula n. 267-STF.

I - “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.” (Súmula n. 267-STF).

II - A jurisprudência desta Corte tem afastado, em hipóteses excepcionais, a aplicação da Súmula n. 267-STF, em casos de decisões judiciais teratológicas ou flagrantemente ilegais que, à toda evidência, não restaram demonstradas no presente *writ*.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no MS n. 10.436-DE, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, DJ 28.08.2006)

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra decisão monocrática. Não-cabimento. Exaurimento da instância. Agravo de instrumento. Efeito suspensivo. Lei n. 9.139/1995. Decisão judicial. Precedentes.

1. O art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal dispõe que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar “os mandados de segurança decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória”, ou seja, na hipótese em que a decisão recorrida tenha sido proferida por órgão colegiado do Tribunal *a quo*, esgotando-se a instância originária.

2. Na forma estabelecida no art. 5º, inciso II, da Lei n. 1.533/1951, não cabe a impetração de mandado de segurança como sucedâneo de recurso legalmente cabível.

3. Após as inovações trazidas pela Lei n. 9.139/1995, mandado de segurança contra ato judicial somente é admitido nos casos de decisão judicial teratológica.

4. Recurso ordinário não-conhecido. (RMS n. 16.811-AM, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 1º.02.2006)



*In casu*, sequer se debateu acerca de qualquer teratologia na decisão judicial. Os argumentos para se reconhecer o cabimento do *mandamus* foram a impossibilidade de se ajuizar ação anulatória, em juízo monocrático, contra decisão administrativa do pleno do Tribunal e a desnecessidade de se interpor o recurso cabível da decisão judicial, em razão da existência de ação mandamental para impugnar tal decisão.

Tenho que, em contra partida ao entendimento do aresto impugnado, caso a parte entendesse incorreta a decisão judicial exarada na ação anulatória, ou ainda, incabível tal ação deveria se insurgir com os meios próprios e adequados, processualmente admitidos, nunca por ação mandamental, sob pena de tornar o *mandamus* substituto de qualquer recurso processualmente admitido.

Nesse sentido já julgou o Supremo Tribunal Federal, indamitando a impetração de mandado de segurança quando possível a interposição de recurso contra a decisão que se pretendia ver impugnada pelo *mandamus*:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Não-cabimento de mandado de segurança contra decisão monocrática passível de recurso. Agravo regimental. Recurso improvido.

Não merece prosperar o pedido de reforma de acórdão, prolatado em agravo regimental pelo Superior Tribunal de Justiça, mantenedor da decisão agravada, a qual negara seguimento ao mandado de segurança impetrado contra decisão monocrática de ministro, passível de recurso próprio. Súmula n. 267 desta Corte. Recurso improvido. (RMS n. 27.071-RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 03.06.2005)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Liminar. Pedido de suspensão da segurança. Indeferimento. Agravo regimental. Cabimento. Cancelamento das Súmulas n. 506-STF e 217-STJ. Mandado de segurança como sucedâneo do recurso específico. Inviabilidade. Hipótese excepcional não-configurada. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e improvido.

1. O mandado de segurança é via imprópria para atacar ato judicial passível de recurso próprio, consoante o disposto no art. 5º, inciso II, da Lei n. 1.533/1951, e na Súmula n. 267-STF Precedentes do STJ.

2. Excepcionalmente, em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano de difícil ou incerta reparação, e o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, admite-se que a parte se utilize do mandado de segurança para atacar ato judicial. O caso concreto, todavia, é que revelará, bem ponderados os seus contornos, se deve prevalecer tal regra ou a sua exceção.

3. Na espécie, o mandado de segurança foi impetrado, no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, contra decisão proferida pelo Presidente daquela Corte, na qual foi indeferido pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida em mandado de segurança impetrado por servidores municipais que tiveram suas nomeações anuladas. O recorrente justificou a impetração do *mandamus* ao argumento de que não haveria previsão de recurso contra tal decisão.

4. Com base nas alterações trazidas pela Lei n. 8.437/1992, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgR no AgR no AgR na QO na SS n. 1.945-AL, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ 19.12.2002, p. 102, cancelou a Súmula n. 506-STF e adotou o posicionamento no sentido de que é cabível o recurso de agravo contra decisão que indefere pedido de suspensão de liminar concedida em mandado de segurança. Posicionamento que foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg na SS n. 1.166-SP, Rel. Min. Nilson Naves, Corte Especial, DJ 09.12.2003, p. 192.

5. Assim, sendo possível a interposição de agravo contra a decisão que indefere pedido de suspensão de liminar concedida em mandado de segurança e não sendo tal decisão teratológica, mostra-se inviável a impetração do presente *mandamus*.

6. Recurso ordinário conhecido e improvido. (RMS n. 16.436-MA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 03.04.2006)

Dessa forma, cabível na espécie o agravo de instrumento contra a decisão proferida na ação anulatória, não poderia ser utilizado o mandado de segurança para atacar tal decisão, tampouco para desconstituir a própria demanda anulatória.

Com relação à existência de direito líquido e certo, como dantes salientado, evidente que é cabível o mandado de segurança, desde que não esbarre em um dos óbices citados, no caso, a existência de recurso cabível da decisão que concedeu a tutela antecipada na ação anulatória.

Destarte, já por aí seria de se reformar a decisão para negar a segurança pleiteada.

Contudo, cabe, ainda, analisar o segundo argumento utilizado pelo Tribunal, qual seja, a impossibilidade de se ajuizar ação anulatória de decisão administrativa de pleno de tribunal. Destaco que, nessa seara, foi afastado o argumento do Estado do Acre de que seria cabível o agravo de instrumento para atacar a decisão na anulatória, pois afirmou-se, naquela assentada, que sequer seria possível o ajuizamento de tal demanda.

Observe-se o que aduziu o acórdão dos embargos declaratórios:



O entendimento esposado em meu voto, que vencedor, foi de que uma decisão do Pleno do Tribunal não pode ser interpretada como uma mera decisão administrativa, capaz de poder sofrer exame de uma instância inferior.

Nesse sentido, entendo que, caso o Tribunal entendesse que o ajuizamento da ação anulatória não era o meio correto de se atacar a decisão administrativa do Pleno, deveria ter reformado a decisão, ou ainda, a sentença da ação anulatória. Nunca por meio de um mandado de segurança que sequer foi impetrado contra qualquer ato exarado naquela demanda.

Especificamente no caso, havia uma decisão antecipatória de tutela que, caso a parte entendesse contrária aos seus interesses ou, ainda, proferida em ação irregularmente proposta, deveria interpor o recurso cabível, qual seja, o agravo de instrumento, para desconstituir a decisão ou até mesmo a ação. Todavia repito: não através de um mandado de segurança.

Abro um parêntese aqui para afirmar que divirjo da amplitude dos efeitos que a Corte Acreana deu ao presente mandado de segurança, sobretudo porque nenhum ato daquele magistrado estava sendo impugnado pelo *mandamus*.

Repiso o que foi dito na inicial do mandado de segurança para afastar qualquer dúvida sobre qual seria o ato impugnado pela ação mandamental:

Desconhecendo o que estava acontecendo, a Impetrante, por seu advogado, subscritor da presente, ainda peticionou o cumprimento da respeitável decisão plenária (doc. 18), obtendo do primeiro dos Impetrados, Des. Gercino José da Silva Filho, o *malsinado despacho a seguir transcrito, despacho esse que constitui, justamente, o termo a quo para a impetração do presente writ* (doc. 19).

Desse modo, muito embora apontado na inicial como autoridade coatora também o Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública de Rio Branco-AC, certo é que, conforme expressamente afirmado na inicial, a decisão impugnada era a decisão administrativa do ilustre Presidente do Tribunal *a quo*.

Seguindo adiante não vejo, ainda, qualquer óbice ao ajuizamento da ação anulatória contra decisão administrativa, mormente em razão da possibilidade do judiciário rever os atos administrativos desde que proferidos de forma ilegal.

Trago, nesse sentido, trecho do voto-vista, vencido, que taxativamente admitiu o cabimento da ação anulatória em tais casos:

No caso *sub examine*, vê-se que o recurso administrativo interposto pela servidora Irene Neves Conde contra a decisão administrativa da Presidência deste Sodalício, propiciou o reexame interno do ato recorrido pelo Pleno, tornando definitiva a decisão na via administrativa, uma vez exauridos os recursos próprios

de autocorreção. Contudo, essa decisão pode ser anulada a qualquer tempo, pela via judicial, desde que revestida de ilegalidade.

Assim, não parece sustentável a alegação do acórdão recorrido de que o mandado de segurança seria cabível, em razão da inviabilidade da ação anulatória proposta, sobretudo porque havia recurso próprio para enfrentar a decisão proferida e o cabimento da ação ajuizada.

Nesse ponto, vale transcrever a lição do mestre José dos Santos Carvalho Filho, sobre a possibilidade de se utilizar a via judicial para reverter atos administrativos:

Em conclusão, temos duas formas possíveis de invalidação: uma processada pelo Judiciário e outra pela própria Administração. Diga-se, ainda, que essa dupla via já mereceu consagração junto ao Supremo Tribunal Federal em suas conhecidas Súmulas, as de n. 346 e 473. Acrescente-se, por fim, que a invalidação por qualquer das referidas vias atinge todo tipo de atos administrativos com vícios de legalidade. (Manual de Direito Administrativo, 13ª edição, editora Lumen Juris, p. 125)

Destarte, como não havia mais recursos hierárquicos da decisão administrativa, outra não poderia ser a saída, senão a via judicial. E nesse caso, o único competente seria o juiz monocrático, pois a lei não regula nenhum tipo de competência especial para as ações judiciais contra decisão administrativa de Tribunal Pleno, como afirmou acertadamente o voto vencido do aresto recorrido, *verbis*:

No presente caso, como a ação anulatória de decisão administrativa não se insere no contexto daquelas expressamente tratadas na Constituição Estadual, não se elencando, também, no rol previsto nos artigos 48, 49 e 50, todos do Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Justiça, e considerando que se trata de meio idôneo para o combate ao ato administrativo que fira direitos, mormente quando se objetiva evitar lesão ao erário, pode-se concluir pela aplicabilidade do artigo 233, inciso I, da Lei Complementar n. 47/1995 (Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado), que estabelece:

Art. 233 - Compete ao Juiz da Vara da Fazenda Pública processar e julgar:

I - as causas de interesse da Fazenda Pública do Estado, do Município de Rio Branco, entidades autárquicas e empresas públicas.

Diante de tal fato é que, também por esse aspecto, entendo que não seria possível o ajuizamento de mandado de segurança para combater a ação anulatória



ajuizada perante a Vara de Fazenda Pública, sobretudo porque havia recurso próprio para a parte combater a decisão judicial proferida em contrariedade aos seus interesses, qual seja, o agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão recorrido e denegar a segurança pleiteada, determinando, ainda, o prosseguimento da ação anulatória n. 00198009683-0, ajuizada perante a Vara de Fazenda Pública de Rio Branco-AC.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 491.438-PR (2002/0161904-1)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Sindicato dos Policiais Rodoviaros Federais do Estado do Paraná (SINPRF-PR)

Advogado: João Luiz Arzeno da Silva e outro

Recorrido: União

**EMENTA**

Administrativo. Servidor público inativo. Auxílio-alimentação. Lei n. 8.460/1992. Decreto n. 969/1993. Recurso especial. Violação a dispositivos constitucionais. Impossibilidade.

1. O auxílio-alimentação possui natureza indenizatória, não podendo ser estendido aos servidores aposentados.

2. Em sede de recurso especial, é inviável o exame de afronta a dispositivos constitucionais, mister reservado ao Supremo Tribunal Federal pela via do extraordinário.

3. Recurso a que se nega provimento.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Medina, Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

---

DJ 19.03.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial, calcado na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região assim ementado:

Administrativo. Auxílio alimentação a servidores inativos. Inadmissibilidade.

1. O auxílio-alimentação não tem natureza remuneratória - tanto que sobre ele não incide contribuição previdenciária nem Imposto de Renda -, razão por que não se estende o benefício aos inativos.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de inoquer, *in casu*, violação à Constituição Federal (§ 4º do artigo 40). (fl. 253)

Aponta o sindicato recorrente violação dos artigos 22 da Lei n. 8.460/1992, 1º e 6º do Decreto n. 969/1993, 3º da Lei n. 9.527/1997, 51 e 189 da Lei n. 8.112/1990, bem como da Lei n. 8.852/1994, do Decreto n. 2.050/1996 e do artigo 40 da Constituição Federal.

Sustenta-se o direito de percepção pelos servidores inativos do auxílio-alimentação.

Contra-razões às fls. 326/333.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A irresignação não merece acolhimento.

Registre-se, inicialmente, a impossibilidade de apreciar a violação de dispositivos constitucionais em sede de recurso especial, mister reservado ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário.



No que diz com as Leis n. 8.112/1990 e 8.852/1994, a questão não foi apreciada pelo acórdão recorrido, tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir possível omissão, ausente, destarte, o requisito indispensável do prequestionamento (Súmulas n. 282 e 356-STF).

Prequestionamento é o exame pelo Tribunal de origem, e não apenas nas manifestações das partes, dos dispositivos que se têm como afrontados pela decisão recorrida.

Ademais, o acórdão recorrido decidiu em sintonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o auxílio-alimentação possui natureza indenizatória, não podendo ser estendido aos servidores inativos.

Acrescente-se que há vedação expressa de o benefício incorporar-se aos proventos da aposentadoria, conforme dispõe o artigo 22 da Lei n. 8.460/1992, *verbis*:

Art. 22. O Poder Executivo disporá sobre a concessão mensal do auxílio-alimentação por dia trabalhado, aos servidores públicos civil ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º A concessão do auxílio-alimentação será feita em pecúnia e terá caráter indenizatório.

(...)

§ 3º O auxílio alimentação não será:

- a) incorporado ao vencimento, remuneração, provento ou pensão;
- b) configurado como rendimento tributável e nem sofrerá incidência de contribuição para o Plano de Seguridade Social do servidor público;
- c) caracterizado como salário-utilidade ou prestação salarial *in natura*;

A propósito, confirmam-se:

A - Administrativo. Funcionário público inativo. Lei n. 8.460/1992.

- Da análise da lei que instituiu o postulado auxílio-alimentação, verifica-se que há expressa vedação de que se incorpore aos proventos ou pensões esse benefício (Art. 22 da Lei n. 8.460/1992).

- Recurso não conhecido.

(REsp n. 181.610-PR, Relator o Ministro *Felix Fischer*, DJU de 31.05.1999)

B - Recurso especial. Administrativo. Servidores aposentados. Auxílio-alimentação. Incorporação. Impossibilidade. Benefício de natureza transitória.

O auxílio-alimentação é um benefício de natureza transitória e indenizatória, inerente ao exercício das funções, não podendo, dessa forma, ser estendido e muito menos incorporado aos proventos dos inativos.

Violação não caracterizada.

Precedentes.

Recurso desprovido.

(REsp n. 415.864-RS, Relator o Ministro *José Arnaldo da Fonseca*, DJU de 04.011.2002)

C - Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidores públicos estaduais aposentados. Incorporação do auxílio-alimentação aos proventos. Impossibilidade. Natureza em razão da função ativa. Inexistência de previsão legal. Ausência de direito líquido e certo.

1 - O auxílio pleiteado pelos recorrentes, o qual pretendem seja incorporado aos seus proventos de inatividade, é uma vantagem pecuniária que se destina exclusivamente à necessidade dos servidores ativos de se alimentarem, mantendo-os em condições físicas e mentais para, obviamente, atenderem aos interesses da Administração Pública. Findos os motivos que justificam sua concessão, com o desligamento do servidor, extingue-se a razão de seu pagamento, porquanto cuida-se de adicional em razão da função ativa por este exercida.

2 - Precedentes (STF, RE n. 281.015-RS e STJ, REsp n. 168.426-RS e RMS n. 7.436-RS).

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido.

(ROMS n. 11.702-ES, Relator o Ministro *Jorge Scartezzini*, DJU de 08.04.2002)

D - Administrativo. Servidor público. Auxílio-alimentação. Incorporação. Impossibilidade jurídica.

1. Buscando apenas propiciar o aumento da produtividade e eficiência funcionais, sem natureza salarial, o auxílio-alimentação não deve ser incorporado à remuneração ou proventos do servidor público.

2. Recurso não conhecido.

(REsp n. 199.742-PR, Relator o Ministro *Edson Vidigal*, DJU de 17.05.1999)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.



**RECURSO ESPECIAL N. 502.856-DF (2002/0169003-4)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Gradimir Djurovic

Advogado: Wendell do Carmo Sant'ana e outros

Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

**EMENTA**

Recurso especial. Porte ilegal de arma. Uso restrito. Necessidade de laudo pericial que ateste essa condição. Decreto n. 55.649/1965 revogado pelo Decreto n. 2.998/1999. Desclassificação para a forma simples.

1. Tendo o art. 3º do Decreto n. 2.998, de 23 de março de 1999, editado em data anterior à prática do delito, que ocorreu em 18 de março de 2000, revogado expressamente o Decreto n. 55.649/1965, este não pode ser levado em consideração para justificar a qualificadora relativa à circunstância de ser a arma de uso restrito.

2. Com o advento do Decreto n. 2.998/1999 e, posteriormente, do Decreto n. 3.665/2000 que o revogou, não sendo possível uma imediata classificação da arma, nos termos do art. 16 dos referidos decretos, impõe-se a verificação técnica de seu enquadramento em uma das hipóteses ali descritas.

3. Recurso especial conhecido e provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto por Gradimir Djurovic, fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Os autos foram a mim distribuídos por prevenção de Turma.

Colhe-se do processado que o recorrente foi condenado, como incurso no art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/1997, a 2 anos de reclusão, a serem cumpridos no regime aberto, e multa, substituída a sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

Inconformado, apelou, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade de votos, negado provimento ao recurso.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Daí o especial, no qual se alega, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 13, *caput*, do Código Penal, do art. 158 do Código de Processo Penal, e dos arts. 16, III, e 27, III, os dois do Decreto n. 2.998/1999, sustentando-se que para a caracterização do crime de uso de arma restrita é imprescindível que o exame de corpo de delito ateste essa condição, devendo a condenação, no caso, restringir-se ao *caput* do art. 10 da Lei n. 9.437/1997.

Com as contra-razões, a Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento do apelo.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Afasta-se, inicialmente, a alegação de prescrição, sustentada pela defesa na Tribuna, pois, tendo o recorrente sido condenado a dois anos de reclusão, não decorreram quatro anos desde a publicação da sentença condenatória, 14.08.2001 (fl. 92vº), tampouco entre os demais marcos interruptivos da prescrição.

No mais, merece acolhida a irresignação.

A questão cinge-se em saber se restou configurada a qualificadora prevista no § 2º do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, decorrente de ser de uso restrito a arma que se portava ilegalmente.

Sustenta o recorrente que, como o crime deixa vestígios, é imprescindível que se comprove que a arma é de uso restrito, acrescentando que o art. 16, III, do Decreto n. 2.998/1999, apenas dá exemplos de alguns desses equipamentos, sendo necessário, para a configuração da qualificadora, que o laudo pericial



certifique que a arma possui na saída do cano energia superior a trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete joules.

No ponto, o Juiz de primeiro grau assim fundamentou a sentença condenatória:

Por fim, também não merece prosperar a pretensão em desclassificar o delito por falta de indicação no laudo de que a arma, efetivamente, seja de uso proibido. As armas cujo uso é proibido vêm elencadas no Decreto n. 55.649/1965. Inserindo-se naquele rol, mostra-se latente a qualificadora do § 2º do art. 10 da Lei n. 9.437/1997. E é o que se afigura no caso em apreço, pois disciplina aquele decreto, em seu artigo 161, alínea **e**, que são armas de uso proibido as pistolas semi-automáticas de calibre superior a 7,65 mm. Porquanto, inafastável a qualificadora e, conseqüentemente, inaplicável o *sursis* processual. A propósito, oportuno conferir a ementa jurisprudencial a seguir transcrita:

Apelação. Arma de fogo. Uso proibido. Porte ilegal. Qualificação. Desclassificação para porte de arma simples - Constatado ser a arma apreendida - uma pistola semi-automática 9 mm PARA - de uso proibido, art. 161, alíneas **e** e **f** do Dec. n. 55.649/1965 - procede a qualificação atinente advinda. (fl. 90)

Verifica-se, assim, que a condenação por crime qualificado está assentada no Decreto n. 55.649/1965, que dispunha que as armas de calibre superior a 7,65 mm eram de uso restrito.

No entanto, o art. 3º do Decreto n. 2.998, de 23 de março de 1999, editado em data anterior à prática do delito, que ocorreu em 18 de março de 2000, revogou expressamente o Decreto n. 55.649/1965, tornando impossível fosse levado em consideração para justificar a aludida qualificadora.

Por sua vez, a avaliação do laudo pericial de fls. 26/27 à luz desse novo regramento decorrente do contido no mencionado Decreto n. 2.998/1999 não autoriza a conclusão de que a arma apreendida era de uso restrito, notadamente porque não especifica a quantidade de energia na saída de seu cano, circunstância a ser afirmada expressamente.

Ao negar provimento à apelação, o acórdão atacado assevera que a qualificação da arma independe do que se contém no laudo pericial, decorrendo do próprio texto legal.

Contudo, não é o que se verifica do art. 16 do Decreto n. 2.998/1999, que em seus inúmeros incisos descreve as armas que devem ser consideradas de uso restrito.

No caso, o laudo pericial atesta que a arma apreendida em poder do recorrente é uma “pistola marca Taurus (Forjas Taurus S.A.), PT 111, *Millennium*, calibre 9mm PARA, número de série TRE12101, semi-automática, sistema de operação do tipo *blow back*, de dupla ação, ferrolho com acabamento oxidado, armação e empunhadura inteiriça em material sintético rígido (cor preta, zigrinada), percussão indireta, municiação através de pente carregador, cano (em aço inoxidável) medindo juntamente com a câmara setenta e nove milímetros e seis décimos de milímetro (79,6mm) de comprimento, de alma raiada (6D), sistema de segurança acionado, alavanca localizada na lateral direita posterior da armação”, que não se encontra expressamente descrita no art. 16 do Decreto n. 2.998/1999, dependendo a constatação dessa circunstância do competente exame técnico.

Importante registrar que na vigência da legislação anterior - Decreto n. 55.649/1965 - a arma em questão era de uso restrito, pois assim se consideravam as “pistolas semi-automáticas de calibres superiores a 7,65 mm”.

Atualmente, com o advento do Decreto n. 2.998/1999 e, posteriormente, do Decreto n. 3.665/2000 que o revogou, não sendo possível uma imediata classificação da arma, nos termos do art. 16 dos referidos decretos, como no caso, impõe-se a verificação técnica de seu enquadramento em uma das hipóteses ali descritas.

Mostra-se imperioso, portanto, a desclassificação do delito de porte de arma para a forma simples, assim como a readequação da pena imposta ao recorrente, que vai mantida no mínimo legal, como operado na sentença, estabelecida definitivamente em 1 ano de detenção e 10 dias-multa.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para desclassificar o crime para o *caput* do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, reduzida a sanção imposta ao recorrente a 1 ano de detenção e 10 dias-multa, preservados no mais o acórdão e a sentença.

É como voto.



Súmulas