

HABEAS CORPUS N. 10.856 – RJ

(Registro n. 99.0090384-6)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrantes: José Carlos Fragoso e outro
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Paciente: Artur Osório Marques Falk
Sustentação oral: José Carlos Fragoso (pelo paciente)

EMENTA: Processo Penal – **Habeas corpus** originário – Trancamento da ação penal – Ausência de justa causa – Art. 22 da Lei n. 7.492/1986 – Necessidade do exame aprofundado de provas – Inviabilidade pela via estreita do *writ*.

Não restando evidenciada de plano a falta de participação do paciente no crime em tese descrito na peça acusatória, descabe nos limites do **habeas corpus** trancar a ação penal, à míngua de justa causa.

“Tendo sido instaurados vários inquéritos para apuração de fraudes cambiais, apesar de um deles ter sido arquivado em relação aos membros da Corretora Interunion S/A, nada impede que, tendo sido apuradas em outro inquérito, condutas delituosas praticadas pelo paciente, seja oferecida denúncia contra o mesmo.”

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 5 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 9.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Artur Osório Marques Falk e outras quatro pessoas foram denunciadas por infringência ao art. 22 da Lei n. 7.492/1986, por entender a peça acusatória que eles participaram do fato “constatado pelo Banco Central do Brasil, em 1991, que no período de novembro de 1987 a junho de 1989, foram utilizados pelo Banco Econômico S/A, pela Corretora Interunion e pela Contract Comércio Exterior e Investimentos Ltda, documentos materialmente falsificados para simular a importação de produtos pela empresa Laurotec – Produtos para Lavoura Ltda, de molde a possibilitar a evasão lícita do país da quantia total de U\$ 14.591.850,00 (quatorze milhões, quinhentos e noventa e um mil, oitocentos e cinquenta dólares americanos)”.

A denúncia foi rejeitada por desatender ao preconizado no art. 41 do CPP. Advindo recurso em sentido estrito formulado pelo Ministério Público Federal, a Primeira Turma do TRF, 2ª Região, houve por bem de provê-lo. Interposto recurso especial (n. 105.570-RJ) em que se argüiu violação ao art. 41, CPP, o mesmo foi desprovido por essa egrégia Quinta Turma, em voto por mim proferido para determinar o recebimento da denúncia oferecida contra o Paciente como incurso no art. 22 da Lei n. 7.492/1986.

Daí a presente impetração pelos advogados José Carlos Fragoso e Christiano Fragoso, em favor do ora paciente.

Alegam os Impetrantes que, tendo sido anteriormente arquivado inquérito, instaurado para a apuração de fraudes cambiais, quanto a outros membros da Corretora Interunion, não se poderia oferecer posterior denúncia contra o Paciente sem o surgimento de novas provas. Sustentam, ainda, falta de justa causa para o oferecimento da denúncia contra o Paciente “consistente na circunstância de que ele é mero acionista da Corretora Interunion, não possuindo assento no Conselho de Administração ou cargo de direção (diferentemente do que afirma, de modo leviano, a peça exordial), nem tendo jamais verificado ou assinado qualquer contrato de câmbio”.

Oficiada a Autoridade coatora, vieram as informações de estilo à fl. 952.

Ouvido por duas vezes em razão da juntada de documentos, o *Parquet* Federal pugnou pelo conhecimento parcial do *writ* e, nessa parte, pela sua denegação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A ementa do acórdão impugnado é deste teor (fl. 980):

“Penal e Processual Penal. Art. 22 da Lei n. 7.492/1986. Rejeição de denúncia.

Somente nos casos previstos no art. 43 do Código de Processo Penal é que o juiz deve rejeitar *in limine* a denúncia. Se a prova existe de que os denunciados eram os dirigentes das empresas que realizaram as operações tipificadas no artigo 22 da Lei n. 7.492/1986, compete ao juiz receber a denúncia para apurar a responsabilidade deles na prática dos atos delituosos, ainda que a exordial não seja um primor.”

Na hipótese versada, a peça incoativa descreveu a conduta dos indiciados, apresentando fatos com fortes indícios de participação do Paciente no suposto ilícito, atendendo aos requisitos resenhados no art. 41 do CPP, conforme ressaltado por esse colendo Tribunal quando do julgamento do recurso especial interposto pelo ora paciente.

Consta da decisão impugnada que o Paciente foi denunciado como incurso no art. 22 da Lei n. 7.492/1986, de que se transcreve à fl. 897:

“Examinando os autos, contudo, tenho na conta de precipitada a decisão recorrida. É certo que a peça exordial não constitui um primor de técnica jurídica. Afinal, tratando-se de crime de grande relevância, com efeitos perniciosos para a economia do País, ou seja, a prática do delito previsto no art. 22 da Lei n. 7.492/1986 (efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País), o órgão denunciador deveria descrever com maiores detalhes a participação de cada denunciado, sobretudo no que tange às circunstâncias de tempo e modo de execução do crime.

Entretanto, havendo fortes indícios da fraude, conforme já detectado pelo Banco Central, bem como a participação das empresas dirigidas pelos denunciados, entendo que mais prudente seria receber a denúncia e dar início ao processo, no qual os Réus poderão defender-se amplamente, quer demonstrando a inexistência do crime, quer convencendo o magistrado de que nenhuma participação tiveram nas práticas delituosas que lhes são imputadas.

É verdade que o artigo 43 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a rejeitar a denúncia, desde que presentes os pressupostos ali mencionados, quais sejam:

- a) quando o fato narrado, evidentemente, não constituir crime;
- b) quando já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;
- c) quando for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.”

Examinando os autos, constato que não merece acolhida a súplica.

Com efeito, o trancamento da ação penal ou de inquérito policial, mediante *writ*, é hipótese excepcional que somente se justifica quando demonstrado inequivocamente que o fato apontado não constitui crime ou inexistiu, ou quando ausente qualquer elemento indiciário da participação do indiciado ou denunciado nos fatos apurados, ou, ainda, quando se acha extinta punibilidade. Nesse sentido, a iterativa jurisprudência desta Corte:

“Processo Penal. RHC. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Denúncia inepta. Falta de justa causa.

(...)

2. Em sede de **habeas corpus**, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, (1) desponta a inocência do acusado, (2) a atipicidade da conduta ou (3) se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie.

3. Recurso improvido.” (RHC n. 6.305-SP, DJ de 13.10.1997, p. 51.646, Relator Ministro Fernando Gonçalves).

“**Habeas corpus**. Trancamento da ação penal. Alegação de falta de justa causa. Descabimento.

– O trancamento da ação penal só excepcionalmente é de ser admitido, em casos de evidência absoluta que, nem mesmo em tese, o fato constitui crime, de vez que a estreita via eleita não se presta ao exame de provas, a não ser para apreciar a existência ou não da legalidade do ato, mas nunca para saber se há ou não procedência na imputação, se ocorre ou não justa causa para a ação penal, aspectos que demandam aprofundado exame de provas, o que só poderá ser feito no decorrer normal da instrução.

– Ordem denegada”. (HC n. 346-RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJ de 5.8.1996, p. 26.368).

In casu, nenhuma dessas hipóteses excepcionais restaram evidenciadas de plano, de modo que se houve com acerto a Corte **a quo**, ao determinar o prosseguimento da ação penal, com esses fundamentos (fls. 897/898):

“Entretanto, havendo fortes indícios da fraude, conforme já detectado pelo Banco Central, bem como a participação das empresas dirigidas pelos denunciados, entendo que mais prudente seria receber a denúncia e dar início ao processo, no qual os Réus poderão defender-se amplamente, quer demonstrando a inexistência do crime, quer convencendo o magistrado de que nenhuma participação tiveram nas práticas delituosas que lhes são imputadas.

É verdade que o artigo 43 do Código de Processo Penal autoriza o juiz a rejeitar a denúncia, desde que presentes os pressupostos ali mencionados, quais sejam:

- a) quando o fato narrado, evidentemente, não constituir crime;
- b) quando já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;
- c) quando for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

No caso vertente, nenhum desses requisitos encontra-se presente. O primeiro deles, que foi precisamente o invocado pela sentença extintiva, pressupõe a evidência da atipicidade, e, no caso, as irregularidades encontradas pelo Bacen são as descritas no artigo 22 da Lei n. 7.492/1986. E como os denunciados são exatamente os responsáveis pelas empresas que realizaram as operações delituosas, cuja mecânica foi exposta com relativa clareza na exordial, entendo que competia ao juiz receber a denúncia e apurar a responsabilidade dos denunciados. A estes é que compete destruir as provas colhidas, no sentido da imputação, e não no juiz, presumindo a inocência deles, matar no nascedouro o processo penal. Afinal, se comprovada a prática delituosa, quem deve responder por ela?

Por tais razões, dou provimento ao recurso para anular a decisão impugnada, para que, recebida a denúncia, seja instaurado o processo.”

Incensurável essa decisão.

Nesse sentido, pronunciou-se o ilustre membro do Ministério Público Federal, Dr. José Flauber Machado Araújo (fl. 987):

“Ressalte-se, ainda, que nessa fase de mero juízo de admissibilidade de acusação vigora o princípio **in dubio pro societate**. Assim sendo, a menos que haja prova inequívoca da inocência do paciente, prevalece o **jus puniendi** do Estado, exercitável mediante a **persecutio criminis in judicio**.”

Ademais, o pleito ora formulado encerra a necessidade de um exame aprofundado de provas, inviável nos limites estreitos do *writ*, de sorte que apenas será possível se chegar a uma conclusão sobre o fato de ser o Paciente mero acionista da Corretora Interunion, possuindo ou não cargo de direção, após regular instrução criminal.

Assim, não há que se dar acolhida à pretensão de trancamento da ação penal sob o argumento de falta de justa causa, já que só a instrução criminal pode definir quem concorreu, quem participou ou quem ficou alheio à ação ilícita.

No atinente ao outro ponto da presente impetração, qual seja, existência de anterior arquivamento expresso quanto a outros membros da Corretora Interunion, transcrevo, uma vez mais, as considerações da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Flaubert Machado Araújo (fl. 987):

“Por fim, cumpre observar que foram instaurados vários inquéritos para apuração de fraudes cambiais, sendo que em apenas um deles, segundo alegação da defesa, foi pedido o arquivamento em relação aos membros da Corretora Interunion S/A. Entretanto, nada impede que, tendo sido apuradas, em outro inquérito, condutas, em tese, delituosas praticadas pelo Paciente, seja oferecida denúncia contra o mesmo.”

De inteira procedência esse posicionamento, pelo que o acolhendo, denego a ordem.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Sr. Presidente, este **habeas corpus** ataca

decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementada:

“Penal e Processual Penal. Art. 22 da Lei n. 7.492/1986. Rejeição de denúncia.

Somente nos casos previstos no art. 43 do Código de Processo Penal é que o juiz deve rejeitar **in limine** a denúncia. Se a prova existe de que os denunciados eram os dirigentes das empresas que realizaram as operações tipificadas no artigo 22 da Lei n. 7.492/1986, compete ao juiz receber a denúncia para apurar a responsabilidade deles na prática dos atos delituosos, ainda que a exordial não seja um primor.”

O caso diz respeito a crime de evasão de divisas.

Empresas fantasmas foram criadas, documentos foram falsificados (fatura do exportador, guia da Cacex/BB, conhecimento de embarque da mercadoria, declaração de importação, etc.), tudo para forjar a realização de importações.

Sob esse pretexto, mediante a utilização de outras empresas, conhecidas no mercado como zangões, as empresas fictícias fechavam operação de câmbio em um banco comercial, após o visto dado em cada contrato pelo Banco Central do Brasil.

Logo após a compra do dólar do câmbio oficial, que à época era bem mais barato, o dinheiro era vendido no câmbio paralelo, o que viabilizava em curto espaço de tempo lucros elevadíssimos, em torno de 100%.

Como se vê, a operação era extremamente sofisticada.

Em razão da grande quantidade de empresas fictícias que foram criadas e o grande número de fraudes cambiais perpetradas, foi determinada a repartição do inquérito inicial em 18 inquéritos policiais, tendo por critério o nome fictício utilizado para a empresa comercial que figurava como importadora de produtos, a fim de que fosse facilitado o trabalho de apuração.

O ora paciente, Artur Osório Marques Falk, acionista majoritário da Corretora Interunion S/A, foi denunciado em um dos referidos inquéritos, por suposta participação na fraude realizada com a empresa Laurotec – Produtos para a Lavoura Ltda.

Nesta impetração, alega-se que no primeiro, dos 18 inquéritos policiais

desmembrados, foi requerido pelo Ministério Público o arquivamento com relação aos empregados e dirigentes da Corretora Interunion, por ausência de provas.

Entendem os Impetrantes que tal fato inviabiliza o recebimento das demais denúncias, invocando a incidência da Súmula n. 524 do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo ponto, não obstante constar da denúncia que o Paciente era dirigente da empresa Interunion, à época dos fatos, asseveram os Impetrantes que tal afirmação não é verdadeira, tratando-se o Paciente de mero acionista da empresa.

Pelo que, pedem o trancamento da ação penal.

O eminente Ministro-Relator José Arnaldo manifestou voto pelo indeferimento da ordem, enaltecendo que:

“(…) o trancamento da ação penal ou de inquérito policial, mediante *writ*, é hipótese excepcional que somente se justifica quando demonstrado inequivocamente que o fato apontado não constitui crime ou inexistiu, ou quando ausente qualquer elemento indiciário da participação do indiciado ou denunciado nos fatos apurados, ou, ainda, quando se acha extinta punibilidade.

(…) **In casu**, nenhuma dessas hipóteses excepcionais restaram evidenciadas de plano, de modo que se houve com acerto a Corte a **quo** ao determinar o prosseguimento da ação penal (…).”

Pedi vista dos autos.

Meu voto.

Coaduno com o entendimento do nobre Ministro-Relator.

Ora, o inquérito inicial foi desmembrado em 18 (dezoito) inquéritos.

O primeiro, cujo arquivamento em relação ao Paciente foi requerido pelo Ministério Público, refere-se exclusivamente às operações fraudulentas perpetradas com a empresa fictícia Higienol.

Nesta ação, estão sendo analisadas as operações irregulares, decorrentes da simulação de importação de produtos pela empresa Laurotec – Produtos para Lavoura Ltda.

Portanto, como cada inquérito faz referência a transações específicas, o pedido de arquivamento em um deles não implica na impossibilidade do recebimento da denúncia dos demais.

No tocante ao segundo ponto, creio não ser viável o exame nesta via.

Segundo narra a denúncia, o ora paciente, além de sócio majoritário da empresa Interunion, também atuou como dirigente da empresa, na época dos fatos.

Dizem os Impetrantes que isso não é verdade, uma vez que, conforme demonstram o estatuto social e as atas de assembléias-gerais ordinárias e extraordinárias, o Paciente não exercia qualquer função de direção na Interunion Corretora S/A, nem participava do Conselho de Administração.

Apesar de não constar dos assentos da instituição investigada que o ora paciente exercia algum tipo de função de direção, caberá ao Ministério Público comprovar o fato positivo que alegou na denúncia, durante a instrução criminal, de que ele efetivamente exercia posto de comando na Empresa.

Tenho, pois, a questão como controvertida, a exigir aprofundado exame da matéria fático-probatória, o que não é possível em **habeas corpus**.

Assim, com essas observações, acompanho o voto proferido pelo eminente Ministro-Relator, pelo indeferimento da ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 13.282 – SP

(Registro n. 2000.0047759-1)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrantes: Márcio Thomaz Bastos e outro
Impetrada: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Pacientes: Hércules Levorin Júnior, Plínio Levorin e Célio Levorin

EMENTA: Processual Penal – **Habeas corpus** – Crime societário – Utilização de documento falso para a obtenção de financiamento junto a instituição financeira – Trancamento da ação penal – Ausência de justa causa – Inépcia da denúncia – Individualização da conduta delituosa.

1. Como a denúncia narra fato delituoso, existindo fortes indícios de autoria, não sendo o caso de extinção de punibilidade; não

há falar-se em trancamento da ação penal, por ausência de justa causa.

2. Nos crimes societários complexos, desde que a denúncia narre o fato delituoso de forma clara, propiciando o exercício da ampla defesa, é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado.

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

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 5 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 5.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Sob a acusação de terem se utilizado de Certidão Negativa de Débito – CND, para a obtenção de financiamento junto ao Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A, os sócios e representantes da empresa Industrial Levorin S/A – Hércules Levorin Júnior, Plínio Levorin, Célio Levorin, Auro Levorin e Leonardo Levorin foram denunciados como incurso nas sanções do Código Penal, art. 304 c.c. o art. 297.

Alegando ausência de justa causa para a persecução criminal e inépcia da denúncia, na medida em que não foi individualizada a conduta de cada acusado, foi impetrado **habeas corpus**, pugnando pelo trancamento da ação penal.

Verificando a inexistência de qualquer indício de participação na transação contratual irregular por parte de Auro Levorin e Leonardo Levorin, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região concedeu parcialmente a ordem

requerida, tão-somente para trancar a ação com relação a esses acusados. Leio a ementa do julgado:

“**Habeas corpus.** Falsificação de certidão negativa de débito. Denúncia. Requisitos. Justa causa.

I – Materialidade do delito demonstrada pelas informações da inautenticidade da CND prestadas pelo INSS e comprovado uso do documento perante a instituição financeira.

II – Nos crimes de autoria coletiva ou societários não é exigível a descrição pormenorizada de condutas na denúncia. Precedentes do STF e do STJ.

III – Havendo notícia de específica transação da empresa, qualquer elemento indiciário decorrente da função dos Pacientes como administradores é infirmado se resta provado que não participaram da específica operação relacionada ao delito.

IV – Ordem parcialmente concedida.”

Nesta impetração, em substituição ao recurso ordinário próprio, pugna-se pela determinação do trancamento da ação com relação aos demais denunciados.

Para tanto, volta o Advogado-impetrante a sustentar a tese de inépcia da denúncia, já que não individualizada a conduta de cada acusado, não foi indicado o momento consumativo do crime, tampouco apontado especificamente em que se consubstanciou a conduta delitativa. Ressalta que o fato de serem diretores da empresa e terem assinado o contrato de financiamento não basta para que lhes seja imputada a responsabilidade penal.

Mediante a decisão de fl. 465, concedi pedido liminar para suspender os atos processuais da ação, até o julgamento do mérito deste *writ*.

Ante a detalhada instrução dos autos, dispensei o pedido de informações.

Em judicioso parecer (fls. 471/484), manifesta-se o ilustre Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, pelo indeferimento do pedido.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Segundo a denúncia, para que

a empresa Industrial Leyorin S/A pudesse obter financiamentos junto ao Unibanco, foi utilizada uma certidão negativa de débito falsa, uma vez que, à época, a empresa encontrava-se em débito junto ao INSS.

Logo, é de se constatar que a peça acusatória narra claramente fato delituoso, de forma a possibilitar o pleno exercício da ampla defesa pelos acusados.

A materialidade do crime encontra-se comprovada, haja vista a declaração da falsidade do documento pela Coordenação de Arrecadação e Fiscalização da Inspeção Geral da Previdência Social em São Paulo.

Quanto à autoria delitiva, é inescusável a existência de fortes indícios a indicar os Pacientes como responsáveis pela conduta ilícita. Primeiro, por se tratarem de irmãos e sócios da Empresa, segundo porque efetivamente assinaram os contratos de financiamento, nos quais havia uma cláusula expressa quanto à necessidade da apresentação da certidão negativa de débito do INSS, sendo impossível que não tivessem conhecimento dos inúmeros débitos da Empresa junto à Previdência Social.

Portanto, além de ter sido apresentada a certidão falsa, os Pacientes também declararam, ao assinar o contrato, não existir qualquer pendência da Empresa frente ao INSS.

Diante de tal situação, não há como se concluir de pronto pela absoluta inocência dos Réus, sendo de bom alvitre assegurar o prosseguimento da instrução criminal, a fim de que o suposto ilícito seja devidamente esclarecido.

Quanto à suposta inépcia da inicial, por não ter sido individualizada a conduta de cada denunciado, a jurisprudência desta egrégia Corte Superior, no tocante aos crimes societários, tem mitigado o comando do Código de Processo Penal, art. 41, dispensando a narrativa pormenorizada da conduta de cada réu na peça inicial acusatória.

Nesse sentido:

“Criminal. RHC. Crimes contra a ordem tributária. Trancamento de ação penal. Ausência de justa causa não evidenciada de plano. Denúncia genérica. Possibilidade. Recurso desprovido.

(...)

II – Tratando-se de crimes societários, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do CPP.

III – Recurso desprovido” (RHC n. 8.991-AL, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 23.10.2000).

“**Habeas corpus**. Crime societário. Falta de justa causa e inépcia da denúncia. Atividades privativas de instituição financeira. *Factoring*. Individualização da conduta.

(...)

IV – A pormenorização das condutas na denúncia, em crime societário, praticado às ocultas, em escritório, é, conforme o caso, totalmente prescindível.

Writ indeferido” (HC n. 7.463-PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 22.2.1999).

Assim, conheço do **habeas corpus**, mas indefiro o pedido, cassando a liminar anteriormente concedida.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 13.818 – GO

(Registro n. 2000.0067962-3)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Impetrante: Clayton Korb Jarczewski
Advogado: Aidenor Aieres Pereira
Impetrada: Desembargadora-Relatora da Queixa-Crime n. 684 do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Paciente: Clayton Korb Jarczewski

EMENTA: Penal e Processo Penal – Crimes contra a ordem – Prática por meio da imprensa – Lei n. 5.250/1967 – Funcionário público – Queixa-crime – Impossibilidade – Ação pública condicionada – Incidência da decadência.

– Os crimes contra a honra (injúria, difamação e calúnia), quando cometidos através da imprensa (no caso, o jornal O Popular),

tipificam-se como crimes de imprensa, definidos nos arts. 20, 21 e 22 da Lei n. 5.250/1967, obedecendo, portanto, ao rito processual ali estabelecido. Ostentando a vítima a condição de funcionário público, para efeitos penais, a ação deverá ser promovida pelo Ministério Público mediante representação do ofendido. Trata-se, portanto, de ação penal pública condicionada, não se admitindo, **ab initio**, sua promoção através de queixa-crime.

– Por outro lado, a Lei de Imprensa é clara ao fixar, em seu art. 41, § 1^o, o prazo decadencial de (3) três meses da data da publicação das ofensas pretensamente criminosas para o efetivo exercício do direito de representação. Da análise dos autos, verifica-se que o tempo transcorrido entre a publicação das supostas ofensas (14.9.1999) e o oferecimento da queixa-crime (3.8.2000) foi de quase 11 (onze) meses, incidindo-se, desta forma, a decadência, que é causa autônoma de extinção da punibilidade.

– Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade pela incidência da decadência do direito de representação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para declarar extinta a punibilidade pela incidência da decadência do direito de representação. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 15 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 25.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado por Clayton Korb Jarczewisk, contra ato praticado pela MM. Juíza

de Direito Carmency Rosa Maria Alves em substituição a Desembargador do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Consta dos autos que foram imputadas ao paciente, Promotor de Justiça, em queixa-crime, as infrações penais descritas nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal (*crimes de calúnia, difamação e injúria*) por ter afirmado em um jornal de Goiás, de 14.9.1999, que o querelante – Deputado Federal – “responde a inquérito por desvio de R\$ 1.000.000,00 das Prefeituras de Itumbiara e de Cachoeira Alta. Ele também é acusado – diz a manchete – de realizar contratações irregulares na Câmara”. Recebida a queixa-crime, a autoridade tida como coatora despachou marcando audiência de conciliação.

O Impetrante pleiteia, no presente *writ*, a nulidade do processo por ilegitimidade **ad causam** do querelante, afirmando que as possíveis condutas típicas praticadas pelo Paciente foram realizadas por meio de um veículo de imprensa (jornal O Popular). Daí, serem enquadráveis na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967) que prevê, em delitos dessa natureza, ação penal pública condicionada, que só poderia ser instaurada mediante denúncia, e não através de queixa-crime, aplicando-se, assim, o rito descrito nos arts. 42 a 48 do referido diploma legal.

Pleiteia, ainda, a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal, em face de decurso do prazo decadencial previsto no art. 41, § 1º, da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa), que prevê o prazo de 3 (três meses) para o exercício do direito de representação.

Solicitadas as informações de praxe, estas vieram aos autos às fls. 42/49.

A douta Subprocuradoria Geral da República reconhece tratar-se de crime previsto na Lei de Imprensa, de ação penal pública condicionada, opinando pela concessão da ordem para declarar extinta a punibilidade, em face da decadência operada nos termos do art. 41, § 1º, da Lei n. 5.250/1967.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, o Impetrante pleiteia o reconhecimento, no presente **habeas corpus**, de ocorrência de nulidade em virtude da ilegitimidade ativa **ad causam** do

querelante, bem como a extinção da punibilidade em virtude da incidência da decadência.

Os crimes contra a honra (*injúria, difamação e calúnia*), quando cometidos através da imprensa (no caso, o jornal O Popular), tipificam-se como crimes de imprensa, definidos nos arts. 20, 21 e 22 da Lei n. 5.250/1967, obedecendo, portanto, ao rito processual ali estabelecido. Nesse particular, são uníssonas a doutrina e a jurisprudência. **Alberto Silva Franco**, citando **Heleno Fragoso**, asseverou com precisão:

“... (omissis) ...

Embora não constitua ‘uma família autônoma de infrações penais’, os crimes contra a honra praticados pela imprensa, pelo rádio e pela televisão não estão sujeitos à disciplina jurídica do CP (art. 360) (Heleno Fragoso, Lições de Direito Penal, Parte Especial, vol. 1.206, 1976). Regem-se pela Lei n. 5.250, de 1967, ou pelo Código de Telecomunicações. É evidente, portanto, que o meio empregado pelo ofensor para lesar a honra alheia serve para distinguir os crimes comuns dos crimes de imprensa, não ficando, assim, ao inteiro arbítrio do ofendido ajustar indiferentemente as condutas ofensivas à sua honra a esta ou àquela tipologia, máxime porque as regras, de Direito material e de Direito Processual, aplicáveis aos crimes comuns contra a honra e aos delitos de imprensa, divergem em pontos de relevância.” (cf. in Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 2/1.543, 1997).

Obedecendo, pois, aos ditames da Lei de Imprensa, observo que o querelante é *Deputado Federal*, portanto, para efeitos penais, funcionário público (**Mirabete**, em seu Código Penal Interpretado, à fl. 1.748, ed. 2000, assevera que “nesse conceito amplo, para efeitos penais, são funcionários públicos o Presidente da República, o Prefeito Municipal, os *Membros das Casas Legislativas...*”). Diante disso, o art. 40, **b**, do referido **Codex** estabelece:

“Art. 40. A ação penal será promovida:

... (omissis) ...

b) pelo Ministério Público, mediante representação do ofendido, nos casos dos n. II e III do art. 23.

Art. 23. As penas cominadas dos arts. 20 a 22 aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

... (omissis) ...

II – contra funcionário público, em razão de suas funções;”

Portanto, a ação deverá ser promovida pelo Ministério Público, mediante representação do ofendido. Trata-se, portanto, de ação penal pública condicionada, não se admitindo, **ab initio**, sua promoção através de queixa-crime. Nesse sentido, esta Corte já decidiu:

“Processo Penal. **Habeas corpus**. Crime de imprensa cometido contra funcionário público, em razões de suas funções. Proceda-se mediante ação pública condicionada, e não mediante ação privada (art. 40, inciso I, letra **b**, combinado com o art. 23, inciso II, da Lei n. 5.250/1967).

I – Dessume-se do artigo 40, inciso I, letra **b**, combinado com o art. 23, inciso II, todos da Lei n. 5.250/1967, que os eventuais crimes a serem apurados são de ação penal pública condicionada. Em vista disso, por ser do gênero ação penal pública, por imposição constitucional, devem ter início por denúncia de seu titular nato, ou seja, o Ministério Público – inciso I do art. 129 da Constituição, salvo no caso de inércia do *Parquet* – inciso LIX do art. 5^a da Constituição.

II – ... (omissis) ...

III – ... (omissis) ...” (HC n. 1.905-SP, Rel. Ministro Pedro Acioli, DJU de 13.9.1993).

Com relação ao prazo decadencial para a representação do ofendido, a lei é clara ao fixar, em seu art. 41, § 1^a, o prazo de (3) três meses da data da publicação das ofensas pretensamente criminosas para o efetivo exercício do direito de representação. Da análise dos autos, verifica-se que o tempo transcorrido entre a publicação das supostas ofensas (14.9.1999) e o oferecimento da queixa-crime (3.8.2000) foi de quase 11 (onze) meses, incidindo-se, desta forma, a decadência, que é causa autônoma de extinção da punibilidade.

Nesse diapasão:

“Processual Penal e Penal. RHC. Delito de difamação. Lei de

Imprensa (art. 12 da Lei n. 5.250/1967). Queixa-crime formulada por Desembargador contra jornal local. Decadência ao exercício do direito de representação e do próprio oferecimento da ação penal. Extinção de pretensão punitiva.

1. Improcede a propositura de ação privada contra autor de delito de difamação sem que a vítima promova previamente representação que legitime o Ministério Público a propositura da ação. Inteligência do art. 40, inciso I, alínea b, da Lei de Imprensa. Inobservância do art. 44 do CPC.

2. Estando evidenciada a decadência ao exercício do direito de representação e conseqüentemente do oferecimento da ação penal extingue-se a pretensão punitiva.

3. Recurso provido.” (RHC n. 3.022-ES, Rel. Ministro Anselmo Santiago, DJU de 7.3.1994).

Ante o exposto, concedo a ordem para declarar extinta a punibilidade pela incidência da decadência do direito de representação.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 13.957 – RJ

(Registro n. 2000.0076136-2)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrantes: Valter Soares e outro
Impetrada: Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Paciente: Nelson Luiz Weissman

EMENTA: Penal – Não-recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados – Lei n. 8.212, art. 95, d – Ofensa à Constituição Federal e ao Pacto de São José da Costa Rica.

1. A prisão decorrente da omissão do recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, por se referir à conduta tipificada criminalmente, não pode ser confundida com a prisão de natureza civil. Daí a impertinência na alegação de ofensa

à Constituição Federal ou ao Pacto de São José da Costa Rica. Precedentes.

2. **Habeas corpus** conhecido. Pedido indeferido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 5 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 19.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Por ter deixado de recolher contribuições previdenciárias à Seguridade Social, descontadas dos salários dos empregados, Nelson Luiz Weissman, na qualidade de sócio-gerente da Empresa Rotunel Doces e Presentes Ltda, foi condenado a três anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de quinze dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 95, d, da Lei n. 8.212/1991 c.c. art. 71 do Código Penal.

Dando parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região determinou apenas a redução da pena para dois anos de reclusão, com a suspensão condicional da pena por igual período.

Esta é a ementa do julgado:

“Penal. Processual Penal e Constitucional. Ausência de recolhimento de contribuições previdenciárias. Dificuldades financeiras. Inocorrência de causa excludente de culpabilidade. Dolo. **Emendatio libelli**. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da personalização da pena. Circunstância atenuante. *Sursis*.

A dificuldade financeira da empresa autoriza o reconhecimento da

inexigibilidade de conduta diversa, causa excludente de conduta diversa, causa excludente da culpabilidade, desde que devidamente comprovada.

Descartada a tese de ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo).

Inexistência de nulidade quando o juiz, sem se afastar do que consta da denúncia, dá nova definição jurídica ao fato. É que o Réu se defende do crime descrito na denúncia, e não da capitulação dela constante. Inaplicável, ao caso, o disposto no art. 384 do CPP.

Observados os princípios do devido processo legal e do contraditório, eis que seguido rigorosamente o procedimento ordinário, permitindo à defesa contradizer a acusação em todas as oportunidades oferecidas por esse procedimento.

Não há que se falar em inobservância ao princípio da personalização da pena, tendo em vista que pena aplicada não passou da pessoa do condenado.

Por ser considerada grave a conduta prevista no art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991, o legislador a elevou à categoria de crime.

Tendo o agente reparado o dano antes do julgamento, impõe-se a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, III, **b**, do CP.

Apelação parcialmente provida para reduzir a pena aplicada para 2 (dois) anos de reclusão, com a suspensão condicional da pena por igual período.”

Daí a impetração deste **habeas corpus**, no qual se reclama a inconstitucionalidade da Lei n. 8.212, art. 95, § 1º, bem como ofensa ao Pacto de São José da Costa Rica, posto não ser admissível a prisão por dívida.

Ante a suficiente instrução dos autos, foi dispensado o pedido de informações.

Manifesta-se a Subprocuradoria Geral da República pelo indeferimento do pedido (fls. 99/103).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, a jurisprudência deste Tribunal Superior tem firmado o entendimento de que a conduta

tipificada na Lei n. 8.212/1991, art. 95, alínea **d**, em razão do seu caráter penal, não pode ser confundida com a prisão de natureza civil.

Por ocasião do julgamento do **Habeas Corpus** n. 9.395-SC, o eminente Min. Felix Fischer teceu as seguintes considerações sobre o tema:

“A conduta incriminada consiste no recolhimento de contribuição previdenciária dos empregados e na sua posterior inocorrência dolosa do repasse à Seguridade Social. Isso não se confunde, de maneira nenhuma, com a incriminação sobre inadimplência em dívida de natureza civil. A infração criminosa consiste não na lesão patrimonial cometida sobre o Erário, mas, sim, na quebra do dever geral imposto a toda a sociedade para o recolhimento dos tributos, e isso é amparado na Constituição Federal. Não se trata, **in casu**, de repreensão à inadimplência civil, mas, sim, ao descumprimento de obrigação imposta em lei e amparada na Carta Magna.”

Dentro dessa linha de entendimento, cai por terra qualquer alegação de suposta inconstitucionalidade da norma incriminadora, bem como de ofensa ao Pacto de São José da Costa Rica.

Ainda no mesmo sentido:

“Processual. Omissão no acórdão recorrido. Inocorrência. Violação ao art. 619 do CPP. Inexistência. Recurso especial. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Prequestionamento. Falta. Súmulas n. 282 e 356 do STF. Omissão. Recolhimento de contribuição social. Pagamento. Inexistência. Art. 34 da Lei n. 9.249/1995. Pacto de São José da Costa Rica. Medida Provisória n. 1.571/1997. Inaplicabilidade. Dissídio pretoriano. Falta de demonstração analítica. Súmula n. 284-STF.

(...)

5. O crime decorrente da omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não se equivale à prisão por dívida, daí porque afigura-se inaplicável o Pacto de São José da Costa Rica (...)” (REsp n. 200.280-SC, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 16.3.2000).

E no Supremo Tribunal Federal:

“Omissão do recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Figura de caráter criminal inconfundível com a da prisão por dívida.

Alegação de indisponibilidade de recursos, cuja comprovação está a depender do regular processamento da ação penal, sendo insusceptível de exame em **habeas corpus** impetrado contra o recebimento da denúncia” (HC n. 78.234-PA, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 21.5.1999).

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

(...)

4. Alegação improcedente de atipicidade do delito de apropriação indébita (crime de resultado), porque o Paciente foi condenado por crime contra a ordem tributária: não-recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados, que é crime omissivo puro, infração de simples conduta, cujo comportamento não traduz simples lesão patrimonial, mas quebra do dever global imposto constitucionalmente a toda a sociedade; o tipo penal tutela a subsistência financeira da previdência social (...)” (HC n. 76.978-RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 19.2.1999).

Assim, conheço do **habeas corpus**, mas indefiro o pedido.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 14.303 – SP

(Registro n. 2000.0092322-2)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Impetrante: Jaime Marangoni

Impetrada: Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Carlos Alberto Rady

EMENTA: **Habeas corpus** – Tráfico de entorpecentes – Concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento – Impossibilidade.

– Esta Corte tem decidido, em diversas oportunidades, que, em casos como o presente, onde o réu foi condenado em 1^a grau e teve sua condenação confirmada pelo Tribunal a quo, nada obsta o curso normal da execução da pena, especialmente porque os recursos disponíveis a partir desse momento (de natureza especial e extraordinária), não possuem o efeito suspensivo. Ressalte-se que no caso, o recurso especial sequer foi admitido.

– Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 20 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 18.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de **habeas corpus**, impetrado por Jaime Marangoni, em favor de Carlos Alberto Rady, contra decisão proferida pela egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em sede de apelação, deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 12 c.c. 18, inc. III, da Lei n. 6.368/1976 (*tráfico*

de entorpecentes e associação para o tráfico) e art. 218 do Código Penal (*corrupção de menores*). Interposto recurso de apelação, tanto pela defesa quanto pela acusação, o Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao recurso ministerial, majorando a pena aplicada ao Réu.

Inconformado, o Impetrante interpôs recurso especial que, inadmitido, foi objeto de agravo de instrumento, ao qual pretende, com o presente *writ*, *seja dado efeito suspensivo*, permitindo ao Paciente permanecer em liberdade, até o julgamento do recurso especial.

Requerida medida liminar, esta foi negada à fl. 84.

Solicitadas as informações de praxe, estas vieram aos autos às fls. 90/91.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 300/301, opina pela denegação da ordem, entendendo que ao recurso especial, por sua característica extraordinária, não pode, face à expressa vedação legal, ser atribuído efeito suspensivo.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, pretende o Impetrante seja atribuído efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento interposto da decisão que *indeferiu o processamento do recurso especial*.

O *writ* improcede. Esta Corte tem decidido, em diversas oportunidades, que, em casos como o presente, onde o Réu foi condenado em 1^a grau e teve sua condenação confirmada pelo Tribunal **a quo**, nada obsta o curso normal da execução da pena, especialmente porque os recursos disponíveis a partir desse momento (*de natureza especial e extraordinária*), ainda que admitidos, não possuem o efeito suspensivo.

A pretensão do Impetrante, sob esse prisma, ganha, na realidade, contornos de natureza cautelar que, no caso, não merece ser deferida. Com efeito, esgotadas as instâncias ordinárias e pendente decisão em agravo de instrumento interposto contra indeferimento do processamento de recurso especial, nada impede a execução provisória da decisão condenatória. O *Supremo Tribunal Federal*, em reiteradas decisões, tem perfilhado esta linha de entendimento. Nesse particular, destaco:

“**Habeas corpus.** Crime de atentado violento ao pudor. Execução provisória de julgado do Tribunal de Justiça, em grau de apelação, na pendência de processamento dos recursos especial e extraordinário. Alegação de ofensa ao art. 5º, LVII, da Constituição: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

1. *Esgotadas as instâncias ordinárias e pendente, apenas, decisão em agravo de instrumento interposto contra indeferimento de recurso extraordinário ou especial, é de ver-se que estes recursos extraordinários não têm o condão de sustar a execução provisória do ato condenatório, porque não possuem o efeito suspensivo, mas, exclusivamente, o devolutivo (art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990).*

2. Inexistência de ofensa ao inciso LVII do art. 5º da Constituição. Precedentes das duas Turmas.

3. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido, ficando vencido o Ministro-Relator e cassada a liminar.” (HC n. 74.852-SP, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJU de 23.5.1997).

“A pendência do recurso especial ou extraordinário não suspende a execução da ação penal julgada procedente nas instâncias ordinárias.

Inexistência, quanto ao regime de cumprimento da pena, de coação atribuível a Tribunal.” (HC n. 74.845-SP, Rel. Ministro Octávio Gallotti, DJU de 9.5.1997).

Por tais fundamentos, *denego a ordem.*

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 14.340 – RJ

(Registro n. 2000.0096354-2)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrante: Gilson Fernandes Vasconcellos
Impetrada: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Edilson Pinto Abreu (preso)

EMENTA: Penal – Processual – Preventiva – Fundamentos do Ministério Público adotados pelo juiz – **Habeas corpus**.

1. Não há falar-se em ausência de fundamentação, quando o decreto de prisão preventiva adota pertinente exposição de motivos apresentada pelo Ministério Público. Precedentes.

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

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 5 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 5.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Acusado de ter assassinado o seu sogro, em 27 de setembro de 1995, Edilson Pinto Abreu, também conhecido como “Índio”, foi denunciado como incurso nas penas do Código Penal, art. 121, § 2º, II.

A Promotora de Justiça, ressaltando a periculosidade do Réu, bem como o fato de que a família da vítima vinha sendo ameaçada, requereu a sua prisão preventiva.

Acolhendo a manifestação do órgão ministerial, o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal do Rio de Janeiro decretou a custódia preventiva.

Em **habeas corpus**, sustentou-se que o decreto é carente de fundamentação, quanto à necessidade e conveniência da prisão, e ilegítimo, em razão da ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

A ordem não foi concedida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Eis a ementa:

“**Habeas corpus.** Requerimento do Ministério Público. Decreto de prisão preventiva lacônico. Ainda que lacônico, não se pode inquirar de desfundamentado o despacho que, baseando-se nas razões expostas pelo Ministério Público, decreta prisão preventiva de acusado que, inclusive, ausentara-se do distrito da culpa.”

Daí a impetração deste novo **mandamus**, em substituição ao recurso ordinário cabível, onde são reiterados os argumentos já deduzidos perante a Corte Estadual.

Informações prestadas às fls. 148/156.

Manifesta-se o Ministério Público Federal pelo indeferimento do pedido (fls. 158/162).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, eis o decreto de prisão preventiva proferido pelo Juiz de 1^a grau:

“Adoto as razões do *Parquet* que passam a integrar este, para decretar a prisão preventiva dos acusados, já que presentes os motivos ensejadores dos arts. 311 e 312, CPP.”

E esta é a fundamentação da Promotora de Justiça, sobre a qual o Magistrado se reportou:

“Materialidade do delito comprovada (AEC fl. 10) e autoria identificada. Trata-se de homicídio qualificado, crime hediondo, nos termos da Lei n. 8.072/1990, insuscetível de fiança e liberdade provisória. O primeiro denunciado é indivíduo de alta periculosidade, envolvido com tráfico de entorpecentes, o que, por si só, já constitui um risco para a sociedade; demonstrou a intensidade do dolo, efetuando inúmeros disparos contra a vítima, seu sogro; fez ameaças de morte à família da vítima, após o crime (fls. 18 e 28), que, por medo, afastou-se por longo tempo do local; o primeiro denunciado também desapareceu após o fato, mas hoje retornou ao local, temendo a testemunha de fl. 28 por sua vida e de seus familiares; tal temor, inclusive dos moradores da comunidade, tem dificultado a investigação e por certo prejudicará a instrução criminal, impedindo a aplicação da lei penal. A segunda denunciada, por sua vez, ainda mantém laços de amizade com

o primeiro denunciado, com quem tem um filho e reside na casa da mãe; assim como não hesitou em instigar o primeiro denunciado a cometer o crime contra seu genitor, por certo vai procurar influir as testemunhas e familiares, dificultando a instrução criminal e frustrando a aplicação da lei penal; acresce que o primeiro denunciado não tem moradia conhecida nem exerce atividade lícita, sendo fácil ao mesmo fugir do distrito da culpa. Assim, a liberdade dos denunciados põe em risco a ordem pública, sendo uma ameaça à vida das testemunhas e da sociedade em geral. Assim, nos termos dos arts. 311 e seguintes do CPP, requer o Ministério Público a decretação da prisão preventiva dos denunciados, como garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.”

Apesar de não se tratar de melhor técnica processual, este Superior Tribunal tem entendido que, quando o juiz a adota expressamente, a motivação expandida pelo *Parquet* deve ser considerada como parte integrante do próprio decreto construtivo.

Nesse sentido, cito precedente do qual fui Relator:

“Penal. Processual. Preventiva. Fundamentos do Ministério Público adotados pelo juiz. **Habeas corpus**. Recurso.

Se o juiz adota, no decreto de prisão preventiva, os fundamentos do pedido do Ministério Público, e tal pedido está efetivamente fundamentado, não vale falar em nulidade do decreto por falta de fundamentação.

Recurso a que se nega provimento” (RHC n. 8.441-GO, DJ de 8.6.1999).

Portanto, não há falar-se em ausência de fundamentação, já que claramente demonstrada a necessidade da custódia cautelar, tendo sido apresentados como elementos objetivos a periculosidade do Réu, o fato de ter ameaçado testemunhas, bem como de já ter desaparecido do distrito da culpa. Daí a utilização da medida como forma de assegurar a ordem pública, o regular andamento da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Não obstante o Impetrante refutar os argumentos deduzidos pela Promotora de Justiça, tal análise resta inviabilizada nesta via processual, posto não ser possível o exame aprofundado de matéria fático-probatória controvertida em **habeas corpus**.

Assim, conheço da impetração, mas indefiro o pedido.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 15.257 – DF

(Registro n. 2000.0136091-4)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrantes: Divaldo Theóphilo de Oliveira Netto e outro
Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal
Paciente: Márcio Morais Teixeira
Advogado: Daniel Oliveira de Azevedo
Paciente: Daniel Queiroz Marques da Cruz França (preso)

EMENTA: Processual Penal – **Habeas corpus** – Tráfico ilícito de entorpecentes – Condenação confirmada – Expedição de mandado de prisão condicionada.

I – Os recursos para os Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e STJ), *ex vi* art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990, em regra, só têm efeito devolutivo, sendo legítima a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão (precedentes do *Pretório Excelso* e do STJ).

II – A eventual limitação, fixada em 1º grau, quanto à expedição do mandado de prisão, não vincula o Tribunal de 2º grau. (Precedentes do *Pretório Excelso* e do STJ).

Writ indeferido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 24 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado contra v. acórdão prolatado pela colenda Primeira Turma Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

A **quaestio** restou evidenciada às fls. 236/238, **verbis**:

“Daniel Queiroz Marques da Cruz França foi condenado, juntamente com Márcio Morais Teixeira, pelo Juiz da 1ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília, a cumprir cinco anos de reclusão, em regime fechado, além de multa, como incurso nas penas do art. 12, **caput**, c.c. art. 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/1976, por ter sido flagrado mantendo em depósito, na residência do segundo condenado, substâncias entorpecentes (maconha e lança-perfume), constando da r. sentença, na parte final, que transitando em julgado a sentença, lançassem-se os nomes dos sentenciados no rol dos culpados e fossem expedidos mandados de prisão em desfavor dos Réus.

Diante disso, o Ministério Público, opôs embargos de declaração, aduzindo que ficou implícito o direito de os condenados apelarem da sentença em liberdade (fls. 44/45), uma vez que a teor do contido no art. 35 da Lei n. 6.368/1976, não poderiam fazer jus a esse benefício.

O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais, declarando a sentença, *assegurou aos Réus o direito de aguardarem em liberdade o julgamento de eventual recurso* (fls. 42/43), levando-se em consideração a primariedade, os bons antecedentes, residirem no distrito da culpa e pelo fato de terem respondido ao processo soltos.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, pugnando pela consideração da causa especial de aumento de pena disciplinada no art. 18, III, da Lei n. 6.368/1976, em relação ao réu Márcio e a desconsideração da causa especial de diminuição das penas aplicadas aos dois condenados, face à aplicação do parágrafo único do art. 19 do mesmo diploma.

A defesa dos Réus também apelou, requerendo a nulidade da sentença, pela exacerbação da pena e pleiteou a absolvição, alegando fragilidade das provas relativas à acusação de tráfico e, alternativamente, a desclassificação do crime para o previsto no art. 16 da Lei n.

6.368/1976, e caso fosse mantida a condenação, fosse extirpada a causa especial de aumento de pena do inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/1976, assegurando-se o regime progressivo, ao argumento de que o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, foi derogado pelo § 7º do art. 1º da Lei n. 9.455/1997.

A Primeira Turma Criminal proveu parcialmente os recursos do Ministério Público e do réu Daniel Queiroz, reformando-se a sentença no tocante à fixação da pena imputada ao Paciente, passando a ser de 4 anos, 5 meses e 10 dias, determinando-se expedição de mandados de prisão (fl. 76), o que foi imediatamente feito, tendo sido cumprido no dia 29 de novembro de 2000 (fl. 196), prendendo-se o acusado Daniel Queiroz Marques da Cruz França.

Diante disso, os advogados Divaldo Theóphilo de Oliveira Netto e Miguel Ferreira de Faria Júnior impetram ordem de **habeas corpus**, com pedido de concessão de liminar, alegando constrangimento ilegal, diante da decisão da egrégia Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que considera 'julgamento **extra petita e reformatio in pejus**' (fl. 6), posto que determinou a expedição de ordem de prisão em seu desfavor, 'em decisão em trânsito', mesmo tendo sido concedido ao ora paciente o direito de apelar em liberdade, quando da decisão proferida em sede de embargos declaratórios; que houve reforma, 'de ofício', para pior, uma decisão, no particular, com trânsito em julgado, pois dessa decisão não houve recurso pelo Ministério Público.

Requerem a cassação da decisão da doutra Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, confirmando-se, em sendo o caso, a liminar concedida.

A liminar foi deferida à fl. 89 dos autos 'para que seja suspensa a execução das penas até o julgamento deste **habeas**'.

À fl. 142, também foi deferido pedido de extensão da liminar em favor do co-réu Márcio Morais Teixeira, expedindo-se o competente alvará de soltura.

Em informações, esclareceu a Autoridade indigitada coatora que contra o v. acórdão proferido, foram opostos embargos de declaração, no tocante à fixação da pena, em razão do reconhecimento do **quantum** correspondente à associação (art. 18, inciso III, da LAT) em ação penal semelhante, onde foram julgados os demais co-autores da

infração pela qual responde o Paciente, bem como esclarecimentos sobre a decretação da prisão do Paciente, sustentando ausência de fundamentação e alegação de cerceamento da liberdade do Paciente, vez que a decisão ainda não transitara em julgado, sendo que submetido o feito a julgamento, foram rejeitados os embargos, à unanimidade, devendo ainda ser lavrado o respectivo acórdão.”

As informações foram prestadas às fls. 150/152.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se pronunciou pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Os recursos contra decisões em sede de apelação, mormente aqueles dirigidos à instância incomum (recurso especial, recurso extraordinário, agravo), só possuem *efeito devolutivo* (art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990). O denominado efeito suspensivo só pode, *excepcionalmente*, ser alcançado na via de cautelar.

Nenhum magistrado de 1ª grau, em nosso sistema constitucional e processual penal, tem poderes para condicionar os efeitos naturais de um acórdão. Se a consequência processual comum de um acórdão condenatório é a expedição, *v.g.*, do mandado de prisão, o prévio óbice eventualmente criado – **contra legem** – na instância inferior é algo juridicamente inexistente. Com a devida vênia de pensamento diverso, admitir-se a limitação, seria o mesmo que aceitar como válido que um juiz possa, com grande originalidade, afirmar, na sua, digamos, sentença absolutória, que da confirmação pelo Tribunal de 2ª grau não caberá recurso para a instância rara. Uma sentença, é de se crer, não pode de antemão restringir os efeitos de um acórdão. **Reformatio in peius** diz com a decisão e não com o comando secundário limitado ao grau de jurisdição e que, por óbvio, perde os efeitos com o decisório da Instância Superior, já que por este, inclusive, é substituído.

“**Habeas corpus**. Recurso especial interposto pelo acusado. Inexistência de efeito suspensivo. Possibilidade de prisão imediata do condenado. Magistrado de 1ª Instância que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal. Deliberação que não vincula os Tribunais Superiores. Pedido

indeferido. Prisão do sentenciado e interposição dos recursos excepcionais.

– A mera interposição dos recursos de natureza excepcional – recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) – não tem, só por si, o condão de impedir a imediata privação da liberdade individual do condenado, eis que as modalidades recursais em referência não se revestem de eficácia suspensiva. Precedentes.

Juiz que condiciona a expedição de mandado de prisão ao trânsito em julgado da condenação penal.

– *A deliberação do magistrado de 1ª instância que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garanta ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os Tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários eventualmente deduzidos pelo sentenciado. O Tribunal **ad quem**, em consequência, pode ordenar, em sede recursal, a prisão do condenado, quando improvido o recurso por este interposto. O acórdão do Tribunal **ad quem** – porque substituiu sentença recorrida no que tiver sido objeto de impugnação recursal – faz cessar, uma vez negado provimento ao recurso da defesa, a eficácia da decisão de 1ª grau no ponto em que esta assegurou ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade. Precedente.*

Princípio da não-culpabilidade do réu.

– O postulado constitucional da não-culpabilidade do réu impede que se lance o nome do acusado no rol dos culpados, enquanto não houver transitado em julgado a condenação penal contra ele proferida. Esse princípio, contudo, não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado, desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso por ele interposto contra o acórdão condenatório. Precedente.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos e prisão antecipada do condenado.

– O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, não impede – em tema de proteção aos **status libertatis** do réu (artigo 7º, n. 2) –, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que este ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse

documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC n. 72.366-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade.” (STF – HC n. 72.610/MG, Primeira Turma, Relator Min. Celso de Mello, DJU de 6.9.1996, p. 31.850).

E, no corpo do v. aresto da Augusta Corte, tem-se:

“Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que o julgamento proferido pelo Tribunal em sede de apelação *substitui* a sentença recorrida, razão pela qual a cláusula de garantia do **jus libertatis** proclamada pelo ato sentencial de 1ª instância *perde* toda a sua eficácia em face do pronunciamento jurisdicional que, em *sentido contrário*, emanou do Tribunal ora apontado como coator.

Cumprе destacar, ainda, que a submissão dos Réus à imediata privação de sua liberdade individual, *presente a circunstância de que foi mantida unanimemente pelo Tribunal de Justiça a condenação penal contra eles proferida*, constitui efeito natural que decorre, **ministerio legis**, do *exaurimento* das vias recursais *ordinárias*, especialmente porque os recursos de caráter excepcional *não dispõem* – tal como já enfatizado – de qualquer eficácia suspensiva.

O ilustre Impetrante *parece* sustentar, ainda, com apoio em outro fundamento, a inviabilidade de expedição de mandado de prisão antes mesmo da publicação da própria súmula do acórdão em causa (fl. 3 – itens 5/6).

Não me parece assistir razão ao Impetrante.

Mantida em sede recursal *ordinária* a condenação penal – e achando-se o sentenciado em liberdade –, tornava-se legítima a imediata expedição do mandado de prisão contra o ora paciente, prescindindo-se, para esse específico efeito, da prévia publicação do acórdão (que foi unânime, *no caso*) e, até, como já precedentemente acentuado, de seu trânsito em julgado.

Se, *como já referido*, a mera possibilidade de interposição dos recursos de natureza extraordinária *não tem* o condão de inibir a *imediata* privação da liberdade individual do condenado, nada justifica

que se protraia no tempo a expedição do mandado de prisão, condicionando-a à prévia publicação do acórdão *confirmatório* da condenação penal.

Na realidade, *e tal como observa Júlio Fabbrini Mirabete* (Processo Penal, p. 642, 4ª ed., 1995, Atlas), ‘Com a confirmação da sentença condenatória em 2ª instância, cessa o benefício da liberdade provisória, devendo o réu ser recolhido à prisão’.

Nesse sentido – *impõe-se registrar* – orienta-se o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

‘Confirmado o julgado condenatório cessam os benefícios da Lei n. 5.941, de 22.11.1973.’ (RTJ 82/129, Rel. Min. Cordeiro Guerra).

‘Liberdade provisória. Apelação de réu solto (Código de Processo Penal, art. 594). Confirmada, pelo acórdão, a sentença condenatória, cessa o benefício, impondo-se o recolhimento do réu à prisão para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Recurso em **habeas corpus** desprovido.’ (RTJ 94/1.066, Rel. Min. Leitão de Abreu).

‘A expedição de mandado de captura é efeito regular da sentença condenatória – *expressão que alcança também o decisório colegiado*. O recurso extraordinário pendente, desprovido de efeito suspensivo, não torna ilegítima a providência.’ (RTJ 120/1.154, Rel. Min. Francisco Rezek – grifei).

Não se alegue, de outro lado, que a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica) – já formalmente incorporada ao Direito Positivo interno do Brasil (*Decreto n. 678/92*) – impediria a privação *antecipada* da liberdade individual do réu *ainda* sujeito à decisão penal condenatória *recorrível*.

O *Plenário* do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre esse específico aspecto da questão, *ênfaticou* que a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura* ao condenado, *de modo irrestrito*, o direito de *sempre* recorrer em liberdade (*HC n. 72.366-SP*, Rel. Min. *Néri da Silveira*, julg. em 13.9.1995), pois o Pacto de São

José da Costa Rica, em tema de proteção ao **status libertatis** do réu, proclama que ‘Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, *salvo* pelas causas e nas condições *previamente* fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas’. (*Artigo 7º, n. 2 – grifei*).

Na realidade, essa cláusula da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao remeter ao plano do Direito Positivo interno a *definição normativa* das hipóteses da supressão da liberdade pessoal, *admite* que o sistema jurídico nacional ou doméstico de *cada* Estado institua – *como o faz o ordenamento estatal brasileiro* – os casos em que se legitimará a privação antecipada do **status libertatis** do réu ou do condenado.

Daí a advertência constante do magistério doutrinário, que – *tendo presente o texto do Pacto de São José da Costa Rica* – expende, a propósito do tema, as seguintes considerações (Júlio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, p.p. 638/639, 4ª ed., 1995, Atlas), *verbis*:

‘Resta verificar a situação do condenado em sentença recorrível por crime em que não se livra solto nem é afiançável. Diante do art. 5ª da Constituição Federal de 1988, que prevê no inciso LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, e do inciso LXVI, que diz que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, chegou-se a defender a tese de que o juiz não poderia determinar mais a prisão senão quando a sentença transitasse em julgado, ou que seria necessário, para o recolhimento à prisão, uma decisão fundamentada. Entretanto, a ordem de recolher-se o réu à prisão para possibilitar o processamento do recurso não significa considerá-lo culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (...). A Constituição Federal não proíbe qualquer prisão provisória ou cautelar, desde que decretada por órgão jurisdicional, nem demarca rigidamente o conceito de liberdade provisória, preferindo delegar ao legislador ordinário a previsão dos seus pressupostos. *É na lei processual que se verificam quais as hipóteses em que a liberdade provisória pode ser admitida, nada impedindo que se abrigue o condenado, na ausência dos requisitos legais, a ser recolhido à prisão para aguardar o julgamento de apelo, como uma das hipóteses de prisão provisória, semelhante à prisão em flagrante, à prisão temporária e à prisão preventiva. A Carta Magna permite*

a custódia por ordem da autoridade judiciária competente e o artigo 594 não contempla interpretação extrema e nem aplicação limitada quando prevê o recolhimento do réu condenado à prisão: é regra procedimental condicionante do processamento da apelação, não foi derogada pelo artigo 5º, LVII, da CF de 1988, está fundamentada pela sentença condenatória e não ofende a garantia constitucional de ampla defesa.’ (grifei).

Assim sendo, e tendo presentes as razões expostas, *indeferio* o pedido de **habeas corpus**, e, em consequência, *casso* a medida liminar anteriormente concedida ao ora paciente (fl. 72).”

Outro v. acórdão do Pretório Excelso diz:

“– Direito Constitucional e Processual Penal.

Prisão. Condenação não transitada em julgado.

Artigos 5º, LVII, da Constituição Federal, 637 do Código de Processo Penal e 27, § 2º, da Lei n. 8.038, de 28.5.1990.

Habeas corpus.

Alegações de constrangimento ilegal porque:

a) havendo a sentença condenatória determinado que o mandado de prisão fosse expedido apenas após o trânsito em julgado, não poderia o acórdão da apelação do Ministério Público, que nada reclamara a respeito, determinar desde logo a prisão, quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário;

b) interposto recurso especial, pelo Ministério Público para agravamento da pena, descabida, também por isso, a expedição da ordem de captura;

c) nos termos do art. 5º, incisos LVII, da Constituição Federal, ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’.

Alegações repelidas.

HC indeferido.

1. O inciso LVII do art. 5º da CF, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’, é obstáculo, apenas, a que se lance o nome do réu no rol dos culpados, enquanto não estiver definitivamente condenado, mas

não a prisão imediata após o julgamento do recurso ordinário, como previsto no art. 637 do Código de Processo Penal.

2. *A determinação do Juiz de 1ª grau, na sentença condenatória, no sentido de que o mandado de prisão somente seja expedido após o trânsito em julgado, vale apenas para seu escrivão e visa a permitir a interposição de recurso, pelo réu, em liberdade, quando concedido o benefício.*

Não pode, porém, impedir que o Tribunal de 2ª grau, ao negar provimento à apelação do Ministério Público, determine a expedição, desde logo, do mandado de prisão, para cumprimento da condenação, em face do que estabelece o art. 637 do Código de Processo Penal.

Até porque os recursos extraordinários (para o STF) e especial (para o STJ) não têm efeito suspensivo (art. 27, § 2ª, da Lei n. 8.038, de 28.5.1990).

3. Hipótese, ademais, em que o mandado de prisão podia e devia ter sido expedido, já em 1ª grau de jurisdição, antes mesmo do julgamento do recurso ordinário do Ministério Público (que visava, tão-somente, à agravação da pena), pois, para o paciente que, intimado, não recorreu da sentença, transitou em julgado a condenação, na própria 1ª instância.

4. HC indeferido. Votação unânime.” (STF, HC n. 72.663-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, DJU de 29.3.1996, p. 9.345).

Ainda, do colendo Supremo Tribunal Federal:

“**Reformatio in pejus**: inexistência.

Segundo firmemente assentado em ambas as Turmas do Tribunal, embora a sentença – sem recurso da acusação – haja condicionado a prisão do réu ao trânsito em julgado da condenação, pode o Tribunal de 2ª grau, ao julgar o recurso da defesa, determiná-la de imediato sem infringir na vedação da **reformatio in pejus**: orientação a que se rende o Relator em favor da segurança da jurisprudência do Tribunal, sem prejuízo da ressalva de sua opinião em contrário.” (STF – HC n. 77.501-SP, Primeira Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 5.2.1999).

Do voto-condutor cabe, de pronto, destacar:

“Vê-se, porém, do voto-condutor do eminente Ministro Maurício

Corrêa, na última sessão da Segunda Turma, que efetivamente se consolidou a maioria que entende desvinculado o Tribunal da apelação da determinação da sentença de a prisão aguardar o trânsito em julgado da condenação, apesar de não ter sido ela objeto de recurso de acusação.

Demonstrou-o o Ministro Maurício Corrêa, nestes termos – HC n. 77.173:

‘A medida liminar concedida **ex officio**, que adota a tese de que deve prevalecer o equívoco do Juiz que determina a expedição de mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória, nos casos em que o Ministério Público não recorre desta parte da decisão, teve por único fundamento o precedente do HC n. 75.753-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 11.11.1997, na qual ficou vencido o Min. Nélson Jobim, ausente o Min. Carlos Veloso, ou seja, V. Ex.^a e eu acompanhamos o Ministro-Relator.

Esta decisão da Turma, que inovou a jurisprudência do Tribunal pelo voto de apenas três dos seus integrantes, não se firmou com o passar do seu primeiro ano, vindo a conflitar com decisões posteriores que retomaram a orientação anterior, já sendo possível se afirmar que está apta a receber o rótulo de *decisão isolada*.

A jurisprudência anterior entendia que não ocorria a **reformatio in pejus** quando o Tribunal, após julgar a apelação, determinava a expedição de mandado de prisão contra o réu, tendo em vista as disposições dos artigos 594 e 637 do Código de Processo Penal, esta última ratificada pelo artigo 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990, e que o Juiz de 1º grau não tem competência para decidir sobre matéria privativa do Tribunal.

Sr. Presidente, no HC n. 76.200-MS, da relatoria de V. Ex.^a cujo julgamento foi iniciado na sessão de 16.12.1997 e concluído na de 10.2.1998, pedido similar foi indeferido, por maioria; estava em questão o alcance da decisão de 1º grau que concedeu à paciente o direito de aguardar ‘em liberdade o trânsito em julgado da apelação’. Acompanhei as conclusões do voto de V. Ex.^a porém, adotando fundamentos diversos, ou seja, a decisão, de compreensão duvidosa, não teria o alcance de trânsito em julgado da decisão condenatória.

Posteriormente, no julgamento do HC n. 76.857-MS na sessão de 12.5.1998, relativo à mesma paciente e também da

relatoria de V. Ex.^a, apesar de ter restado *não conhecido* por se tratar da reiteração do anterior, a questão foi objeto de novos debates, e, ao que depreendo, fixou a orientação majoritária da Turma, com a adesão de V. Ex.^a e de minha, para retornar à jurisprudência primitiva do Tribunal, da qual nunca se afastaram os Ministros Nélson Jobim (voto-vencido) e Carlos Velloso (ausente).

Na Primeira Turma, a questão é pacífica, no sentido de que o Tribunal sempre pode, independente do que tenha dito o juiz, decretar a prisão do paciente após o julgamento da apelação. Nesse sentido: HC n. 72.171-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 22.8.1995, unânime, *in* DJU de 27.10.1995, p. 36.332; HC n. 76.210-MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 5.12.1995, unânime, *in* DJU de 6.9.1996, p. 31.850; HC n. 72.663-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 13.2.1996, unânime, *in* DJU de 29.3.1996, p. 9.345; HC n. 73.489-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 25.6.1996, unânime, *in* DJU de 13.9.1996, p. 33.232.

Observo que no HC n. 76.181-MG, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 10.2.1998, *in* DJU de 3.4.1998, ficaram vencidos, no ponto, os Ministros Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, mas, posteriormente, no HC n. 77.191-RJ, relatado pelo próprio Min. Ilmar Galvão na sessão de 19.5.1998, o julgamento foi unânime, com a adesão do Min. Sepúlveda Pertence (DJU de 12.6.1998)”

Quanto à quaestio do efeito suspensivo, tem-se:

“(…)

3. É da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que os recursos de índole extraordinária, como o especial e o extraordinário, só podem ser recebidos no efeito devolutivo, e não no suspensivo (art. 27, § 2^a, da Lei n. 8.038/1990), razão pela qual é legítima a execução provisória do julgado condenatório, não havendo incompatibilidade com o que dispõe o art. 5^a, LVII, da Constituição.

(…)” (STF, HC n. 74.828-MG, Segunda Turma, Relator Min. Maurício Corrêa, DJU de 25.4.1997).

“Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Execução penal. Interposição de recurso especial. Efeito.

Contra decisão condenatória de 2^a grau cabem, apenas, em princípio, recursos de natureza extraordinária – recurso especial e

recurso extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990), razão pela qual pode ser dado cumprimento ao mandado de prisão em forma de execução provisória.

Writ indeferido.” (STJ, HC n. 6.209-SP, Quinta Turma, DJU de 2.2.1998, p. 118).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Estelionato. Condenação confirmada. Expedição de mandado de prisão condicionada, e em 1º grau, ao trânsito em julgado.

I – Os recursos para os Tribunais Superiores (STF e STJ), **ex vi** art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990, em regra, só têm efeito devolutivo, sendo legítima a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão (precedentes do *Pretório Excelso* e do STJ).

II – A eventual limitação, fixada em 1º grau, quanto à expedição do mandado de prisão, não vincula o Tribunal de 2º grau (precedentes do *Pretório Excelso*).

Writ indeferido.” (STJ, HC n. 13.378-SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, DJU de 26.3.2001, p. 440).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Crimes contra a Administração Pública. Condenação confirmada. Expedição de mandado de prisão condicionada, e em 1º grau, ao trânsito em julgado.

I – Os recursos para os Tribunais Superiores (STF e STJ), **ex vi** art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990, em regra, só têm efeito devolutivo, sendo legítima a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão (precedentes do *Pretório Excelso* e do STJ).

II – A eventual limitação, fixada em 1º grau, quanto à expedição do mandado de prisão, não vincula o Tribunal de 2º grau (precedentes do *Pretório Excelso*).

Writ indeferido.” (STJ, HC n. 12.227-SC, Quinta Turma, DJU de 21.8.2000, p. 155).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Condenação confirmada. Expedição de mandado de prisão condicionada, e em 1º grau, ao trânsito em julgado.

I – Os recursos para os Tribunais Superiores (STF e STJ), *ex vi* art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990, em regra, só têm efeito devolutivo, sendo legítima a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão (precedentes do *Pretório Excelso* e do STJ).

II – A eventual limitação, fixada em 1º grau, quanto à expedição do mandado de prisão, não vincula o Tribunal de 2º grau. Condenado o réu, o Tribunal de Justiça, através do seu acórdão, faz cessar a eficácia da decisão de 1º grau na parte em que esta foi substituída, inclusive, no que se refere ao direito de recorrer em liberdade (precedentes do *Pretório Excelso* e do STJ).” (STJ, HC n. 11.739-RS, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, Rel. p/acórdão Min. Felix Fischer, DJU de 3.4.2000, p. 162).

Voto, pois, pelo indeferimento do *writ*.

RECURSO ESPECIAL N. 222.764 – SP

(Registro n. 99.0061844-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Alexandre Carneiro Lima e outros
Recorrida: Honofra Lourenço Vitorio
Advogados: Cristiane Vendruscolo e outro

EMENTA: Previdenciário – Benefício de prestação continuada – Requisito econômico – Art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 – Comprovação – Súmula n. 7-STJ.

O requisito da renda *per capita* familiar inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui, por si só, causa de impedimento de concessão do benefício de prestação continuada da Lei n. 8.742/1993. Fatores outros relacionados à situação econômico-financeira devem, também, ser levados em consideração – o que impede o seu reexame na via do recurso especial, consoante Súmula n. 7-STJ.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer.

Brasília-DF, 13 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 12.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: A espécie foi assim relatada na origem, via do despacho de admissão do recurso, da lavra do Juiz José Kallás, Vice-Presidente do TRF-3ª Região, **verbis**:

“Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fulcro no artigo 102, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra decisão unânime de Turma julgadora deste Tribunal, que entendeu desnecessária a comprovação de renda **per capita** familiar inferior a um quarto do salário mínimo para a concessão do benefício previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal.

Sustenta o Recorrente afronta ao artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993, que impõe, como requisito para a concessão do benefício pleiteado, a comprovação de renda familiar inferior a um quarto do salário mínimo.” (fl. 89).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Como se vê, o recurso especial reclama a não-comprovação do requisito previsto no § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/1993, que condiciona a concessão do benefício de prestação continuada do art. 203, inciso V, da CF/1988, a ter a família a que

pertença o idoso ou deficiente renda **per capita** inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

No presente caso, o acórdão recorrido abrandou a exigência, tecendo considerações sobre a situação econômico-financeira precária da Autora.

Tenho que o requisito expressa apenas um norte para se examinar o pressuposto econômico da família e não um requisito impeditivo, por si só, da concessão do benefício. A situação econômico-financeira depende do exame de outros fatores, como o tipo de deficiência, as necessidades e as condições de vida (possuir casa própria, lugar onde vive, situação dos familiares, etc.), que não podem ser resumidos em um fator numérico.

Daí porque o reexame do requisito, na via do recurso especial, esbarra na vedação da Súmula n. 7-STJ, como reiteradamente vem decidindo esta egrégia Corte, como se pode ver pelos seguintes julgados:

“Previdenciário. Constitucional. Renda mensal vitalícia. Requisitos legais. CF, art. 203. Lei n. 8.742/1993. Súmula n. 7-STJ.

A renda mensal vitalícia, por seu caráter puramente assistencial, é providência constitucional concedida sem a exigência de contribuição à seguridade social, conforme se contempla na dicção do artigo 203, V, CF.

O reexame do acervo probatório não é cabível em sede de recurso especial (Súmula n. 7-STJ).

Recurso não conhecido.” (REsp n. 179.579, DJ de 2.8.1999, Rel. Min. Felix Fischer).

“Processual e Previdenciário. Renda mensal vitalícia. Requisitos. Comprovação. Súmula n. 7-STJ.

O deslinde da questão importa reexame acurado da prova, defeso na via do recurso especial, consoante Súmula n. 7-STJ.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 199.738, DJ de 10.4.2000, de minha relatoria).

“Constitucional. Previdenciário. Renda mensal vitalícia. Requisitos legais. Exame de fatos. Impropriedade.

– O recurso especial, instrumento processual de dignidade constitucional, possui pressupostos específicos de admissibilidade, não se prestando para o simples reexame de questões de fato, como a

relativa à discussão da não-comprovação da renda **per capita** familiar (Súmula n. 7-STJ).

– Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 222.948, DJ de 24.4.2000, Rel. Min. Vicente Leal).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 264.098 – SP

(Registro n. 2000.0061539-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogado: Eduardo Márcio Mitsui
Recorridos: Benedito Alberto Marini e outros
Advogada: Nanci Regina de Souza

EMENTA: Recurso especial – Administrativo – Processual Civil – Servidor público estadual – Adicional de insalubridade – Pagamento realizado com atraso – Correção monetária – Reconhecimento da dívida pela Administração – Prescrição quinquenal – Não-configuração – Definição do marco inicial para seu cômputo – Embargos à execução – Redução do IPC de janeiro/1989 (70,32% para 42,72%) – Decisão **extra petita** – Majoração do IPC de fevereiro/1989 e concessão do IPC de fevereiro/1991 – Caracterização – Anulação parcial do julgado.

I – Havendo o reconhecimento, por parte da própria Administração, nos idos de 1992, da dívida relativa à correção monetária do “adicional de insalubridade” devida aos seus servidores públicos, tem-se como marco inicial para o seu cômputo *o efetivo pagamento realizado pelo Estado*. Desta feita, despicienda a invocação da incidência da prescrição, sob o argumento do principal (adicional de insalubridade), haver sido pago em 1985. Precedente (REsp n. 252.123-SP).

II – A teor do disposto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, é defeso ao juiz proferir sentença fora dos limites traçados na exordial. Neste diapasão, estando o pedido dos embargos à execução limitado à redução do IPC de janeiro/1989, ou seja, reduzi-lo de 70,32% para 42,72%, é vedado ao magistrado dispor sobre quaisquer outros índices, quais sejam, a majoração do IPC de fevereiro/1989 (3,60% para 23,60%) e a concessão do IPC de fevereiro/1991 (21,87%). Precedentes (REsps n. 249.548-SP; 265.839-SP e 243.752-SP).

III – Qualquer manifestação jurisdicional tem, por dever constitucional, de ater-se ao disposto no artigo 93, X, da Carta Política. Tal assertiva não impõe, contudo, ao magistrado o dever de responder verdadeiros questionários, principalmente quando da leitura do julgado extrai-se perfeito discurso lógico-sistemático. Daí, a distinção entre efetiva prestação jurisdicional e a mera insatisfação com o deslinde da *quaestio iuris*. Desta feita, infundada a pretensão do recurso especial fulcrado na pretensa violação ao artigo 535, II, do Cãnon Processual Civil. Precedentes. (REsps n. 250.807-RJ e 200.415-CE).

IV – Recurso especial parcialmente conhecido, e neste particular provido, para manter o percentual de 42,72% referente ao IPC de janeiro/1989 e afastar a majoração do IPC de fevereiro/1989, bem como retirar o IPC de fevereiro/1991, em face de não haverem sido objeto dos embargos à execução interpostos pelo Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 6 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, com esteio na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão unânime do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que ao apreciar remessa oficial e apelação interposta pela ora recorrente, decidiu pelo provimento parcial dos recursos.

O v. acórdão hostilizado restou assim ementado:

“Correção monetária. Débito judicial. Aplicação do índice IPC para o mês de janeiro de 1989. Adoção do índice de 42,72% ao invés de 70,28%. Concomitante adoção do índice de 23,60% para fevereiro de 1989, que representa a real inflação. Cabimento. Critério correto e demonstrativo da real desvalorização da moeda.

Correção monetária. Débito judicial. Aplicação do índice IPC para os meses de março de 1990 a fevereiro de 1991. Critério correto e demonstrativo da real desvalorização da moeda.” (fl. 155).

Foram opostos embargos declaratórios às fls. 163/165, com o fito de prequestionar o artigo 4º da Lei Federal n. 8.177/1991, Decreto 20.910/1932 e artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil. Ao final, os mesmos restaram rejeitados às fls. 170/171.

Daí, o presente apelo especial, onde a Recorrente aponta negativa de vigência aos aludidos arts. 128, 460 e 535, II, todos do Código de Processo Civil, além do art. 3º do Decreto n. 20.910/1932.

Da narrativa das razões recursais, a Fazenda alega julgamento **extra petita**, contrapondo-se à inclusão do IPC de fevereiro/1991 (21,87%), majoração do IPC de fevereiro/1989 de 3,60% para 23,60%, sem pedido expresso do Exequente. Aduz, ainda, a incidência da prescrição das parcelas do adicional de insalubridade, vencidas no lustro anterior ao ajuizamento da demanda. Por derradeiro, pleiteia o retorno dos autos à origem, a fim de ver sanada pretensa omissão no v. acórdão hostilizado, que não restou sanada quando da oposição dos embargos declaratórios.

Contra-razões apresentadas às fls. 185/188.

Recurso especial admitido por força de provimento a agravo de instrumento. (fl. 199).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): A questão tratada nestes autos é de difícil compreensão, principalmente pela complexidade do deslinde processual. Desta feita, antes de aportar especificamente às teses defendidas pela Recorrente, gostaria de sintetizar toda a problemática desde o seu nascedouro.

Pois bem, a ação de conhecimento foi proposta aos 29 de maio de 1992, pelos ora recorridos, todos servidores militares do Estado de São Paulo, objetivando o pagamento de juros e correção monetária, acrescidos dos expurgos inflacionários, sobre verbas pagas com atraso a título de “adicional de insalubridade”. Para tanto, esclareceram que o Estado pagou administrativamente em março de 1992 as verbas remuneratórias devidas desde os idos de 1985, em face do disposto na Lei Complementar n. 432/1985. Todavia, esqueceu-se de adicionar ao valor principal os juros e respectiva correção monetária acrescida dos altos índices inflacionários existentes à época.

A sentença de fls. 114/120 julgou procedente o pedido condenando o Estado de São Paulo. Irresignada, a Fazenda interpôs apelação, oportunidade em que o egrégio Tribunal Estadual manteve a higidez da sentença por seus próprios fundamentos (fls. 143/148). *O respectivo acórdão transitou em julgado após o oferecimento dos recursos cabíveis.*

Atendendo-se à nova sistemática do artigo 604 do Código de Processo Civil, alterado pela Lei n. 8.898/1994, foram apresentados cálculos do valor a ser liquidado às fls. 268/311, oportunidade em que o Estado de São Paulo os impugnou às fls. 313/316, sendo que os Autores consentiram com a planilha apresentada pela Contadoria Judicial e requereram a citação da Executada nos termos do artigo 730 do CPC.

Após regular cumprimento do mandado citatório, surgiram os embargos à execução, que ensejaram por via de consequência, *toda a problemática posta em discussão neste recurso especial.*

Nas razões dos embargos à execução, a Fazenda Paulista requereu a redução do IPC de janeiro/1989, apurado na planilha de cálculos, qual seja, 70,32% para 42,72%, a teor da pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Requereu, ainda, o reconhecimento da prescrição, nos termos do Decreto n. 20.910/1932, das parcelas anteriores ao período de 1987, em face da ação haver sido proposta aos 29 de maio de 1992.

A doutra Juíza-sentenciante de fls. 123/127, julgou improcedente o pedido fazendário, oportunidade em que fulminou a tese da incidência da prescrição aos exatos termos, **verbis**:

“O direito de pleitear a correção nasce a partir da data em que o pagamento incorreto é feito. No caso dos autos, portanto, o cômputo do termo inicial do prazo prescricional inicia-se em 1992, ano em que o pagamento de todas as parcelas (inclusive as referentes a 1985) foi feito.

Estabelecidas as parcelas devidas, a correção deve ser contada a partir da data em que a parcela deveria ter sido paga, por isso, o cálculo da correção deve ser feito desde 1985.

Observe-se que esse ponto foi expressamente reconhecido na decisão que ora se executa. Deduzir pretensão em sentido contrário, sustentando a existência de parcelas prescritas, beira a má-fé, especialmente porque, como é sabido, antes de 1992 nenhum pagamento foi feito pela Administração.” (fls. 124/125).

No tocante à alegada impropriedade nos cálculos, a mesma julgou improcedente o pedido, *momento em que determinou a inclusão do expurgo referente ao mês de fevereiro de 1991 (21,87%)*.

Não satisfeita, a Fazenda do Estado interpôs apelação insurgindo-se contra sentença taxada como **extra petita**, ocasião em que argüiu ofensa ao artigo 460 do CPC, reiterando no mais, os mesmos termos da petição dos embargos à execução. Das suas razões, extraio o seguinte excerto:

“Ocorre, todavia, que o MM. Juiz **a quo**, de forma surpreendente, julgou os embargos improcedentes para, distanciando-se totalmente do balizamento imposto, através do pedido inicial, à ação (de embargos), condenar o Recorrente a pagar aos Exeqüentes uma quantia muito maior do que aquela à qual foi citada para pagar, apurada em nova conta de liquidação, apresentada no curso do processo.

Ora, cabe salientar que o pedido formulado nos embargos consistia em reduzir o valor da execução. Destarte, à disposição do julgador existiam apenas duas possibilidades: ou julgava o feito procedente, determinando a redução da execução, ou julgava o improcedente, mantendo o valor inicialmente exigido.

A r. sentença apelada, entretanto, agravou a situação dos Embargantes-apelantes, majorando o valor da execução, determinando a inclusão do percentual de 21,87% para a correção monetária no mês de fevereiro de 1991.” (fls. 130/131).

Instado a se pronunciar, o TJSP acordou pelo provimento parcial dos recursos, oportunidade em que afastou a incidência da prescrição, bem como a tese de julgamento **extra petita**. Todavia, reduziu o índice de 70,28% para 42,72%. A ementa restou vazada aos exatos termos, **verbis**:

“Correção monetária. Débito judicial. Aplicação do índice IPC para o mês de janeiro de 1989. Adoção do índice de 42,72% ao invés de 70,28%. Concomitante adoção do índice de 23,60% para fevereiro de 1989, que representa a real inflação. Cabimento. Critério correto e demonstrativo da real desvalorização da moeda.

Correção monetária. Débito judicial. Aplicação do índice IPC para os meses de março de 1990 a fevereiro de 1991. Critério correto e demonstrativo da real desvalorização da moeda.” (fl. 155).

Incontinenti, foram opostos embargos declaratórios fomentando negativa de vigência ao artigo 460 da Lei dos Ritos, justamente pela Fazenda Estadual não aceitar a adoção do índice de 23,60%, para o mês de fevereiro de 1989, e de 21,87%, para fevereiro de 1991. Naquela assentada, a peça do recurso integrativo foi taxativa ao explicar:

“... não tendo sido esses dois percentuais sugeridos pelos Exequentes e, conseqüentemente, refutados nos embargos pelo Executado, não poderia o douto Colegiado julgador ter invocado no feito, concedendo tutela diversa e em quantidade superior àquela que havia sido demandada.” (fl. 164).

E mais, insurgiu-se a Fazenda Estadual contra o v. acórdão ao não reconhecer a incidência da prescrição descrita no Decreto n. 20.910/1932. Ao final, explicitou o verdadeiro intuito da empreitada recursal, qual seja, afastar a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Pretório Excelso quando da interposição dos apelos especial e extraordinário.

Às fls. 170/171 os embargos quedaram-se rejeitados.

Daí, o presente recurso especial, onde o Estado de São Paulo repisa todas as teses de outrora, sintetizando os pedidos da seguinte forma:

1. Ofensa ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, momento em que aduz omissão no v. acórdão embargado ao não responder sobre as pretensas violações aos artigos 128 e 460 da lei processual civil;

2. Violação ao artigo 3^a do Decreto n. 20.910/1932, resumindo a sua indignação ao fato dos ora recorridos não terem direito nem ao adicional de insalubridade pago administrativamente, posto que prescrito, “com mais razão ainda, prescreveu o direito de reclamar a respectiva correção monetária, que é um acessório do principal”. (fl. 182);

3. Violação aos multicitados artigos 128 e 460, ambos do **Codex** instrumental, entendendo ser defeso ao juiz apreciar questões não suscitadas pela parte contrária, especialmente quando a tutela ofertada é diversa da requerida.

O recurso foi inicialmente inadmitido na origem, oportunidade em que dei provimento ao agravo de instrumento determinando a subida do recurso especial para melhor examinar a **quaestio**.

Diante destas considerações, faço as seguintes observações:

Primeiramente, inexistente a alegada ofensa ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, justamente porque o v. acórdão recorrido refutou de modo insofismável o seu posicionamento, sendo que a pretensão fazendária cingiu-se ao repisar omissão quanto aos artigos invocados, o que denota mero inconformismo com o resultado final da lide.

Desta feita, não há que se confundir omissão, contradição ou obscuridade do provimento jurisdicional com mera irresignação no desate da **quaestio** posta em exame pelo Poder Judiciário, tão-somente, porque a fundamentação esposada não coincide com a pretendida.

Conclui-se, assim, que o Tribunal **a quo** não está obrigado a responder a todas as questões formuladas em juízo, devendo contudo, nortear-se no mandamento constitucional descrito no artigo 93, IX, da Carta Política de 1988.

Sobre a violação ao artigo 3^a do Decreto n. 20.910/1932, não assiste razão à Recorrente, pois insurge-se contra perfeito raciocínio traçado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que estabeleceu como marco inicial para o cômputo da prescrição a *data do efetivo pagamento administrativo das parcelas vencidas*.

Irrepreensível, assim, tal posicionamento, já que a prescrição prevista no referido dispositivo legal, exceção feita ao transcurso do intervalo temporal, é incondicional, conforme disciplinou aquele Colegiado à fl. 181.

Despicienda, ainda, a tese da não-incidência da prescrição de trato sucessivo da correção monetária, onde a pretensão fazendária está ancorada na seguinte fundamentação, **verbis**:

“Por outro lado, se os Recorridos não tinham o direito de reclamar o próprio adicional vencido há mais de cinco anos, posto que prescrito, com mais razão ainda, prescreveu o direito de reclamar a respectiva correção monetária, que é um acessório do principal.” (fl. 182).

Neste diapasão, a jurisprudência da egrégia Quinta Turma já espancou a tese da Recorrente com ementas elucidativas a respeito. Ilustrativamente:

“Processo Civil. Administrativo. Recurso especial. Servidor público. Diferenças salariais pagas em atraso. Reconhecimento da dívida pela Administração. Correção monetária. Prescrição quinquenal do art. 3º do Decreto n. 20.910/1932 não configurada. Ocorrência de fato interruptivo (art. 172, V, do CC).

1. Por tratar-se de pedido formulado por integrantes da Polícia Militar Estadual ajuizado em 1995, pleiteando o pagamento de correção monetária, desde 1989, de diferenças salariais pagas administrativamente, de forma singela, em 1993, não há que se falar em ocorrência da prescrição quinquenal prevista no art. 3º do Decreto n. 20.910/1932, já que a partir de então, reiniciou-se nova contagem do prazo, anteriormente interrompido. Outrossim, inaplicável nas hipóteses de ‘prestações de trato sucessivo’, onde se discute apenas a correção ou atualização do **quantum**, o reinício desta contagem pela metade, como previsto no art. 3º do Decreto-Lei n. 4.597/1942, pois ‘não há falar em prescrição de mero acessório (art. 60 do Código Civil) que é a correção monetária’ (cf. REsp n. 171.461-CE).

2. O artigo 172, inciso V, do Código Civil brasileiro, prevê hipótese de interrupção da prescrição quando da ocorrência de qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito do autor que, no caso, ocorreu com o pagamento, em atraso, das diferenças de vencimentos pela Administração.

3. Recurso conhecido, porém, desprovido.” (REsp n. 252.123-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 28.8.2000).

Quanto ao último tópico da pretensão recursal, assiste razão ao Estado

de São Paulo, pois após o transcurso do processo cognitivo, já com trânsito em julgado, deu-se a execução, oportunidade em que a Fazenda Estadual refutou o índice de 70,32% (IPC janeiro/1989). Naquele momento, competiria ao magistrado, a teor do disposto nos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil, ater-se, estritamente, ao pedido lançado na ação, já que a conta liquidatória também já havia sido impugnada e homologada.

Daí, equivocada a manifestação judicial quanto ao IPC de fevereiro/1989 e fevereiro/1991, já que a ação objetivava a redução, única e exclusivamente, do IPC de janeiro/1989 (70,32%).

Neste diapasão, escorreito o pensamento estadual ao não se conformar com a prestação ofertada. Aliás, a esse respeito, a egrégia Quinta Turma já tem pensamento reiterado. Exemplificativamente:

“Recurso especial. Processual Civil. Embargos à execução. Alteração do IPC de fevereiro/1989. Decisão **extra petita**. Anulação parcial do **decisum**.

O pedido constante dos embargos à execução interpostos pela Fazenda Estadual limitava-se à questão do índice relativo ao IPC de janeiro/1989.

Decisão que se configura **extra petita**, tendo em conta que extrapolou o pedido ao debater e alterar o índice de fevereiro/1989, que não tinha sido objeto do pedido.

Recurso provido.” (REsp n. 249.548-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 22.5.2000).

“Recurso especial. Processual Civil. Embargos à execução. Alteração do IPC de fevereiro/1989. Decisão **extra petita**. Inocorrência. IPC de janeiro/1989. Índice ‘real’ – 42,72%.

Não se conhece do recurso especial fundado na alínea **a**, uma vez que a instância ordinária não determinou qualquer alteração quanto ao índice de fevereiro/1989, tendo sido negados os pedidos fazendários.

Quanto ao índice de janeiro/1989, esta Corte, após o julgamento do REsp. n. 43.055-SP, Relator o Ex.^{mo} Ministro Sálvio de Figueiredo, passou a considerar como 42,72% o índice que melhor se prestou a retratar a oscilação inflacionária para o mês de janeiro/1989.

Recurso conhecido pela alínea **c**, e nessa parte, provido.” (REsp n. 265.839-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 30.10.2000).

“Recurso especial. Processual Civil. Embargos à execução. Alteração do IPC de fevereiro/1989. Decisão **extra petita**. IPC de fevereiro/1991. Matéria pacífica. Anulação parcial do **decisum**.

O pedido constante dos embargos à execução interpostos pela Fazenda Estadual limitava-se à questão do índice relativo ao IPC de janeiro/1989.

Decisão que se configura **extra petita**, tendo em conta que extrapolou o pedido ao debater e alterar o índice de fevereiro/1989, que não tinha sido objeto do pedido.

Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de ser aplicável o IPC no mês de fevereiro/1991.

Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 243.752-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 19.6.2000).

No mesmo sentido: REsp n. 253.342-SP, DJ de 19.6.2000; REsp n. 237.351-SP, DJ de 5.6.2000; REsp 234.502-SP, DJ de 5.6.2000; REsp n. 249.555-SP, DJ de 22.5.2000; REsp n. 256.077-SP, DJ de 18.9.2000; REsp n. 251.442-SP, DJ de 7.8.2000; REsp n. 254.253-SP, DJ de 7.8.2000; REsp n. 252.751-SP, DJ de 7.8.2000; REsp n. 268.864-SP, DJ de 30.10.2000; REsp n. 259.146-SP, DJ de 18.9.2000; REsp n. 268.710-SP, DJ de 6.11.2000 e REsp n. 259.136-SP, DJ de 6.11.2000.

Ante todo o exposto, conheço parcialmente do recurso, e neste particular dou-lhe provimento, para manter o percentual de 42,72% referente ao IPC de janeiro/1989 e afastar a majoração do IPC de fevereiro/1989, bem como retirar o IPC de fevereiro/1991, em face de não haverem sido objeto dos embargos à execução interpostos pelo Estado de São Paulo.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 286.530 – SP

(Registro n. 2000.0115953-4)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Luciana Marini Delfim Giraldi e outros

Recorrido: Marcos Aparecido de Oliveira Paula

Advogados: Marcos Aparecido de Oliveira Paula (em causa própria) e outros

EMENTA: Processual Civil – Embargos à execução – Débitos judiciais – IPC – Janeiro/1989 – 70,28% – Redução para 42,72% – Reflexos em fevereiro/1989 – Inexatidão dos 23,60% – Aplicação dos 10,14% – Jurisprudência cediça neste Tribunal.

I – Não se conhece do recurso especial quando a interposição feita com esteio na alínea a não preceda do necessário e indispensável prequestionamento, oportunidade em que compete à parte interessada, opor eventuais embargos declaratórios, para ventilar a matéria, sob pena de preclusão. No caso dos autos, não foram opostos. Aplicável à espécie, os enunciados das Súmulas n. 282 e 356-STF.

II – Com relação à alínea c, o recurso especial comporta conhecimento quando restar comprovada a divergência jurisprudencial do acórdão hostilizado com os paradigmas colacionados, nos termos do art. 255 do RISTJ.

III – Segundo a cediça jurisprudência desta Corte, a redução do percentual de 70,28% (janeiro/1989), para 42,72%, trouxe reflexos para o mês subsequente, qual seja, fevereiro/1989, oportunidade em que o percentual aplicável é o de 10,14%. Desta feita, incorreto o índice de 23,60% aferido na origem.

IV – Recurso especial conhecido, tão-somente, pela alínea c, e provido neste particular, justamente para reduzir o percentual do IPC de fevereiro/1989 (23,60%), para 10,14%. Precedentes. (REsp n. 246.822-SP; EREsp n. 109.399-DF; REsp n. 265.857-SP).

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 6 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 5.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

O v. acórdão recorrido resumiu o julgado ao seguinte teor:

“Correção monetária. Débito judicial. Aplicação do índice do IPC relativo ao mês de fevereiro de 1991. Critério que apenas assegura a efetividade da prestação jurisdicional. Ilegalidade não configurada. Índice correspondente a janeiro de 1989 que deve ser corrigido para 42,72%, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Retificação que implica necessidade de fixação do índice correto relativo a fevereiro de 1989, sob pena de se desconsiderar a inflação correspondente a vinte dias, em prejuízo dos exequentes. Índice que deve ser fixado em 23,60%, conforme esclarecimentos prestados pelo IBGE e adotados pelo Tribunal. Sucumbência recíproca que justifica a compensação da verba honorária, conforme determinado pela sentença. Inaplicabilidade do art. 1.531 do Código Civil, uma vez que os elementos dos autos não são suficientes para se concluir tenham os embargados agido de má-fé. Recursos oficial e voluntário parcialmente providos.” (fl. 103).

Alega a Fazenda do Estado de São Paulo no especial, violação aos arts. 128, 460, 512, 515 e 535, II, todos do Código de Processo Civil, aduzindo julgamento de questão não suscitada nos autos.

Por último, aponta divergência jurisprudencial, oportunidade em que colaciona julgado desta Corte, sustentando ser de 10,14% o percentual correto para atualização monetária do débito referente a fevereiro de 1989.

Contra-razões às fls. 115/117.

Recurso admitido, tão-somente no tocante à divergência, mediante provimento a agravo de instrumento. (fl. 132).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Conforme anteriormente relatado, o presente recurso especial foi admitido, tão-somente, pelo cotejo analítico, por força de provimento a agravo de instrumento que se encontra apensado ao recurso em epígrafe.

Após detida análise dos autos, cumpre explicitar, a fim de evitar eventual omissão, os exatos termos lançados na peça do apelo especial, **verbis**:

“Ante o exposto, requer a Fazenda do Estado seja dado seguimento ao *recurso especial* interposto, por qualquer de seus fundamentos, determinando-se a aplicação do índice de 10,14% em fevereiro de 1989, como medida da melhor aplicação do Direito.” (fl. 112).

Cotejando-se a ementa transcrita no relatório, na qual foi conferido o percentual de 23,60% como o ideal para atualização do débito referente ao IPC de fevereiro de 1989, deduz-se que o percentual apurado pelo órgão a **quo** está em total discrepância com a cediça jurisprudência deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, pois esta Corte vem entendendo que o percentual adequado ao caso em espeque é o de 10,14%.

Ilustrativamente:

“Administrativo. Correção monetária. Embargos à execução. IPC de janeiro de 1989. 70,28%. 42,72%. IPC de fevereiro de 1989. 10,14%. Nulidade. Inocorrência.

I – Não incorre em nulidade, por violação aos art. 128 e 460 do CPC, o acórdão que, ao dar provimento ao recuros da embargante para reduzir o percentual do IPC de janeiro de 1989 de 70,28% para 42,72% – seguindo a jurisprudência firmada nesta Corte –, determina também o ajuste do índice correspondente ao mês de fevereiro de 1989.

II – O índice de reajuste aplicável a fevereiro de 1989 é de 10,14%. Precedentes.

Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 246.822-SP, DJ de 2.5.2000, Rel. Min. Felix Fischer).

“Correção monetária. Índice. IPC. Fevereiro de 1989. Entende este colendo Tribunal que, reduzindo o índice de janeiro de 1989 para 42,72% há reflexo no índice de fevereiro do mesmo ano, devendo este ser fixado em 10,14%.

Embargos recebidos.” (EREsp n. 109.399-DF, DJ de 27.11.2000, Rel. Min. Garcia Vieira).

“Processual Civil. Embargos à execução. Correção monetária. IPC de fevereiro de 1989.

Ao se dar provimento ao recurso da embargante para reduzir o percentual do IPC de janeiro de 1989 de 70,28% para 42,72%, faz-se necessário também o ajuste do índice correspondente ao mês de fevereiro de 1989, o qual deve ser fixado em 10,14%. Precedentes.

Recurso provido.” (REsp n. 265.857-SP, DJ de 16.10.2000, Rel. Min. Felix Fischer).

“I – Processual. Embargos declaratórios.

II – Direito Econômico. Índice de reajuste. Fevereiro de 1989. Definição.

I – Se o Tribunal recebeu embargos declaratórios de uma das partes, para definir o índice de correção monetária relativo a janeiro de 1989, não há porque rejeitar embargos semelhantes, indagando o índice correspondente ao subsequente mês de fevereiro.

II – Embargos recebidos para declarar que o índice de reajuste aplicável a fevereiro de 1989 é de 10,14%.

III – Precedente da Primeira Seção (EREsp n. 78.485-Humberto).” (EREsp n. 66.533-DF, Primeira Seção, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 14.12.1998).

“Embargos de declaração. Decisão em agravo. Erro material.

É incabível a oposição de embargos de declaração contra decisão proferida em agravo de instrumento, entanto, presente erro material que deve ser sanado.

Acolho os embargos e dou-lhes efeitos modificativos para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial e determinar que o índice do IPC de fevereiro de 1989 é de 10,14%.

Embargos acolhidos.” (Ag n. 217.670-MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, DJ de 7.6.1999).

Ante todo o exposto, impõe-se prover o recurso, tão-somente, para reduzir o percentual do IPC referente a fevereiro de 1989 de 23,60% para 10,14%.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 303.570 – RS

(Registro n. 2001.0015962-1)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social
Procuradores: Sibele Regina Luz Grecco e outros
Recorrido: Mário Simão Parisotto
Advogados: Cesar Gabardo e outro

EMENTA: Previdenciário – Constitucional – Assistência social – Renda mensal vitalícia – Requisitos legais – Postulante sustentado pelo filho – Art. 139 da Lei n. 8.213/1991 – Súmula n. 7-STJ.

I – A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência.

II – Durante o interstício compreendido entre a situação de miserabilidade e o efetivo recebimento da renda mensal vitalícia, verifica-se que o postulante, pessoa idosa, inválida para o trabalho, que não auferia renda própria e nem tinha seu sustento mantido pelo Estado, não poderia ficar à mercê de futura concessão do benefício assistencial. Exigir-se que, no supracitado período, o postulante não tivesse seu sustento mantido por alguém que, *mesmo momentaneamente*, o pudesse provê-lo, **in casu** o filho, tornaria letra morta o art. 139 da Lei n. 8.213/1991, tendo em vista a destinação da providência assistencial da renda mensal vitalícia.

III – Ademais, a análise de questões que seriam imprescindíveis à comprovação de que o fato de receber auxílio por parte de seu filho afastaria, ou não, a condição de insuficiência do postulante para sua subsistência, demandariam a revolvimento da seara cognitiva, incidindo no óbice da Súmula n. 7-STJ.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 6 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Republicado por conter erro material no inteiro-teor, publicado no DJ de 4.6.2001.

Publicado no DJ de 4.6.2001.

Republicado no DJ de 20.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fundamento no art. 105, III, alínea a, do permissivo constitucional, interpôs recurso especial contra v. acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que concedeu o benefício da renda mensal vitalícia por entender que os requisitos legais elencados no art. 139 da Lei n. 8.213/1991 estariam preenchidos.

A Autarquia-recorrente alega que o v. acórdão vergastado ofendeu o disposto no art. 139, § 1º, da Lei n. 8.213/1991, ao passo que a renda mensal vitalícia seria devida somente quando não existir pessoa de quem o Postulante dependa obrigatoriamente. O INSS alega que o fato de o Autor ser mantido pelo filho seria circunstância excludente do direito pleiteado.

Com as contra-razões e admitido o recurso, subiram os autos, vindome conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A Autarquia previdenciária alicerça seu inconformismo na alegação de que o v. acórdão recorrido, quando da concessão do benefício da renda mensal vitalícia, teria violado o preceito contido no art. 139, § 1º, da Lei n. 8.213/1991, pois o Autor seria dependente do filho, e tal circunstância, por si, obstaría o recebimento do benefício assistencial.

A renda mensal vitalícia, por seu caráter puramente assistencial, é providência constitucional concedida sem a exigência de contribuição à seguridade social, conforme se contempla na dicção do artigo 203, V, da Carta Magna:

“A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade nacional, e tem por objetivos:

I – ...

II – ...

III – ...

IV – ...

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

Destarte, o art. 139 da Lei n. 8.213/1991, que dispõe sobre o benefício assistencial em questão, estabelece em seu § 1º:

“Art. 139. A renda mensal vitalícia continuará integrando o elenco de benefícios da Previdência Social, até que seja regulamentado o inc. V do art. 203 da CF/1988.

§ 1º. A renda mensal vitalícia será devida ao maior de 70 anos de idade ou inválido que não exercer atividade remunerada, não auferir

qualquer rendimento superior ao valor da sua renda mensal, não for mantido por pessoa de quem depende obrigatoriamente e não tiver outro meio de prover o próprio sustento, ...”

O conceito em questão, qual seja, a manutenção do Postulante por pessoa de quem depende obrigatoriamente foi, posteriormente, melhor analisado pela Lei n. 8.742/1993, que regulamentou o disposto no art. 203, V, da **Lex Maxima**, instituindo o benefício assistencial da prestação continuada. Conforme dicção do art. 20, § 3^a, da Lei n. 8.742/1993:

“Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 3^a. Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 do salário mínimo.”

O supracitado dispositivo legal definiu *objetivamente* que o rendimento familiar cuja renda **per capita** seja inferior a 1/4 do salário mínimo deveria ser considerado insuficiente para a subsistência do portador de deficiência ou do idoso com 70 anos ou mais.

De fato, a assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência. **In casu**, é certo que o Autor reúne os requisitos exigidos constitucionalmente para a concessão do benefício da renda mensal vitalícia, pois, no tocante à comprovação de necessidade, as provas dos autos demonstram que o Postulante conta com mais de setenta anos de idade, e que é portador de deficiência que o incapacita para o trabalho. Destarte, restou consignado que o Autor desfruta de situação econômica precária, pois é casado e nenhum dos cônjuges aufer rendimentos, e que o Postulante não dispõe de meios para prover seu próprio sustento. Quanto à alegação da Autarquia previdenciária de que o Postulante seria sustentado por pessoa de quem depende obrigatoriamente, tenho que a questão merece algumas considerações.

De fato, durante o interstício compreendido entre a situação de miserabilidade descrita nos autos e o efetivo recebimento da renda mensal

vitalícia, verifica-se que o Postulante, pessoa idosa, inválida para o trabalho, que não ateria renda própria e nem tinha seu sustento mantido pelo Estado, não poderia ficar à mercê de futura e provável concessão do benefício assistencial da renda mensal vitalícia, devendo, no período acima esposado, ser sustentado por alguém, **in casu**, seu filho.

Exigir-se que, enquanto ainda não concedido o benefício assistencial, o Postulante não tivesse seu sustento mantido por alguém que, *mesmo momentaneamente*, o pudesse provê-lo, tornaria letra morta o art. 139 da Lei n. 8.213/1991, tendo em vista que a renda mensal vitalícia, por seu caráter assistencial, é providência destinada ao sustento das pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência.

Destarte, entendo que a **questio** ainda envolve saber a duração do auxílio dado pelo filho do postulante para seu sustento, se o valor dessa ajuda seria suficiente para o sustento do Autor com a dignidade preceituada na Constituição Federal, e real capacidade do Postulante e sua esposa serem sustentados pelo filho, bem como se este disporia de situação econômica suficiente que o tornasse mantenedor do sustento do Autor, idoso e portador de deficiência incapacitante. Tais questões, que **in casu** ensejariam o revolvimento material cognitivo (*óbice da Súmula n. 7-STJ*), seriam imprescindíveis à comprovação de que o fato de receber auxílio por parte de seu filho afastaria, ou não, a condição de insuficiência do Postulante para sua subsistência.

Sendo assim, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 307.860 – SP

(Registro n. 2001.0025239-7)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrentes: Dario Cesar dos Anjos e Heriston de Oliveira Paulino (presos)
Advogados: Ruy Freire Ribeiro Neto e outros
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: Penal – Recurso especial – Tóxicos – Tráfico – Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – Lei n. 9.714/1998.

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

II – 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).

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 8 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à apelação interposta pelo ora recorrente, na qual se buscava a desclassificação ou a conversão da pena para restritiva de direitos.

Consta dos autos que o Recorrente foi condenado por infração ao artigo 12 da Lei n. 6.368/1976 a 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, em regime integralmente fechado.

Inconformado, apelou.

O egrégio Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo, asseverando,

quanto à pleiteada substituição, que incabível por se tratar de crime a que se aplica a Lei n. 8.072/1990.

Daí o presente recurso, em que se alega ofensa à Lei n. 9.714/1998 e se pede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Aponta o Recorrente, ainda, divergência com julgado desta Corte.

Contra-razões às fls. 180/186.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo não-conhecimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Assevera o Recorrente que faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, considerando ser primário, possuir bons antecedentes, e haver sido condenado à pena inferior a quatro anos, por crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa.

A Lei n. 9.714/1998 alterou *expressamente* (art. 1^ª) os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal. É **novatio legis** em relação ao que ali estava consignado e ao campo de incidência do conteúdo de suas normas. Todavia, as Leis n. 6.368/1976 e 8.072/1990 são especiais e, *inexistindo explicitação* na Lei n. 9.714/1998 acerca de eventual expansão desta em relação ao regulado por aquelas, deve ser observada a regra basilar insculpida no art. 12 do Código Penal (“As regras deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”). Aliás, é elementar que alterações de lei geral não derogam texto e alcance de lei especial (**lex generalis non derogat lex specialis**). A revogação teria que ser taxativa.

No caso, as alterações genéricas previstas na Lei n. 9.714/1998 devem ser aplicadas no ordenamento jurídico-penal, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário estabelecidas em legislação penal especial (art. 12 do Código Penal). Portanto, o art. 2^ª, § 1^ª, da Lei n. 8.072/1990 continua em vigor. A aplicação do Código Penal é subsidiária e as suas regras incidem na **lex specialis** onde não houver vedação.

Neste sentido, vale destacar os seguintes precedentes desta Corte:

“Penal e Processual Penal. Sentença que avaliou a tese de defesa. Adotando entendimento com ela incompatível. Inaplicabilidade de

substituição da pena e da progressão de regime ao tráfico ilícito de entorpecentes.

I – A sentença que analisou o pedido da defesa de desclassificação do tipo penal previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/1976 para o artigo 16 não precisava fazer menção expressa a essa tese, uma vez que considerou procedente a denúncia em relação ao crime previsto no primeiro dispositivo. (Precedentes).

II – Não cabe substituição de pena privativa de liberdade para restritiva de direitos no caso de tráfico ilícito de entorpecentes.

III – A Lei n. 9.455/1997 não revogou a Lei n. 8.072/1990 no caso de tráfico de drogas. (Precedentes).

Ordem denegada.” (HC n. 11.364-SP, Quinta Turma, DJU de 10.4.2000).

“HC. Penal. Tráfico de entorpecentes. Lei das Penas Alternativas. Inaplicabilidade.

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

– Precedentes.

– Ordem denegada.” (HC n. 10.108-RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 28.2.2000).

“Penal. Tráfico de drogas. Crime hediondo (Lei n. 8.072/1990). Substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa restritiva de direitos (Lei n. 9.714/1998). Impossibilidade.

1. A Lei n. 9.714/1998 que instituiu as penas alternativas substitutivas das privativas de liberdade não se aplica aos crimes hediondos definidos na Lei n. 8.072/1990, dentre os quais o de tráfico de drogas, em atenção à especialidade deste último diploma legal.

Precedente desta Corte.

2. Ordem denegada.” (HC n. 11.126-SP, Quinta Turma, Rel. p/ acórdão Min. Fernando Gonçalves, DJU de 21.8.2000).

“HC. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Lei n. 9.714/1998. Impossibilidade. Ordem denegada.

I – A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, trazida ao Código Penal pela Lei n. 9.714/1998, é incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, tendo em vista a vedação imposta pela Lei n. 8.072/1990.

II – Ordem denegada.” (HC n. 10.940-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 8.3.2000).

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.

