



Jurisprudência da Sexta Turma



**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL  
N. 552.746-PE (2003/0115171-8)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Daniel Rodrigues Barreira e outros

Agravados: Maria Jose da Silva e outros

Advogada: Maria Lúcia Soares de Albuquerque Marques

**EMENTA**

Processual Civil e Previdenciário. Revisão de benefício. Prescrição. Valor real. Obrigação de trato sucessivo. Súmula n. 85-STJ. Agravo regimental. Inovação. Impossibilidade.

O direito ao valor real do benefício previdenciário caracteriza-se como relação jurídica de trato sucessivo, ou seja, a cada mês surge o direito de pleitear o correto valor do benefício, reconhecendo-se prescritas apenas as parcelas anteriores ao quinquênio precedente à propositura da ação.

Incidência da Súmula n. 85-STJ.

Não é possível apreciar em sede de agravo regimental questão não levantada dentro do recurso especial, posto que em tal forma recursal é vedada a inovação de fundamentos.

Agravo regimental a que se nega provimento.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (data do julgamento)

Ministro Paulo Medina, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS visando à reforma de decisão por mim proferida às fls. 187/193, assim ementada:

“Processual Civil. Reajuste de benefício. Prescrição. Obrigação de trato sucessivo. Súmula n. 85-STJ. Revisão de benefício concedida antes da CF/1988. Correção monetária. Pensão por morte. Lei nova. Aplicação imediata. Precedentes.

O direito ao reajuste de benefício previdenciário caracteriza-se como relação jurídica de trato sucessivo, ou seja, a cada mês surge o direito de se pleitear em juízo o correto reajustamento do benefício, reconhecendo-se a prescrição apenas das parcelas vencidas no quinquênio anterior à propositura da ação. Incidência da Súmula n. 85-STJ.

É pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que, tratando-se de benefício concedido antes da CF/1988, deve ser este atualizado de acordo com o método prescrito na norma previdenciária vigente na época de sua concessão, **in casu** a Lei n. 6.423/1977.”

“Esta Corte firmou a compreensão no sentido de que a nova redação do art. 75 da Lei n. 8.213/1991, dada pela Lei n. 9.032/1995, que elevou a pensão por morte previdenciária a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, tem incidência imediata, independentemente da lei vigente na data do fato gerador.” (REps n. 456.754-AL, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 24.02.2003)

Recurso a que se nega seguimento.”

Alega a autarquia federal que, em razão da prescrição de todas as parcelas abrangidas pela Súmula n. 260-TFR, é indevida a sua inclusão como fator de cálculo do benefício, pois “não deve prosperar a decisão que entendeu estarem prescritas apenas as parcelas vencidas e não abrangidas pelo quinquênio anterior ao ajuizamento da ação”. (Fl. 198)

Sustenta que, tratando os autos de benefícios de pensão por morte, não é aplicável a estes a forma de reajuste prevista na Lei n. 6.423/1977, que fixa o cálculo da renda mensal inicial com base na média dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos 12 últimos, corrigidos pela variação da ORTN/OTN.

Requer a reforma da decisão agravada, para que seja provido o seu recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Com relação à prescrição, entende esta Corte que o direito ao valor real do benefício previdenciário caracteriza-se como relação jurídica de trato sucessivo, de sorte que a cada mês surge o direito de pleitear o correto valor do benefício adimplido a menor, reconhecendo-se prescritas apenas as parcelas vencidas no quinquênio anterior à propositura da ação.

Na presente hipótese, vejo que não foi determinado nem pelo Tribunal de origem nem pela decisão vergastada o pagamento de parcelas já prescritas, mas sim que seja o valor destas apurado, caso seja necessário ao cálculo de prestações não prescritas.

Ou seja, haja vista que a prescrição quinquenal das parcelas abrangidas pela Súmula n. 260-TFR não redundará na cessação do fundo de direito a tal reajuste, deve o seu valor ser calculado em função de seu reflexo em parcelas que sejam devidas.

Sobre o tema, colaciono alguns precedentes:

“Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Servidor público. Ex-celetista. Contagem tempo de serviço. Atividade insalubre. Possibilidade. Prescrição. Fundo de direito. Inocorrência. Súmula n. 85-STJ. Juros de mora. Natureza alimentar. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Prestações vencidas e vincendas.

I - Em se tratando de ação proposta com o fito de obter revisão de benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e natureza alimentar, a prescrição que incide é aquela prevista na Súmula n. 85-STJ: ‘Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação’. Inocorrência da chamada prescrição do fundo de direito.

II - Assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que o servidor público ex-celetista tem direito a que seja averbado em sua ficha funcional o tempo de serviço que prestara no regime anterior, em condições nocivas à saúde, com o acréscimo legal decorrente da insalubridade.

III - Nas prestações atrasadas, de caráter eminentemente alimentar, os juros moratórios deverão ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês.

IV - Em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, substancialmente nos casos em que a condenação restringe-se ao cumprimento de obrigação pecuniária de trato periódico, sucessivo e por tempo indeterminado,

faz-se necessária a delimitação da base de cálculo da verba honorária ao somatório das prestações vencidas, mais uma anualidade das prestações vincendas, em consonância com a regra insculpida no art. 260 do CPC. (Precedentes).

V - 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.' (Súmula n. 83-STJ). Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido." (REsp n. 448.899-RS, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 17.03.2003)

"Civil e Previdenciário. Revisional. Reajuste do art. 58 do ADCT/1988. Prescrição.

O direito ao reajuste de benefício previdenciário não prescreve, mas apenas o direito às prestações não pagas anteriores ao quinquênio que antecede ao ajuizamento da ação revisional. Recurso conhecido e provido." (REsp n. 252.521-RS, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 27.08.2001).

Incidência, pois, na espécie, do Enunciado n. 85 desta Corte:

"Nas relações de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação."

Em relação à inadequação da forma de reajuste prevista na Lei n. 6.423/1977 aos benefícios de pensão por morte, inviável o exame de tal alegação, posto que não apresentada em sede de recurso especial, e vedada a possibilidade de inovação nas razões de agravo regimental.

No mesmo toar:

"Agravo regimental em agravo de instrumento. Recurso que deixa de impugnar os fundamentos da decisão agravada. Súmula n. 182/STJ. Inovação. Não conhecimento.

1. Fundada a decisão que inadmitiu o recurso especial na ausência de comprovação e de demonstração do dissídio jurisprudencial, faz-se imperativo o improvimento do agravo de instrumento que deixa de impugnar o fundamento alternativo, relativo à necessidade de comprovação do dissídio, suficiente, por si só, para a preservação da decisão agravada.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o Enunciado n. 182 também se aplica ao recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmite recurso especial.

3. Em se renovando o vício que comprometia o agravo de instrumento, no regimental, inarredável a edição de novo juízo negativo de admissibilidade (Súmula n. 182-STJ).

4. 'É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.' (Súmula do STJ, Enunciado n. 182).

5. Em sede de agravo regimental não se conhece de alegações estranhas às razões da insurgência especial e ao agravo de instrumento, eis que evidenciam vedada inovação de fundamento.

6. Agravo regimental não conhecido." (AgRg no Ag n. 571.844-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 25.10.2004).

"Processual Civil. Agravo regimental. Inovação da argumentação. Impossibilidade. Servidor público civil. Vantagem pessoal nominalmente identificada — VNPI. Quintos incorporados quando servidor do TJDF. Transposição dos valores para o cargo de assistente jurídico do distrito federal conquistado posteriormente em virtude de aprovação em concurso público. Possibilidade. Direito adquirido. Precedentes desta Corte. Inovação em sede de agravo regimental. Agravo desprovido.

1. Não tendo sido sustentada em sede de recurso especial tampouco debatida no acórdão recorrido, a inovação na argumentação, trazida à tona em sede agravo regimental, se mostra impossibilitada de ser analisada.

2. Os quintos, quando devidamente incorporados aos vencimentos do servidor, tornam-se vantagens pessoais, não mais podendo ser subtraídos do patrimônio dos beneficiários, sob pena de incorrer em ofensa ao instituto do direito adquirido assegurado pela Carta da República. Precedentes desta Corte.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag n. 509.442-DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 13.09.2004).

Destarte, pela ausência de fundamentos importem na retificação da decisão proferida, mantenho-a pelos seus próprios fundamentos.

Posto isso, nego provimento ao agravo regimental.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL  
N. 724.171-RS (2005/0022275-0)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Alex Perozzo Boeira e outros

Agravada: Vilma Maria Benedetti Carvalho

Advogados: Jaime Cipriani e outros

### EMENTA

Agravo regimental. Decisão monocrática em recurso especial. Lastreada em jurisprudência corrente. Devolução de diferenças relativas a prestação alimentar. Descabida.

Descabida a revisão de decisão monocrática, quando refletido nesta o corrente entendimento desta Corte.

O caráter eminentemente alimentar dos benefícios previdenciários faz com que tais benefícios, quando recebidos a maior em boa-fé, não sejam passíveis de devolução.

Agravo regimental a que se nega provimento.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

---

DJ 07.11.2005

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, visando à reforma de decisão por mim proferida às fls. 285/292, assim ementada:

“Processual Civil e Previdenciário. Ofensa ao art. 535 do CPC. Ausência de vício a ser sanado. Benefício alimentar. Irrepetibilidade.

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia foram analisadas e decididas, ainda que de forma contrária às pretensões do recorrente.

O caráter eminentemente alimentar dos benefícios previdenciários faz com que tais benefícios, quando recebidos a maior em boa-fé, sejam irrepetíveis.

Recurso especial a que se nega provimento.”

Sustenta o agravante, inicialmente, que não era cabível a negativa de seguimento monocrática a seu recurso especial, pelo que expende as seguintes razões:

“a denegação monocrática é cabível apenas nas hipóteses de ausência de condições recursais ou pacificação da matéria no tribunal. Entretanto, no presente caso, o M. Relator realizou juízo de mérito e não de admissibilidade.

A questão não está pacificada no STJ, tanto que inúmeros acórdãos já decidiram no sentido da tese esposada pelo INSS” (fl. 300)

Alega que “ainda que se admitisse o caráter alimentar das importâncias ora discutidas, seria possível a sua restituição, conforme se entendeu em vários precedentes desse egrégio Tribunal, em que se determinou a restituição ao Erário de verbas salariais indevidamente recebidas”. (Fl. 303)

Requer a reforma da decisão vergastada, para que seja determinado o desconto no benefício da recorrida do valor recebido a título de diferenças da conversão do benefício em URV.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Disciplina o art. 557 do Código de Processo Civil, em seu **caput**, que é facultado ao relator, nas matérias em que existe entendimento da Corte contrário ao pedido contido no recurso especial, negar monocraticamente o seguimento ao recurso.

Em relação à matéria sobre a qual versa o recurso especial, sobre o cabimento de desconto, nas parcelas do benefício, de valor recebido por decisão judicial, em boa fé, referente a diferenças na conversão do benefício em URV, constato que a decisão combatida reflete o entendimento consolidado das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal, como pode ser verificado pelos precedentes que colaciono abaixo:

“Previdenciário. Agravo regimental. Recurso especial. Falta de prequestionamento. Conversão de benefício previdenciário em URV. Impossibilidade de valores recebidos por força da decisão rescindenda.

Cumprir registrar que não há ofensa ao art. 557 do Código de Processo Civil pela decisão monocrática arremada em posição consolidada no próprio Tribunal.

Uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, descabida é a restituição requerida pela Autarquia, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

*Agravo desprovido.*” (AgRg no REsp n. 673.752-SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 1º.08.2005)

“Agravo regimental em recurso especial. Ausência de omissão. Pretensão de prequestionamento explícito. Art. 485 do Código de Processo Civil. Recurso que ataca os fundamentos do acórdão rescindendo. Impossibilidade. Conversão da renda mensal de benefício previdenciário em URV. Restituição dos valores. Benefício previdenciário. Natureza alimentar. Irrepetibilidade.

1. A questão da possibilidade da devolução dos valores recebidos a título de conversão da renda mensal do benefício previdenciário em URV foi inequivocamente decidida pela Corte Federal, o que exclui a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, eis que os embargos de declaração não se destinam ao prequestionamento explícito.

2. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o recurso especial interposto em sede de ação rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos pressupostos desta (art. 485 do Código de Processo Civil) e, não, aos fundamentos do julgado rescindendo.

3. Incabível o recurso especial contra acórdão proferido em ação rescisória em que se aponta a violação de norma infraconstitucional que serviu de fundamento para a decisão rescindenda (restituição de valores recebidos a título de conversão da renda mensal do benefício previdenciário em URV).

4. É firme o constructo doutrinário e jurisprudencial no sentido de que os benefícios previdenciários têm natureza alimentar, sendo, portanto, irrepetíveis.

*5. Agravo regimental improvido.*” (AgRg no REsp n. 698.584-SC, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 1º.07.2005)

“Processual Civil e Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Decisão monocrática do relator com arrimo no art. 557 do CPC. Cabimento. Omissão no julgado do tribunal de origem. Não-ocorrência. Violação à legislação federal. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Ação rescisória. Conversão de benefício em URV. Restituição dos valores pagos indevidamente. Inadmissibilidade. Verba de natureza alimentar.

1. Com a nova redação dada pela Lei n. 9.756/1998 ao art. 557 do Código de Processo Civil, o relator pode negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência do respectivo tribunal ou de tribunal superior, ainda que não sumulada. Essa nova sistemática teve como escopo desafogar as pautas dos tribunais, possibilitando, assim, maior rapidez nos julgamentos que de fato necessitem de apreciação do órgão colegiado.

2. Não subsiste a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, visto que todas as questões relevantes para a apreciação e julgamento do recurso foram analisadas de maneira clara e coerente pelo Tribunal de origem, não havendo qualquer omissão ou obscuridade a serem sanadas.

3. Quanto às matérias insertas nos arts. 126 e 127 do Estatuto Processual Civil e arts. 876 e 884 do Código Civil, verifico que malgrado a oposição dos embargos de declaração, não foram examinadas pela Corte **a quo**, carecendo, portanto, do indispensável prequestionamento, viabilizador do apelo especial, atraindo, à espécie o comando da Súmula n. 211-STJ.

4. Uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários é inadmissível a pretensão de restituição dos valores pagos aos segurados, em razão do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos.

5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 697.397-SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 16.05.2005)

No tocante ao desconto, nas prestações do benefício previdenciário, dos valores recebidos, entendem as Turmas que compõem a Terceira Seção, em sintonia ao que decidi na decisão monocrática combatida, não serem estes passíveis de devolução.

Tal se dá em razão da ausência de vício no seu recebimento, haja vista que produto de sentença judicial, e do caráter eminentemente alimentar das prestações previdenciárias. Ademais, tal desconto teria o condão de provocar a percepção, por período extenso, de benefício com valor inferior ao salário-mínimo, menor valor admitido pela Constituição Federal.

A conferir:

“Previdenciário. Conversão do benefício em URV. Ação rescisória. Restituição de valores pagos. Impossibilidade. Natureza alimentar do benefício. Aplicação do princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Precedentes. Questão nova.

I - É indevida a restituição dos valores recebidos a título de conversão da renda mensal do benefício previdenciário em URV por se tratar de benefício previdenciário, que tem natureza alimentar. Valores sujeitos ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

II - Ademais, no que tange ao caráter acessório dos valores recebidos e à solvência do credor, verifica-se que o agravante levantou questão nova, e, portanto, incabível de ser suscitada em sede de agravo regimental.

Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 724.263-RS, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 27.06.2005)

“Agravo regimental. Recurso especial. Art. 535 do CPC. Violação. Inocorrência. Benefício previdenciário. Valores recebidos em virtude de sentença transitada em julgado. Restituição incabível. Caráter alimentar.

1. Conforme precedentes desta Corte, ‘pode o relator, através de decisão monocrática, após a análise dos pressupostos do recurso especial, adentrar no exame de seu mérito para concluir pela ocorrência ou não de violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil’ (EDcl no AgRg no Ag n. 246.956-SP Relator o Ministro Castro Filho).

2. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que os benefícios previdenciários têm natureza alimentar, não sendo possível pretender a restituição de valores recebidos de boa-fé em decorrência de decisão judicial transitada em julgado.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp n. 704.326-RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 27.06.2005)

Destarte, pela ausência de fundamentos importem na retificação da decisão proferida, em razão desta estar amplamente amparada pela jurisprudência desta Corte, e por serem as prestações alimentares recebidas em boa fé não passíveis de devolução, mantenho-a nos termos em que foi proferida.

Posto isso, nego provimento ao agravo regimental.

---

### **HABEAS CORPUS N. 17.670-MG (2001/0090813-5)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Advogado: William Riccaldone Abreu — Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

Paciente: Altieri Moreira de Souza (preso)

### EMENTA

**Habeas corpus.** Processual Penal. Apelação. Amplitude da defesa. Recusa do réu ao recurso. Prevalência da vontade da defesa técnica. Ordem concedida.

1. “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (Constituição Federal, art. 5º, inciso LV).

2. A ampla defesa, como na letra da Constituição de 1988, abrange a autodefesa e a defesa técnica, devendo prevalecer, no caso de recusa do réu, a vontade do defensor quanto à interposição do recurso, detentor que é de conhecimentos técnicos indispensáveis à aferição da melhor medida a ser adotada em favor do imputado (precedentes).

3. Ordem concedida.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 19 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJ 1ª.02.2005

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que não conheceu do recurso de apelação interposto pela defesa de Altieri Moreira de Souza, porque este a ele renunciara.

O paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semi-aberto, e ao pagamento de 24 dias-multa no valor mínimo legal, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e V, do Código Penal.

Alega o impetrante que a defesa técnica deve prevalecer sobre a autodefesa quando aquela pretende interpor recurso e esta não, mormente quando o recurso não acarretará nenhum prejuízo ao condenado.

Pugna, ao final, pela concessão da ordem para que se determine à Corte **a quo** o conhecimento do apelo da defesa do paciente.

O Ministério Público Federal veio pela concessão da ordem, em parecer assim sumariado:

“**Habeas corpus**. Renúncia do réu ao direito de recorrer. Discordância da defesa técnica. Apelação. Não conhecimento no Tribunal **a quo**. Prevalência da defesa técnica. Parecer pela concessão da ordem.” (Fl. 52)

Os autos me vieram conclusos em 7 de janeiro de 2004, em razão do pedido de aposentadoria do ilustre Ministro Fontes de Alencar (fl. 60).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, **habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que não conheceu do recurso de apelação interposto pela defesa de Altieri Moreira de Souza, porque este a ele renunciara.

O paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semi-aberto, e ao pagamento de 24 dias-multa no valor mínimo legal, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e V, do Código Penal.

Alega o impetrante que a defesa técnica deve prevalecer sobre a autodefesa quando aquela pretende interpor recurso e esta não, mormente quando o recurso não acarretará nenhum prejuízo ao condenado.

A ordem é de ser concedida.

Em sede de garantia da ampla defesa, o novo ordenamento constitucional não mais se compadece com a outrora sustentada renunciabilidade do direito de recorrer em matéria penal, notadamente quando a defesa técnica do réu, detentora de conhecimentos técnicos necessários para a aferição da melhor medida a ser tomada em seu favor, expressa, tempestivamente, o seu inconformismo.

Daí por que “(...) Na hipótese de conflito entre a vontade do réu e a de seu defensor, no que se refere à interposição de recurso, tendo em vista a renúncia do

acusado ao direito de recorrer, prevalece a vontade do defensor, constituído ou nomeado, em razão do conhecimento técnico para avaliar as conseqüências da não-impugnação da decisão penal condenatória. (...)” (HC n. 23.045-DF, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ 03.02.2003).

No mesmo sentido, a iterativa jurisprudência deste Tribunal:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Conflito de vontades. Réu que renuncia ao seu direito de recorrer x defensor que interpõe apelação. Prevalência da vontade técnica. Ordem concedida.

1. Em homenagem ao princípio da ampla defesa, deve prevalecer a vontade da defesa técnica sobre a autodefesa, já que, sendo o defensor um profissional dotado de conhecimento técnico especializado para atuar no processo, possui melhores condições de avaliar a conveniência ou não da impugnação da sentença condenatória.

2. Ademais, há de se ressaltar que a interposição do recurso de apelação em nada poderá acarretar prejuízos ao réu, em virtude do **ne reformatio in pejus**.

3. Ordem concedida.” (HC n. 26.244-MS, Relatora Ministra Laurita Vaz, **in** DJ 31.03.2003).

“Constitucional. Processual Penal. **Habeas corpus**. Sentença condenatória. Recurso. Renúncia. Divergência entre réu e defensor. Prevalência da defesa técnica.

Em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, na hipótese de conflito entre o réu, que renunciou ao direito de recorrer da sentença condenatória, e seu defensor, prevalece a vontade da defesa técnica, com idoneidade para avaliar as conseqüências da não impugnação da decisão condenatória.

**Habeas corpus** concedido.” (HC n. 18.400-SP, Relator Ministro Vicente Leal, **in** DJ 06.05.2002).

“Processo Penal. Direito irrenunciável do réu de recorrer.

1. Pode o defensor interpor recurso, embora o réu tenha se manifestado em sentido contrário, posto que irrenunciável o seu direito de recorrer, em face do princípio da ampla defesa, devendo aquele decidir sobre a conveniência ou não do exercício da faculdade de apelar.

2. Recurso do MP não conhecido.” (REsp n. 120.170-DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ 30.06.1997).

Pelo exposto, concedo a ordem para que a Corte Estadual conheça do recurso de apelação e o julgue como de direito.

É o voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 23.362-RJ (2002/0081677-6)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrantes: José Mauro Couto de Assis e outros

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

Paciente: Mansur José Mansur

**EMENTA**

Penal e Processual. Maus tratos. Legitimidade passiva **ad causam**. Denúncia. Nexo de causalidade. Inépcia. Justa causa. Ausência. Ação penal. Trancamento.

Ao sócio que exerce a gerência de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, dedicada à exploração, com fins lucrativos, de clínica médica, é cabível a imputação de autoria do delito tipificado no art. 136 do Código Penal.

Não é inepta a denúncia que descreve adequadamente a conduta incriminada, ainda que não detalhada individualmente, se é possível ao denunciado compreender os limites da acusação e, em contrapartida, exercer ampla defesa.

O nexos causal que resulta da omissão é de natureza normativa e não naturalística, de sorte que a omissão é erigida pelo Direito como causa do resultado porque quem tem o dever legal de evitá-lo, não o faz.

Incabível, em **habeas corpus**, o exame de questões inerentes à comprovação da materialidade do crime, quando o deslinde da questão demande dilação probatória.

Ordem denegada.

**ACÓRDÃO**

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

unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro pelo paciente.

Brasília (DF), 1º de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

---

DJ 1ª.08.2005

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ofereceu denúncia, em 24 de junho de 1996, contra Mansur José Mansur, Eduardo Quadros Spínola, Sílvia Maria Matilde da Conceição, Valfredo Costa de Oliveira, Amanda Carolina Rizental Pinto e Roberto da Cunha Dias, imputando-lhes a conduta tipificada nos arts. 136, **caput**, por 329 vezes (trezentos e vinte e nove vezes), 136, § 1º, por 41 (quarenta e uma vezes) e 136, § 2º, por 27 (vinte e sete) vezes, na forma prevista no art. 70, última parte, do Código Penal.

Atribuiu-lhes, ainda, a conduta sancionada pelo art. 269, na forma do art. 69 do Código Penal.

Narra a inicial (fls. 135/149) que:

“No período de tempo compreendido entre 1º de abril e princípio de junho do ano de mil novecentos e noventa e seis, no interior da Clínica Médica Santa Genoveva Ltda (...) situada na Estrada Dom Joaquim Mamede n. 270, em Santa Tereza, nesta cidade — e que é uma instituição privada com fins lucrativos conveniada com o Ministério da Saúde, tendo como destinação a internação de pacientes com patologias que estejam fora de possibilidades terapêuticas (FTP), recebendo-os de hospitais públicos — os denunciados, *na qualidade de administradores da clínica*, unidos em comunhão de ações e desígnios, consciente e voluntariamente, *expuseram a perigo a vida de (...) pacientes internos que estavam sob a guarda e vigilância dos denunciados*, para fins de tratamento, *privando-os parcialmente dos alimentos e cuidados indispensáveis relativos à utilização de água potável, higiene, atendimento médico e de enfermagem em níveis satisfatórios, medicamentos, exames elementares de laboratório e dietas nutricionais.* (Grifei)

Com efeito, no que pertine à alimentação, *era servido leite com prazo de validade vencido, sendo os gêneros alimentícios conservados de forma imprópria para o consumo*, visto que os refrigeradores encontravam-se em condições inadequadas de conservação para a guarda de perecíveis, tendo sido, inclusive, constatada a presença de um ‘sapo’ morto dentro de um freezer.

Além disso, o aludido nosocômio *não dispensava acompanhamento dietoterápico individualizado*, imprescindível para a preservação, manutenção e recuperação da saúde das vítimas.

*De outro modo, a água utilizada na alimentação, ingestão e banho das vítimas ostentava coliformes fecais em níveis intoleráveis, fruto da ausência de limpeza e desinfecção rotineiras das cisternas, reservatórios e caixas superiores, nas quais se encontrou lama escura exalando odor insuportável em quantidades significativas.*” (Grifei)

Lista a inicial acusatória 397 (trezentos e noventa e sete) nomes de pessoas que estiveram internados na Clínica, ao tempo da denúncia, e prossegue reportando a inexistência de condições elementares de higiene, tais como o fato de os funcionários não usarem vestimenta adequada, a existência de ralos sem tampa, acúmulo de lixo hospitalar no chão das enfermarias, infiltrações nas paredes, medicamentos fora do prazo de validade dispostos sem indicação de seus usuários e, ainda, a inexistência de captação de água devidamente tratada.

Tece comentários qualitativos sobre o procedimento médico e terapêutico dispensado aos internos para afirmar que

*“Em decorrência do quadro caótico descrito anteriormente, todos os pacientes internados na mencionada clínica durante o lapso temporal referido tiveram a vida e a saúde expostas a perigo.*

*Sofreram efetivo dano à saúde, em razão da negligência dos denunciados, consistente na inobservância dos deveres de cuidado que, obrigatória e necessariamente, deveriam ter no tratamento da água consumida e dos alimentos que eram servidos no interior da clínica, os quais restaram sobremaneira infectados por bactérias provenientes da contaminação por coliformes fecais e da falta de higiene no manuseio dos alimentos, aditada à utilização deles mesmo em avançado estágio de deteriorização, às vítimas infra-aduzidas:”* (grifei)

Neste passo, elenca 37 (trinta e sete) nomes próprios, indicativos de pessoas que estariam infectados por bactérias que agem no trato intestinal, as quais

“... causaram nestas vítimas uma manifestação clínica de gastroenterite aguda, com fortes dores abdominais, diarreia, náuseas e vômitos, havendo um quadro clínico de desidratação, fato que determinou lesão grave consistente em *perigo de vida*.”

Cita dois enfermos que teriam sofrido tais lesões e que ainda estavam, ao tempo da denúncia, sob tratamento no Hospital Souza Aguiar.

Aduz que

“O *evento danoso* resultante da privação dos cuidados indispensáveis, até então relatados, e, mais uma vez, provenientes da efetiva negligência dos denunciados, geradora de *infecção bacteriológica, originada pela contaminação do sistema de abastecimento de água e dos gêneros alimentícios*, fez-se mais grave do que as lesões antes relatadas, uma vez que nos pacientes (...) *causou-lhes a morte...*” (grifei)

Aqui, arrola o *Parquet* 27 (vinte e sete) apelidos de doentes que faleceram, ao tempo em que aponta a falta de notificação de tais infecções à Unidade de Saúde Municipal de Santa Tereza, bairro do Rio de Janeiro.

Concluem os signatários da denúncia por imputar aos denunciados, dentre ele o paciente Mansur José Mansur, os tipos penais supracitados, inferindo que

“Os denunciados, na condição de experientes profissionais da saúde, *dirigiam e regulavam o funcionamento médico hospitalar oferecido pela clínica, possuindo o amplo e total domínio funcional das atividades empreendidas em relação aos pacientes e diretamente vinculadas ao desempenho administrativo e mercantil da atividade explorada*, sabedores, portanto, dos mínimos e necessários cuidados indispensáveis à preservação da vida e da saúde das vítimas, cuidados estes que foram dolosamente e reiteradamente suprimidos aos pacientes, ficando estes expostos a infecções e maus tratos diversos, resultando em alguns lesões graves e em outras o evento fático da morte.” (Grifei)

Ainda que condensada, a transcrição da exordial acusatória noticia o rumoroso caso que resultou em uma Comissão Parlamentar de Inquérito levada a cabo pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e culminou com a transferência de todos os enfermos e posterior fechamento da Clínica Médica e Cirúrgica Santa Genoveva.

A denúncia foi recebida em 26 de junho de 1996 (fl. 151), dando azo à Ação Penal n. 96.001.069140-1 (Tombo n. 10.063/1996), em curso perante o Juízo da 28ª Vara Criminal da capital do Estado do Rio de Janeiro.

Em 20 de fevereiro de 2002, quando o processo já tramitava há quase 6 (seis) anos, o paciente impetrou **habeas corpus** postulando o trancamento da ação penal.

Argüiu a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, em face da pena em abstrato cominada ao delito tipificado no art. 269 do Código Penal.

No mérito, deduziu, em síntese, a ilegitimidade passiva **ad causam** do paciente, quer porque não era responsável pelos doentes, quer porque

“a denúncia não descreveu sua participação no episódio que increpa delituoso, nem relaciona qualquer conduta que se lhe pudesse imputar como **eventus damni** e assim ‘*não basta para viabilizar a peça acusatória, por impedir o pleno direito de defesa*’ (fl. 114).

A Corte Estadual concedeu parcialmente a ordem, tão-somente para declarar a extinção da punibilidade do crime tipificado no art. 269 do Código Penal, mercê da prescrição da pretensão punitiva.

Daí este **habeas corpus**, em que o impetrante reitera os argumentos expendidos na petição original, em especial:

“1. Ilegitimidade passiva **ad causam**, porque o paciente era representante da empresa MJM Participações Ltda, detentora de 50% das cotas da clínica e, nos anos em que funcionou, lá compareceu não mais que 10 (dez) vezes e, portanto, não ostentaria a qualidade exigida pelo tipo, de vez que não tinha guarda, autoridade e vigilância sobre os doentes internados, inexistindo, pois, justa causa para a persecução penal (fl. 3).

2. Inépcia da denúncia, porque não particularizou as ações do paciente, bem como sua relação com o resultado danoso, impossibilitando o exercício de defesa ampla e proficiente.” (Fl. 4).

Reporta-se à petição original, na qual desenvolve extensa argumentação de cunho probatório, com vistas a desqualificar a imputação feita pelo Ministério Público, refere parecer do Dr. Nilo Batista, pertinente ao caso concreto, reafirma que

“o paciente nunca teve dever de agir na Clínica Médica e Cirúrgica Santa Genoveva Ltda, razão por que não pode, enfim, responder por omissão, a não ser sob a ótica da odiosa responsabilidade objetiva, precisamente pelo descumprimento de tal dever que nunca teve, o que faz com que, independentemente da existência de crimes de maus-tratos na espécie (mostramos, no requerimento primitivo, que não houve qualquer crime a

punir), seja ele reconhecido como parte ilegítima **ad causam** passiva, falecendo justa causa à ação penal contra ele...” (fl. 9).

Requer a concessão da ordem, para declarar a inépcia da denúncia e a falta de justa causa para subsumir o paciente à instância penal, trancando-se a Ação Penal n. 96.001.069140-1.

O pedido liminar foi indeferido em 15.08.2002 (fl. 1.126v.).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem, sob o argumento de que “a denúncia descreve **quantum satis** o fato delituoso e suas circunstâncias possibilitando o exercício da ampla defesa” (fl. 1.129).

Redistribuído o feito em 17 de dezembro de 2003, vieram os autos conclusos em 07 de janeiro de 2004.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Trata-se de rumoroso caso amplamente noticiado pela imprensa, dando conta de maus tratos sofridos por enfermos, internados na Clínica Santa Genoveva, os quais estariam, em suma, sendo mal tratados, por causa da ingestão de alimentos deteriorados, cozidos em água infectada, bem como da ministração de medicamentos com prazo de validade vencido.

Exaustivamente explorado pelos meios de comunicação, contou com a participação de políticos, inclusive detentores de mandato eletivo, do que resultou uma Comissão Parlamentar de Inquérito levada a cabo pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

O próprio Ministro da Saúde de então, o Dr. Adib Jatene, teve oportunidade de visitar a clínica, avaliar o caso e pronunciar sua opinião a respeito, por meio de entrevista gravada e colacionada aos autos mediante fita de vídeo.

O estrepitoso evento culminou com a transferência de todos os enfermos e o posterior fechamento da Clínica Médica e Cirúrgica Santa Genoveva.

Algumas ações cíveis, postulatórias de indenização por dano moral, chegaram até este Tribunal Superior, somando 16 (dezesesseis) processos, distribuídos aos Ministros das Terceira e Quarta Turmas.

Dentre estes, resalto o REsp n. 297.440-RJ, relatado pelo Exm<sup>o</sup>. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (DJ 07.05.2001, p. 152), que tratou de incidente de falsidade, decorrente da inserção e posterior retirada, dos autos, de prova fotográfica inidônea, consistente em retratos correspondentes a outro estabelecimento de recolhimento de idosos.

Informações obtidas no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro dão conta de que o processo, após 80 (oitenta) movimentações, está em fase de alegações finais para o assistente de acusação, desde 1<sup>a</sup>.04.2004.

Enfrento, por primeiro, o argumento que reputa inepta a denúncia, registrando que foi deduzido em processo autônomo, cerca de 6 (seis) anos após o seu recebimento.

A peça ministerial expõe o fato com clareza e refere com amplitude suas circunstâncias, razão pela qual, ainda que não particularize de modo expresse a relação de efeito e causa havida entre o dano e a conduta atribuída ao paciente, não pode ser considerada motivo de cerceamento de defesa.

Além disso, e ao contrário do que argumenta o impetrante, precisa o nexos causal havido, no entender do Ministério Público, entre a conduta omissiva do paciente e o resultado daí decorrente, a saber:

*“Os denunciados, na condição de experientes profissionais da saúde, dirigiam e regulavam o funcionamento médico hospitalar oferecido pela clínica, possuindo o amplo e total domínio funcional das atividades empreendidas em relação aos pacientes e diretamente vinculadas ao desempenho administrativo e mercantil da atividade explorada, sabedores, portanto, dos mínimos e necessários cuidados indispensáveis à preservação da vida e da saúde das vítimas, cuidados estes que foram dolosamente e reiteradamente suprimidos aos pacientes, ficando estes expostos a infecções e maus tratos diversos, resultando em alguns lesões graves e em outras o evento fático da morte.” (Grifei)*

A argumentação desenvolvida na denúncia deu ensejo, na impetração original, a extensa arguição probatória, que procurou refutar cada uma das imputações irrogadas pelo Ministério Público, o que demonstra haver perfeita compreensão dos limites da acusação.

Ademais, não procede o argumento tendente a inquirar a denúncia de inépcia, em que pese expandido em brilhante parecer encomendado à lavra do Dr. Nilo Batista.

Segundo o eminente Jurista, a denúncia incide em contradição que pode levar à declaração de inépcia, na medida em que (fl. 105):

*“Ao descrever a privação alimentar e assistencial que caracterizaria o tipo básico, menciona conduta dolosa; ao descrever os resultados qualificadores, menciona as mesmas condutas, agora em chave de culpa (cf. item III do parecer, primeira parte).*

A denúncia se equivoca ao pretender, num crime omissivo, fundamentar no co-domínio funcional do fato a suposta co-autoria, quando o correto seria individualizar a violação de dever de cada sujeito obrigado (cf. item III do parecer, segunda parte). Este equívoco tem como efeito que a conduta de cada acusado não foi objeto de descrição individualizada.”

Não obstante o duto parecer, o termo “negligência”, utilizado na denúncia não está a retratar uma das espécies de culpa, mas a demonstrar o ato omissivo atribuído ao paciente.

De outra parte, porque o nexo de causalidade decorrente da omissão é jurídico, e não naturalístico, não há como descrevê-lo.

Como leciona **César Roberto Bittencourt**,

*“Há, no entanto, outro tipo de crime omissivo, o comissivo por omissão, ou omissivo impróprio, como já afirmamos, no qual o dever de agir é para evitar um resultado concreto. Nesses crimes, o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a obrigação de agir para evitar um resultado, isto é, deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento. Nos crimes comissivos por omissão há, na verdade, um crime material, isto é, um crime de resultado, exigindo, conseqüentemente, a presença de um nexo causal entre a ação omitida (esperada) e o resultado.*

[...]

*Na doutrina predomina o entendimento de que na omissão não existe causalidade, considerada sob o aspecto naturalístico. como já afirmava **Sauer**, sob o ponto de vista científico, natural e lógico, ‘do nada não pode vir nada’. No entanto, o próprio **Sauer** admitia a causalidade na omissão, concluindo que ‘a omissão é causal quando a ação esperada (sociologicamente) provavelmente teria evitado o resultado’. Na Verdade, existe tão-somente um vínculo jurídico, diante da equiparação entre omissão e ação.*

[...]

*Na omissão ocorre o desenrolar de uma cadeia causal que não foi determinada pelo sujeito, que se desenvolve de maneira estranha a ele, da qual é um mero observador. Acontece que a lei determina-lhe a obrigação de intervir neste processo, impedindo que produza o resultado que se quer evitar. Ora, se o agente não intervém, não se pode dizer que causou o resultado, que foi produto daquela energia estranha a ele, que determinou o processo causal.*

*Na verdade, o sujeito não o causou, mas como não o impediu é equiparado ao verdadeiro causador do resultado. Portanto, na omissão não há*

o nexo de causalidade, há o nexo de “não impedimento”. A omissão relaciona-se com o resultado pelo seu não-impedimento e não pela sua causação. E Esse não-impedimento é erigido pelo Direito à condição de causa, isto é, como se fosse a causa real.” (César Roberto Bittencourt, “Manual de Direito Penal”, parte geral, vol. 1, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 187/188)

Assim, conforme leciona **João Bernardino Gonzaga**,

“... nos crimes de omissão, castiga-se o sujeito porque, deixando de agir, não colocou uma possibilidade de converter em boa a má realidade existente. Não foi êle quem produziu o dano e, por isso, não lhe pode ser este imputado. A reprovação recai exclusivamente sobre a inércia contrária ao dever. E é em tal inércia que reside o delito.” (João Bernardino Gonzaga, “Crimes Comissivos por Omissão”, in Estudos de Direito e Processo Penal, em homenagem a Nelson Hungria, 1ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1962, p. 251)

Tem sido iterativa a orientação desta Corte, no sentido de que não é inepta a denúncia que, conquanto não individualize a conduta de cada um dos imputados, em hipótese de crime marcado por pluralidade de agentes societários, permita perfeita compreensão da imputação e abre oportunidade à ampla defesa.

A propósito, recolho o seguinte precedente, cuja ementa transcrevo, naquilo que é pertinente:

“Criminal. Sonegação fiscal. Oferecimento de denúncia. Crime coletivo e societário. Imputação genérica. Inépcia da acusatória inicial. Atipicidade da conduta.

1. Em faltando à acusação pública, no ensejo do oferecimento da denúncia, elementos bastantes ao rigoroso atendimento do seu estatuto formal (Código de Processo Penal, art. 41), principalmente no caso de crime societário, é válida a imputação genérica do fato-crime, admitindo, como admite, a lei processual penal que as omissões da acusatória inicial possam ser supridas a todo tempo, antes da sentença final (Código de Processo Penal, art. 569).

2. Não há falar em inépcia quando a denúncia se mostra ajustada à norma inserta no art. 41 do Código de Processo Penal, estatuto de sua validade.

3. Enquanto requisita o exame do conjunto da prova, próprio do tempo da sentença, a alegação de atipicidade da conduta, por ausência de dolo, faz-se incompatível com a via estreita do **habeas corpus**.

4. Recurso conhecido e provido.” REsp n. 260.243-DE, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 27.07.2001, p. 423)

“Criminal. **Habeas corpus**. Estelionato. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Falhas não vislumbradas. Possibilidade de denúncia genérica. Inquérito policial. Prescindibilidade. Inexistência de provas da morte do segurado. Impropriedade do meio eleito. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Ordem denegada.

Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP — o que não se vislumbra **in casu**.

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 Precedentes.

**Omissis.**” (HC n. 19.558-RJ, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ 1ª.07.2002, p. 363)

“Penal e Processual. Denúncia caluniosa. Dolo. Ausência. Denúncia. Inépcia. Matéria probatória.

Desborda do **habeas corpus** o exame da existência ou não de dolo direto para configurar o tipo previsto no art. 339 do Código Penal, porque demanda dilação probatória.

O trancamento da ação penal só é possível, na via eleita, quando evidentes, pela simples leitura dos autos, a atipicidade da conduta e/ou a inocência do acusado.

Recurso a que se nega provimento.” (RHC n. 13.079-PB, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ 15.09.2003, p. 402)

Assim, afastado a arguição de inépcia da inicial e passo ao fundamento seguinte, atinente à ausência de justa causa em face da ilegitimidade passiva **ad causam**.

Consta da petição inicial de **habeas corpus** originário, que o impetrante declara ser parte integrante desta impetração, que a Clínica dispunha de um corpo diretivo hierarquizado, do qual o paciente não fazia parte (fls. 28/30).

Neste raciocínio, o principal argumento transfere para o médico que exercia a função de Diretor-Técnico da Clínica a responsabilidade pelo evento porque o paciente (fl. 7)

“... nunca teve pessoalmente atribuições de autoridade, guarda ou vigilância tendo em vista os doentes internados, como também, comprovadamente, não atuava como médico no nosocômio, como importa à denúncia: portanto, era e é pessoa absolutamente estranha ao cometimento da infração penal que se pretende delineada na sua narrativa.”

O impetrante reitera:

“... o paciente — repitamos — representante de empresa familiar, detentora de metade das cotas da sociedade, praticamente, não ia na clínica, tanto que constituiu um procurador para representá-lo na parte administrativa, sendo que ele, o procurador **ad negotia**, também está denunciado.”

Refere resoluções dos Conselhos Federal e Estadual de Medicina para remeter a responsabilidade principal ao Diretor Técnico-Médico e, num plano mais específico, sobre o médico assistente de cada doente e infere que o paciente nunca teve o dever de agir na Clínica Santa Genoveva (fls. 8/9 e 77), **verbis**:

“Ora, cuidando-se de internações em dependência hospitalar, ocorrência que, pela sua própria natureza, está sujeita às regras de legislação específica, ela indica o médico diretor técnico como *principal responsável* pelo funcionamento desses estabelecimentos de saúde, o qual, terá, *obrigatoriamente*, sob sua alçada, *todos os serviços técnicos e de apoio, que a ele ficam subordinados hierarquicamente.*”

A meu sentir, ao tempo em que se equivoca, o impetrante elucida.

Em primeiro lugar porque, ao contrário do que assevera, o paciente, a par de proprietário, estava encarregado da gerência da Clínica Santa Genoveva, conforme prevê a cláusula quinta do contrato social, **in verbis** (fl. 199):

“Quinta: da gerência e administração da sociedade.

A gerência e administração da sociedade serão exercidas pelos sócios Eduardo Quadros Spínola, Maria Tereza Velloso Spínola e por delegação de poderes da sócia M.J.M. Participações Ltda, Mansur José Mansur, os quais ficam dispensados de prestarem caução para o exercício de suas funções.

§ 1<sup>a</sup> A escolha, admissão e demissão dos auxiliares, técnicos e empregados, depende da aprovação dos gerentes incumbidos da administração da sociedade.”

Assim, consoante as normas de natureza civil que vinculam o paciente, como sócio-cotista, perante a sociedade e terceiros, cabia a ele e aos demais gerentes diligenciar no sentido da consecução dos objetivos da empresa que, no caso da clínica, é a prestação de serviços médicos hospitalares (cláusula segunda do contrato social, p. 198).

Neste passo, incumbia-lhe escolher, admitir e demitir técnicos e empregados, aí incluído, por óbvio, o médico encarregado de exercer as funções de Diretor-Técnico, a quem se atribui, na impetração, em primeiro plano, toda a responsabilidade penal.

É dizer, competia-lhe evitar o resultado danoso que ocorreu em sua clínica.

Contudo, assim não agiu, como se vê da argumentação deduzida à fl. 69, **in verbis**:

“De longa data, o paciente não trabalhava nas empresas de que era proprietário, *porque impossível dar a todas a indispensável atenção e, na verdade, passou a preocupar-se, exclusivamente, com a representação da entidade nacional de classe*, a Federação Brasileira de Hospitais, da qual foi Vice-Presidente, desde 1969 e, no ano de 1995, eleito Presidente para o biênio 1995/1997, sem falar na sua profícua e assídua presença no Conselho Nacional de Saúde, Órgão do Ministério de Estado da Saúde, *que ditava a política governamental no setor.*”

No que concerne à responsabilidade penal, capaz de inserir o paciente no polo passivo da lide, dispõe o art. 13, § 2º, do Código Penal que o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa e, quanto à omissão, determina que ela é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

Ora, a própria argumentação do impetrante, ao reiterar que o paciente não compareceu à clínica por mais do que 10 (dez) vezes em todo o tempo que funcionou (fl. 113) remete, em tese, à omissão sancionada pelo tipo, uma vez o dever de agir incumbe a quem tenha, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância ou, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado.

Ainda mais, ao consignar que o paciente preferiu dedicar-se exclusivamente a outras atividades, sem entretanto desvencilhar-se da responsabilidade de administrador da clínica, inseriu sua conduta no que dispõe o art. 13, § 2º, alínea **c**, do Código Penal, porquanto, com seu comportamento anterior, terá criado o risco da ocorrência do resultado.

Nos próprios termos da impetração (fl. 82),

“A maior evidência de que passava quase toda a semana em Brasília, foi a aquisição de 1 (um) *flat* na Capital Federal: AS/S, quadra 05, bloco C, *isso em 1989.*

*Eis aí: nem se o dia tivesse 96 (noventa e seis) horas o paciente conseguiria controlar, através de sua presença, todos os seus negócios e afazeres.*” (Grifei)

Em segundo lugar, porque as normas referenciadas declaram o Diretor Técnico como principal e não como único responsável por estabelecimentos hospitalares.

De certo, é lícito ao sócio-cotista e ao administrador outorgar mandato a terceiro, como o fez o paciente, porque (fl. 71)

“Devido às suas outras ocupações, que o impossibilitavam estar comparecendo na clínica e nas várias empresas em que, também, era cotista, *o paciente constituiu*, em conjunto com outro proprietário, para atuar na administração do estabelecimento, terceiro representante, o co-denunciado Valfredo Costa de Oliveira, (...)”

No entanto, não está livre de sua obrigação legal, como proprietário e gerente da empresa, em prover os meios necessários à assistência médica e hospitalar contratada, isto é, toda forma de auxílio ou socorro adequado.

Cabe lembrar, a propósito, o que ensina **Mirabete**, lembrando **Hungria**:

“O crime de maus-tratos é um delito próprio, exigindo como pressuposto a existência de relação jurídica preexistente entre os sujeitos ativo e passivo. Só quem tem essa legitimação especial, de autoridade (pública ou provada) ou de titular de guarda ou vigilância, pode cometer o crime.

É insuperável a lição de **Hungria**: [...] Tratamento abrange não só o emprego de meios e cuidados no sentido da cura de moléstias, como o fato continuado de prover a subsistência de uma pessoa. [...]

Finalmente, custódia deve ser entendida em sentido estrito: refere-se à detenção de uma pessoa para fim autorizado em lei.” (**Júlio Fabbrini Mirabete**, “Manual de Direito Penal”, Parte Especial, 21ª edição, São Paulo, Atlas, 2003, p. 142)

Transcrevo, porque oportuno, o convencimento da Corte Estadual a respeito (fl. 1.147):

“Ora, no caso, tanto o paciente, como o litisconsorte, responsáveis diretos pelo funcionamento da clínica, sobretudo o que lá ocorria e era desenvolvido, exerciam efetivo poder de gerência, sobretudo realçada a condição de médicos que, por dever de ofício, deveriam zelar, na totalidade dos atendimentos, pelo controle e qualidade do serviço médico prestado na clínica, daí, contrariamente do sustentado na impetração, não haver nenhum óbice para que eles possam integrar a relação processual penal deflagrada no polo passivo, tendo em vista mesmo o modelo da clínica de *hospice*, que tinha por objetivo receber doentes fora dos recursos de cura, portanto poder-se-ia

denominá-la de clínica para morrer. A responsabilidade deles estava presa ao todo da clínica, não apenas aos lucros, no âmbito administrativo.

Afirmada a legitimidade do paciente, remeter a responsabilidade ao Diretor-Técnico da Clínica, de modo a excluí-lo da lide, como faz o impetrante, não logra êxito, porquanto comprovada a relação jurídica de dependência entre o Dr. Mansur — proprietário e gerente da clínica — e os doentes ali internados.

Afasto, pois, a alegação de ilegitimidade passiva **ad causam**.

Por fim, conquanto muito bem articulados, não há como examinar os argumentos tendentes à exclusão do crime, com base em contra-prova oferecida pelo impetrante, uma vez que tal procedimento desborda da via eleita, marcada por rito célere e conseqüente cognição sumária.

A ação penal, ainda em curso, já em fase de alegações finais, constitui o meio adequado à solução da controvérsia, possibilitando às partes, por intermédio do exercício amplo do contraditório, afirmar e reafirmar suas teses, para submetê-las ao convencimento do julgador.

É assente a jurisprudência do STJ quanto à impropriedade do **habeas corpus** para o deslinde de questões que demandem exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos.

Neste particular, confira-se:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Crime de associação ao tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação em grau de apelação. Conjunto probatório controverso. Dilação probatória. Exame. Impossibilidade. Precedentes do STJ.

1. No âmbito do **habeas corpus**, não há como proceder ao exame da alegação de que as provas dos autos não seriam suficientes para embasar a condenação do paciente, em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório. Precedentes do STJ.

2. Ordem denegada.” (HC n. 30.962-RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 05.04.2004, p. 293)

Uma vez declarada a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, do crime tipificado no art. 269 do Código Penal, não vislumbro, quanto ao mais, qualquer constrangimento ilegal, passível de correção.

Posto isso, *denego* a ordem.

## VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, parece-me que o bom fundamento do **habeas corpus** está na alegação da inépcia da denúncia. Cheguei a pensar em

ter vista dos autos, mas minha preocupação afastou-se no desenrolar do julgamento.

Todos sabemos que, podendo ser sintética, a denúncia não pode, todavia, ser vaga, imprecisa ou omissa. Todos também sabemos que, no concurso de pessoas, a denúncia há de descrever a conduta dos participantes.

Sucedde, porém, que, no caso presente, tal como expôs o Relator, e muito bem, a denúncia alcança os requisitos dela exigidos pela lei processual. Ademais, a meu ver, pareceu estranho que a mencionada alegação tenha vindo aos tribunais depois de passado bom tempo do oferecimento e recebimento da denúncia.

A mim também me parece, tal como sucedeu ao Relator, que a questão há de ser vista no julgamento de mérito da ação penal — a ação já se encontra nas alegações finais e quase que pronta para receber sentença.

Não obstante todo o esforço do ilustre advogado e a despeito do excelente parecer que foi oferecido, rejeito a alegação de inépcia e, quanto ao mais, não tenho dúvida alguma em acompanhar o Relator.

Denego a ordem de **habeas corpus**.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Presidente): Srs. Ministros, da mesma forma, também acompanho o voto do Ministro-Relator, entendendo que a denúncia é suficientemente clara para permitir à defesa o seu pleno exercício, acentuando no ponto que ela imputa aos denunciados, entre os quais o paciente, uma série de delitos, porque, na qualidade de administradores da clínica, “unidos em comunhão de ações e desígnios, consciente e voluntariamente”, expuseram a perigo a vida e a saúde de um elenco de pessoas cujos nomes são declinados.

Ora, o tipo é “expor a perigo a vida e a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina”.

Assim, se, efetivamente, como afirmado na impetração e da tribuna, não teria, o paciente, nenhuma participação no ocorrido, haverá certamente de provar ao fim e ao cabo da instrução, que, como disse o Ministro Nilson Naves, já se avizinha. A circunstância de ser sócio da empresa, mas também administrador, autorizava, a meu ver, que respondesse pela ação penal de que se cuida.

Denego a ordem de **habeas corpus**.

## HABEAS CORPUS N. 25.391-RJ (2002/0151174-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Rodrigo Roca

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

Pacientes: Fágner Moreira Barbosa (preso), Flávio Alexandre Fontes de Oliveira (preso)

### EMENTA

**Habeas corpus.** Direito Processual Penal. Homicídio e corrupção de menores. Prisão preventiva. Falta de fundamentação. Nulidade. Caracterização.

1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

3. Em faltando fundamentação ao decreto de custódia cautelar do paciente, realiza-se a causa de nulidade posta pela Constituição Federal ela mesma, fazendo-se inafastável a sua declaração.

4. Ordem concedida.

### ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 14.02.2005

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, denegando *writ* impetrado em favor de Fagner Moreira Barbosa e Flávio Alexandre Fontes de Oliveira, preservou-lhes a prisão preventiva, decretada no processo da ação penal a que respondem como incurso nas sanções dos delitos tipificados nos arts. 121, § 2º, incisos I e II e IV, combinado com o art. 29 do Código Penal, e 1ª da Lei n. 2.252/1954, em acórdão assim ementado:

**“Habeas corpus.**

Homicídio e corrupção de menores.

*Autoria.*

A matéria de mérito invocada pelo paciente não pode ser objeto de apreciação no âmbito estreito do **habeas corpus**.

*Prisão preventiva.*

Estando razoavelmente fundamentada a necessidade da prisão preventiva dos pacientes, inexistente o alegado constrangimento ilegal.

*Ordem que se denega.”* (Fl. 28)

A ausência de fundamentação do decreto prisional e a negativa de autoria fundam a impetração.

Pede-se a revogação da prisão preventiva dos pacientes.

A liminar foi indeferida (fls. 22/23).

As informações estão às fls. 26/27 dos autos.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

**“Habeas corpus.** Processual Penal. Prisão preventiva. Revogação. Art. 312, CPP Impossibilidade.

Dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal que a segregação cautelar do réu se justifica para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para a garantia da aplicação da lei penal.

A primariedade e os bons antecedentes do réu, por si só, não têm o condão de revogar a segregação cautelar, se o decreto prisional está convincentemente fundamentado.

Pela denegação da ordem.” (Fl. 34)

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, **habeas corpus** contra a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, denegando *writ* impetrado em favor de Fagner Moreira Barbosa e Flávio Alexandre Fontes de Oliveira, preservou-lhes a prisão preventiva, decretada no processo da ação penal a que respondem como incurso nas sanções dos delitos tipificados nos arts. 121, § 2º, incisos I e II e IV, combinado com o art. 29 do Código Penal, e 1º da Lei n. 2.252/1954, em acórdão assim ementado:

“**Habeas corpus.**

Homicídio e corrupção de menores.

*Autoria.*

A matéria de mérito invocada pelo paciente não pode ser objeto de apreciação no âmbito estreito do **habeas corpus**.

*Prisão preventiva.*

Estando razoavelmente fundamentada a necessidade da prisão preventiva dos pacientes, inexistente o alegado constrangimento ilegal.

*Ordem que se denega.*” (Fl. 28)

A ausência de fundamentação do decreto prisional e a negativa de autoria fundam a impetração.

Concedo a ordem de **habeas corpus** impetrada.

As decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

De tal exigência, não se afasta a prisão preventiva, medida excepcional em nosso sistema processual penal, informado pela presunção de não culpabilidade, inculpada da Constituição da República (art. 5º, inciso LVII), o que equivale dizer que a decretação da cautelar há de ser claro e efetivo na demonstração de seus pressupostos e motivos legais.

**In casu**, limitou-se o juiz a reproduzir textos legais e julgados do Superior Tribunal de Justiça, para estabelecer mera relação abstrata entre circunstâncias do crime, periculosidade do agente e ordem pública, sem qualquer dado ou elemento de prova concreto e existente nos autos quanto aos agentes e o delito que teriam praticado.

Veja-se, para a certeza das coisas, a letra do decreto de prisão preventiva do paciente:

“(…)

“Recebo a denúncia.

A Doutora Promotora de Justiça representa pela conversão da prisão provisória decretada em prisão preventiva, aduzindo as razões.

Presentes, na hipótese, como já dito na decisão de fl. 168, os pressupostos autorizadores da tutela cautelar solicitada. Naquela oportunidade, os relatos colhidos no inquérito já davam prova da existência do crime e da autoria do fato por parte dos indiciados.

Vale ressaltar que a conduta delituosa imputada aos agentes, além de dolosa e punida com reclusão, encontra amparo na Lei n. 8.072/1990, sendo considerado hediondo, daí a presença indiscutível do **fumus boni iuris**.

O **periculum in mora**, por sua vez, se fundamenta pela garantia da ordem pública, para garantia da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, atento ao que reza o art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decretar que ‘a periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, se presta para motivar a necessidade de segregação provisória como garantia da ordem pública’ (STJ, Sexta Turma, Relator Ministro Costa Leite, RHC n. 811, EJSTJ 4/241), até porque ‘a jurisprudência de nossos Pretórios tem entendido por ‘garantia de ordem pública’, não só aquela feita para evitar novos crimes, mas também a prisão, quando o delito ocasiona grande impacto social e mesmo por questão de credibilidade da Justiça’ (STJ, Sexta Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, RHC n. 2.463-3; EJSTJ 6/258).

Há notícias da prática de um crime extremamente grave, autêntica prática hedionda (Lei n. 8.072/1990, art. 1<sup>ª</sup>), através do qual ceifou uma vida humana.

**Ex positis**, como garantia da ordem pública (pelas circunstâncias do crime, para evitar a reprodução de fatos criminosos e como instrumento da manutenção da credibilidade da Justiça), para garantia da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, acolho a presente representação, ante a concordância ministerial e decreto a prisão preventiva de Fagner Moreira Barbosa e Flávio Alexandre Fontes, ordem essa a ser executada com as cautelas de estilo, sempre dentro da legalidade.

(...)” (fls. 9/11).

Em faltando fundamentação ao decreto de custódia cautelar do paciente, realiza-se a causa de nulidade posta pela Constituição Federal ela mesma, fazendo-se inafastável a sua declaração.

Pelo exposto, concedo a ordem de **habeas corpus**, para desconstituir o decreto de prisão preventiva dos pacientes Fagner Moreira Barbosa e Flávio Alexandre Fontes de Oliveira.

É o voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 36.403-DF (2004/0089616-4)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Sandro Nogueira de Barros Leite — Defensor Público

Impetrada: Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Paciente: Ivan Luiz da Silva (preso)

### **EMENTA**

**Habeas corpus.** Direito Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Associação. Regime fechado. Incabimento. *Writ* concedido.

1. O regime fechado, enquanto obrigatório para o integral cumprimento da penal prisional, é próprio dos crimes hediondos e dos delitos que lhes são equiparados, entre os quais figura o tráfico e

entorpecente, mas não a infração penal tipificada no art. 14 da Lei de Tóxicos (Lei n 8.072/1990, art. 2º, § 1º).

2. Ordem concedida.

## ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 16 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJ 1ª.02.2005

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, improvando o apelo interposto por Ivan Luiz da Silva, preservou-lhe a pena de 10 anos, 1 mês e 24 dias de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado, que lhe foi imposta pela prática dos delitos tipificados nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, e 157, § 2º, inciso I e II, combinado com o art. 14, inciso II, e art. 70, do Código de Penal.

A impetração está fundada na ilegalidade na fixação do regime prisional inflexível, no que toca ao crime de associação, eis que, de acordo com a jurisprudência pátria, à minguada de previsão legal, não é ele considerado crime hediondo.

Pugna, ao final, pela concessão da ordem “(...) para que o regime de cumprimento da pena, no que tange ao delito previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/1976, seja o *inicial* fechado (...)” (fl. 6).

Informações às fls. 53/67.

O Ministério Público Federal veio pela concessão da ordem.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, **habeas corpus** contra a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, improvendo o apelo interposto por Ivan Luiz da Silva, preservou-lhe a pena de 10 anos, 1 mês e 24 dias de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado, que lhe foi imposta pela prática dos delitos tipificados nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, e 157, § 2<sup>a</sup>, inciso I e II, combinado com o art. 14, inciso II, e art. 70 do Código de Penal.

A impetração está fundada na ilegalidade na fixação do regime prisional inflexível, no que toca ao crime de associação, eis que, de acordo com a jurisprudência pátria, à minguada de previsão legal, não é ele considerado crime hediondo.

Tratando-se do regime prisional imposto para o cumprimento da pena pelo crime de associação, mister se faz, já agora, a transcrição do art. 2<sup>a</sup> da Lei n. 8.072/1990:

“Art. 2<sup>a</sup> Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1<sup>a</sup> A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.” (Nossos os grifos).

Tem-se assim, que se tratando de tóxicos, a Lei n. 8.072/1990 apenas equiparou a hediondo o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, ou seja, o descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

É que, como cediço, em tema de hermenêutica penal, descabe ao magistrado dar interpretação extensiva para abranger tipo não definido pela lei, precisamente por ser mais gravoso ao réu.

Na espécie, tratando-se de crime de associação para o tráfico ilícito, inserto no art. 14 da Lei de Tóxicos, razão não há para a imposição do óbice da progressão do regime prisional, entendimento esse, aliás, remansoso nos Tribunais Superiores, **verbis**:

“Crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990): regime fechado integral (art. 2<sup>a</sup>, § 1<sup>a</sup>), de constitucionalidade declarada pelo Plenário (ressalva pessoal do Relator): inaplicabilidade, porém, da regra proibitiva da progressão ao condenado pelo delito de associação incriminado no art. 14 da Lei de

Entorpecentes, inconfundível com o de tráfico, tipificado no art. 12, único daquele diploma a que se aplica a Lei dos Crimes Hediondos.” (HC n. 75.978-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *in* DJ 19.06.1998).

“Embargos declaratórios. Julgamento. Posição do juiz. Ao defrontar-se com embargos declaratórios, o julgador há de atuar com espírito de compreensão, tendo presentes a angústia da parte e o predicado da completitude inerente à prestação jurisdicional, mormente quando em questão a liberdade.

Pena. Dosagem. Meio hábil. O **habeas corpus** não se mostra o veículo próprio ao exame da sentença condenatória, sob o ângulo do implemento da Justiça, no que fixada a pena acima do mínimo legal.

*Pena. Regime de cumprimento. Progressão. Lei de Tóxico. A norma extravagante do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1976, tida como constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ocasião em que fiquei vencido, juntamente com o Ministro Sepúlveda Pertence (Habeas Corpus n. 69.657-1, cujo acórdão foi veiculado no Diário da Justiça de 18 de junho de 1993) clama por interpretação estrita. O afastamento da progressividade no cumprimento da pena apenas ocorre em relação aos crimes referidos na cabeça do artigo — os hediondos, a tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Aplicação restrita, considerados os tipos da Lei n. 6.368/1976, ao do art. 12 — o tráfico de entorpecentes e drogas afins — não se estendendo, sequer, à associação cominada no art. 14.” (EDcl no HC n. 70.207-SP, Relator Ministro Paulo Brossard, *in* DJ 09.12.1994 — nossos os grifos).*

“HC. Penal. Processo Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12) e associação criminosa (art. 14). Prova **inter alios acta**. Nulidade inexistente. Correção na dosimetria da pena pelo TJRJ. Possibilidade. **Bis in idem** em relação à aplicação do art. 62, I, do CP. Inexistência. Concurso material entre o crime de tráfico e associação. Possibilidade. Precedentes. Fixação do regime de cumprimento da pena aplicada pelo art. 14 integralmente fechado. Inaplicabilidade da regra proibitiva da progressão de regime, prevista no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990. Concessão parcial da ordem.

A utilização de prova emprestada, quando não constitui o único elemento a corroborar a condenação, não vicia o processo e a decisão proferida.

O tribunal **a quo** pode corrigir erro na dosimetria da pena aplicada em 1º grau, sem precisar declarar a nulidade da referida sentença.

Não se confundem os termos preconizados pelo delito do art. 14, da Lei n. 6.368/1976 (associação), com a agravante do art. 62, I, do CP (promoção, organização ou direção da atividade criminosa). Inocorrência de **bis in idem**.

Pacífico nesta Turma o entendimento de que os delitos previstos nos arts. 12 e 14, da Lei de entorpecentes, são autônomos, não existindo impeco para o concurso material.

*A regra proibitiva da progressão de regime prisional, prevista no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, refere-se tão-somente ao tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei n. 6.368/1976), não alcançando, portanto, o delito de associação, tipificado no art. 14 da Lei de Tóxicos.*

Precedentes desta Corte e do colendo STF

Ordem parcialmente concedida.” (HC n. 17.513-RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ 22.10.2001 — nossos os grifos).

“RHC. Penal. Execução da pena. Regime prisional. Progressão. Condenação pelo crime de associação, tipificado no art. 14, da Lei n. 6.368/1976. Inaplicável a regra proibitiva da progressão de regime, prevista no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990. Fuga do condenado: Falta grave. Incompatibilidade com a progressão de regime prisional. Ausência do requisito subjetivo para a progressão.

*A regra proibitiva da progressão de regime prisional, prevista no § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, não se aplica ao delito de associação, tipificado no art. 14 da Lei de Entorpecentes, eis que inconfundível com o injusto de tráfico ilícito de entorpecentes, tipificado no art. 12, único, daquele diploma a que se aplica a referida proibição de progressão de regime. Precedente do colendo STF.*

Não tem direito à progressão de regime o apenado que se encontra foragido, eis que a fuga constitui falta grave incompatível com a mencionada progressão, a qual deve ser lastreada não só no requisito objetivo — cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior —, mas também no requisito subjetivo, qual seja, o mérito do apenado.

Recurso conhecido, mas desprovido.” (RHC n. 8.078-RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ 22.02.1999 — nossos os grifos).

“Penal. **Habeas corpus**. Cabimento. Multa. Perdimento de bens. Interceptação telefônica. Lei n. 9.296/1996. Pena. Fixação. Quantidade de droga crime de associação. Art. 14 da Lei n. 6.368/1976. Progressão de regime.

I - Não se mostra compatível com a via do **habeas corpus** a análise de alegação concernente à pena de multa prevista na parte especial do CP — não mais convertível em detenção — e ao perdimento de bens, pois eventuais vícios nesses títulos do **decisum** não acarretam qualquer ameaça ao direito de locomoção do paciente.

II - Interceptações telefônicas que foram *autorizadas judicialmente*, nos moldes da Lei n. 9.296/1996, não havendo, pois, que se falar em prova ilícita. A tese de que poderia a prova ser produzida por outros meios, o que seria óbice à referida autorização, não pode ser apreciada nesta sede, uma vez que demandaria o exame minucioso do material cognitivo constante nos autos. Por outro lado, não há, no referido diploma legal, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida a perícia.

III - A elevada quantidade e a qualidade da droga apreendida devem ser consideradas na fixação da resposta penal. Nos limites do *writ*, em princípio, é inviável desconstituir a pena *fundamentadamente* estabelecida.

IV - *A regra impeditiva da progressão de regime prevista na Lei dos Crimes Hediondos refere-se ao crime de tráfico de entorpecentes e não se aplica ao delito autônomo da associação, capitulado no art. 14 da Lei de Tóxicos. (Precedentes do STF e STJ).*

V - Quanto ao art. 12 da Lei de Drogas, o regime é integralmente fechado, sendo rejeitado o argumento de que a Lei n. 9.455/1997 teria revogado o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (precedentes).

*Ordem parcialmente conhecida, e, aí, parcialmente concedida.”* (HC n. 15.820-DF, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 04.02.2002 — nossos os grifos).

“Penal. Crime hediondo. Regime. Integralmente fechado. Falta de especificação. Progressão. Impossibilidade.

1. Se há condenação por crime hediondo e fixação na sentença que o regime será o fechado, ainda que não haja expressa indicação que seja o integralmente, assim deverá ser entendido, em obediência ao comando do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sendo, pois, descabida a progressão.

2. O delito de associação, previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/1976 não é considerado hediondo, podendo, portanto, quanto a ele, haver progressão de regime.

3. **Habeas corpus** concedido em parte.” (HC n. 17.844-RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ 15.10.2001).

Pelo exposto, concedo a ordem para possibilitar ao paciente a progressão de regime prisional no tocante ao crime inserto no art. 14 da Lei n. 6.368/1976.

É o voto.

---

### HABEAS CORPUS N. 40.397-PB (2004/0178536-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Antônio Pereira de Almeida Filho

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

Paciente: Fernando Antônio Vieira (preso)

#### EMENTA

Pena-base (fixação). Circunstâncias (duas apenas). Cálculo (pena excessiva). Sentença (insuficiente fundamentação).

1. A sentença há de ter suficiente fundamentação quando do cálculo da pena.

2. O atendimento a apenas duas das circunstâncias a que alude o art. 59 do Código Penal não é o bastante para que se fixe a pena-base na metade da soma do mínimo com o máximo. Tal quantidade era um dos efeitos da denominada reincidência específica.

3. Caso de sentença sem suficiente fundamentação.

4. **Habeas corpus** concedido a fim de se fixar nova pena-base.

#### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 03 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Nilson Naves: Na Comarca de Conceição, Estado da Paraíba, Fernando Antônio Vieira foi assim denunciado:

“Segundo se apurou, no cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido por este Juízo, os policiais federais encarregados da diligência, lograram em encontrar no interior da residência do indiciado um invólucro contendo 360 (trezentos e sessenta) gramas da substância entorpecente vulgarmente conhecida como cocaína, um revólver da marca Taurus, calibre 38, com numeração de série n. 723.595, com seis munições intactas, uma pistola da marca Beretta, calibre 6,35, com numeração de série n. 901.111, acompanhada de dois carregadores, cada um dos quais contendo sete cartuchos intactos, bem como três aparelhos de telefonia celular, sendo dois da marca Nokia e um da marca Ericsson (auto de apresentação e apreensão de fl. 14). Ato contínuo, fora o denunciado preso em flagrante delito e conduzido à delegacia de polícia desta Cidade.

(...)

... incurso nas sanções previstas no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, e art. 10 da Lei n. 9.437/1997, na forma do art. 69 do Código Penal, pelo que requer o Ministério Público a instauração de processo-crime.”

Foi condenado. Disse a sentença:

“... julgo procedente a denúncia para em consequência condenar como condenado tenho Fernando Antônio Vieira, qualificado na peça vestibular pela prática de crime de tráfico de substância entorpecente nos termos do art. 12 da Lei n. 6.368/1976 e porte ilegal de arma tipificado no art. 10 da Lei n. 9.437/1997.

Antes, porém de fixar a pena-base analiso as circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Para o crime de tráfico de substância entorpecente:

‘A culpabilidade é concreta e acentuada, porque o réu estava de posse da substância em situação transparente de que a possuía para o fim de comércio ilícito substância proibida causadora de dependência; reincidência o réu é primário; antecedentes são desfavoráveis ao réu; conduta social regular, desfaçada de cidadão de bem, porém, é do conhecimento público o seu envolvimento em ilícitos penais, principalmente tráfico de substâncias entorpecentes, já respondeu por homicídio e crime diverso nesta Comarca, inclusive encontra-se

beneficiado pelo **sursis** processual, fl. 102; personalidade desconhecida, porém com sua atitude neste processo demonstrou não ter respeito para com os seus semelhantes e a vontade de disseminar o mal; os motivos do crime são desconhecidos, aparecendo apenas o desejo do lucro fácil às custas das desgraças de pessoas menos preparadas; as circunstâncias são desconhecidas; as conseqüências do crime são nefastas a sociedade pelos danos causados às pessoas viciadas e o risco de dano com disseminação do vício e da substância entorpecente na sociedade. Sopesadas as circunstâncias judiciais fixo-lhe a pena base em 9 (nove) anos de reclusão e multa de 165 dias-multa a base de 1/30 do salário-mínimo devidamente corrigido por ocasião do recolhimento. Não reconhece qualquer das circunstâncias agravantes do art. 61 do Código Penal em desfavor do réu. Reconheço em seu favor a atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal e reduzo a pena de reclusão em 1 (um) ano e a de multa em 15 dias, totalizando a pena em 8 (oito) anos de reclusão e 150 dias-multa, pena esta que torno definitiva por não vislumbrar outras circunstâncias ou causa especial de aumento ou diminuição de pena. Indico para cumprimento da pena o Presídio Serrotão na Comarca de Campina Grande em regime fechado.

Para o crime de porte ilegal de arma de fogo...”

O inconformismo do impetrante diz respeito à fixação da pena para o crime de tráfico. Em tal aspecto, o Tribunal de Justiça manteve a sentença.

Aqui no Superior Tribunal, o Ministério Público Federal, pela palavra do Subprocurador-Geral Pessoa Lins, pronunciou-se assim:

“6. O impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena, asseverando que as circunstâncias judiciais aduzidas não possuíam o condão de exasperar tanto a pena base. Não obstante, exsurge da leitura da sentença condenatória e do v. acórdão guerreado que a aplicação da pena deu-se de maneira devidamente fundamentada, em obediência estrita aos critérios legais.

7. Por ocasião do acórdão, o Tribunal de Justiça da Paraíba atentou para os maus antecedentes do réu, bem como para as circunstâncias do crime, fazendo a necessária análise, assim, das circunstâncias judiciais, consoante depreende-se da detida análise da aludida decisão (fls. 40/47).

8. Consoante entendimento adotado pelo STJ a exasperação da pena-base, acima do mínimo legal, resta justificada quando na decisão condenatória se reconhece as circunstâncias judiciais desfavoráveis, não havendo qualquer ilegalidade na espécie:

‘Processual Penal. **Habeas corpus**. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Legalidade. Regime prisional inicial fechado. Pertinência. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Culpabilidade, conduta social, personalidade e conseqüências do crime consideradas negativamente. *Writ* denegado.

I - A exasperação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente justificada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, não havendo qualquer ilegalidade na espécie.

II - Não houve **bis in idem** na consideração da quantidade de delitos cometidos, visto que tal fato não foi considerado na primeira fase de fixação da pena, quando da análise das circunstâncias judiciais, mas tão-somente para aplicar a regra prevista no art. 71 do Código Penal, aumentando-se a pena em 1/3.

III - Reconhece-se a existência de certa discricionariedade na fixação de regime mais rigoroso, porém necessária se faz a pertinente fundamentação em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

IV - Foram reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis pela sentença penal condenatória, quais sejam, a culpabilidade, a conduta social, a personalidade e as conseqüências do crime, e valendo-se o julgador da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal, não impedindo a fixação do regime inicialmente fechado de cumprimento de pena.

V - *Writ* denegado.’ (HC n. 34.859-MG, Ministro Gilson Dipp, DJ 17.12.2004.)

9. Com efeito, perquirição mais acurada em torno do acerto ou justiça do **decisum** seria incabível em sede de **habeas corpus**. Uma vez não demonstrada, de pronto, a ilegalidade da decisão, o *writ* não pode ser provido.

10. Pelo exposto, o Ministério Público Federal pronuncia-se pela denegação da ordem.”

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Estamos cuidando de caso em que o réu, segundo a denúncia — vejam bem, segundo a denúncia —, tinha, em sua

residência, 360 (trezentos e sessenta) gramas de substância entorpecente (cocaína). Apesar disso, a impressão que tenho é a de que estamos diante de caso de pena excessivamente fixada, considerando a motivação constante da sentença transcrita no relatório. Foi a pena-base lá lançada, à conta do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, em 9 (nove) anos de reclusão, isto é, a metade da soma do mínimo de 3 (três) anos com o máximo de 15 (quinze) anos. Tal quantidade, noutros tempos, era um dos efeitos da denominada reincidência específica. Falava o Código que tal reincidência importava “a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo”.

Vejam que — é o que eu vejo se enganado não estiver —, entre as circunstâncias a que se refere o art. 59 do Código Penal, o magistrado de 1ª grau acabou por atender à culpabilidade — falou que a culpabilidade era concreta e acentuada, porque o réu possuía a substância entorpecente “para o fim de comércio ilícito” (mas, é claro, não fez referência à quantidade) — e às conseqüências do crime — que eram, disse, conseqüências nefastas à sociedade (o magistrado também não fez referência aos 360 gramas). Sucede, entretanto, que o atendimento a duas das circunstâncias judiciais não era o bastante, a meu sentir, para que se fixasse a pena-base no montante de 9 (nove) anos. É certo que há, na sentença, alusão a outras circunstâncias, porém não houve, a seu respeito, valoração negativa (quanto aos antecedentes, a sentença limitou-se a consignar que eram desfavoráveis ao réu).

No julgamento do **Habeas Corpus** n. 37.367, sessão do dia 03.03.2005, o meu voto foi acolhido. Há semelhança entre os casos, porque lá também estávamos diante de excesso de pena em caso de homicídio qualificado. Foi a ordem concedida, ocasião em que ajustamos a pena à realidade dos fatos.

Aqui reputo, de igual modo, tratar-se de fundamentação insuficiente. Podendo, em conseqüência, anular a sentença, vou, contudo, qual o precedente, mais à frente, a fim de solucionar a pendência de uma vez por todas. Partindo das circunstâncias atendidas pela sentença, a minha proposta é no sentido de, *para o crime de tráfico*, fixar a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão, dela diminuindo 1 (um) ano pela circunstância atenuante da confissão. Voto, pois, pela concessão da ordem a fim de reduzir a pena privativa de liberdade de 8 (oito) para 5 (cinco) anos, em definitivo. Quanto à multa, fixo-a em 90 (noventa) dias-multa.

**HABEAS CORPUS N. 41.713-SP (2005/0021046-5)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: Maria Fernanda Silos Araújo — Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrada: Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Ricardo dos Santos (preso)

**EMENTA**

Penal. Recurso especial. Crime contra o patrimônio. Art. 33 do CP Réu reincidente. Pena superior a 4 anos. Regime inicial fechado. Ausência de constrangimento.

1. Nos termos do § 2º do art. 33 do Código Penal, proíbe-se ao réu reincidente a fixação do regime aberto, em qualquer caso, e do semi-aberto, quando a pena for superior a 4 anos.

2. Nenhum constrangimento a ser corrigido. Ordem denegada.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

---

DJ 07.11.2005

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: 1. Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em benefício de Ricardo dos Santos, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, quando do julgamento da apelação.

Condenado a uma pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, além do pagamento de multa, insurge-se o paciente requerendo a concessão da ordem de modo a que seja fixado o regime semi-aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, em oposição ao regime fechado, fixado na r. sentença e mantido pelo Tribunal **a quo**.

Prestadas as informações (fls. 43/65), o parecer da Subprocuradoria Geral da República é pela denegação da ordem (fls. 67/70).

É o breve relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação interposto, visando à absolvição e à fixação do regime semi-aberto para cumprimento da reprimenda imposta.

Na presente impetração, pugna-se pela fixação do regime semi-aberto aos pacientes, pois o regime prisional mais gravoso teria sido fixado com base na gravidade do delito.

Não merecem prosperar os argumentos.

Inicialmente, não se verifica qualquer deficiência na fundamentação do regime prisional imposto aos pacientes.

A lei permite ao juiz, desde que motivadamente, fixar regime mais rigoroso, conforme seja recomendável por alguma das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

No caso dos autos, o paciente foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, regime inicialmente fechado, como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

O Magistrado singular, fundamentou a fixação da pena-base, bem justificou a imposição do regime inicial fechado, **verbis**:

“Em atenção ao disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a pena será cumprida em seu início no regime fechado. Trata-se de crime da maior gravidade, do tipo que perturba e intranqüiliza a população, tendo o réu agido com agressividade. Ademais, ele é reincidente e não comprovou que exerce algum tipo de ocupação lícita, não havendo garantias de que em liberdade, não voltará a delinquir, colocando em risco a ordem pública. Não possui mérito pessoal para obter regime prisional mais brando, nem para retornar, no momento ao convívio social. O regime fechado é o mais adequado para a reprovação e preservação do crime praticado.” (Fl. 63)

Nos termos do § 2º do art. 33 do Código Penal, proíbe-se ao réu reincidente a fixação do regime aberto, em qualquer caso, e do semi-aberto, quando a pena for superior a 4 anos.

**In casu**, ao paciente foi imposta a pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, tendo sido ressaltada a sua condição de reincidente pelo magistrado singular (fl. 14).

Dessarte, nos termos do dispositivo acima destacado e da jurisprudência esta Corte, não há constrangimento ilegal na imposição do regime inicial fechado.

A respeito:

“Penal. **Habeas corpus**. Roubo. Majorante. Emprego de arma de brinquedo. Regime inicial de cumprimento de pena.

I - Se a intimidação com arma de brinquedo não autoriza a majoração da pena do delito de roubo (Súmula n. 174 do STJ cancelada), também não há de incidir a majorante se não houve comprovação suficiente de que a arma era verdadeira, uma vez que não foi apreendida.

II - O réu reincidente condenado a pena superior a 4 (quatro) anos não tem o direito de iniciar o cumprimento de pena em regime semi-aberto (art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal).

III - O réu condenado a pena superior a 8 (oito) anos não tem o direito de iniciar o cumprimento de pena em regime semi-aberto (art. 33, § 2º, **a**, do Código Penal).

**Habeas corpus** parcialmente deferido.” (HC n. 17.030-SP/DJ 18.02.2002, Relator Ministro Felix Fischer).

“Recurso especial. Criminal. Furto qualificado. Reincidência. Regime prisional.

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

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

3. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 184.774-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 22.11.1999)

Diante do exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

## HABEAS CORPUS N. 43.821-RO (2005/0072199-2)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Edmundo Santiago Chagas e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Paciente: Ademário Serafim de Andrade (Preso)

### EMENTA

**Habeas corpus.** Júri. Desaforamento. Pedido formulado pelo Ministério Público e pelo magistrado. Alegação de nulidade decorrente da falta de intimação da defesa. Inocorrência. Réu intimado. Ordem denegada.

1. Tendo o paciente e seu advogado ciência inequívoca da tramitação de pedido de desaforamento, como deixam certo as informações prestadas pelo Tribunal de origem, não existe nulidade na falta de publicação do despacho do relator determinando a notificação dos acusados, principalmente por ter o magistrado de 1ª grau também representado pelo deslocamento da competência.

2. Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

---

DJ19.12.2005

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Os Drs. Edmundo Santiago Chagas e Edmundo Santiago Chagas Júnior impetram **habeas corpus** em favor de Adhemar Serafim

de Andrade, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Rondônia.

Colhe-se dos autos que o paciente foi denunciado, juntamente com outras pessoas, no Juízo de Direito da Comarca de Jarú, em Rondônia, pela prática do delito de homicídio duplamente qualificado, tendo o Tribunal de origem, acolhendo pedido formulado pelo Ministério Público e pelo magistrado de 1ª grau, determinado o desaforamento do feito para a Comarca da Capital, onde ele foi condenado, pela 2ª Vara do Tribunal do Júri de Porto Velho, a 19 anos e 11 meses de reclusão, a serem cumpridos integralmente em regime fechado, negado o direito de apelar em liberdade.

Busca a impetração que se decrete a nulidade do Processo de Desaforamento n. 03.001099-3, por cerceamento de defesa, dada a falta de intimação dos advogados do paciente para contestar o pedido formulado pelo Ministério Público, e, conseqüentemente, se reconheça a nulidade do júri realizado, — Ação Penal n. 501.2003.001851-5, assegurando-lhe o direito de aguardar em liberdade o novo julgamento.

Foram prestadas informações, às fls. 143/145, pelo Tribunal de Justiça de Rondônia e, às fls. 148/150, pelo Juízo de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Porto Velho, naquele Estado.

Após o parecer do Ministério Público opinando pela denegação da ordem, fls. 166/170, o impetrante, à fl. 176, requereu, ao argumento de que as informações prestadas não seriam suficientes para elucidar a questão, fossem requisitados os autos originais dos Pedidos de Desaforamento ns. 200.000.2003.001099-3 e 200.00.2003.001109-4.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A ordem não deve ser concedida.

Observo, desde logo, não entender necessária a requisição de autos, pois os elementos aqui existentes são suficientes à compreensão do ocorrido.

No mérito, não há nulidade a ser proclamada.

Com efeito, as informações do Tribunal de Justiça de Rondônia são bastante esclarecedoras, impondo-se, no ponto, sua transcrição:

“O paciente Ademário Serafim de Andrade, vulgo ‘Dema’, foi ‘submetido a julgamento no dia 20.08.2003, pela 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Porto Velho-RO e, ao final, condenado à pena de 19 (dezenove) anos e 11

(onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, como mandante do homicídio qualificado, perpetrado contra a pessoa de José de Souza Silva, vulgo 'Zé Goiano': ocorrido no dia 18.08.2002, no distrito de Tarilândia, Município e Comarca de Jaru-RO, encontrando-se atualmente recolhido no sistema carcerário desta capital.

O julgamento ocorreu nesta Comarca, em virtude da r. decisão proferida no v. acórdão que julgou o Pedido de Desaforamento n. 03.001099-3, em que é requerente o Ministério Público do Estado de Rondônia e, requeridos Márcio Silveira de Oliveira, Clélio de Assis Mendes, Ademário Serafim de Andrade, Ademar Ferreira da Silva e Antônio Lucas de Andrade (no qual está apensado idêntico Pedido de Desaforamento, autuado sob o n. 03.001109-4, em que foi requerente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaru e, requeridos os mesmos).

Ressalto, que foram 2 (dois) os pedidos de desaforamento formulados: um pelo Ministério Público (autuado neste Tribunal em 12.03.2003) e, outro pelo Juiz de Direito (autuado em 13.03.2003), sendo ambos distribuídos ao eminente Desembargador Eliseu Fernandes, que determinou o apensamento do 2ª, no que por primeiro foi distribuído, qual seja o de n. 03.001099-3, bem assim, que fossem requisitadas informações ao MM. Juiz da Vara Criminal de Jaru e as notificações de todos os réus para responderem às razões do pedido e, a publicação do despacho (fl. 120).

Em cumprimento ao referido despacho, foram expedidos ofício ao Juiz e, carta de ordem para as notificações pessoais dos réus (fls. 121 e 122), sendo que às fls. 124/126, foram juntadas as informações do magistrado na qual o mesmo pugnou, não só pelo desaforamento, mas também pelo sobressalto de Comarca, para que o mesmo se afastasse o máximo daquela urbe, onde o acusado Ademário Serafim de Andrade (ora paciente), fora prefeito, vez que nas Comarcas mais próximas, o mesmo possui grande influência política a caracterizar dúvidas sobre a imparcialidade do júri, sendo que no caso dos autos, os fatos se sobrepujam aos indícios de sua influência.

O r. despacho antes referido (fl. 120), por falha e lapso do cartório, não foi publicado, contudo, as notificações de todos os réus, inclusive do ora paciente, Ademário Serafim de Andrade, foram efetuadas pessoalmente pelos Srs. Meirinhos das Comarcas de Jarú (fls. 146v. e 147) e, de Ji-Paraná (fl. 152), sendo que a carta de ordem (de caráter itinerante), foi devolvida a este Tribunal e, juntada aos autos em 26.03.2003, data em que os autos foram

conclusos ao eminente relator, que pelo r. despacho exarado à fl. 153v., em 27.03.2003, determinou que se aguardasse o término do transcurso do prazo para resposta dos réus e, após a remessa dos autos para parecer ministerial; ressalte-se que o prazo de 10 (dez) dias para o decurso do prazo, vez que pessoal tinham sido as notificações, havia se iniciado na juntada da carta de crdem, em 26.03.2003 e, este novo despacho (fl. 153v.), foi regularmente publicado no Diário da Justiça em 02.04.2003, sendo que após decorridos os 10 (dez) dias (repita-se da juntada da carta de crdem), mais precisamente no dia 08.04.2003, foi certificado o transcurso do prazo **in albis** sem qualquer manifestação de nenhum dos réus.

Importante salientar, que nem mesmo a contar da publicação do 2º despacho no dia 02.04.2003 (que ocorreu normalmente e no qual foi consignado, inclusive, o nome do advogado impetrante do **habeas corpus**), houve qualquer manifestação e/ou contestação ao pedido de desaforamento, nos 10 (dez) dias que se sucederam (e em nenhum outro), até o trânsito em julgado da r. decisão proferida na sessão plenária desta corte, do dia 16.04.2003, que por unanimidade acolheu o pedido a fim de que o julgamento dos réus fosse desaforado para a Comarca de Porto Velho.

Ressalte-se também, que o advogado-impetrante, patrono do réu/paciente, mais uma vez foi regularmente intimado do julgamento, com a publicação da pauta para a sessão plenária e, não compareceu à mesma e nem tampouco manifestou-se acerca de qualquer nulidade que agora vislumbra, sendo que ainda para o referido julgamento, foi também intimado o Sr. Defensor Público (pessoalmente) e, de igual forma ao impetrante, não compareceu e nada pleiteou.” (Fls. 143/145)

Resta evidente, portanto, que o paciente e seu patrono tinham ciência inequívoca de que tramitava no Tribunal de origem pedido de desaforamento da ação penal a que o primeiro respondia, constituindo mera irregularidade a falta de publicação no Diário da Justiça do primeiro despacho do relator, principalmente porque também o magistrado de 1ª grau representou pelo deslocamento da competência.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

**RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 16.910-MG (2004/0162848-9)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Joel Jorge Segundo

Advogado: Marcelo Campos de Figueiredo

Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

**EMENTA**

Recurso em **habeas corpus**. Processual Penal. Crime de estelionato. Pedido de absolvição. Impropriedade da via eleita. Direito de apelar em liberdade. Réu reincidente e personalidade voltada para o crime. Acórdão fundamentado.

1. A proclamação, no decreto condenatório, da reincidência, da personalidade voltada para as práticas ilícitas e da esperteza em obter bens de maneira desonesta e fácil constituem motivo suficiente a impor regime inicial de cumprimento de pena mais severo e a obstar o direito de apelar em liberdade. Impossibilidade. Precedentes do STJ.

2. Não deve o condenado aguardar o julgamento do recurso solto, como bem determinou fundamentadamente a sentença condenatória e o acórdão atacado, haja vista ser reincidente e possuir personalidade desvirtuada e voltada para o crime. Precedentes do STJ.

3. O fato de o réu, condenado pela prática de furto qualificado, haver respondido ao processo em liberdade, não obsta sua prisão em decorrência da sentença, quando constatado ser reincidente.

4. Recurso improvido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Neves, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto por Joel Jorge Segundo, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem impetrada, considerando fundamentada a decisão que negou ao réu o direito de apelar em liberdade.

Inconformado, recorre alegando que a fundamentação da sentença para a negativa de apelar em liberdade fundou-se exclusivamente nos critérios subjetivos do art. 59, o que não pode ser aceito, já que o réu respondeu solto ao processo e compareceu a todos os atos judiciais durante a instrução, não tendo sido o crime cometido com violência ou grave ameaça.

Aduz, ainda que seu recurso de apelação ainda não foi recebido pelo Juiz **a quo**, o que está lhe causando prejuízo, razão por que busca ver corrigido ilegal constrangimento de que está sofrendo por ter negado seu direito de responder em liberdade, bem como por não ter sido, ainda, recebido seu apelo.

O parecer da Subprocuradoria Geral da República é pelo improvimento do recurso (96/105).

## VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): Sem razão o recorrente.

Cabe esclarecer inicialmente que não há nenhum ilegal constrangimento a ser corrigido, decorrente do não recebimento do apelo, até porque, conforme se pode verificar da impetração, o réu sequer foi intimado por sua própria culpa, mudando seu domicílio sem comunicar ao juízo, dificultando sua localização.

Quanto ao pretendido direito de apelar em liberdade, melhor sorte não lhe assiste.

O acusado foi condenado a dois anos e seis meses de reclusão, em regime semi-aberto, por infringência do art. 171, **caput**, do Código Penal, requer, nesta oportunidade, que lhe seja deferido o direito de apelar em liberdade, porquanto respondeu a todo o processo nessa condição. Aduz, ainda, que é primário, possui bons antecedentes, residência fixa e conhecida e profissão definida.

O recurso, entretanto, não merece provimento.

Com efeito, conquanto o paciente tenha respondido ao processo em liberdade, por ocasião da sentença condenatória, que lhe negou o direito de apelar em liberdade, o magistrado demonstrou, de maneira contundente, a necessidade de seu

recolhimento à prisão, lastreando-se em outros elementos que não os antecedentes criminais.

Com efeito, nesse particular, destaca-se da sentença condenatória (fls. 52/63), **verbis**:

“O réu cumprirá, inicialmente, a pena em regime semi-aberto, a teor do disposto no art. 33, § 3<sup>o</sup>, do Código Penal, visto que na determinação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios previstos no art. 59 do CP, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e à conduta social. No caso, a imposição do regime inicial como sendo o semi-aberto decorre da personalidade audaciosa e a periculosidade do acusado, revelada pela reiterada prática de crimes contra o patrimônio, com várias condenações definitivas, de modo que, trata-se de uma pessoa indesejável ao convívio social, afeita ao **mundus criminis**, com passagens respeitáveis pelos anais da delinquência, com caráter altamente corrompido” (fl. 61).

De outro lado, destaca-se do v. acórdão guerreado (fls. 33/38), **verbis**:

“Ora, salvo melhor juízo, encontra-se devidamente justificada a negativa à concessão dos benefícios reclamados pelo paciente. Ao que consta, ele é portador de vastos antecedentes criminais, sendo certo que sua liberdade representa risco ao meio social, considerando ser pessoa dada à prática de investidas contra o patrimônio alheio, sendo medida temerária a concessão de qualquer benefício” (fl. 72).

Com efeito, a r. sentença condenatória, ao vedar ao paciente o direito de recorrer em liberdade, determinando, ao final, a expedição do mandado de prisão, está convenientemente fundamentada, além de correto o comando jurisdicional, porque, embora tivesse ele respondido solto ao processo, com a condenação imposta, por crime de estelionato, deve se recolher à prisão, a teor do disposto no art. 594 do Código de Processo Penal, pois nenhuma justificativa plausível e relevante há, para se entender de forma diferente, considerado, ainda o disposto na Súmula n. 9 do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Como se observa, foram consideradas pelo magistrado, e confirmadas pelo Tribunal **a quo**, as circunstâncias judiciais desfavoráveis, a personalidade distorcida, a necessidade de assegurar a segurança social, além, obviamente, da vasta folha de antecedentes que o paciente ostenta.

A propósito do tema, destaco:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Crime de estelionato. Pedido de absolvição. Improriedade da via eleita. Direito de apelar em liberdade. Réu reincidente e personalidade voltada para o crime. Acórdão fundamentado. Impossibilidade. Precedentes do STJ.

1. Não há como, na estreita via do **habeas corpus**, absolver o paciente da prática do crime de estelionato, porquanto a aferição da atipicidade da conduta, por ausência do dolo específico, demandaria, com retidão, o reexame do conjunto fático-probatório, a revisão da sentença condenatória em sua integralidade e o exercício do contraditório em sua plenitude.

2. Não deve o condenado aguardar o julgamento do recurso solto, como bem determinou fundamentadamente a sentença condenatória e o acórdão atacado, haja vista ser reincidente e possuir personalidade desvirtuada e voltada para o crime. Precedentes do STJ.

3. *Writ denegado.*” (HC n. 24.444-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 22.03.2004).

“Recurso em **habeas corpus**. Sentença. Fundamentação. Regime de cumprimento de pena. Apelo em liberdade.

1. Não há confundir ausência de fundamentação com decisão contrária aos interesses do réu.

2. A proclamação, no decreto condenatório, da reincidência, da personalidade voltada para as práticas ilícitas e da esperteza em obter bens de maneira desonesta e fácil constituem motivo suficiente a impor regime inicial de cumprimento de pena mais severo e a obstar o direito de apelar em liberdade.

3. Recurso improvido.” (RHC n. 10.580-PR, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 25.06.2001).

“**Habeas corpus**. Direito de apelar em liberdade. Art. 594 do CPP. Reincidência reconhecida na sentença condenatória. Ordem denegada.

O benefício de que trata o art. 594 do CPP, não alcança o paciente reincidente, assim proclamado no decreto condenatório, devendo recolher-se à prisão para recorrer, ainda que tenha aguardado o julgamento da ação penal em liberdade.

Precedentes.

Ordem denegada.” (HC n. 28.393-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 13.10.2003).

“**Habeas corpus**. Ausência de fundamentação da sentença. Inocorrência. Direito de apelar em liberdade. Furto qualificado. Réu reincidente.

O fato do réu, condenado pela prática de furto qualificado, haver respondido ao processo em liberdade, não obsta sua prisão em decorrência da sentença quando constatado ser reincidente.

Precedentes.

Ordem denegada.” (HC n. 25.710-RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ 29.09.2003).

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 389.348-SC (2001/0155468-2)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Paulo Roberto de Souza Freitas

Advogados: Hélio de Melo Mosimann e outros

Recorrido: Almy Barcellos de Britto

Advogado: Juliano Meneghel

Recorrido: União

#### EMENTA

Administrativo. Servidor público. Pensão por morte. Companheiro. Lei n. 8.112/1990. Art. 217. Dependência econômica. Comprovação. Desnecessidade. União estável. Inexistência à época do óbito.

1. O art. 246, § 3ª, da Constituição Federal, prestigiou a união estável, reconhecendo-a como entidade familiar.

2. Nos termos do art. 217 da Lei n. 8.112/1990, são beneficiários das pensões os companheiros designados que comprovem união estável, nada sendo dado ao intérprete acrescer o requisito da dependência econômica, que deve ser presumida.

3. “Se a sentença se baseou em dois fundamentos suficientes e apenas um deles foi atacado na apelação e no recurso especial, opera-se o trânsito em julgado da decisão pelo outro, irrecorrido” (REsp n. 39.169-SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ 23.05.1994).

4. Ademais, o quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias não autoriza a concessão do benefício pleiteado, dado que o ora recorrente, à época do óbito da servidora, não preenchia a condição de companheiro, visto que a união estável já havia se desfeito.

5. Recurso improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

---

DJ 13.03.2006

### RELATÓRIO

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

“Administrativo. Servidor público. Pensão. Convivência **more uxorio**. Dependência econômica. Incomprovada. Pensão indevida.

1. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, a que o ordenamento denomina de união estável.

2. Comprovada a dependência econômica entre os companheiros, bem como feita a prova da convivência marital por meio de provas documentais e testemunhais inequívocas, emerge direito à pensão. Caso em que não restou comprovada a dependência econômica.

3. Apelação improvida.” (Fl. 114)

O recorrente aponta violação do art. 217, inciso I, letra c, da Lei n. 8.112/1990, sustentando, em síntese, ser ilegal a exigência de comprovação da dependência econômica para que companheiro de servidor público falecido faça jus ao recebimento da pensão por morte prevista no art. 215 do aludido diploma.

Contra-razões às fls. 123/126.

Admitido na origem, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Consta do relato da sentença de 1<sup>o</sup> grau:

“Trata-se de ação de reconhecimento de direito, movida inicialmente contra a União apenas, onde o autor acima nomeado reclama para si a pensão por morte de Dora Leonor de Oliveira Brito, juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 12<sup>a</sup> Região, com que alega ter vivido, sob união estável, de abril de 1988 até a data de seu óbito, em 19 de fevereiro de 1993. Informa que referida união estável foi judicialmente reconhecida, em ação declaratória de existência de sociedade de fato que tramitou na 5<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Passo Fundo-RS. Alega, ainda, que requereu administrativamente ao TRT da 12<sup>a</sup> Região a pensão ora pleiteada, o que lhe foi negado sob o argumento de que o benefício já havia sido deferido ao viúvo da juíza, o Sr. Almy Barcellos de Britto. Por fim, pede a concessão de liminar para que a pensão pretendida que seja paga a partir de então.

Pela decisão de fls. 45/46, foi indeferido o pedido de antecipação liminar da tutela, e assinado prazo ao autor para que promovesse a citação do atual titular da pensão, como litisconsorte passivo necessário.

Atendida esta determinação, incluiu-se Almy Barcellos de Britto como litisconsorte passivo, e promoveram-se as devidas citações.” (Fl. 85)

O pedido foi julgado improcedente com base em dois fundamentos: 1<sup>o</sup>) ausência de comprovação da dependência econômica do autor em relação à servidora falecida; 2<sup>o</sup>) a união estável já se desfizera quando do falecimento da instituidora da pensão.

Apelou o autor sob o único fundamento de que com o advento da Lei n. 9.278/1996, os companheiros, comprovada a união estável, passaram a gozar dos mesmos direitos garantidos aos casados.

O Tribunal de origem, embasado nos arts. 226, § 3º, da Constituição Federal e 1ª da Lei n. 9.278/1996, embora reconhecendo os reflexos da união estável sobre a relação estatutária de que cuida a Lei n. 8.112/1990, confirmou integralmente o provimento monocrático, ratificando a tese de que a inexistência de comprovação da dependência econômica obstará a concessão da pensão.

É esse o teor do dispositivo tido por malferido, **verbis**:

“Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - Vitalícia:

a) o cônjuge;

b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;

c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;

d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;

e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor.

(...)”

Verifica-se, assim, que a lei somente prevê a comprovação da dependência econômica para o deferimento da pensão vitalícia em duas únicas hipóteses, quais sejam, pais e pessoas idosas ou portadoras de deficiência física.

Já com relação ao companheiro, exige-se a prévia designação, circunstância que tem sido mitigada pela jurisprudência desta Corte, e a comprovação da união estável como entidade familiar, nada autorizando o intérprete a acrescentar requisito não previsto em lei.

Sob outro enfoque, conforme dispunha o inciso III do art. 231 do Código Civil de 1916, atual art. 1.566, II, é dever dos cônjuges a mútua assistência, daí a presunção legal de dependência econômica entre eles, mandamento que, com o advento da Constituição de 1988 e a Lei do Concubinato, deve ser inteiramente aplicado aos companheiros, razão pela qual não há falar em comprovação de dependência econômica.

A irrisignação, contudo, não pode ser acolhida.

Após discorrer sobre a ausência de comprovação da dependência econômica, assentou a sentença de 1ª grau:

“Não bastassem esses óbices ao reconhecimento da pretensão do autor, acresce que, por ocasião do falecimento de Dora Leonor, em 19 de fevereiro de

1993 (certidão de fl. 9), já se desfizera a união informal ou sociedade de fato entre o casal. A sentença proferida pelo juiz de Direito da Comarca de Passo Fundo — RS (fls. 26/31), confirmada por acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (fls. 39/42), foi expressa no sentido de reconhecer a existência de sociedade de fato apenas no período de dezembro de 1988 a dezembro de 1992. Tal acórdão produziu coisa julgada, devendo a relação jurídica, por ele declarada, ser obrigatoriamente tomada como premissa da presente decisão. Se, como visto, a união informal não era contemporânea à morte da magistrada, não tem o pretense ex-companheiro direito a pensão, porque a lei indica como beneficiário da pensão apenas ‘o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar’ (Lei n. 8.112/1990, art. 217, I, c), e não ‘ex-companheiro’.

Da sentença proferida na Ação Declaratória de Existência de Sociedade de Fato proposta pelo autor contra o espólio de Dora Leonor de Oliveira Britto, consta (fl. 29), mais, que a convivência **more uxorio** findou em dezembro de 1992, *quando Dora Leonor retornou ao Rio Grande do Sul (Passo Fundo), já debilitada pela doença que lhe causou a morte (tumor pulmonar, fl. 9)*. Ora, justamente no momento mais crucial da existência da finada, isto é, ao cabo de sua vida, não se fazia presente o agora declarado companheiro, tanto que quem levou a certidão de óbito ao Registro Civil foi o marido de Dora Leonor, de quem estava separada de fato (fl. 9). Morta a ex-companheira, apressou-se o autor em buscar não só o espólio por ela deixado, senão também em habilitar-se à pensão por morte. Trata-se sem dúvida de pessoa movida pelo fisiologismo, porque homem algum, capaz para o trabalho, e provido de formação ética, buscaria, morta a ex-companheira, a quem nos momentos derradeiros não assistiu, tirar vantagens econômicas da extinta união informal.” (Fls. 89/90)

Referido fundamento, como visto, não foi objeto do apelo interposto pelo ora recorrente, que limitou-se a infirmar a exigência de comprovação econômica, único tema apreciado pelo aresto hostilizado.

Destarte, “se a sentença se baseou em dois fundamentos suficientes e apenas um deles foi atacado na apelação e no recurso especial, opera-se o trânsito em julgado da decisão pelo outro, irrecorrido” (REsp n. 39.169-SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ 23.05.1994).

Assim, tomando-se em conta o quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias, não se pode autorizar a concessão do benefício pleiteado, dado que o

ora recorrente, à época do óbito da servidora, já não mais detinha a condição de companheiro.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Medina: Sr. Presidente, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Trata-se de recurso especial, interposto por Paulo Roberto de Souza Freitas, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em sede de recurso, manteve sentença denegatória do pleito intentado contra a União, em que se postula pensão em decorrência do óbito de Dora Leonor de Oliveira Brito, ex-magistrada do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região-SC.

Com efeito, tenho que o ora recorrente não detinha os requisitos para ser beneficiado pela pensão por morte, tendo em vista que a união estável embasadora do pedido não mais existia à época do passamento.

É que a Lei n. 8.112/1990, em seu art. 217, determina:

“Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - Vitalícia:

(...)

c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;”

E o magistrado de 1ª instância, ao denegar o benefício, asseverou a inexistência de relacionamento entre a falecida e o ora recorrente desde dezembro de 1992, tendo o óbito ocorrido apenas em meados de fevereiro de 1993, quando este não mais ostentava a condição de companheiro.

Ora, como bem asseverado pelo insigne Ministro Paulo Gallotti, tal fundamento, suficiente à resolução da controvérsia, restou inatacado em sede de apelação, o que implicou seu trânsito em julgado.

Posto isso, acompanho o Ministro-Relator e nego provimento ao recurso especial.

**RECURSO ESPECIAL N. 734.312-RS (2005/0043826-6)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Jeferson Rosa Costa (preso)

Advogados: Nesy Marina Ramos — Defensora Pública e outro

**EMENTA**

Recurso especial. Latrocínio tentado. Súmula n. 7-STJ. Pena aquém do mínimo. Violação ao art. 61, inciso I, do CP. Recurso parcialmente provido.

1. Na tentativa de delito de latrocínio, não há como rever a matéria sem reexaminar as provas, sendo que o objetivo do recurso especial é reparar falhas existentes na aplicação da lei e não o revolvimento da matéria fático-probatória.

2. Não há como acolher violação à vedação da pena aquém do limite permitido, quando a pena foi corretamente aplicada pelo Tribunal **a quo**.

3. Restando comprovada, no momento da dosimetria da pena, a reincidência, a sanção corporal deverá ser sempre agravada, sob pena de violação ao comando contido no art. 61, inciso I, do Código Penal. Precedentes.

4. Recurso especial parcialmente provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça daquele Estado, que, acolhendo apelo defensivo do réu Jeferson Rosa Costa, desclassificou o crime de latrocínio tentado para o de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma, além de afastar a agravante da reincidência.

O recorrente alega violação dos arts. 157, § 3º, parte final, e 14, inciso II, e 61, inciso I, todos do Código Penal, bem como aponta divergência jurisprudencial. Pugna pela condenação do réu pela prática de latrocínio tentado, a fixação da pena em consonância com o que reza o enunciado da Súmula n. 231 deste STJ e, por fim, o reconhecimento da agravante da reincidência.

Contra-razões apresentadas (fls. 227/242).

Admissibilidade positiva na origem (fls. 253/254 verso).

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento parcial do recurso e neste ponto pelo seu provimento (fls. 262/267).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Matéria devidamente pré-examinada pelo Tribunal **a quo**, afastando o óbice da Súmula n. 282 do STF, razão pela qual a admissibilidade é positiva.

2. Inicialmente quanto à tentativa de delito de latrocínio, verifica-se que não há como rever a matéria sem reexaminar as provas, sendo que o objetivo do recurso especial é reparar falhas existentes na aplicação da lei e não o revolvimento da matéria fático-probatória, recaindo na Súmula n. 7 do STJ, **in verbis**: “A pretensão de simples *reexame de prova* não enseja recurso especial”.

3. De outro turno, quanto ao acolhimento do Enunciado da Súmula n. 231 deste Superior Tribunal de Justiça, não vislumbro erro na aplicação da pena praticada pelo Tribunal **a quo**, estando a irresignação desarvorada.

É observado que o juízo monocrático, ao fazer a dosimetria da pena, desconsiderou o enunciado acima indicado (fls. 114/116). Todavia, o TJRS ao readequar a pena em face da desclassificação operada, restou prejudicado o recurso ministerial, pois aplicou a pena-base em seis anos de reclusão (superior ao

mínimo previsto no art. 157 do CP); deduziu dois meses ante a atenuante da menoridade, não inferindo a pena abaixo do mínimo permitido (fls. 181/182).

4. Por fim, o acórdão do Tribunal **a quo** subtraiu a agravante da reincidência da dosimetria da pena aplicada pelo Juízo monocrático, sob fundamento de caráter subjetivo, alegando, para tanto, a finalidade da pena.

Desta feita, exsurge grave violação ao disposto no art. 61, inciso I, do Código Penal.

Como citado no insigne voto proferido pela Ex<sup>a</sup>. Ministra Laurita Vaz, “o agravamento da pena pela reincidência está de acordo com os princípios da individualização da reprimenda e da isonomia, porquanto é maior a censurabilidade na conduta do agente que reitera na prática do crime.” (REsp n. 475.259, Quinta Turma, DJ 16.06.2003)

Não bastasse, a aplicação da agravante de reincidência não é faculdade do magistrado, mas imposição legal — “circunstância que sempre agrava a pena”, nos termos do art. 61 do CP.

Esse, o entendimento desta Corte Superior de Justiça:

“Recurso especial. Penal. Crime contra o patrimônio. Reincidência. Violação ao art. 61, inciso I, do CP. Roubo duplamente qualificado. Fixação da pena. Majoração. Necessidade de fundamentação específica.

*1. Restando comprovado, no momento da dosimetria da pena, a reincidência, a sanção corporal deverá ser sempre agravada, sob pena de violação ao comando contido no art. 61, inciso I, do Código Penal. Precedentes.*

2. A presença de duas causas de aumento, por si só, não implica, necessariamente, a majoração da pena acima do mínimo previsto no art. 157, § 2º, do CP, sendo necessário, pois, fundamentação específica, nos termos do art. 68 do Código Penal.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (REsp n. 665.792-RS, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 28.02.2005. Grifo nosso.)

“Recurso especial. Penal. Roubo. Reincidência. Negativa de vigência ao art. 61, inciso I, do CP. Não-configuração de **bis in idem**. Arma descarregada. Reconhecimento da causa especial de aumento de pena. Impossibilidade. Ausência de potencialidade lesiva. Provimento parcial do recurso.

1. A agravante da reincidência, contida no art. 61, inciso I, do Código Penal, encontra-se vigente e é de aplicação obrigatória;

2. O fundamento da agravante consagrada no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, consiste na maior probabilidade de gerar dano à incolumidade física da vítima. Por isso, é necessário que a arma possua potencial ofensivo capaz de ofender a integridade corporal do ofendido. Dessarte, a arma descarregada apenas serve como elemento configurador da grave ameaça, capaz de reduzir a capacidade de resistência da vítima, prevista no crime de roubo (art. 157, **caput**, do Código Penal), mas não implica aumento de pena, por ausência de potencialidade lesiva.” (REsp n. 434.766, Sexta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia, DJ 22.11.2004. Grifo nosso)

5. Pelo exposto, *dou parcial provimento* ao presente recurso para condenar o recorrido nas penas dos arts. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, mantendo a pena-base fixada pelo Tribunal **a quo** (fl. 181), em seis anos de reclusão. Na segunda fase de aplicação da pena, em razão da preponderante da menoridade, diminuo dois meses, porém, acresço, em um mês em face da agravante da reincidência. Por último, acresço de 1/2 diante das majorantes do roubo, perfazendo o total de oito anos, dez meses e quinze dias de reclusão. Mantenho os demais termos do acórdão objurgado.

É como voto.

---