

Jurisprudência da Quinta Turma

---



**HABEAS CORPUS N. 14.738 – RJ**

(Registro n. 2000.0112324-6)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini  
Impetrantes: João Carlos Castellar e outro  
Impetrada: Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Paciente: M. S. P. (menor)

**EMENTA: Habeas corpus – Estatuto da Criança e do Adolescente – Aplicação subsidiária do art. 595 do CPP – Impossibilidade.**

– A apuração de ato infracional não visa à imposição de pena, senão apenas de medida de caráter preventivo e pedagógico. Observando-se por esse prisma, a norma insculpida no art. 595 do CPP, não deve ser aplicada aos casos regulados pelo ECA. Isto porque tal norma é de aplicação restritiva. Trata-se de **santio juris**, cuja previsão, ainda que de natureza processual, reflete-se no campo material. Aplicar subsidiariamente tal norma estaria, em última análise, indo de encontro com a própria finalidade do Estatuto que é o de realçar a importância da família, fundamental para o aprendizado do adolescente.

– Precedentes.

– Ordem concedida para que seja dado seguimento à apelação.

**ACÓRDÃO**

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

Brasília-DF, 7 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

---

Publicado no DJ de 25.2.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por João Castellar e Marcelo Câmara, em benefício de menor adolescente, contra o v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a ordem ali impetrada, nos termos da seguinte ementa (fl. 50), **verbis**:

“**Habeas corpus**. Apelação. Deserção. Conforme dispõem os artigos 152 e 226 da Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, ‘aos procedimentos regulados nesta lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente’ e ‘aplicam-se aos crimes definidos nesta lei as normas da parte geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal’. Assim, na ausência de texto expresso, na Lei n. 8.069/1990, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, determina que ‘o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’, conforme consta da r. decisão recorrida. Destarte, comprovada a fuga do adolescente, merece ser confirmada a decisão que julgou deserto o recurso de apelação interposto. Ordem denegada.”

Consta dos autos que o Ministério Público representou contra o Paciente perante a 2ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, por suposta prática de *roubo qualificado e uso de documento falso* (art. 157, § 2º, incisos I e II, e art. 304, ambos do Código Penal). A representação foi julgada procedente.

O Paciente, que se encontrava cautelarmente internado, através de seus representantes legais, apelou do **decisum**. Entretanto, empreendeu fuga, o que fez com que o magistrado local negasse seguimento ao recurso de apelação, considerando-o deserto (art. 595 do CPP).

A defesa impetrou, então, **habeas corpus** perante o Tribunal **a quo**, que restou indeferido nos termos da ementa supramencionada. Daí o presente *writ* substitutivo, onde os Impetrantes alegam que o disposto no art. 595 do CPP, não se aplica aos casos regulados pelo ECA.

Sem pedido de liminar.

Informações às fls. 48/49.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls.

65/66, opina pela concessão da ordem, sob o fundamento de que **in casu**, não se aplica o disposto no art. 595 do CPP, conforme jurisprudência do STJ.

Após, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o Tribunal **a quo**, aplicando subsidiariamente o Código de Processo Penal (art. 595), declarou deserto o recurso de apelação interposto em favor de menor adolescente, ora paciente, em razão de sua fuga do Educandário Santo Expedito-RJ.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, entre outras garantias, o devido processo legal, dedicando todo um capítulo às garantias processuais e aos procedimentos por ele regulados, dando especial ênfase ao contraditório e ampla defesa. Nesse particular, salienta **Alberto Silva Franco**:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente foi bastante explícito ao estabelecer as garantias processuais postas à disposição do adolescente, no caso de ser-lhe aplicável, pela execução de ato infracional, medida sócio-educativa e, em especial, a medida de internação. O diploma legal, além de assegurar, de forma global, o direito ao ‘devido processo legal’ (art. 110), concedeu-lhe outras explícitas garantias (art. 111), tais como a da defesa pessoal, a da defesa técnica, e da paridade de armas, a da imputação formal do ato infracional, a da citação ou meio equivalente, etc. Nisso o Estatuto acompanhou, em linhas gerais, as mesmas garantias processuais, reconhecidas a todo e qualquer acusado na Constituição Federal de 1988. São poucos ainda os registros jurisprudenciais que abordam as garantias processuais do adolescente. Algumas manifestações, feitas à luz do Código de Menores, devem ser, no entanto, mencionadas porque auxiliam uma tomada de posição diante do ECA.

Sancionada e publicada a recente Lei n. 8.069/1990, em substituição ao antigo Código de Menores, inaugurou-se, queremos crer, uma verdadeira doutrina dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

*Inspirada na nova concepção do **due process of law**, o Estatuto*

*dedicou todo um capítulo às garantias processuais e aos procedimentos por ela regulados (Capítulo III, Título III e Capítulo III, Título VI) dando especial atenção ao contraditório e direito de defesa (art. 186), elementos essenciais, dentre outros, do devido processo legal e que ao magistrado não era dado dispensar.*

*Isto pressupõe, em outras palavras, que ninguém, por mais relevantes que sejam as razões fáticas, pode ser afetado em sua esfera jurídica, deixando de receber completa proteção jurídica através do sempre indispensável processo legal.*

*Tal a importância do postulado que o Estatuto, em seu art. 110 foi expresso ao lembrar que ‘nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.’ (cf. Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, 6ª ed., p. 406) – grifei.*

Como é cediço, a apuração de ato infracional não visa à imposição da pena, senão apenas de medida de caráter preventivo e pedagógico. Ora, observando-se, por esse prisma, a norma insculpida no art. 595 do CPP, não deve ser aplicada aos casos regulados pelo ECA. Isto porque tal norma é de aplicação restritiva, vale dizer, trata-se de **santio juris**, cuja previsão, ainda que de natureza processual, reflete-se no campo material. Aplicar, subsidiariamente, tal norma seria, em última análise, ir de encontro à própria finalidade do Estatuto que é o de “realçar a importância da família, fundamental para o aprendizado do adolescente”. (cf. obra citada, p. 406).

Além do mais, como dito anteriormente, a função primordial do Estatuto da Criança e do Adolescente é apenas preventiva e pedagógica. Considerar deserta a apelação se o réu condenado – no caso adolescente – fugir depois de haver apelado é medida drástica e incompatível com a natureza jurídica do ECA. Mesmo diante da contundente divergência entre a natureza cível ou penal do Estatuto, não se pode aplicar, neste, regras subsidiárias previstas no CPP que venham a prejudicar o adolescente.

A observância, portanto, do devido processo legal é imperiosa. Neste sentido:

“Processual Penal. Adolescente. Ato infracional. Progressão da internação para a liberdade assistida. Liminar em agravo de instrumento. Regressão ao regime originário. Constrangimento ilegal caracterizado.

1 – A internação, no âmbito do procedimento especializado para

a apuração de atos infracionais cometidos por adolescente, é a medida sócio-educativa mais grave e, por isso mesmo, apresenta-se como exceção, onde a regra geral é o mínimo afastamento do infrator do convívio familiar (art. 121, **caput**, da Lei n. 8.069/1990).

2 – Na espécie, a decisão atacada, ao deferir liminarmente a suspensão da liberdade assistida, sem o devido processo legal, coloca-se em descompasso com os princípios e fins preconizados pela Lei n. 8.069/1990, máxime tendo em vista que a decisão do Juízo monocrático lastreia-se em relatório psicológico (art. 121), realizado por equipe interprofissional, serviço auxiliar expressamente previsto pelo ECA (art. 151) e no fato de o adolescente já haver cumprido seis meses de internação (art. 121, § 2<sup>o</sup>).

3 – Ordem concedida.” (HC n. 8.499-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 17.5.1999).

“Processo Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Remissão concedida pelo Ministério Público cumulada com medida sócio-educativa de liberdade assistida. Homologação pelo magistrado. Compatibilidade. Incidência da Súmula n. 108 do STJ. Cumprimento da medida.

– Sentença extintiva da execução.

– Afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório.

– Inocorrência.

Continuidade das providências para dar eficácia e cumprimento à medida de liberdade assistida, homologada pelo juiz.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 157.012-SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 7.12.1998).

“RHC. Código da Criança e do Adolescente. Ato infracional. Medida de internação. O ECA considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

– As medidas sócio-educativas (título III, cap. IV) são enumeradas conforme o critério – **numerus clausus**. Aliás, somente podem decorrer observado ‘o devido processo legal’ (art. 110, **in fine**). O ato infracional é pressuposto da sanção (conseqüência lógica). O art. 122

relaciona, como antecedente, os casos de medida de internação, só podem ser aplicados nas hipóteses dos respectivos incisos. Ademais, com prazo determinado não superior a três meses (*idem*, § 1<sup>o</sup>). ‘Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada’ (*idem*, § 2<sup>o</sup>). A sanção, pois, é taxativa.” (RHC n. 7.259-SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 20.4.1998).

Destarte, *concedo a ordem para que seja dado seguimento ao recurso de apelação interposto.*

É como voto.

---

---

## HABEAS CORPUS N. 15.177 – MS

(Registro n. 2000.0132728-3)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini  
Impetrante: Eny Cleyde de Mendonça Sartori (Defensora Pública)  
Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul  
Pacientes: Eduvirge Sanches Peralta e Norma Elizabeth Sanches Viega (presas)

**EMENTA:** Penal e Processo Penal – Pena-base – Mínimo legal – Progressão de regime – Tráfico de entorpecentes – Confissão espontânea – Atenuante configurada.

– Como bem alertado pelo parecer ministerial, a questão suscitada acerca da possibilidade de progressão de regime não foi objeto de análise pelo Tribunal **a quo**, o que impede o seu exame por esta Corte, sob pena de suprimir-se instância. Outrossim, tal pretensão esbarraria ainda na impossibilidade de progressão em crimes hediondos ou equiparados, consoante pacífica jurisprudência desta Turma.

– Por fim, verifico a efetiva ocorrência de atenuante obrigatória consubstanciada na confissão espontânea da prática do delito pelas pacientes à autoridade policial, o que enseja a observância do preceito contido no art. 65, III, d, do Código Penal.

– Ordem concedida apenas para reduzir a pena-base ao mínimo legal.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 21 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

---

Publicado no DJ de 25.2.2002.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado por Eny Cleyde de Mendonça Sartori, Defensora Pública, em favor de Eduvirges Sanches Peralta e Norma Elizabeth Sanches Viega, contra o v. acórdão proferido pela colenda Primeira Turma Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que *negou provimento ao recurso de apelação*, nos termos da seguinte ementa (fl. 54), **verbis**:

“Apelação criminal. Tráfico. Prisão em flagrante. Grande quantidade de substância entorpecente. Retratação em juízo. Sem apoio no conjunto probatório. Penas bem fixadas. Recurso improvido.

A confissão no auto de prisão em flagrante, corroborada pelo conjunto probatório, não fica prejudicada pela retratação parcial no interrogatório judicial.

A pena aplicada em observância aos artigos 59 e 68 do CP não merece reparo.”

Consta dos autos que as pacientes, Eduvirges Sanches Peralta e Norma Elizabeth Sanches Viega, foram condenadas às penas, respectivamente

de: 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 12, **caput**, e 18, III, ambos da Lei n. 6.368/1976 (*tráfico ilícito de entorpecentes e associação para esse fim*) e de 4 anos e 8 meses de reclusão e 6 meses de detenção, em regime integralmente fechado, pelos delitos dos arts. 12, **caput**, e 18, III, ambos da Lei n. 6.368/1976, e art. 307 do Código Penal (*tráfico ilícito de entorpecentes, associação para esse fim e uso de documento falso*).

Sob a alegação de ausência de associação para a prática do delito de tráfico de entorpecentes e de exacerbação da pena, imposta acima do mínimo legal, as Pacientes apelaram para o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, sob o fundamento de que “ao contrário do que afirma a defesa, restou suficientemente provado que as Recorrentes se associaram para a prática criminosa” e que “o juiz-sentenciante fixou as penas atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal ...”.

Daí o presente *writ*, onde a Impetrante pleiteia: a) a redução da pena-base para o mínimo legal, alegando que foram reconhecidos a primariedade e bons antecedentes das réas **quo**; b) o direito à progressão de regime, e c) o reconhecimento da confissão espontânea como atenuante obrigatória, que significaria a redução de 1/3 na pena da paciente Norma Elizabeth.

Sem pedido de liminar.

Informações às fls. 61/62.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 72/76, opina pelo conhecimento parcial e denegação da ordem, entendendo que a discussão quanto à progressão de regime prisional não foi objeto de análise pelo Tribunal **a quo**. Sustenta que as penas devem ser mantidas, pois foram apoiadas em amplo conjunto probatório e que a atenuante da confissão espontânea foi devidamente analisada, porém afastada.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, as pacientes, Eduvirge Sanches Peralta e Norma Elizabeth, foram condenadas por tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes e a última, também, por uso de documento falso. Com o presente *writ*, a

Impetrante pretende: a) a diminuição da pena-base para o mínimo legal, em razão da primariedade e bons antecedentes das Rés; b) a modificação do regime para o inicialmente fechado, a fim de possibilitar o direito à progressão, e c) o reconhecimento da confissão espontânea como atenuante obrigatória, que significaria a redução de 1/3 na pena da paciente Norma Elizabeth.

No tocante ao *primeiro aspecto*, o *writ* improcede. Com efeito, a MMa. Juíza, ao condenar a ré Eduvirge Sanches Peralta, assim fixou a pena-base (fl. 34), **verbis**:

“... e atenta às diretrizes do art. 59 do Código Penal, especialmente a grande culpabilidade com que agiu, buscando o lucro fácil, por motivos de ambição, sem considerar as graves conseqüências que sua conduta traria aos inocentes jovens, naturais destinatários da distribuição de drogas, crescente em índices alarmantes. A Ré não apresenta provas cabais de má conduta social, pois é primária, mas isto não exclui a conclusão que possui caráter deturpado, pois enveredou para o crime apenas por motivos egoísticos. As demais circunstâncias judiciais favorecem a Ré, porém no conjunto da análise das diretrizes resulta como necessária a pena-base em *três anos e oito meses de reclusão e oitenta dias-multa*.”

Mais adiante, ao condenar a ré Norma Elizabeth Sanches Viega, asseverou (fl. 34), quanto à fixação da pena-base, **verbis**:

“... e atenta às diretrizes do art. 59 do Código Penal, especialmente a grande culpabilidade que se traduz na conduta deturpada de recorrer ao crime por motivos egoísticos, por ambição, sem avaliar as conseqüências que seu gesto causaria a toda a população, destinatários potenciais das drogas, ainda que, esta haja sido apreendida antes de sua distribuição, o dano assim mesmo se concretizou porque na presente conduta típica, independe de resultado. Embora a Ré seja primária e de bons antecedentes, a sua conduta e o caráter deturpado conduzem os julgados à aplicação de reprimenda superior ao mínimo, como o necessário a reprimir tais desvios, assim, fixo a pena-base em *três anos e seis meses de reclusão e sessenta dias-multa*.”

Como se verifica, a magistrada sentenciante fixou as penas-base,

lastreando-se nas diretrizes contidas no art. 59 do Código Penal, considerando, para ambas, a intensa culpabilidade, motivos fúteis, bem como às graves conseqüências causadas. Destarte, conforme sólida jurisprudência do Pretório Excelso, a primariedade, por si só, não basta para justificar a imposição em grau mínimo, se fica evidenciada a extrema gravidade da conduta (tráfico) e sua danosa conseqüência, aliada, ainda, à futilidade dos motivos ensejadores para o cometimento do crime. Nesse particular, destaco o aresto proferido por ocasião da análise do *HC n. 72.430-GO*, de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello:

“**Habeas corpus.** Homicídio privilegiado. Primariedade e bons antecedentes do réu. Condenação penal plenamente motivada. Regularidade formal do processo penal condenatório. Pedido indeferido.

A primariedade e os bons antecedentes do réu não conferem, por si sós, direito público subjetivo à fixação da pena em seu grau mínimo, *podendo o magistrado, desde que o faça em ato decisório plenamente motivado – e atendendo ao conjunto de circunstâncias referidas no art. 59 do CP – definir a pena-base em limites superiores ao mínimo legal.* Precedentes: RTJ 97/928 – RTJ 135/1.025 – RTJ 138/190 – RTJ 141/877 – RTJ 142/582.” – grifei.

No que tange ao *segundo aspecto*, como bem alertado pelo parecer ministerial, cumpre-se ressaltar que tal questão não foi objeto de análise pelo Tribunal **a quo**, o que impede o seu exame por esta Corte, sob pena de suprimir-se instância. **Ad argumentandum**, tal pretensão esbarraria, ainda, na impossibilidade de progressão em crimes hediondos ou equiparados, consoante pacífica jurisprudência desta Turma. A propósito:

“Criminal. HC. Execução. Condenação em crime hediondo. Regime integralmente fechado de cumprimento de pena. Lei n. 9.455/1997. Aplicação exclusiva à prática de tortura. Ordem denegada.

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

– A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente à prática de tortura, não ensejando analogia e extensão aos demais delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos.

– Ordem denegada. (HC n. 8.739-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJU de 28.6.1999).”

Por fim, no que concerne ao *terceiro aspecto*, o *writ* procede. Com efeito, a discussão em torno do reconhecimento da confissão como causa atenuante obrigatória, restou afastada pela juíza local sob o seguinte argumento:

“Embora a ré Norma Elizabeth haja confessado o delito de tráfico de drogas, não o fez espontaneamente, mas, sim, de forma voluntária, pois somente admitiu o transporte de entorpecente após ser descoberta a autoria, inclusive a falsa identidade, não merecendo, assim, o benefício do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea;”

A Corte Estadual, por sua vez, examinando esse tópico, aduziu:

“... Os *tickets* das malas, onde estavam as drogas, correspondiam às poltronas ocupadas pelas acusadas, que assim não tiveram outra alternativa a não ser confessarem o transporte daquelas substâncias.”

Destarte, a confissão feita pelas Pacientes foi espontânea, o que restou reconhecido, como se infere pelo trecho transcrito, pelo próprio Tribunal **a quo**. **Alberto Silva Franco**, acerca da confissão espontânea, salienta:

“Para que se reconheça a atenuante, basta agora ter o agente confessado perante a autoridade a autoria do delito, e que tal confissão seja espontânea. Não mais é mister que a confissão se refira às hipóteses de autoria ignorada do crime, ou de autoria imputada a outrem. Desde que o agente admita o seu envolvimento na infração penal, incide a atenuante para efeito de minorar a sanção punitiva.” (cf. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 6ª ed. Tomo I, p. 1.049).

Destarte, a atenuante, de caráter obrigatório, deve ser observada. Pelo exposto, sendo ambas as pacientes primárias e sem antecedentes, a pena-base há que ser fixada no mínimo legal, observando-se, assim, o preceito contido no art. 65, III, **d**, do Código Penal.

Por tais fundamentos, *concedo a ordem para reduzir a pena-base ao mínimo legal*.

É como voto.

## VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer (Presidente): Srs. Ministros, há um

pequeno detalhe quanto à questão do reconhecimento da confissão espontânea. O Sr. Ministro-Relator entendeu que deveria haver demonstração de arrependimento sincero do Réu, exigência que não tem sido um requisito nas nossas decisões; basta que tal confissão tenha influência na decisão do caso. E aqui ela foi utilizada para a condenação.

Voto no sentido de reduzir ao mínimo a pena-base dos crimes em razão da confissão.

### VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Sr. Presidente, também reformulo o meu voto para acompanhar o eminente Ministro-Relator.

Conheço, parcialmente, da ocorrência atenuante e concedo a ordem parcialmente.

### VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, também reformulo o meu voto para acompanhar o eminente Ministro-Relator.

Conheço, parcialmente, da ocorrência atenuante e concedo a ordem parcialmente.

---

---

## HABEAS CORPUS N. 15.274 – SP

(Registro n. 2000.0136705-6)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca  
Impetrante: Roque Jerônimo Andrade (Defensor Público) e outro  
Impetrada: Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Paciente: Valdemir Antônio da Silva (preso)

**EMENTA:** “Penal – Processual Penal – Habeas corpus – Recurso em sentido estrito formulado contra decisão de pronúncia do paciente – Alegação de nulidade, ao argumento de que a decisão da

Corte Revisora “influencia o espírito dos jurados, escancarando o mérito e ferindo flagrantemente o princípio do juiz natural” – Improcedência.

Fundamentos explicitados pela Corte **a quo** porque necessários ao julgamento do recurso, em obediência estrita aos limites impostos pela própria defesa e em consonância com o princípio do **tantum devolutum quantum appellatum**.”

Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

---

Publicado no DJ de 12.3.2001.

### RELATÓRIO

Sumaria os fatos o órgão ministerial às fls. 40/41:

“Roque Jerônimo Andrade e Rodrigo Nunes Costa impetram o presente **habeas corpus** em favor de Valdeci Antônio da Silva, face ao v. acórdão de fls. 32/36 proferido pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que por votação unânime, negou provimento ao recurso em sentido estrito formulado pela defesa, mantendo a r. sentença de pronúncia do paciente, prolatada pelo ilustre magistrado de 1<sup>a</sup> grau. Aduzem, para tanto, que:

‘(...) a decisão em 2<sup>a</sup> instância descaracterizou a natureza da pronúncia, convertendo-a em inadmissível juízo de certeza.

Vejamos: ‘Toda a prova colhida é num único sentido. A

vítima Joacil, foi morta, por vingança, pelo apelante e seus amigos, sendo executada numa viela que margeia a favela Caiçara, encurralada, sem condições de defesa.

O conteúdo desta decisão remete o réu ao júri praticamente condenado, pois, notória e indevidamente influencia o espírito dos jurados, escancarando o mérito e ferindo flagrantemente o princípio do juiz natural.

A pronúncia, sentença processual que é, deve conter apenas sucinto juízo de admissibilidade, pois, se for além, incidirá em excesso de fundamentação, o que prejudicará a defesa do paciente.” (fls. 3/4).

O r. despacho de fl. 39 deu pela instrução suficiente dos autos e determinou sua vista a este Órgão ministerial, dispensando as tradicionais informações da Corte impetrada.”

No mérito, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

O Dr. Samir Haddad, ilustre Subprocurador-Geral da República, expende estas considerações às fls. 41/42:

“O *writ* não comporta deferimento.

Com efeito, o equívoco dos Impetrantes, **data maxima venia**, é manifesto, pois o **decisum** que não pode conter excesso de fundamentação e deve se ater aos limites de um mero juízo de admissibilidade é a sentença de pronúncia do réu, não o acórdão que julga o recurso em sentido estrito formulado contra aquela.

Na verdade, a Corte impetrada nada mais fez do que explicitar as razões de fato e de direito pelas quais entendeu correta a r. sentença de pronúncia, o que, **in casu**, nada tem de ilegal ou irregular, vez que necessários à prestação da tutela jurisdicional invocada pela própria defesa, em obediência estrita aos limites impostos pela inicial do recurso aviado. Ou seja, homenageou e agiu a Corte **a quo**, em absoluta consonância ao princípio do **tantum devolutum quantum**

**apellatum.** De nenhuma mácula, **concessa venia**, se ressentente, pois, sanável pela via do **mandamus**.

**Ex positis**, opina o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.”

Correto esse posicionamento, adotando-o, denego a ordem.

---

---

## HABEAS CORPUS N. 16.479 – RS

(Registro n. 2001.0043556-4)

Relator: Ministro Edson Vidigal  
Impetrantes: Edson Brozoza e outros  
Impetrado: Desembargador-Relator da Queixa-Crime n. 70000994715 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul  
Paciente: Aderbal Torres de Amorim

**EMENTA:** Penal – Processual – Superveniência de lei nova, modificadora da competência, no curso do processo – Decadência – **Habeas corpus**.

1. A superveniência de lei modificadora da competência, ocorrida já no curso do processo não pode ser considerada, retroativamente, para fins de decadência.

2. Não se reconhece a decadência alegada se promovida a ação dentro do prazo e regras vigentes à época dos fatos.

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

## ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 5 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

---

Publicado no DJ de 18.3.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Acusado pela prática de supostos crimes contra a honra (CP, arts. 138, 139, 140 e 141, III), Aderbal Torres de Amorim teve oferecida, contra si, queixa-crime perante a 10ª Vara Criminal de Porto Alegre-RS, em 30.4.1999.

Com o advento da Lei Estadual n. 11.424/2000, o MM. Juiz de 1ª grau declinou de sua competência para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Veio, então, o pedido de fls. 42/47, sustentando a defesa que, sendo o querelado Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, já possuía, ele, prerrogativa de foro junto ao Tribunal de Justiça antes da edição daquela lei, pelo que haveria de ser reconhecida a decadência.

Indeferido o pedido, reage com este **habeas corpus**, pedindo seja declarada extinta a punibilidade do Paciente, pela decadência, e arquivada a ação penal.

Liminar indeferida à fl. 79.

O Ministério Público, nesta Instância, é pela denegação.

*Relatei.*

## VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, o Impetrante afirma equiparados os cargos de Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado e o de Juiz do Tribunal de Alçada. Com base nesse entendimento, sustenta que, oferecida a queixa-crime perante a Justiça Comum em 30.4.1999, e encaminhada ela ao Tribunal de Justiça em 5.4.2000, consumada estaria a decadência, face à errônea distribuição da inicial.

Indeferindo o pedido, disse o eminente Desembargador-Relator:

“Não vinga o pleito defensivo de decretação da extinção da punibilidade do querelado pela decadência (fls. 502/507). Por ocasião

do ajuizamento da presente queixa-crime, inexistia a Lei Estadual n. 11.424, de 6.1.2000 (Lei Orgânica do Tribunal Contas do Estado), a estabelecer o processamento e julgamento dos Auditores Substitutos de Conselheiros, nos crimes comuns e de responsabilidade, por este Tribunal de Justiça (artigo 11). Por conseguinte, a declinação da competência a esta Corte, ante a superveniência de legislação contendo nova regra de competência, não nulifica a inicial, que ingressou no juízo à época competente dentro do prazo do artigo 38 do Código de Processo Penal.

A queixa-crime foi recebida pelo Magistrado da 10ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, o qual posteriormente declinou da competência para o processamento e julgamento do feito a esta Corte, em face do disposto no artigo 11 da Lei Estadual n. 11.424, de 6.1.2000, conforme antes já referido. Considerando-se que o recebimento da queixa-crime, ato decisório, foi praticado por juízo que posteriormente tornou-se incompetente, impõe-se decretar a sua nulidade, forte no artigo 567 do Código de Processo Penal.

Notifique-se o querelado para, no prazo de 15 dias, oferecer resposta, conforme prevê o artigo 4º, **caput**, da Lei n. 8.038/1990. Diligências legais” (fls. 48/49).

Sem razão a impetração. Como bem asseverou o ato impugnado, a competência para o processo e julgamento da hipótese somente foi modificada quando do advento de lei nova, inexistente à época em que protocolizado o pedido inicial. Admitir a competência originária alegada, por suposta equiparação de cargos seria o mesmo que criar situação especial não prevista na CF/1988, antes mesmos que editada lei que regulasse a hipótese.

Ademais, como bem observa o MPF (fl. 91), “a competência originária, ante o caráter excepcional de que se reveste, só ocorre nas situações expressamente previstas na Constituição ou na lei, que com ela guarde compatibilidade e concordância, não devendo, portanto, ser apurada por via de integração analógica, que se revela de todo imprestável para a criação de situações conceituáveis como especiais”.

Assim é que, ao contrário do que pretende o Impetrante, a superveniência de lei modificadora da competência, já no curso do processo, não pode ser considerada, retroativamente, para fins de reconhecimento de decadência, porque proposta a ação de acordo com as normas – e prazos – legais vigentes à época dos fatos.

Nesse sentido, a orientação do egrégio STF:

“STF. Competência penal originária por prerrogativa de função. Advento da investidura no curso do processo. Inexistência de nulidade superveniente da denúncia e dos atos nele anteriormente praticados. Revisão da jurisprudência do Tribunal.

1. A **perpetuatio jurisdictionis**, embora aplicável ao processo penal, não é absoluta: assim, **v.g.**, é indiscutível que a diplomação do acusado, eleito deputado federal, no curso do processo, em que já adviera sentença condenatória pendente de apelação, acarretou a imediata cessação da competência da Justiça local e seu deslocamento para o Supremo Tribunal.

2. Daí não se segue, contudo, a derrogação do princípio **tempus regit actum**, do qual resulta, no caso, que a validade dos atos antecedentes à alteração da competência inicial, por força da intercorrente diplomação do réu, há de ser aferida, segundo o estado de coisas anterior ao fato determinante do seu deslocamento.

3. Não resistem à crítica os fundamentos da jurisprudência em contrário, que se vinha firmando no STF:

a) o art. 567, Código de Processo Penal, faz nulos os atos decisórios do juiz incompetente, mas não explica a suposta eficácia **extunc** da incompetência superveniente à decisão;

b) a pretensa ilegitimidade superveniente do autor da denúncia afronta, além do postulado **tempus regit actum**, o princípio da indisponibilidade da ação penal.

4. Enquanto prerrogativa da função do congressista, o início da competência originária do Supremo Tribunal há de coincidir com o diploma, mas nada impõe que se empreste força retroativa a esse fato novo que o determina.

5. Desse modo, no caso, competiria ao STF apenas o julgamento da apelação pendente contra a sentença condenatória, se, para tanto, a Câmara dos Deputados concedesse a necessária licença.

6. A intercorrência da perda do mandato de congressista do acusado, porém, fez cessar integralmente a competência do Tribunal, dado que o fato objeto do processo é anterior à diplomação.

7. Devolveu-se, em conseqüência, ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia a competência para julgar a apelação pendente, uma

vez que a diplomação do réu não afetou a validade dos atos anteriormente praticados, desde a denúncia à sentença condenatória. (InqO n. 571-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.2.1992).

No mesmo sentido, InqO n. 526-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 6.5.1994; HC n. 73.196-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 31.5.1996, e InqOS n. 1.028-RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 3.4.1997.

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

*É o voto.*

---

---

## HABEAS CORPUS N. 16.517 – MG

(Registro n. 2001.0045037-7)

Relator: Ministro Edson Vidigal  
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais  
Advogado: Wiliam Riccaldone Abreu (Defensor Público)  
Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais  
Paciente: Jairo Eustáquio de Sena

**EMENTA:** **Habeas corpus** – Acusado surpreendido portando uma faca – Decreto-Lei n. 3.688/1941, art. 19 – Menor potencial ofensivo – Ausência de intimação para a audiência preliminar, nos termos da Lei n. 9.099/1995 – Nulidade.

1. A ausência de intimação do acusado para a audiência preliminar impossibilitou a oferta de eventual transação penal, sendo evidente o prejuízo por ele sofrido.

2. Pedido de **habeas corpus** conhecido e deferido, para declarar a nulidade do processo **ab initio**.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir o pedido, para

declarar a nulidade do processo **ab initio**. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 5 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

---

Publicado no DJ de 18.3.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Surpreendido portando uma faca na frente de um bar, Jairo Eustáquio de Sena foi denunciado (Lei das Contravenções Penais, art. 19) e condenado ao pagamento de multa.

Neste **habeas corpus**, pede a Defensoria Pública de Minas Gerais a declaração de nulidade do processo **ab initio**, na medida em que o acusado não foi intimado para a audiência preliminar, impossibilitando eventual transação penal.

Também reclama o fato de ter sido utilizado o procedimento ordinário para a acusação, com o deferimento de diligências, e o rito sumaríssimo para a defesa, segundo as causas julgadas pelo Juizado Especial.

Informações prestadas às fls. 49/57.

Manifesta-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem (fls. 59/62).

*Relatei.*

## VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, do acórdão impugnado verifica-se que Jairo efetivamente não foi intimado para a audiência preliminar, nos termos da Lei n. 9.099/1995.

Tal fato impossibilitou que o Paciente pudesse se beneficiar com eventual transação penal, sendo evidente o prejuízo por ele sofrido.

A propósito, Ministro Jorge Scartezzini:

“Lei dos Juizados Especiais. Citação pessoal. Paciente não encontrado. Citação por edital. Procedimento do CPP.

– O impetrante pretende seja anulada toda a ação penal, desde o recebimento da denúncia, por inobservância do rito especial de procedimento previsto na Lei dos Juizados Especiais. No caso, o réu não foi encontrado para a intimação da audiência preliminar. Na falta de sua localização para a citação pessoal, o procedimento passa a ser o do Código de Processo Penal (art. 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995). A Lei dos Juizados Especiais Criminais pressupõe a presença do autor do fato. Sem essa presença, a aplicação da lei perde seu sentido e finalidade (...)” (RHC n. 9.860, DJ de 20.8.2001).

Pelo que, conheço e defiro o pedido de **habeas corpus**, para declarar a nulidade do processo **ab initio**.

*É o voto.*

---

---

## HABEAS CORPUS N. 19.757 – RJ

(Registro n. 2001.0191871-0)

Relator: Ministro Edson Vidigal  
Impetrante: Roskilde Gomes de Oliveira Filho  
Advogados: Luiz Gonzaga de Souza Faggioni e outros  
Impetrado: Desembargador Federal Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região  
Paciente: Roskilde Gomes de Oliveira Filho

**EMENTA:** Processual Penal – Deserção – Recurso especial e extraordinário.

1. Em face dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa, a interposição de recurso, nas ações penais públicas, não está sujeita à deserção por falta de preparo.

2. Pedido de **habeas corpus** conhecido e deferido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para que seja analisada a admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário interpostos, afastada a deserção por falta de preparo. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 5 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

---

Publicado no DJ de 1.4.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Nos autos da Apelação n. 97.02.24.802-7, Roskilde Gomes de Oliveira Filho interpôs recurso especial e recurso extraordinário.

Por ausência de preparo, o Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região julgou desertos os referidos recursos.

Nesta impetração, requer o advogado-impetrante seja dado prosseguimento aos apelos extremos, independentemente da falha ocorrida.

Informações prestadas às fls. 16/44.

O Ministério Público Federal é pelo deferimento da ordem (fls. 46/47).

*Relatei.*

## VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, em face dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa, esta Corte Superior já firmou o entendimento quanto à ausência de obrigação do pagamento de preparo de recurso pelo Recorrente, em caso de ação penal pública.

A propósito, Ministros Felix Fischer e José Arnaldo:

“Processual Penal. Crime de imprensa. Impossibilidade de apreciação em sede de **habeas corpus**. Tópico não apreciado na apelação.

I – Impossibilidade de serem analisados, em sede de **habeas corpus**, tópicos que não foram apreciados pelo egrégio Tribunal **a quo** (precedentes).

II – A interposição de apelação pelo querelado não está sujeita à deserção por falta de *preparo*. **Habeas corpus** indeferido, com concessão **ex officio** para que o egrégio Tribunal **a quo**, afastada a deserção, aprecie o recurso de apelação interposto pelo paciente.” (HC n. 12.826-AM, DJ de 5.2.2001).

“Recurso especial. Penal e Processo Penal. Deserção. Lei n. 9.756/1998. Ação penal pública. Pena. Dosimetria. Art. 29, § 1º, do CP. Participação. Súmula n. 7-STJ.

Em ação *penal* pública não há que se exigir *preparo* de recurso. Precedentes.

A verificação de menor participação importa em reexame do conjunto probatório (Súmula n. 7-STJ). Recurso não conhecido (REsp n. 222.549-SP, DJ de 4.12.2000).”

Pelo que, defiro o pedido de **habeas corpus** para que seja analisada a admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário interpostos, afastada a deserção por falta de preparo.

*É o voto.*

---

---

**RECURSO EM HABEAS  
CORPUS N. 11.182 – DF**  
(Registro n. 2001.0034502-6)

Relator: Ministro Felix Fischer  
Recorrente: Sérgio Paulo Carrijo Elias  
Advogados: Márcia Sampaio Moraes e outro  
Recorrido: Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
Paciente: Sérgio Paulo Carrijo Elias

EMENTA: Penal – Recurso ordinário em **habeas corpus** – Imposto de Renda Pessoa Física – Sonegação – Parcelamento antes da denúncia – Extinção da punibilidade – Art. 34 da Lei n. 9.249/1995.

I – A *simples obtenção* de parcelamento da dívida ou o pagamento de uma ou outra parcela antes do recebimento da denúncia não pode ser considerada como ato de “promover o pagamento do tributo ou contribuição social, *inclusive acessórios*, antes do recebimento da denúncia” para efeito de extinção da punibilidade (art. 34 da Lei n. 9.249/1995).

II – Precedentes do *Pretório Excelso* e do *Superior Tribunal de Justiça*.

Recurso desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. O Sr. Ministro Gilson Dipp votou vencido. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 4 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 4.2.2002.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário interposto contra v. acórdão da egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que denegou *writ* impetrado em favor de Sérgio Paulo Carrijo Elias, no qual se pretendia o trancamento da ação penal em que é acusado da prática do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, I e II, c.c. o art. 71 do CP.

A ementa do julgado é a seguinte:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Imposto de Renda Pessoa Física. Sonegação. Extinção da punibilidade. Parcelamento antes da denúncia. Atipicidade de conduta. Ausência de justa causa.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento segundo o qual, enquanto não for satisfeito integralmente o débito pelo seu pagamento, não ocorre a causa de extinção da punibilidade.

2. É incabível o trancamento de ação penal quando a denúncia descreve fatos que, em tese configuraram a prática de crime, há indícios de autoria e de materialidade, e, bem assim, que a justa causa que autoriza o trancamento da ação penal é aquela que se apresenta clara e incontroversa ao simples compulsar dos autos; é aquela que se revela cristalina, evidente, sem necessidade do aprofundamento do exame de prova.

4. **Habeas corpus** denegado.” (fl. 228).

Do voto do eminente Juiz-Relator, extraio o seguinte trecho:

“Finalmente, sustenta, ainda, o Paciente, que, quando notificado pelo Fisco, complementou suas declarações de imposto de renda com inclusão das gratificações que entendia isentas, parcelando o débito, antes do recebimento da denúncia, estando em dia com suas obrigações.

De fato, compulsando os presentes autos, verifico que o parcelamento foi deferido em 4.5.1998, e a denúncia recebida em 25.4.2000 (cf. fls. 188 e 121).

Contudo, cabe frisar, no particular, que é certo que esta Quarta Turma consagrou, anteriormente, em diversos precedentes, o entendimento segundo o qual o parcelamento do débito e de seus acessórios, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do agente, relativamente ao crime de sonegação fiscal.

Aliás, diga-se de passagem, que essa linha de orientação tem receptividade em diversas decisões proferidas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Ocorre, porém, que, mais recentemente, este Órgão fracionário, por força de iterativa jurisprudência consolidada sobre a matéria no âmbito da Suprema Corte, em sentido contrário, se viu na contingência de mudar a sua posição.” (fls. 223/224).

O Recorrente, em suas razões, afirma que houve extinção da punibilidade do agente, com fulcro no art. 34 da Lei n. 9.249/1995, tendo em vista que, tão logo foi informado do erro na apresentação da sua declaração de

imposto de renda, tratou de fazer a devida retificação, mediante uma declaração complementar. Argumenta que, nos termos do citado art. 34, o pagamento do débito fiscal, mesmo que parcelado, iniciado antes do oferecimento da denúncia, acarreta a extinção da punibilidade do crime.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Seguindo entendimento da Augusta Corte, que já foi de parte desta Corte, de que o disposto no art. 34 só se aplica no caso de *pagamento integral* da dívida, e acessórios, antes do recebimento da exordial acusatória, é de se negar provimento ao recurso.

*Nesta Corte tem-se:*

“Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Omissão do pagamento de contribuições previdenciárias descontada dos empregados. Individualização da conduta. Ilegitimidade passiva. Pagamento do principal.

I – Não é inepta a exordial acusatória que permite a adequação típica.

II – Nos crimes societários, praticados em gabinete ou às ocultas, nem sempre é necessário, por inviável, a minuciosa individualização, na denúncia, das condutas dos réus.

III – A alegada ilegitimidade passiva, com fulcro em documentos, passíveis de contestação, não constantes dos autos principais, desmerece, em regra, ser admitida, visto que estar-se-ia inviabilizando o contraditório.

IV – O art. 34 da Lei n. 9.249/1995, aplicável por analogia, exige o pagamento do principal e dos acessórios.

Recurso desprovido.” (RHC n. 7.381-SP, Quinta Turma, DJU de 22.6.1998).

“Recurso em **habeas corpus**. Falta de recolhimento das contribuições previdenciárias dos empregados. Art. 95, letra **d**, da Lei n. 8.212/1991. Perícia contábil. Parcelamento e pagamento parcial do débito, antes da denúncia. **Abolitio criminis**.

1. No crime decorrente da falta de recolhimento das contribuições previdenciárias, descontadas dos empregados, não se faz imprescindível, para o ato de denunciar, a realização da perícia contábil, bastando a apuração feita pela respectiva fiscalização. Havendo necessidade, tal prova poderá ser produzida no decorrer da ação penal.

2. Em tal hipótese, *somente o pagamento integral*, nem o parcelamento, nem o pagamento parcial antes da denúncia, e que fez, extinguir a punibilidade.

3. Não há que se confundir diploma que impõe sanção meramente civil (Lei n. 8.866/1994), com o outro que trata de punição no aspecto penal (Lei n. 8.212/1991), inexistindo, no caso, qualquer interferência de um, sobre o outro, com o que não se há de falar em **abolitio criminis**.

4. Recurso improvido.” (RHC n. 5.641-CE, Sexta Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 10.11.1997).

Mais recentemente, nesta Turma, a questão restou decidida da seguinte forma:

“Penal. Recurso especial. Apropriação indevida de contribuições previdenciárias. Art. 34 da Lei n. 9.249/1995.

I – A simples obtenção de parcelamento da dívida ou o pagamento de uma ou outra parcela antes do recebimento da denúncia não pode ser considerada como ato de ‘promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia’ para efeito de extinção da punibilidade (art. 34 da Lei n. 9.249/1995).

II – Precedentes do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso provido.” (REsp n. 218.108-SC, Quinta Turma, DJU de 13.8.2001).

“Sonegação fiscal. IPI. Parcelamento. Extinção da punibilidade. Inocorrência.

– O simples parcelamento do débito fiscal, antes do recebimento da denúncia, não enseja a extinção da punibilidade, conforme jurisprudência do STF.

– Recurso provido.” (REsp n. 191.294-RS, Quinta Turma, Rel. p/acórdão Min. Jorge Scartezzini, DJU de 4.6.2001).

No colendo *Supremo Tribunal Federal*, tal entendimento é mantido, **in verbis**:

“*Inquérito*. A ocorrência do fato imputado ao indiciado se deu quando estava em vigor o artigo 14 da Lei n. 8.137/1990. Interpretação desse dispositivo legal.

– Se o artigo 14 da Lei n. 8.137/1990 exige, para a extinção da punibilidade, o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia, essa extinção só poderá ser decretada se o débito em causa *for integralmente extinto pela sua satisfação*, o que não ocorre antes de solvida a última parcela do pagamento fracionado. Assim, enquanto não extinto integralmente o débito pelo seu pagamento, não ocorre a causa de extinção da punibilidade em exame, podendo, portanto, se for o caso, ser recebida a denúncia.

Não-decretação da extinção da punibilidade.” (INQO n. 1.028-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 30.8.1996).

“**Habeas corpus**. Crime contra a ordem tributária praticado em continuidade delitiva: redução de tributo (ICMS) mediante declaração falsa às autoridades fazendárias. Alegação de extinção da punibilidade pelo parcelamento do débito.

1. Crime continuado praticado entre janeiro de 1991 e novembro de 1992.

2. Hipótese em que o parcelamento foi pleiteado após o recebimento da denúncia e a quitação do débito se deu posteriormente ao advento da Lei n. 9.249, de 21.12.1995.

3. A punibilidade é extinta quando o agente promove o pagamento *integral* do débito *antes* do recebimento da denúncia, o que não ocorre enquanto não solvida a última prestação do pagamento parcelado, possibilitando, neste período, o recebimento da denúncia. Precedentes.

4. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido.” (HC n. 79.542-1-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU, de 25.2.2000).

“**Habeas corpus**. Crime contra a ordem tributária. Leis n. 8.137/1990 e 9.249/1995. 2. Alegação de constrangimento ilegal, por

não ter a sentença condenatória nem o acórdão que a confirmou reconhecido a extinção de punibilidade, na forma do art. 34 da Lei n. 9.249/1995. 3. O Plenário do STF, a 4.10.1995, ao julgar a Questão de Ordem no Inquérito n. 1.028-6-RS, assentou *que o simples parcelamento do débito não significava o pagamento do tributo*, para efeito de extinção da punibilidade. 4. Hipótese em que a primeira parcela do débito parcelado venceu em 24.4.1995, quando a denúncia já fora recebida a 21.2.1995, estando a ação penal em curso, havia mais de 30 dias. 5. **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 74.754-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Néri da Silveira, j. 4.3.1992, DJU de 5.11.1999).

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

1. Dolo genérico caracterizado: alegação de inexistência de recursos financeiros não comprovada suficientemente no processo-crime.

2. *A punibilidade é extinta quando o agente promove o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia, o que não ocorre enquanto não solvida a última prestação de pagamento parcelado, possibilitando, neste período, o recebimento da denúncia. Precedentes.*

3. Improcedência da alegação de irregularidade da notificação expedida em nome da pessoa jurídica: há comprovação de que a correspondência foi entregue e de que o paciente dela teve ciência, sendo, assim, constituído em mora.

4. Alegação improcedente de atipicidade do delito de apropriação indébita (crime de resultado), porque o paciente foi condenado por crime contra a ordem tributária: não-recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados, que é crime omissivo puro, infração de simples conduta, cujo comportamento não traduz simples lesão patrimonial, mas quebra do dever global imposto constitucionalmente a toda a sociedade; o tipo penal tutela a subsistência financeira da Previdência Social. Inexistência de responsabilidade objetiva.

5. Direito intertemporal: ultra-atividade da lei penal quando, após o início do crime continuado, sobrevém lei mais severa.

5.1. Crime continuado (CP, artigo 71, **caput**): delitos praticados entre março de 1991 e dezembro de 1992, de forma que estas 22 (vinte e duas) condutas devem ser consideradas, por ficção do legislador, como um único crime, iniciado, portanto, na vigência de **lex mitior** (artigo 2º, II, da Lei n. 8.137, de 27.12.1990) e findo na vigência de **lex gravior** (artigo 95, **d** e § 1º, da Lei n. 8.212, de 24.7.1991).

5.2. Conflito de leis no tempo que se resolve mediante opção por uma de duas expectativas possíveis: retroatividade da **lex gravior** ou ultra-atividade da **lex mitior**, vez que não se pode cogitar da aplicação de duas penas diferentes, uma para cada período em que um mesmo e único crime foi praticado. Orientação jurisprudencial do Tribunal no sentido da aplicação da **lex gravior**. Ressalva do ponto de vista do Relator, segundo o qual, para o caso de crime praticado em continuidade delitiva, em cujo lapso temporal sobreveio lei mais severa, deveria ser aplicada a lei anterior – **lex mitior** – reconhecendo-se a sua ultra-atividade por uma singela razão: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (Constituição, artigo 5º, LX).

6. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido.” (HC n. 76.978-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 19.2.1999).

“**Habeas corpus**. 2. Crime contra a ordem tributária. 3. Pretensão de ver trancada a ação penal, ou, alternativamente, a suspensão da ação durante a vigência do parcelamento, na forma do § 6º do art. 7º da Medida Provisória n. 1.571-6/1997. 4. *O simples parcelamento do débito não significa o pagamento do tributo, para efeito de extinção da punibilidade (Questão de Ordem no Inquérito n. 1.028-6-RS, Plenário, a 4.10.1995)*. 5. **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 78.016-2-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 28.4.2000).

Portanto, situações como a do presente mostram que a expansão dada à expressão – *pinçada* – “promover” pode conduzir à tentativa de soluções, simplesmente e em princípio, inimagináveis. A aplicação da lei penal pode acabar ficando a critério exclusivo do acusado. Tudo isto, *sem qualquer compromisso a ser saldado*. Bastaria requerer, o acusado, o parcelamento ou, então, obtê-lo, o que não é nenhuma tarefa problemática. Seria, e é, algo juridicamente inusitado, quando não jocoso. O réu passa a ser o **dominus**

**litis.** Só será processado se assim o desejar ou permitir. Um simples requerimento – até de má-fé ou insincero – surge como óbice para a ação penal. E não é só. A dívida existente, e que será executada, passa, em razão da “descompromissada” manifestação do réu, a ser tão-somente objeto de ilícito extrapenal. Por uma questão de justiça, em assim sendo, as delegacias de polícia deveriam, inclusive, ser dotadas de formulários para que os envolvidos em delitos fiscais possam “desistir”, oportunamente, do processo criminal. E, a advertência necessária seria a da inalteração do **status quo** e da ausência de obrigação no “compromisso” assumido.

**Data venia,** em todos os países de certo grau de desenvolvimento, crimes tributários e assemelhados são considerados como fatos de acentuado *desvalor social*. A pragmática neutralização da lei não encontra apoio em nenhuma ordem jurídica. Da mesma forma, a eventual referência a precedentes de 2ª grau esbarra no posicionamento do *Pretório Excelso* que, se por ora não vincula, é inegável a sua maior e extremada relevância no plano jurisprudencial.

A acolhida extinção da punibilidade, **in casu**, desmerece ser mantida. *Primeiro*, cria uma situação de desigualdade (atingindo o princípio da isonomia, art. 5ª, **caput**, da Carta Magna) em delitos, de regra, praticados tão-somente por integrantes de classes privilegiadas (da classe média para cima), já que para os crimes praticados, também, por aqueles que integram a grande massa (furtos, roubos, etc.), tal solução (extinção da punibilidade por descompromissada declaração unilateral), nem nos mais delirantes devaneios, é admitida. *Segundo*, a lei, **de per si benevolente**, diz “*promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia*”. E, *promover o pagamento* não é assumir inconseqüente (com a dívida já pré-existente) compromisso. *Terceiro*, toda lei tem significado e finalidade. Ela não pode ser destinada a privilegiar – momentaneamente, os socialmente já privilegiados – mas, como ensina, ainda hoje, **C. Maximiliano** (Hermenêutica e Aplicação do Direito, pp. 165 e segs., 9ª ed.) *deve ensinar “a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade”*.

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.

## VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, fico vencido.

**RECURSO ESPECIAL N. 150.897 – SC**

(Registro n. 97.0071626-0)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini  
Recorrentes: Sebastião Andrade dos Santos e outro  
Advogados: Rodrigo Fernandes Pereira e outro  
Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

**EMENTA:** Constitucional – Administrativo – Recurso especial – Ação civil pública – Prefeito municipal – Nomeação de parentes – Impossibilidade – Lei Orgânica do Município não publicada no órgão oficial – Conhecimento de seu conteúdo através de separata legislativa – Validade – Inexistência de afronta ao art. 1º da LICC – Princípios da moralidade e improbidade da Administração – Dissídio pretoriano não cotejado.

1. A teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para a comprovação da divergência jurisprudencial aventada com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, não basta a simples transcrição de ementas, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que assemelham ou identificam os casos confrontados, bem como juntada cópia integral do julgado ou citado repositório oficial de jurisprudência. Apesar de anotado de onde provêm os paradigmas colacionados, estes não foram confrontados, ou seja, não houve o imprescindível cotejo, razão pela qual, sob este prisma, o recurso não pode ser conhecido.

2. O administrador público deve pautar-se pelos princípios constitucionais rígidos da moralidade, improbidade e da impessoalidade dos atos oriundos da Administração (cf. REsp n. 239.303-BA). No caso **sub judice**, consoante se constata do v. **decisum** guerreado, um dos recorridos, Prefeito Municipal, nomeou, apesar dos notórios e basilares princípios constitucionais, seu filho como titular da Diretoria de Patrimônio e Compras do Município de Fraiburgo. Desta forma, a princípio e num exame perfunctório dos autos, falar-se em falta de publicação da norma (Lei Orgânica do Município) para seu cumprimento, porquanto não feita esta em órgão oficial, seria o mesmo que fazer tábula rasa ao Texto Maior, já que de um Alcaide espera-se, no mínimo, conhecimento da Constituição. Ademais, com a divulgação desta lei através de sua publicação em separata pelo

Legislativo Municipal, a mesma passou a existir, já que a formalidade para sua notoriedade foi observada. Inteligência do art. 1º da LICC.

3. Recurso conhecido, nos termos acima explanados e, neste aspecto, desprovido.

## ACÓRDÃO

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

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

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

---

Publicado no DJ de 18.2.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso especial em apelação cível interposto por Sebastião Andrade dos Santos e outro, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 259, proferido pela Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, à unanimidade, anulou, de ofício, a sentença a fim de que outra fosse proferida. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Ação civil pública.

– O Ministério Público é parte legítima para propositura de ação da espécie que objetiva a invalidação de ato de nomeação apontado como proibido pela Lei Orgânica do Município, sendo a ação civil pública hábil para o caso, na forma do art. 25, IV, alínea **b**, da Lei n. 8.625/1993.

– A Lei Orgânica do Município de Fraiburgo foi publicada em

separata, não havendo, assim, infração ao preceito da obrigatoria publicação, matéria, de resto, não alegada pelos Réus.

– O desfazimento do ato impugnado não retira o interesse de agir do autor da ação se há pedido de invalidação do ato com efeito **ex tunc**, alcançando, em tese pelo menos, efeitos já produzidos.

– Provimento do apelo para anulação da sentença apelada, a fim de que outra seja proferida com exame do mérito pela instância **ad quem**, como de direito.”

Interpostos embargos declaratórios pelos ora recorrentes (fls. 266/267), foram os mesmos rejeitados, sob o fundamento de ausência de omissão e contradição no v. aresto embargado (fls. 270/272).

Alegam os Recorrentes, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto guerreado negou vigência ao **caput** do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, tendo em vista que a Lei Orgânica do Município de Fraiburgo nunca foi publicada oficialmente e que, segundo o próprio texto normativo, a publicação da lei, de forma oficial, é condição **sine qua non** para sua vigência, logo, para seu cumprimento por parte de todos. Aduz, ainda, divergência jurisprudencial (fls. 274/283).

Não foram apresentadas contra-razões.

Admitido o recurso à fl. 291, subiram os mesmos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo não-provimento do recurso, vindo-me os autos conclusos (fls. 295/298).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido somente pela alínea **a** e, neste aspecto, desprovido.

Inicialmente, ressalto que esta Turma tem entendido, inúmeras vezes, que, a teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para a comprovação do dissídio pretoriano aventado com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, não basta a simples transcrição de ementas, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que assemelham ou identificam os casos confrontados, bem como juntada cópia integral do julgado ou citado repositório oficial de jurisprudência. Apesar de anotado de onde provêm os paradigmas colacionados, estes não foram confrontados, ou seja, não houve

o imprescindível cotejo, *razão pela qual, sob este prisma, não conheço do recurso.*

Contudo, no tocante à infringência ao art. 1<sup>a</sup> da LICC, entendendo-a prequestionada, motivo pelo qual afastou a incidência da Súmula n. 356-STF para conhecer do recurso com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição Federal.

Passo a seu exame.

O v. aresto atacado assim abordou a questão (fl. 271):

“... Relembre-se que a decisão recorrida extinguiu o processo sem julgamento do mérito porque não foi comprovada a publicação da Lei Orgânica do Município de Fraiburgo.

Afirmou então o acórdão:

‘O fundamento da douta sentença apelada, data vênica de seu eminente prolator, não procede. Ainda que não publicada em órgão oficial ou jornal de publicação dos atos oficiais do Município, a Lei Orgânica do Município de Fraiburgo foi objeto de publicação em separata pela Câmara Municipal (fl. 170) e dessa publicação, certamente, teve conhecimento o Sr. Prefeito Municipal.’

O acórdão, embora sem referir o art. 1<sup>a</sup> da LICC, deixou implícito que o normal é a publicação da lei em órgão oficial ou em jornal de publicação de atos oficiais do Município. Entendeu, contudo, que a falta de publicação oficial restou, no caso, suprimida pela publicação em separata.”

Venho, incansavelmente, registrando que o administrador público deve pautar-se pelos princípios constitucionais rígidos da moralidade, improbidade e da impessoalidade dos atos oriundos da Administração (cf. REsp n. 239.303-BA). O legislador constituinte, ao guindar os princípios da moralidade e impessoalidade dos atos administrativos ao **status** de norma constitucional, o fez com o intuito de ressaltar que, uma vez não observados tais preceitos, os atos irregulares poderiam ser anulados, não importando o tempo decorrido, porquanto eivados estariam de nulidade. E seus responsáveis, quais sejam, os agentes públicos que os emitiram, devem ser responsabilizados pelos mesmos. Ora, consoante se constata do v. **decisum**

guerreado, um dos recorridos, Prefeito Municipal, nomeou, apesar dos notórios e basilares princípios constitucionais, seu filho como titular da Diretoria de Patrimônio e Compras do Município de Fraiburgo. Desta forma, a princípio e num exame perfunctório dos autos, falar-se em falta de publicação da norma para seu cumprimento, porquanto não feita esta em órgão oficial, seria o mesmo que fazer tábula rasa ao Texto Maior, já que de um Alcaide espera-se, no mínimo, conhecimento da Constituição.

Acerca da questão da exigência da publicação (art. 1º da LICC), o erudito Ministro **Eduardo Espínola** ensina-nos que:

*“A publicação da lei.*

... Esta é necessária para que tenham notícia do novo ato legislativo todos os habitantes do País, para que saibam o que em virtude dêle lhes compete fazer; é por isso que ninguém poderá se escusar com a ignorância da lei. *Executável em virtude da promulgação, torna-se a lei obrigatória pela publicação que se pode dizer **divulgatio promulgationis**. A publicação é perfeitamente distinta da promulgação; uma torna a lei conhecida, outra atesta sua existência.”* (in Sistema do Direito Civil Brasileiro, 4ª edição, pp. 96/97) – grifei.

Assim, com a promulgação pela Câmara Municipal de Fraiburgo, em 5.4.1990, da Lei Orgânica do Município, o agente público, que já ciente da existência dos ditames constitucionais supracitados desde 1988, teve conhecimento de seu conteúdo e esta tornou-se executável. Com a divulgação desta através da publicação em separata pelo Legislativo Municipal, a mesma passou a existir, já que a formalidade para sua notoriedade foi observada. Logo, irretocável a conclusão do colegiado de origem.

Outrossim, adoto, também, como razões de decidir, aquelas expendidas pelo ilustre representante do *Parquet* Federal, assim vazadas (fls. 296/298):

“... A questão gira em torno do art. 77, § 7º, da Lei Orgânica do Município de Fraiburgo-SC, **verbis**:

‘Art. 77. A Administração Pública Direta e Indireta, de qualquer dos Poderes do Município, obedecerá aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e também ao seguinte:

(...)

§ 7<sup>a</sup>. Os cargos em comissão e as funções de confiança da Administração Pública Municipal Direta e Indireta não poderão ser exercidas por parentes em primeiro grau do Prefeito, Vice-Prefeito, Secretário Municipal ou Vereador no exercício do mandato.’

7. Antes de mais nada, é preciso ter em mente que o Ministério Público Estadual ajuizou a ação civil pública também com fulcro na Lei Federal n. 8.429/1992, como consta expressamente à fl. 2. Referida norma legal, como se sabe, conhecida como ‘Lei do Enriquecimento Ilícito’, ou ‘Lei da Improbidade Administrativa’, elenca, exemplificadamente, nos seus artigos 9<sup>a</sup>, 10 e 11, atos de improbidade administrativa que importem, respectivamente, enriquecimento ilícito, prejuízo ao Erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública.

8. Apesar de a peça inaugural reportar-se expressamente à norma municipal que o Recorrente alega não ter sido regularmente publicada, tal fato é irrelevante para a tipificação do ato praticado (nomear parente próximo para cargo em comissão) em uma das hipóteses descritas explícita ou implicitamente naquela lei federal.

9. Isto porque o art. 11 da Lei n. 8.429/1992 afirma que ‘constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente (...)’. Trata-se de ‘norma residual ou de extensão, pois, se não configurados os atos das outras duas modalidades anteriores, o fato poderá ser tipificado como atentado aos princípios da Administração Pública.’ Ademais, a observância dos princípios da impessoalidade e moralidade públicas decorre de comando constitucional (art. 37, **caput**, CF/1988).

Como se vê, não é condição **sine qua non** para a configuração do ato de improbidade contra a Administração Pública que o mesmo tenha se dado em desconformidade com qualquer norma legal devidamente publicada. Logo, não há qualquer impedimento processual para que seja analisado o mérito do pedido pelo juízo monocrático.

11. Por outro lado, ‘a improbidade, como ilícito acentuadamente grave que é, produz, por regra geral, a nulidade do ato administrativo, com efeitos até mesmo retroativos’, o que deixa evidente o interesse processual do Ministério Público no caso em análise.

12. Muito embora não caiba nesta ocasião tecer considerações sobre o mérito do pedido, gostaria de ressaltar que, segundo consta da peça inaugural da ação civil pública, o primeiro réu vinha nomeando para o exercício de cargos em comissão diversos parentes, 'o que deixa consternada a população local, que fica a se perguntar se tal atitude é lícita ou se não há nenhum mecanismo capaz de frear este manifesto desrespeito ao senso de justiça do homem comum' (fl. 3), o que está a indicar a prática reiterada de atos que ferem sobremaneira os princípios da impessoalidade e da moralidade na Administração Pública.

13. Ademais, o retardamento da publicação de lei devidamente promulgada também configura ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, IV, da Lei n. 8.429/1992. Não há, portanto, qualquer violação ao art. 1º da LICC.”

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, nos termos acima explanados e, neste aspecto, nego-lhe provimento.*

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 215.254 – MG

(Registro n. 99.0044132-0)

Relator: Ministro Felix Fischer  
Recorrente: Elson Gomes de Vasconcelos  
Advogados: Hermes Vilchez Guerrero e outro  
Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

**EMENTA:** Penal e Processual Penal – Recurso especial – Homicídio culposo qualificado – Suspensão condicional do processo – Majorante – Circunstâncias judiciais – Fundamentação – Substituição da pena – Dissídio.

I – Para a verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) as majorantes devem ser computadas.

II – A fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade (art. 44 do CP), devem ser, ambas, concretamente fundamentadas.

III – A análise das circunstâncias do delito para o afastamento da majorante encontra óbice na *Súmula n. 7-STJ*.

IV – Dissídio pretoriano não caracterizado, *ex vi* artigos 255 do RISTJ e 541 do CPC c.c. o art. 3º do CPP.

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. **Habeas corpus** concedido de ofício para que a sentença seja *parcialmente* anulada, no que se refere à fixação da pena, vedada a **reformatio in pejus** indireta.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. De ofício, conceder **habeas corpus** para que a sentença seja parcialmente anulada, no que se refere à fixação da pena, vedada a **reformatio in pejus** indireta. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal. Sustentou, oralmente, pelo recorrente, o Dr. Hermes Vilchez Guerrero.

Brasília-DF, 10 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

---

(\*) Republicado por haver saído com incorreção no original, publicado no DJ de 11.6.2001.

---

Publicado no DJ de 4.6.2001.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de recurso especial interposto com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal contra o v. acórdão da colenda Segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

A questão restou evidenciada no parecer do *Parquet*, **in verbis**:

“Trata-se de recurso especial (fls. 287/298), com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em exame por força de decisão que proveu agravo de instrumento (fl. 140), interposto contra a decisão (fls. 251/270/278/285) proferida pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que, por maioria, deu parcial provimento à apelação, tão-somente para conceder regime prisional mais brando, o aberto, mantendo, no restante, a sentença condenatória.

2. Como se depreende dos autos, o recorrente, Elson Gomes de Vasconcelos, após regular processo na Comarca de Contagem-MG, restou condenado à pena de dois anos e oito meses de detenção, em regime semi-aberto, como incurso no art. 121, §§ 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup>, do Código Penal (homicídio culposo, com omissão de socorro), porque, no dia 14.4.1989, quando conduzia sua motocicleta – em alta velocidade, sem capacete, com as lanternas apagadas e embriagado – transportando na garupa a vítima, recém-conhecida, ao passar por um cruzamento, perdeu o controle do veículo, ocasionando a projeção da vítima sobre um monte de pedras, não tendo prestado socorro (sentença às fls. 182/188).

3. Inconformado, interpôs recurso de apelação (fls. 198/209), pugnando, alternativamente, pela absolvição ou redução da pena ao mínimo legal.

4. Após a manifestação da Procuradoria de Justiça do Estado, pelo conhecimento e improvimento do recurso, foi determinada a baixa dos autos a fim de se examinar a possibilidade de aplicação da Lei n. 9.099/1995 (despacho à fl. 224). Cumprida a diligência, retornaram os autos ao Tribunal **a quo**, com a informação de que, ‘em razão da incursão do apelante na omissão do socorro, tornava-se impraticável a referida aplicação’.

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, por maioria, deu parcial provimento à apelação – vencida a Juíza Primeira Vogal, que negava provimento – tão-somente para reformar o regime prisional do semi-aberto para o aberto, mantida, no mais, a sentença de 1<sup>a</sup> grau. Eis a ementa do aresto:

‘Acidente de trânsito. Previsibilidade. Relação de causalidade. Inexistência de previsão do previsível. Condenação. Lei n. 9.099/1995. Inaplicabilidade da suspensão condicional do processo, em razão da causa especial de aumento.

1. O substrato da culpa está justamente na ausência de previsão do previsível. Havendo relação de causalidade vinculando a conduta do acusado ao resultado 'morte', a condenação é a consequência lógica, se o resultado não exorbita da previsão e diligência do *homem médio*.

2. Tratando-se de causas especiais de aumento e de diminuição, na realidade, elas integram o fato criminoso e ao o integram, o agravam, na hipótese de causa de aumento, ou diminuem a sua gravidade, na hipótese de causa de diminuição, sem, contudo, modificar a sua essência não dando ensejo à suspensão condicional do processo, como previsto na Lei n. 9.099/1995.' (fl. 252).

A essa decisão foram opostos embargos declaratórios (fls. 272/276), ao argumento de omissão do acórdão quanto à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito. Os embargos foram, à unanimidade, rejeitados (fls. 278/285).

7. Manejado, então, recurso especial, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, sob a alegação de afronta aos arts. 89 da Lei n. 9.099/1995; 44, 59 e 121, § 4º, do Código Penal, bem como divergência jurisprudencial em relação a julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

8. Alega o Recorrente, em síntese própria (fl. 289):

'A arguição de negativa de vigência ao art. 59 do Código Penal tem como fundamento o reconhecimento de que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao recorrente e que, mesmo assim, aplicou-se uma pena elevada. A contrariedade ao disposto no art. 121, § 4º, deve-se ao fato de que houve socorro à vítima prestado por terceiros, o que é reconhecido na sentença monocrática e no acórdão impugnado, e, ainda assim, houve a incursão do recorrente nesse dispositivo.

A contrariedade ao art. 89 da Lei n. 9.099/1995 fundamenta-se no fato de que a causa de aumento de pena não tem o condão de impedir a via despenalizadora, pois não integra o tipo penal principal e, sim, o derivado e deve-se levar em consideração para aplicação do *sursis* a pena prevista abstratamente no tipo principal. A negativa de vigência ao art. 44 do Código Penal caracteriza-se pela não-aplicação do dispositivo na hipótese dos

autos, apesar do recorrente cumprir todos os requisitos exigidos para a substituição da reprimenda.

A divergência jurisprudencial apontada na presente impugnação também tem como fundamento o aumento de pena por omissão de socorro, sendo que houve socorro à vítima por terceiros.” (fls. 355/359).

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo conhecimento parcial do recurso e, na parte conhecida, pelo provimento.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Alega o Recorrente, condenado por infração ao artigo 121, §§ 2<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup>, do Código Penal, negativa de vigência aos artigos 89 da Lei n. 9.099/1995 e 44 e 59 do Código Penal, bem como contrariedade ao artigo 121, § 4<sup>a</sup>, do Código Penal e dissídio jurisprudencial.

Inicialmente, há que se destacar que o recurso não pode ser conhecido pela alínea **c**, pois o pretendido dissídio pretoriano não se realizou nos moldes exigidos nos artigos 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, e 541 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 3<sup>a</sup> do Código de Processo Penal, visto que o Recorrente não citou repertório autorizado de jurisprudência e tampouco trouxe certidões ou cópias autenticadas dos julgados colacionados.

Quanto à suposta ofensa ao artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, o recurso não merece prosperar.

Isso porque, ao contrário do que afirma o Recorrente, as causas de aumento e diminuição devem ser computadas para a verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo. Trata-se, **in casu**, de tipo derivado (homicídio culposo qualificado), não subsistindo a afirmação de que a causa de aumento não faz parte do tipo. Além do mais, a inclusão da majorante acontece até mesmo nas causas de aumento da parte geral do Código Penal (**v.g.**, crime continuado, concurso formal e concurso material), conforme enunciado da *Súmula n. 243 desta Corte*. Por maior razão, o acréscimo deve ser feito neste caso, em que a causa de aumento é específica.

Portanto, correto o posicionamento do Ministério Público que, ao observar a ocorrência da majorante, deixou de propor a suspensão do processo.

No que tange à contrariedade ao artigo 121, § 4º, do Código Penal, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Diz o voto-condutor, do v. acórdão reprochado:

“Na análise do constante dos autos, verifica-se que os fatos ocorreram por inquestionável imprudência do Apelante, que sem qualquer senso de responsabilidade, dirigia bêbado, em alta velocidade, com as lanternas da ‘moto’ apagadas e sem observar qualquer das regras de segurança, como o uso de equipamento de proteção, no caso, o ‘uso do capacete’ e como se não bastasse, deixou a vítima, sua recém-conhecida, caída ao solo, sem nem mesmo se preocupar se estava viva ou morta e na mesma velocidade que trazia, segundo comprovação cerca de 100 km/h, abandonou o local, sendo a sua justificação, para tal, inaceitável, cínica sem qualquer foro de autenticidade.

Correta e bem analisada, a r. decisão guerreada, não havendo como não se admitir o reconhecimento da omissão de socorro, frente ao conjunto probatório, que é claro e coeso.” (fl. 254).

Decidir de forma distinta, afastando a incidência da majorante, contraria o enunciado da *Súmula n. 7 desta Corte*.

Quanto à violação aos artigos 44 e 59 do Código Penal, embora não seja caso de reforma do **decisum**, mas de anulação, *procedem os argumentos elencados na inicial*.

Realmente, a aplicação da pena-base acima do mínimo não restou devidamente fundamentada. Diz a r. sentença:

“Acolhendo-se, pois, a denúncia, é de se ver que quanto aos elementos informativos da pena-base, descritos no art. 59 do Código Penal, são favoráveis ao r. os bons antecedentes, personalidade e conduta social, sobre os quais nada se apurou negativamente. Todavia, quanto a motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, a pena deve aproximar-se do máximo, pelo alto grau de irresponsabilidade do Réu, enlutando uma família de forma trágica. Não se aplicará a pretendida atenuante pela menoridade relativa porque o r., nascido em 23 de maio de 1966 (fl. 49), contava 22 anos e 11 meses, quando do delito.

Fixo, pois, a pena-base em 2 (dois) anos de detenção, acrescida de 1/3 (um terço), ou 8 (oito) meses, em razão da omissão de socorro, consolidando-se, assim, em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, a ser cumprida inicialmente no regime semi-aberto. (fl. 188).

Da mesma forma, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, que deve ser concretamente fundamentada, não bastando os argumentos de que as sanções restritivas de direitos seriam insuficientes à repressão do delito.

Incorporo, aqui, o parecer da culta Subprocuradora-Geral da República, Dra. Laurita Hilário Vaz, **in verbis**:

“Inexistiu a alegada ofensa ao art. 89 da Lei n. 9.099/1995, e ao art. 121, § 4º, do Código Penal. Nessa parte, a decisão recorrida se ateve aos ditames da lei, dando-lhe interpretação escoreita.

De fato, em razão da incursão do Recorrente na majorante de omissão de socorro, não era possível a suspensão condicional do processo. Consoante entendimento jurisprudencial assente nas Cortes Superiores, na compreensão de pena mínima não superior a um ano, para efeito de admissibilidade da suspensão do processo, deve ser computada a causa especial de aumento de pena. O argumento usado para afastar a majorante da omissão de socorro, qual seja, o fato de outras pessoas terem prestado socorro à vítima, é insubsistente, já que não afasta o grau de reprovabilidade da conduta omissiva do ora recorrente.

Por outro lado, com relação à alegada contrariedade ao art. 59 do Código Penal, tanto o acórdão recorrido quanto a sentença monocrática não perfilharam os critérios legais de individualização da pena. Foi fixada a pena-base no dobro da pena mínima estabelecida, sem alusão expressa dos elementos considerados no caso concreto.

Quanto à argüida negativa de vigência ao art. 44 do Código Penal, o Tribunal **a quo** considerou ausente o requisito subjetivo para a concessão de penas alternativas, asseverando que ‘a substituição seria ineficaz à prevenção e repressão do delito em exame’ (fl. 284). Ora, como os aspectos subjetivos a serem considerados seguem o mesmo roteiro do art. 59 (à exceção das conseqüências do crime e do comportamento da vítima), também neste ponto restou insuficientemente motivada a decisão.” (fls. 359/360).

Assim, o recurso há de ser parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido. Há que se conceder, entretanto, **habeas corpus** de ofício para que a sentença seja *parcialmente* anulada, no que se refere à fixação da pena, por inobservância aos artigos 59 e 68 do Código Penal, e artigos 381,

inciso III, e 387, incisos II e III, do Código de Processo Penal, e artigo 93, inciso IX, segunda parte da Constituição Federal. A nova resposta penal deverá levar em conta a proibição da **reformatio in pejus** indireta (REsp n. 37.786-SP, Terceira Seção, DJ de 4.8.1997; RHC n. 8.195-RJ, Quinta Turma, DJ de 10.5.1999; REsp n. 194.218-MG, Quinta Turma, DJ de 13.9.1999).

Desta forma já decidiu o *Pretório Excelso*:

“Ementa: Pena: aplicação com inobservância a método trifásico (Código Penal, art. 68): consideração promiscua, em método único, de fator de individualização da pena-base e da agravante da reincidência: nulidade de sentença, no ponto, que não afeta, porém, a *validez e a eficácia da condenação*.” (HC n. 70.327-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 24.6.1994).

Pelo exposto, voto pelo conhecimento parcial do recurso e pelo seu desprovimento. Concedo, entretanto, **habeas corpus** de ofício para que a sentença seja *parcialmente* anulada no que se refere à fixação da pena, vedada a **reformatio in peius** indireta.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 274.726 – PR

(Registro n. 2000.0087078-1)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca  
Recorrente: Ministério Público Federal  
Recorrido: Alexander Nunes dos Santos  
Advogado: Jossimar Ioris

**EMENTA:** Recurso especial – Penal – Condenação pela prática do crime tipificado no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 – Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – Art. 44 do CP – Lei n. 9.714/1998 – Crime equiparado a hediondo – Impossibilidade.

À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações

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

Precedentes desta Corte e do STF.

Recurso conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 7 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

---

Publicado no DJ de 5.3.2001.

### RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fulcro nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na parte em que substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.714/1998, ainda que se tratasse de delito de tráfico internacional de entorpecentes (fls. 157/168). Opostos embargos de declaração para se esclarecer sobre a incidência do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, restaram rejeitados (fls. 175/179).

Sustenta o Recorrente que a decisão impugnada contraria a jurisprudência deste STJ, bem como nega vigência ao § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pois a substituição de pena carcerária advinda da Lei n. 9.714/

1998 é incompatível com os crimes hediondos ou a estes equiparados, como é o caso do tráfico de entorpecentes.

Sem contra-razões (fl. 194), o recurso foi admitido apenas pela letra **a**, por despacho de fl. 195.

Neste grau de jurisdição, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

Qual visto, insurge-se o *Parquet* contra a parte do acórdão **a quo** deferiu ao Recorrido – condenado por tráfico internacional de entorpecente – a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor da nova redação do art. 44 do CP, dada pela Lei n. 9.714/1998.

O recurso merece prosperar.

Com efeito, em face do princípio da especialidade, consubstanciado no brocardo **Lex specialis derogat lex generalis**, as alterações introduzidas pela Lei n. 9.714/1998 – norma de caráter genérico – não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/1990 – de cunho especial – impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Logo, a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos seria absolutamente incompatível com o disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, cuja constitucionalidade já foi declarada à exaustão pelo Excelso Pretório.

Por outro lado, em obediência ao princípio da especialidade, dispõe o art. 12 do Código Penal, **verbis**:

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

Assim, por força desse dispositivo, mesmo que haja regra geral do Código Penal, ela não será aplicável quando a lei especial dispõe de forma diferente, como acontece no caso dos autos, para o qual a Lei dos Crimes Hediondos preconiza forma especial para a execução da pena, que deverá ser cumprida integralmente em regime fechado.

Ademais, ainda em atenção ao citado princípio da especialidade, esta

Corte editou a Súmula n. 171, a qual, **mutatis mutandis**, aplica-se ao presente caso:

“Súmula n. 171-STJ: ‘Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.’”

Sobre o tema, colhe-se o pronunciamento de ambas as Turmas Criminais desta Corte:

“Recurso especial. Penal. Condenação no art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44 do CP. Lei n. 9.714/1998. Crime equiparado a hediondo. Impossibilidade.

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

Inteligência da Súmula n. 171-STJ.

Recurso desprovido.” (REsp n. 234.456-MG, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo, DJ de 26.6.2000).

“Tráfico de entorpecentes. Condenação. Pena alternativa.

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

2. Recurso improvido.” (RHC n. 9.308-RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 23.10.2000).

Em igual linha, a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal:

“**Habeas corpus**. Tráfico ilícito de entorpecente (Lei n. 6.368/

1976). Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Lei n. 9.714/1998): inaplicabilidade.

1. O preceito ínsito no artigo 44 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.714/1998, é regra geral, não podendo ser aplicado à Lei n. 6.368/1976, visto tratar-se de lei especial.

2. A pena privativa de liberdade por crime previsto na lei de tóxicos, equiparável a crime hediondo, tem que ser cumprida integralmente no regime fechado em face da Lei n. 8.072/1990, impossibilitando assim a sua conversão em pena restritiva de direitos.

**Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 79.567-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 3.3.2000, p. 62).

Como se vê, ao substituir a pena privativa de liberdade imposta a condenado por crime equiparado a hediondo, a Corte **a quo** negou vigência ao § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

À vista do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão impugnada e determinar que a pena imposta seja cumprida em regime integralmente fechado.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 285.067 – RS

(Registro n. 2000.0110765-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca  
Recorrentes: Berlane Benedito Madeira Russo e outros  
Advogados: Maria Izabel Barros Cantalice e outros  
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradores: Renato Reschke e outros

**EMENTA:** Previdenciário – Recurso especial – *Aluno-aprendiz* – Aposentadoria – Contagem de tempo de serviço – Possibilidade – Súmula n. 96 do TCU – Recorrente obreiro.

“Conta-se para todos os efeitos, como tempo de serviço público, o período de trabalho prestado na qualidade de aluno-aprendiz,

em escola pública profissional, desde que comprovada a retribuição pecuniária à conta do Orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros.” Súmula n. 96 do TCU. (Precedente).

Recurso conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 7 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

---

Publicado no DJ de 5.3.2001.

### RELATÓRIO

Berlane Benedito Madeira Russo e outros interpõem recurso especial com fundamento no artigo 105, III, a, do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 120):

“Previdenciário. Aluno-aprendiz. Contagem do tempo de frequência à escola técnica como tempo de serviço para fins previdenciários.

O período de frequência a cursos de formação técnica e profissional somente é averbável como tempo de serviço para fins previdenciários se caracterizada a relação de emprego. Apelação desprovida.”

Alega o Recorrente violação aos artigos 11, 12 e 55, § 1º, da Lei n. 8.213/1991, sustentando que, havendo desempenho de atividade na Escola

e remuneração em contrapartida, é ilegal a exigência de comprovação de vínculo empregatício, para fins de contagem de tempo de serviço.

Admitido na origem, subiram os autos, vindo-me conclusos.

É o relatório.

## VOTO

Por precedentes, transcrevo as razões expendidas pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Moacir Guimarães Moraes Filho, no REsp n. 209.590, de minha relatoria, DJ de 17.12.1999, onde o recorrente era a autarquia, **verbis**:

“Cuida-se de recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que negou, à unanimidade, provimento à apelação interposta pelo INSS contra sentença que determinou a averbação do tempo de serviço do Recorrido como aprendiz-remunerado do ITA, para fins de aposentadoria por tempo de serviço.

O acórdão impugnado restou assim ementado:

‘Previdenciário. Tempo de serviço. Aluno-aprendiz remunerado. Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). Contagem para aposentadoria.

O tempo como aluno-aprendiz remunerado dos institutos tecnológicos, caso do ITA, é computado para efeito de aposentadoria previdenciária, em face da natureza da atividade desenvolvida, em que, paralelamente aos estudos, há, igualmente, o exercício de espécie de colaboração profissional no campo da pesquisa e projetos da instituição.

Precedentes do TRF – 1ª Região.

Apelação a que se nega provimento.’

O INSS opôs embargos de declaração ao v. acórdão recorrido, alegando que houve omissão no que diz respeito ao abono de permanência e com relação à questão da necessidade de contribuição do estudante que pretende ver seu tempo contado para aposentadoria.

Negou-se provimento aos embargos em decisão que restou assim ementada:

‘Previdenciário e Processual Civil. Reconhecimento de tempo de aluno do ITA. Acórdão. Omissão. Não-configuração.

O objeto da presente ação refere-se, especificamente, ao reconhecimento de tempo de serviço do autor enquanto aluno do Instituto Tecnológico da Aeronáutica – ITA. Destarte, se o autor, no futuro, irá ou não utilizar-se desse período para fins de vindicação de aposentadoria ou de vantagem hoje já não mais existente na legislação previdenciária, cuida-se de matéria estranha à lide, que deverá ser discutida pelo INSS em outro momento, quando concretamente for a ele requerido o benefício pelo autor.

Da mesma forma, igualmente alheia a esta demanda a exigibilidade de contribuições ou a sua compensação. Tal constitui mera conseqüência futura do reconhecimento do tempo de serviço. O acórdão, como não lhe cabia mesmo fazê-lo, nem determinou o recolhimento de contribuições, nem, tampouco, concedeu ao autor qualquer isenção.

Embargos desprovidos.’

Inconformado, o INSS interpôs recurso especial aduzindo que a lei não autoriza o entendimento de que o tempo em que o Recorrido esteve vinculado ao ITA como aluno-aprendiz seja considerado como tempo de serviço para efeitos previdenciários.

Argumenta que não se pode admitir que hipóteses não previstas na lei previdenciária sejam admitidas, pois não há fonte de custeio para elas, nem segurança atuarial, o que levaria à falência do sistema previdenciário.

Sustenta que os alunos, quaisquer que sejam as situações, são tratados como segurados facultativos, obedecendo a uma regulamentação específica, que os torna partícipes da relação jurídica do seguro social. Assim, como o autor não se cadastrou como segurado com relação ao período em discussão, não participa da mencionada relação, alega que o art. 55, § 1º, da Lei n. 8.213/1991 restou vulnerado pelo v. acórdão recorrido.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformado o v. acórdão atacado, julgando-se improcedente a ação.

Conforme certidão de fl. 96, decorreu o prazo legal sem que fossem apresentadas contra-razões ao recurso especial.

O recurso especial foi admitido pela alínea **a** do permissivo constitucional (fl. 97).

É o relatório. Segue manifestação do Ministério Público Federal.

O recurso merece ser conhecido, porquanto estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos.

É fundamental analisar o art. 55, inciso I, da Lei n. 8.213/1991 para decidir a questão em discussão neste recurso. O Recorrente sustenta que a legislação não permite a averbação do tempo em que o Recorrido esteve no Instituto Tecnológico da Aeronáutica para fins previdenciários. O mencionado artigo estabelece o seguinte:

‘Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

I – *o tempo de serviço militar, inclusive o voluntário, e o previsto no § 1º do art. 143 da Constituição Federal, ainda que anterior à filiação ao Regime Geral de Previdência Social, desde que não tenha sido contado para inatividade remunerada nas Forças Armadas ou aposentadoria no serviço público.*’ (sem grifos no original).

Ora, o Recorrido efetivamente prestou serviço militar, porquanto os alunos do Instituto Tecnológico da Aeronáutica não são meros estudantes, contribuem através de atividades profissionalizantes (pesquisas e projetos) para o desenvolvimento aeronáutico militar.

Há até a Súmula n. 96 do TCU tratando da questão em discussão:

‘Conta-se para todos os efeitos, como tempo de serviço público, o período de trabalho prestado na qualidade de aluno-aprendiz, em escola pública profissional, desde que comprovada

a retribuição pecuniária à conta do Orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros.’

O Recorrido insere-se nesta situação, pois foi aluno-aprendiz de uma escola pública profissional (ITA) e recebia retribuição pecuniária à conta do orçamento. Afinal, segundo certidão do ITA, ele recebeu ‘auxílios financeiros’ do Ministério da Aeronáutica, durante o período em que foi aluno no mencionado Instituto, conforme Aviso n. 20 – GM6, de 17 março de 1964, publicado no DO de 24 de março de 1964, que vigorou até a publicação do Aviso n. 11 – GM6, de 30 de abril de 1972.

Não merece prosperar, igualmente, a tese do Recorrente no sentido de que o v. acórdão atacado teria ofendido o § 1º do art. 55 da Lei n. 8.213/1991. Dispõe o mencionado artigo da Lei n. 8.213/1991:

‘A averbação de tempo de serviço durante o qual o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória ao anterior Regime de Previdência Social Urbana só será admitida mediante o recolhimento das contribuições correspondentes, conforme dispuser o Regulamento, observado o disposto no § 2º.’

O juiz Aldir Passarinho Júnior, com razão, esclareceu em seu voto nos embargos de declaração (fls. 86/87), com a ação versa apenas sobre a questão de ser possível ou não a contagem do período em que o Recorrido estudou no ITA para fins previdenciários. Assim, não está em discussão se ele deve contribuir ou não para a Previdência Social com relação ao período em que estudou no ITA.

O Recorrido preencheu todos os requisitos para ter direito a contar como tempo de serviço aquele em que esteve no ITA e é este direito que foi assegurado pelo v. acórdão recorrido.

Ressalte-se que a decisão impugnada não concedeu nenhuma espécie de isenção ao Recorrido. Cabe ao INSS obter as contribuições devidas pelo Recorrido, mesmo porque o fato dele não ter recolhido estes valores quando esteve no ITA, não impede que recolha agora.

O INSS pode tentar cobrar as contribuições que considera devidas pelo Recorrido. Apenas se assegurou na presente ação que o

período em que o Recorrido esteve como estudante no ITA possa ser considerado como tempo de serviço para efeitos previdenciários. Não se afirmou que o Recorrido não precisa pagar as contribuições eventualmente devidas.

Por todo o exposto, o parecer do Ministério Público Federal é pelo conhecimento e improvimento do recurso.”

À vista do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 327.133 – PR

(Registro n. 2001.0065170-5)

Relator: Ministro Felix Fischer  
Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná  
Recorrido: Domingos Gonçalves de Brito (preso)  
Advogado: Everaldo Carlos dos Santos

**EMENTA:** Penal e Processual Penal – Recurso especial – Homicídio – Júri – Motivo fútil – Ausência de motivo – Exclusão da qualificadora.

I – A qualificadora do homicídio para ser admitida na pronúncia exige a existência de indícios e sobre eles, sucintamente, deve manifestar-se o magistrado.

II – A não-identificação concreta de motivo não pode ser reconhecida – mesmo no **iudicium accusationis** – como motivo fútil.

Recurso desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Edson Vidigal e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 28 de agosto de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 8.10.2001.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal contra o v. acórdão da colenda Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A questão restou assim narrada no parecer do *Parquet*, **in verbis**:

“O Ministério Público do Estado do Paraná denunciou Domingos Gonçalves de Brito, como incurso no art. 121, § 2º, II e IV, c.c. o art. 61, II, **e**, segunda figura, do Código Penal, porque, no dia 11 de novembro de 1999, no interior de um paiol localizado nas ‘terras de Cláudio Machado’, na localidade denominada ‘Bairro dos Matias’, no Município de Boa Ventura de São Roque, na comarca de Pitanga, sem nenhum motivo e dando vazão a propósito preexistente, aproveitando-se do fato de a vítima Odair Gonçalves de Brito, seu filho, estar agachada, provocou-a chamando de ‘macho-fêmea’ e no momento que a vítima se levantava, com vontade de matar, desferiu-lhe um golpe de foice na cabeça, causando-lhe ferimentos, os quais foram a causa eficiente de sua morte, tendo-se utilizado de recurso que dificultou a defesa da vítima, eis que esta, enquanto se levantava, foi atingida de inopino e sem que esperasse qualquer agressão, vez que inexistiam motivos que a tanto fizesse presumir.

Após regular instrução, o Réu foi pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, inciso IV (recurso que dificultou a defesa do ofendido) do Código Penal, não tendo concedido o direito de apelar em liberdade, tendo afastado a qualificadora do inciso II, por não se poder motivo fútil se equiparar à inexistência de motivo.

Inconformado, o Ministério Público do Estado do Paraná interpôs recurso em sentido estrito, pugnando pela manutenção da qualificadora.

Sustentou que ao contrário do fundamento da r. sentença de pronúncia, descreveu na denúncia que o Réu agiu ‘sem nenhum motivo’, razão pela qual ‘não pode este ser considerado como existente e, ainda, tido como fútil’; que no caso dos autos, ‘a ausência de motivos para o crime de homicídio é tão frívola, leviana e insignificante, quanto o próprio motivo fútil, razão pela qual, a conduta do criminoso que assim agiu, subsume-se à qualificadora do inciso II do § 2º do art. 121 do Código Penal’.

A Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à unanimidade, negou provimento ao recurso, conforme decisão abaixo ementada:

‘Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Inconformismo do *Parquet* com relação à exclusão de uma das qualificadoras. Motivo fútil. Cabimento da medida tomada pelo magistrado. Inteligência do artigo 408 do Código de Processo Penal. Recurso desprovido.

1. Nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, provada a existência do crime e havendo indícios suficientes de que o réu seja o seu autor, deverá o juiz, motivadamente pronunciá-lo.

2. O motivo fútil não se confunde com a simples falta de razão para o crime, pois do contrário todos os crimes seriam cometidos com base nele. *Motivo fútil* não pode ser sinônimo da falta de motivo. Neste caso, o homicida atua faticamente *sem razão alguma*. No primeiro (motivo fútil) o móvel fático é *insignificante* apresentando desproporção entre o ilícito perpetrado e sua causa moral.

– *Desprovimento do recurso.*’

Foram opostos embargos de declaração, visando a atribuir efeitos modificativos ao julgado para acolher a qualificadora do motivo fútil, sustentando que a dita Câmara julgadora não analisou os argumentos contidos no parecer da Procuradoria Geral no sentido de que a inclusão da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, II, do Código Penal não se revelava despropositada, contando com amplo respaldo jurisprudencial; que tais argumentos não foram analisados, embora suficientes para afastar a alegação de que a qualificadora se revelava manifestamente improcedente; que é remansoso o entendimento no sentido de que a qualificadora ‘é somente afastável pela decisão

de pronúncia e em conseqüência impedida de ser levada à apreciação dos jurados, quando tenha a instrução demonstrado, com segurança, a carência de suporte'; que o v. acórdão, extirpando a qualificadora do homicídio, estaria ferindo, além do próprio art. 121, § 2º, II, do Código Penal, o disposto no art. 408, **caput**, do Código de Processo Penal, bem como os princípios constitucionais da competência e soberania dos veredictos – art. 5º, XXXVIII, **c** e **d**, da Constituição Federal.

Os embargos foram rejeitados ao fundamento, em suma de que não houve omissão e contradição apontadas (fls. 165/171).

Inconformado, o Ministério Público do Estado do Paraná interpõe o presente recurso especial com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, visando à reforma do **decisum**, alegando contrariedade ao art. 408, **caput**, do Código de Processo Penal e ao art. 121, § 2º, II, do Código Penal.

Sustenta que ao excluir circunstância qualificadora cuja inexistência não podia ser peremptoriamente declarada, contrariando, também, o princípio da soberania dos veredictos insculpido no art. 5º, XXXVIII, alíneas **c** e **d**, da Constituição Federal – objeto de recurso extraordinário, simultaneamente interposto –, que o recurso não pretende o mero reexame de provas ou a simples discussão sobre matéria fática, vedados pela Súmula n. 7 do STJ; que o inconformismo reside no fato de que o art. 408, **caput**, do Código de Processo Penal, associado à previsão constitucional da competência do Júri para os crimes dolosos contra a vida, só permite que o Juízo de pronúncia afaste qualificadoras quando manifestamente improcedentes, vale dizer, quando possa o juiz ou tribunal asseverar, com absoluta certeza, sem a menor dúvida, que inexistem os mínimos indícios de que o crime ocorreu ou de que o acusado seja seu autor; que tais princípios não foram observados pela Câmara julgadora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quando exerceu verdadeiro juízo de mérito antecipado em torno da qualificadora em questão, usurpando a competência do Tribunal do Júri; que olvidou que na pronúncia vigora o princípio do **in dubio pro societate**, devendo o juiz contentar-se, para pronunciar o réu, com a existência de uma plausibilidade mínima para que o acusado seja submetido a julgamento, pelo júri, à vista da imputação deduzida pelo Ministério Público e das provas indícios coligidos nos autos; que havendo essa plausibilidade mínima, não pode o Tribunal de Justiça afastar circunstância qualificadora; que a hipótese dos autos não autorizava – de modo algum – à Câmara julgadora afirmar

peremptoriamente (como o fez) que a ausência de motivo – o homicídio ‘gratuito’ – seria incompatível com a qualificadora do inciso II (§ 2º do art. 121 do CP), sobretudo, quando tal entendimento, ao revés, vem respaldado por significativa parcela da jurisprudência; que a douta Câmara julgadora exerceu juízo por demais restritivo, no sentido de que ‘o motivo fútil não se confunde com a simples falta de razão para o crime’, quando, em verdade, a ausência de motivação constitui um **plus** à própria futilidade do móvel excedendo à própria motivação frívola ou desproporcionada: que o homicídio ‘gratuito’ se afigura sensivelmente mais grave do que o cometido por razões de somenos, constituindo, aliás, o que se poderia chamar de ‘futilidade qualificada’; que a ausência de motivo é muito mais grave do que a razão frívola, devendo, portanto, ser equiparada à futilidade, para fins de agravamento da pena; que ao imiscuir-se, indevidamente, na cognição e valoração da qualificadora, exercendo verdadeiro juízo antecipado de mérito, cuja realização competia ao Júri Popular, deveria ter-se portado com maior prudência para reconhecer que a matéria, quando menos, não se afigura pacífica a ponto de permitir a exclusão da qualificadora e se efetivamente o tivesse feito, logo alcançaria a conclusão de que a qualificadora em questão não se revelava manifestamente improcedente, não se ajustando àquelas hipóteses excepcionais, raras que justificam a exclusão, por inexistência de qualquer supedâneo a dar-lhe a mínima plausibilidade à imputação; que no acórdão dos embargos deixou evidenciado ‘que comunga do *peçoal entendimento* de que, não tendo havido motivo, impossível seria a caracterização da qualificadora do artigo 121, § 2º, inciso II, do CP’.

Entretanto, *esse peçoal entendimento do Tribunal a quo* não pode, evidentemente, justificar seja coarctada a possibilidade de o júri, em sua soberana competência constitucional para conhecer e julgar a causa, analise a incidência ou não da aludida qualificadora; que o douto Tribunal **a quo**, ao afirmar não estar obrigado a ‘orientar-se por far-ta jurisprudência carreada pelo Embargante’, culminou, no entanto, por impor ao Tribunal do Júri o seu peçoal e particular entendimento acerca da qualificadora, ferindo, assim, a soberania constitucionalmente assegurada ao Júri Popular; que antecipando valoração de mérito sobre a qualificadora, subtraiu do Conselho de Sentença o direito de conhecer e julgar a causa em sua inteireza, arbitrariamente extirpando da pronúncia qualificadora não manifestamente insubsistente.

No juízo de admissibilidade, o recurso extraordinário foi denegado e admitido o especial, considerando tratar-se de tema controverso,

entendendo que deva ser submetido ao crivo da egrégia Corte Superior.” (fls. 259/263).

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

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A controvérsia gira em torno da exclusão da qualificadora do motivo fútil em fase de admissibilidade da acusação.

De acordo com o art. 408 do CPP, ao final da primeira fase procedimental, o magistrado prola um juízo de admissibilidade da acusação (**judicium accusationis**) e este juízo, *nestes limites, do plausível*, tem que ser fundamentado. Nem mais, nem menos. Se a imputação versa sobre homicídio simples, o magistrado, ao pronunciar, deve dizer das razões da *admissibilidade* do crime e da autoria. Se a imputação versa sobre homicídio qualificado a motivação da *admissibilidade* deve ser, também, sobre a qualificadora que integra o delito. Para tanto, em regra, no que se refere às qualificadoras do homicídio, basta que existam indícios daquilo que, como tal, consta da imputação. Existindo, a pronúncia tem que ser ampla; não existindo os indícios, então, com a devida vênia, a qualificadora, atribuída precipitada ou erroneamente, não pode integrar o juízo de pronúncia. Tem que ser afastada. Da mesma forma, a equivocada valoração jurídica, o lapso de adequação, tudo isto, pode ensejar, já na pronúncia, o afastamento de uma qualificadora. Portanto, se, por um lado, bastam os indícios para o **judicium accusationis** acerca da qualificadora, por outro, é indispensável que eles, de fato, existam e que o magistrado, de forma concisa, se manifeste. O art. 93, IX, 2ª parte, da **Lex Fundamentalis**, para evitar abusos, deixa claro que os atos judiciais relevantes devem ser fundamentados nos limites de sua incidência. No **judicium accusationis**, a fundamentação é indispensável mas não deve, e não pode, ir além da *mera admissibilidade*. Caso contrário, a pronúncia não retrataria uma admissibilidade da acusação, mas, sem nenhum sentido, seria uma simples homologação de toda e qualquer denúncia. E, este entendimento está alicerçado em decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, a saber:

“A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do

Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes.

*A sentença de pronúncia deve analisar as qualificadoras imputadas ao réu.*

A inclusão da circunstância qualificadora na sentença de pronúncia exige, ainda que sucintamente motivado, um juízo positivo do magistrado pronunciante, que deve, em conseqüência, proclamar, sempre com fundamento em prova idônea, a existência da qualificadora. É por tal razão que o juiz, nesse ato sentencial – que constitui a própria fonte do libelo –, deve analisar, ainda que com um mínimo de fundamentação, as circunstâncias qualificadoras que foram imputadas pelo Ministério Público em sua peça acusatória. Precedentes. Doutrina.” (STF, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 13.12.1996, p. 50.166).

E esta Turma, no REsp n. 29.272-8-CE (relator Ministro Flaquer Scartezzini), já anteriormente, orientava no sentido de que, pelo menos indícios deveriam existir para que se pudesse admitir, na pronúncia, uma qualificadora. É o que se lê do seguinte trecho:

“Havendo indícios de que o delito foi praticado nas condições previstas nas qualificadoras referidas na denúncia, recomenda a jurisprudência que é de bom alvitre não excluí-las da sentença de pronúncia, deixando-se tal oportunidade ao Tribunal do Júri que, como juiz natural do processo, dirá sobre a incidência, ou não, de cada uma delas.” (STJ, rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJU de 31.5.1995).

Da mesma forma, de minha relatoria:

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Homicídio e lesões corporais. Qualificadoras. Pronúncia.

I – A qualificadora de homicídio, para ser admitida na pronúncia (**judicium accusationis**), exige a existência de indícios e sobre eles, sucintamente, deve manifestar-se o magistrado (precedente).

II – O ciúme, por si só, sem outras circunstâncias, não caracteriza o motivo torpe.

Recurso conhecido e desprovido.” (REsp n. 171.627-GO, Quinta Turma, DJU de 18.10.1999).

“Penal e Processual Penal. Júri. Admissibilidade de qualificadora.

I – A qualificadora do homicídio, para ser admitida no **iudicium accusationis** (pronúncia) exige a existência de indícios e sobre eles, sucintamente, deve manifestar-se o magistrado.

II – O afastamento da qualificadora, através de decisão suficientemente fundamentada, dando-a como inadmissível só pode ser revisto, em sede de recurso especial, se o eventual **error**, para restar configurado, dispensar o reexame do material cognitivo (Súmula n. 7-STJ).

III – Em princípio, não pode ser considerado fútil, o motivo do homicídio, se o violento desentendimento decorreu de pretensão contestada da vítima em relação à filha do réu.

IV – Não há surpresa ou meio que impossibilitou a defesa da vítima, se o réu, furioso, avisou que iria voltar armado.

Recurso conhecido e desprovido.” (REsp n. 178.229-DF, Quinta Turma, DJU de 15.3.1999).

Pois bem, *superado este ponto*, no caso, a qualificadora do motivo fútil foi afastada porquanto restou considerado que a ausência de motivo, ainda que reprovável, não se enquadraria na caracterização da qualificadora de motivo fútil.

Afirmou-se na pronúncia:

“Quanto ao motivo, nenhum foi imputado ao réu.

O próprio Ministério Público, quando da denúncia, afirma que o réu agiu sem qualquer motivo, sendo que a inexistência, ainda que aparente, de motivo para o crime, não pode ser equiparada ao motivo fútil (**Celso Delmanto**, Código Penal Comentado, 3ª ed. 1991, p. 203) (**Damásio de Jesus**, Código Penal Anotado, 5ª ed., 1995, fl. 332).

Na realidade, todo crime tem um motivo. No caso dos autos, o Réu pode ter agido porque a vítima se levantou, demonstrando não ter gostado da injúria proferida, ou porque ela aparentava (segundo o Réu) ter bebido (fato que o Réu não aceitava), ou em razão de desentendimentos antigos (narrados nos autos), ou ainda porque a vítima tentou lhe agredir com uma lenha (tese do Réu), ou até porque o Réu simplesmente estava com vontade de matar alguém (o que caracterizaria inclusive torpeza).

De qualquer forma, caberia ao Ministério Público extrair algum motivo das peças do inquérito policial ou determinar diligências nesse sentido e, em sendo fútil ou torpe o motivo achado, deveria imputá-lo ao Réu e prová-lo durante a instrução.

No caso concreto, como não houve imputação de motivo, não pode este ser considerado com existente e, ainda, tido como fútil, pelo que afasto a qualificadora capitulada na denúncia.” (fl. 105).

O seu posicionamento foi mantido em 2ª grau. Aliás, a imputação delineada na denúncia, também, como **causa petendi**, indicou a ausência de motivo (fls. 2/3).

*A não-identificação de motivo não pode ser reconhecida como motivo fútil.* Se a acusação pretende admissível uma motivação mais censurável, ela deve indicá-la concretamente. Caso não tenha sido possível detectá-la, no material de conhecimento, não há como considerá-la – mesmo no **iudicium accusationis** – contra o Réu. Senão, vejamos:

“O motivo fútil também qualifica o homicídio (n. II). Fútil é o motivo insignificante apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral. Exs.: matar o garçom porque encontrou uma mosca na sopa, matar o cobrador porque errou no troco, matar a esposa porque deixou queimar o feijão na panela, etc.

O motivo fútil não se confunde com a ausência de motivo. Assim, se o sujeito pratica o fato sem razão alguma, não incide essa qualificadora, nada impedindo que responda por outra, como é o caso do motivo torpe.” (Jesus, Damásio, Direito Penal, 2ª v., Editora Saraiva, 17ª edição, 1995, p. 58).

Portanto, não houve violação ao art. 408 do CPP. Afastou-se, na pronúncia uma qualificadora que fora produto de equivocada adequação. Não houve exame detalhado do material cognitivo e nem recusa de indícios acerca de *situação fática imputada*. Entendeu-se, tão-só, *que a não-identificação de motivo não configurava o motivo fútil*.

Não houve, por igual, violação ao art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, porquanto *não há como identificar ausência de motivo delineado com motivo fútil*.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

**RECURSO ESPECIAL N. 338.211 – PI**

(Registro n. 2001.0106872-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradores: Paulo Virgílio de Borba Portela e outros  
Recorridos: Anna Celestina de Oliveira e outros  
Advogada: Iara Cavalcante de Castro

**EMENTA:** Previdenciário e Processual Civil – Art. 535 do CPC – Omissão e contradição – Embargos de declaração – Interrupção da prescrição – Matéria nova – Correção monetária das diferenças pagas administrativamente – Portaria n. 714/1993 – Expurgos inflacionários – Multa.

I – Inocorreu omissão a ser suprida, pois o Tribunal **a quo** tratou da matéria da prescrição quinquenal, não cuidando do tema relativo à interrupção da prescrição, tendo em vista tratar-se de matéria nova, somente suscitada nos embargos de declaração (artigos 97, § 2º, do CTN, 9º do Decreto n. 20.910/1932, e 3º do Decreto-Lei n. 4.597/1942).

II – Com a edição da Portaria n. 714-MTPS, de 9.12.1993, que reconheceu o direito ao pagamento das diferenças de meio para um salário, mínimo do art. 201, §§ 5º e 6º, da CF/1988, de forma atualizada monetariamente, surgiu o direito do segurado reclamar, em juízo, o não-pagamento de qualquer parcela de correção monetária. A ação proposta, portanto, até 5 (cinco) anos após a referida portaria, isto é, 8.12.1998, não está alcançada pela prescrição. Precedentes.

III – Descabe incidência de “expurgos inflacionários” expressos em IPC, no período de 1.1989 a 12.1992, na atualização de parcelas pagas por atraso, em vista de o art. 41, § 6º, da Lei n. 8.213/1991 ter previsto o INPC.

IV – Os embargos de declaração, impetrados com o fim manifesto de prequestionar matéria, não têm caráter protelatório, a merecer aplicação de multa (Súmula n. 98-STJ).

V – Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 4 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

---

Publicado no DJ de 4.2.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fulcro nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra v. acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Os Autores ingressaram com ação ordinária, requerendo a correção monetária das diferenças pagas administrativamente (Portarias n. 714/1993 e 813/1994). O pedido foi julgado procedente.

O INSS interpôs apelação, sustentando a ocorrência da prescrição quinquenal e, no mérito, que as diferenças dos benefícios já teriam sido atualizadas pelos índices oficiais, inexistindo previsão legal acerca da inclusão dos expurgos inflacionários no cálculo da correção.

O TRF-1ª Região rejeitou a preliminar de prescrição quinquenal com relação à correção monetária das parcelas pagas administrativamente em razão das Portarias n. 714/1993 e 813/1994 e, no mérito, entendeu pelo direito à correção monetária dos débitos pagos administrativamente e pela inclusão dos expurgos inflacionários, mediante a aplicação das Súmulas n. 19 e 41-TRF-1ª Região.

Alegando omissão e contradição no julgado, e buscando prequestionar a matéria referente à interrupção da prescrição, a Autarquia opôs embargos de declaração, tendo o Tribunal **a quo** rejeitado, sob o fundamento de

tratar-se de matéria nova, aplicando multa de 1% sobre o valor da causa, nos moldes do art. 538, parágrafo único, do CPC.

No presente recurso, o instituto previdenciário sustenta violação aos artigos 535, I e II, e 538, parágrafo único, do CPC, ao artigo 97, § 2º, do CTN, 9º do Decreto 20.910/1932, 3º do Decreto-Lei n. 4.597/1942, e 41, § 7º, da Lei. 8.213/1991, bem como divergência jurisprudencial.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Preliminarmente, quanto à alegação de ofensa ao artigo 535 do CPC, o recurso não merece acolhida.

O Tribunal **a quo** rejeitou os embargos declaratórios, sob o fundamento de que o INSS neles abordou matéria nova, que não comportava, portanto, manifestação da Turma.

Inexistia, com efeito, omissão a ser suprida mediante embargos declaratórios. O acórdão embargado afastou a prescrição quinquenal sustentada pelo INSS sobre parcelas de atualização relativas a período anterior a março de 1991, entendendo que o termo inicial do prazo era 10.12.1993, data em que publicada a Portaria MTPS n. 714/1993.

Nos embargos de declaração, o INSS passou a invocar o art. 9º do Decreto n. 20.910/1932 e o art. 3º do Decreto-Lei n. 4.597/1942, sob a alegação de que interrompida a prescrição pela Portaria MTPS n. 714/1993, o curso do prazo prescricional deveria ser contado, a partir de então, pela metade, isto é, por dois anos e meio.

Ora, o acórdão embargado decidiu que o curso do prazo prescricional de cinco anos deveria ser contado da data da publicação da Portaria n. 714/1993, não cuidando do tema relativo à interrupção do prazo prescricional, nem ventilando os citados dispositivos indicados nos embargos de declaração, que não foram suscitados anteriormente pela Autarquia. É evidente, portanto, o caráter infringente dos embargos declaratórios, que suscitavam matéria nova.

Se não havia omissão a suprir, incabível considerar a hipótese de violação ao art. 535, II, do CPC.

Quanto à alegada violação aos arts. 97, § 2º, do CTN, 9º do Decreto n. 20.910/1932, e 3º do Decreto-Lei n. 4.597/1942, como já se referiu, as questões versadas nesses dispositivos só foram ventiladas nos embargos de declaração, como matéria nova.

A jurisprudência do STJ e a do STF estão firmadas no sentido de que

a oposição dos embargos de declaração não supre a falta de prequestionamento, se o acórdão embargado não incidiu em omissão relativamente à matéria. A ementa do acórdão deste Tribunal no EDREsp n. 73.710-SP, DJ de 7.8.2000, Rel. Min. Edson Vidigal, assim resume esta orientação:

“Processual Civil. Previdenciário. Falta de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Embargos de declaração. Efeito modificativo. Manifesto erro material.

1. (omissis)

2. O prequestionamento da matéria tratada no recurso especial constitui requisito essencial ao seu conhecimento. Não ventilada a matéria no Tribunal de origem, não pode esta Corte conhecê-la sob pena de supressão de instância. Súmula n. 282-STF.

3. Embargos de declaração acolhidos.”

No Agravo Regimental n. 181.567-RS, decidiu, por igual, o STF (Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 4.4.1997):

“Agravo regimental.

– Falta de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário, não bastando para tanto que elas tenham sido originariamente levantadas em embargos de declaração, sem que houvesse, portanto, omissão por parte do aresto embargado.

– Um dos fundamentos em que se estribou o despacho ora agravado – o de que a petição de agravo não atacou o fundamento da falta de prequestionamento em que se fundou o despacho que não admitiu o recurso extraordinário – não foi atacado pelo agravo regimental.

– Agravo a que se nega provimento.”

Não comporta conhecimento, portanto, o recurso especial pela alegada violação destes dispositivos, por ausência de prequestionamento (Súmula n. 282-STF).

Aliás, a matéria tem foro sumular, haja vista o Verbete n. 211, deste teor:

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**.”

Acresce notar que a orientação desta Corte sobre o termo inicial de

contagem do prazo quinquenal coincide com a tese adotada no acórdão recorrido.

Com a edição da Portaria n. 714-MPAS, de 9.12.1993, foi mandado pagar as diferenças resultantes da integralidade do salário mínimo do art. 201, §§ 5º e 6º, da CF/1988, de forma atualizada monetariamente. Daí, portanto, surgiu o direito do segurado de reclamar em juízo qualquer parcela de *correção monetária*.

O prazo prescricional de cinco (5) anos, assim, teve início com a referida portaria e findou em 8.12.1998. Até esta data, descabe falar-se em prescrição da ação e muito menos de parcelas de correção.

Podem ser referidos, a propósito, os seguintes precedentes:

“Processual Civil e Previdenciário. Benefício em valor não inferior ao salário mínimo. CF, art. 201, § 5º, auto-aplicabilidade. Pagamento parcelado na esfera administrativa. Atualização monetária do resíduo. Prescrição.

1. Determinado pela Portaria n. 714/1993-MPAS, o pagamento da complementação instituída pela CF, art. 201, § 5º, de forma parcelada, em 30 (trinta) meses, somente a partir desse momento restou caracterizada a lesão ao direito dos segurados de terem esses valores corrigidos monetariamente, fazendo correr a prescrição; proposta a ação antes do lustro legal, deve ser afastada a alegada prescrição.

2. Recurso não conhecido.” (REsp n. 250.352, DJ de 1.8.2000, Rel. Min. Edson Vidigal).

“Previdenciário. Correção monetária. Pagamento parcelado. Diferenças. Termo inicial para cômputo da prescrição quinquenal. Portaria n. 714/1993. Interrupção. Não-ocorrência.

I – A Portaria n. 714/1993, do Ministério da Previdência Social, não reconheceu o direito dos segurados à atualização monetária dos valores resultantes das parcelas previdenciárias pagas em atraso, de modo a interromper o prazo prescricional e fazê-lo correr pela metade, ou seja, dois anos e meio.

II – *Não há que se falar em prescrição no que tange à correção monetária dos valores pagos em atraso, pois, somente com a edição da Portaria Ministerial n. 714, de 10.12.1993, restou caracterizada a lesão ao direito dos segurados em terem seus benefícios atualizados monetariamente, o que deu início à contagem do lapso prescricional quinquenal.*

*Recurso provido.*” ((grifei) (REsp n. 250.286, DJ de 1.8.2000, Rel. Min. Felix Fischer).

Quanto à questão, todavia, de respeito aos chamados “expurgos inflacionários”, razão assiste à Recorrente, porquanto o índice a aplicar na atualização das parcelas pagas com atraso é inicialmente o INPC até 12.1992 (art. 41, § 6<sup>o</sup>, da Lei n. 8.213/1991) e, em seguida, o IRSM, de 1.1993 a 2.1994 (Leis n. 8.542/1992 e 8.700/1993), exatamente como determinado pela Portaria n. 714/1993.

Com efeito, reza a Lei n. 8.213/1991, na sua redação original:

“Art. 41. **Omissis.**

§ 6<sup>o</sup>. O pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado de acordo com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, verificado no período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento.”

Daí que, estando os chamados “índices expurgados” (1.1989, 3, 4 e 5.1990 e 2.1991) dentro do período em que vigorava o INPC, como o índice legal aplicável, não há que se falar em incidência do IPC.

Note-se que a questão não deve ser confundida com a atualização monetária da Lei n. 6.899/1981 que se refere à correção monetária de dívida resultante de decisão judicial e que a jurisprudência, à míngua da continuidade dos índices ORTN/OTN, fixou para o período de 1.1989 a 1.1991 o IPC e, após, o INPC, como se pode conferir pelos acórdãos no EREsp n. 24.168, DJ de 6.3.1995, Rel. Min. Torreão Braz e REsp n. 191.031, DJ de 11.10.1999, Rel. Min. Gilson Dipp, com estas ementas:

“Correção monetária relativa ao mês de janeiro de 1989.

– De acordo com a orientação da Corte Especial, é de 42,72% o índice da correção monetária a ser adotado para o mês de janeiro de 1989.

– Embargos conhecidos e recebidos em parte.”

“Processual e Previdenciário. Benefício. Reajustes da Súmula n. 260-TFR. Correção monetária. Índices aplicáveis.

Consoante a jurisprudência do STJ, os índices aplicáveis na correção monetária, segundo a Lei n. 6.899/1981, são os da variação das

ORTN/OTN até 12.1988, o IPC de 1.1989 (42,72%) a 1.1991 e de 2.1991 em diante, o INPC (IBGE).

Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.”

No que diz respeito à multa, com razão a Recorrente, posto que pediu o pronunciamento sobre ponto que indica propósito prequestionador dos embargos de declaração, incidindo a Súmula n. 98, desta egrégia Corte, deste teor:

“Embargos de declaração manifestados com notório propósito de questionamento não tem caráter protelatório.”

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e, nesta extensão, dou-lhe provimento, para excluir os “índices expurgados” em IPC e a multa.

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 343.686 – SC

(Registro n. 2001.0095346-9)

Relator: Ministro Gilson Dipp  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradores: Rosana Gavina Barros e outros  
Recorrido: Bento Marques  
Advogados: Mara Mello e outros

**EMENTA:** Previdenciário – Benefícios – Acumulação de auxílio-acidente e aposentadoria – Art. 86, § 2º, da Lei n. 8.213/1991 com a redação da Lei n. 9.528/1997 – Impossibilidade.

I – Com a redação dada pela Lei n. 9.528, de 10.11.1997 ao § 2º, do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, ficou proibida a acumulação de auxílio-acidente com qualquer aposentadoria.

II – **In casu**, estando o segurado aposentado desde 6.5.1997 não pode acumular este benefício com auxílio-acidente concedido a contar de 25.8.1998 em ação proposta em 9.1.1998.

III – Recurso conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Edson Vidigal e José Arnaldo da Fonseca.

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

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

---

Publicado no DJ de 4.2.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de recurso especial fundado na alínea a do autorizativo constitucional, contraposto a acórdão que confirmou sentença concessiva de auxílio-acidente, afastada a proibição de acumular com aposentadoria por tempo de serviço.

Alega a Autarquia-recorrente contrariedade ao art. 86, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, com a alteração da Lei n. 9.528, de 10.11.1997, na medida em que a partir de então ficou proibida a acumulação de auxílio-acidente com qualquer aposentadoria.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Conquanto rejeitados os embargos de declaração, vê-se que a questão da acumulação em face da alteração da Lei n. 9.528/1997, foi apreciada, afastando-se a proibição. Daí que inaplicável a Súmula n. 211-STJ e a necessidade de, no recurso especial, alegar-se também contrariedade ao art. 535 do CPC.

No mérito, tenho com razão a Autarquia.

O segurado aposentou-se em 6.5.1997 e quando ajuizou a ação com vistas ao auxílio-acidente, em 9.1.1998, já vigorava a alteração da Lei n. 9.528, de 10.11.1997, que vedou a acumulação.

Por outro lado, não houve prévio requerimento indeferido pela Administração que justificasse a retroação do benefício para antes da alteração da lei, tendo a redução da capacidade laboral reconhecida apenas pelo laudo do Juízo, em 25.8.1998.

Ora, a norma modificadora foi publicada em 11.12.1997, convolada a Medida Provisória n. 1.596, de 10.11.1997, e entrou em vigor nessa data, dando ao § 2º do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, o seguinte teor:

“§ 2º. O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.”

Daí se vê que a acumulação resultou proibida, incorrendo causa para seu afastamento.

No mesmo sentido os acórdãos:

“Previdenciário. Processual Civil. Cumulação de benefícios. Aposentadoria por tempo de serviço. Auxílio-acidente. Vedação do § 2º do art. 86 da Lei n. 8.213/1991. Redação da Lei n. 9.528/1997. Impossibilidade.

– Em tema de acumulação de benefícios previdenciários, o § 2º do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, com redação dada pela Lei n. 9.528/1997, impede a cumulação de qualquer aposentadoria com auxílio-acidente.

– Recurso especial conhecido.” (REsp n. 309.569, DJ de 25.6.2001, Rel. Min. Vicente Leal).

“Previdenciário. Auxílio-acidente. Aposentadoria por tempo de serviço. Cumulação.

O auxílio-acidente, conforme a nova redação do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, alterado pela Lei n. 9.528/1997, não pode ser percebido cumuladamente com a aposentadoria.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 331.474, DJ de 8.10.2001, Rel. Min. Felix Fischer).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar improcedente o pedido, e condenar o Autor ao pagamento de honorários advocatícios de 5% do valor dado à causa.

É como voto.