



Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 21.149 — SP (2002/0026700-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrantes: Margareth Rossini e outro

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Odivardo Erliski Quaresma

EMENTA

Habeas corpus. Direito penal e processual penal. Crime de homicídio privilegiado. Tribunal do júri. Recurso de apelação. Erro ou injustiça na dosimetria da pena. Majoração da reprimenda anteriormente imposta pelo tribunal popular. Possibilidade. Art. 593, inc. III, alínea **c**. Circunstâncias judiciais não sopesadas pelo juiz togado quando da aplicação da pena. Reexame pelo tribunal **a quo**. Possibilidade. Ausência de violação a garantia da soberania dos veredictos do júri. Ordem denegada.

1. É cabível o recurso de apelação, nos termos do art. 593, inciso III, alínea **c**, do Código de Processo Penal, em sua modalidade restrita, para reformar a decisão proferida pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri quando houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou de medida de segurança, como **in casu** ocorreu.

2. A imposição final da reprimenda ocorre mediante a observância de fases distintas e obrigatórias. A pena-base deve ser inicialmente fixada com atenção aos preceitos relativos ao tipo em que foi enquadrado o réu e aos critérios do artigo 59 do Código Penal, sopesados o fato revelador da personalidade direcionada para o cometimento do ilícito e suas conseqüências sociais.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 23.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado por Margareth Rossini e outro, em favor de Odivardo Erliski Quaresma, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao prover parcialmente o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, majorou a reprimenda aplicada ao paciente e estabeleceu-lhe o regime prisional semi-aberto de cumprimento de pena.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado, pelo júri popular, pela prática de homicídio privilegiado, sendo-lhe aplicada a pena de 04 (quatro) anos de reclusão, no regime aberto; e sua filha, também pronunciada pela prática do delito em epígrafe, Priscila Corregio Quaresma, foi absolvida com base no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Não obstante a condenação, o representante do Ministério Público do Estado paulista interpôs recurso de apelação, postulando que o paciente e a sua filha fossem novamente submetidos a novo julgamento pelo Tribunal do Júri (art. 593, inc. III, alínea **d**, do CPP); e, caso fosse mantido o veredicto do Conselho de Sentença, a exasperação da reprimenda imposta ao paciente porquanto os três momentos distintos previstos no art. 68, do Código Penal, para o cálculo da pena não restaram claramente individualizados na sentença recorrida (art. 593, inc. III, alínea **c**, do CPP).

O Tribunal de origem, após examinar a hipótese, deu parcial provimento ao recurso, reformando tão-somente a pena imposta, majorando-a, sob o fundamento de que a sanção reclusiva merecia reparos, pois o juiz sentenciante, ao dosar a reprimenda, não considerou os elementos norteadores do crime e as suas conseqüências na ordem social (fls. 56/63).

Insatisfeita, a defesa impetrou o presente **habeas corpus**, com pedido liminar, objetivando a anulação do acórdão ora atacado.

Alega, para tanto, que a reforma da pena aplicada ao paciente, nos termos do art. 593, inc. III, alínea **c**, do Código de Processo Penal, não pode prevalecer uma vez que apenas o Tribunal do Júri poderia rever as razões para agravar ou diminuir a pena em um novo julgamento. Aduz, por fim, que a matéria envolveria

reapreciação dos fatos analisados pelo Júri Popular, cabendo tão-somente ao Conselho de Sentença o reconhecimento de circunstância agravante à imposição da sanção penal.

A medida liminar foi indeferida pelo Min. Edson Vidigal, então Relator do processo.

As informações foram devidamente prestadas às fls. 76/77.

A Douta Subprocuradoria-Geral da República, em manifestação acostada às fls. 79/84, opinou pela denegação da ordem nos seguintes termos:

“**Habeas corpus**. Apelação criminal. Decisão proferida pelo tribunal do júri.

I - Cabível a majoração da reprimenda imposta na sentença proferida pelo Tribunal do Júri, quando essa exasperação vier a ser requerida em sede de apelação criminal, interposta pelo Ministério Público.

II - Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 79)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O **habeas corpus** não merece ser deferido.

Como bem assentou o Tribunal de origem, após examinar o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, e ao parcialmente provê-lo, a sanção reclusiva merecia reparos pois o juiz sentenciante, ao dosar a reprimenda, não considerou os elementos norteadores do crime e as suas conseqüências na ordem social, frise-se, reconhecidos pelo Conselho de Sentença, **in verbis**:

“De resto, merece pequeno reparo apenas a sanção reclusiva.

Consoante bem consignado na r. sentença, o réu Odivardo além de não registrar antecedentes, em seu favor teve reconhecida a existência de circunstâncias genéricas. Contudo, apenas se levou em consideração, ao ser fixada a pena-base, os antecedentes do acusado.

A respeito, correto o entendimento do Dr. Promotor de Justiça quando assim afirma:

‘As conseqüências da conduta criminosa do acusado são por demais nefastas. Um pai de família de apenas trinta e dois anos foi assassinado, deixando, além da esposa, um filha órfã de seis anos de idade e outra, ainda no ventre da mãe.

Tais conseqüências deveriam, sem dúvida, determinar que a pena-base permanecesse no meio termo entre o máximo e o mínimo cominados, para que a conduta do acusado restasse efetivamente reprovada. Só depois, então, é que a circunstância atenuante haveria de incidir, reduzindo-a apenas um pouco, modo que ainda se mantivesse acima do mínimo.'

Pelo relatado, observando os critérios norteadores dos arts. 59 e 68 do Código Penal, fixa-se a pena-base em 09 anos de reclusão — 03 anos acima do mínimo (1/3) em face das conseqüências do delito. Tendo em vista o reconhecimento da circunstância atenuante pelo Conselho de Sentença, é reduzida a sanção reclusiva a 07 anos e 06 meses (1/6)." (Fls. 61/62)

Sendo assim, não há que se falar em violação ao princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, porquanto é cabível o recurso de apelação, nos termos do art. 593, inciso III, alínea c, do Código de Processo Penal, em sua modalidade restrita, para reformar a decisão proferida pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri quando houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou de medida de segurança, como **in casu** ocorreu.

Ademais, no tocante à dosimetria do decreto punitivo e à observância do critério trifásico de aplicação da pena, a imposição final da reprimenda ocorre mediante a observância de fases distintas e obrigatórias. A pena-base é inicialmente fixada com atenção aos preceitos relativos ao tipo em que foi enquadrado o réu e aos critérios do artigo 59 do Código Penal, sopesados o fato revelador da personalidade direcionada para o cometimento do ilícito e suas conseqüências sociais. A seguir, segue-se o exame das atenuantes ou agravantes, considerando-se, ao final, as causas de diminuição ou de aumento da pena, a teor do artigo 68 do Código Penal.

Portanto, ao contrário do que alegam os Impetrantes, o Tribunal **a quo**, de forma restrita, apenas majorou a reprimenda imposta ao paciente tendo em vista a incorreta aplicação das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59, do Código Penal, pela sentença condenatória proferida pelo Tribunal Popular.

Ante o todo exposto, denego a ordem pretendida.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 21.531 — SE (2002/0040727-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: José Rollemberg Leite Neto

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Paciente: Marcos da Costa Santana

EMENTA

Criminal. **HC**. Exceção de suspeição de promotor de justiça. Paciente que teria movido processos na esfera cível e criminal contra o membro do *Parquet*. Inimizade capital não-caracterizada. Promotor que teria se dado por suspeito em outro feito. Irrelevância. Suspeição que, se acolhida, não causaria a anulação da denúncia. Ordem denegada.

I - Fatos trazidos pelo impetrante que não são hábeis para caracterizar inimizade capital entre o paciente e o promotor que o denunciou.

II - A existência de processos na esfera cível e criminal movidos pelo acusado em desfavor do órgão do *Parquet* não configura, em princípio, inimizade capital entre eles, capaz de afetar a isenção com que deve proceder o promotor de justiça.

III - O fato de o representante do Ministério Público ter se dado por suspeito em outro processo em que teria oferecido denúncia contra pessoa que também teria ajuizado processos em seu desfavor não traz qualquer vinculação com o caso em tela.

IV - Hipótese que retrata “quizila” do paciente para com o Promotor e, não, o contrário. Avaliar a tese da impetração, portanto, poderia implicar em situar-se, na alçada e conveniência exclusiva do denunciado, a possibilidade de “gerar” suspeições somente pelo ajuizamento de ações contra o representante ministerial.

V - A declaração de suspeição de membro do Ministério Público não tem o poder de anular os atos já praticados, inclusive, a denúncia.

VI - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

por unanimidade, denegou a ordem.” Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 18 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 28.04.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 270/272, **in verbis**:

“Trata-se de **habeas corpus** com pedido de liminar impetrado por José Rollemberg Leite Neto, em favor de Marcos da Costa Santana, face ao v. acórdão de fls. 119/123 proferido pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, de forma unânime, denegou a ordem, cassando-se a liminar adrede concedida e que se encontra ementado nos seguintes termos, **verbis**:

‘**Habeas corpus**. Suspeição do Representante do Ministério Público. Inimizade argüida. Não restou provada a inimizade capital exigida pelo artigo 254, I, do Código de Processo Penal. Ordem denegada. Decisão unânime’.

Alega o paciente que está sofrendo constrangimento ilegal em virtude de haver sido negada a exceção de suspeição por ele invocada contra o Representante do Ministério Público da Comarca de Cedro de São João/SE, Dr. José Ferreira da Silva, nos autos do processo n. 172/2001.

Sustenta que requereu liminarmente o sobrestamento do feito de n. 51/2001 da Comarca supracitada, e, no mérito, a reforma da decisão dos autos de n. 172/2001, para que fosse declarado suspeito o já referido Promotor, devendo o mesmo ser substituído.

Requer, por fim, que o feito de n. 51/2001 seja anulado a partir do oferecimento da denúncia, uma vez que a mesma foi exarada de punho suspeito.

À exordial juntou documentos, às fls. 08/248.

Liminar indeferida à fl. 252.

Informações solicitadas, à fl. 252, estas foram prestadas às fls. 256/258, ocasião em que foram anexados outros documentos, às fls. 259/268”.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 272).
É o relatório.
Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Marcos da Costa Santana, visando à reforma de decisão exarada nos autos de ação penal contra ele instaurada, a fim de declarar suspeito o Promotor que atua no feito, com a conseqüente anulação do processo desde o oferecimento da denúncia.

Consta do presente *writ* que ao paciente foi imputada a prática, em tese, do crime previsto no art. 1º, inciso X, do Decreto-Lei n. 201/1967.

A defesa opôs exceção de suspeição contra o ilustre promotor de justiça da Comarca de Cedro de São João/CE, Rogério Ferreira da Silva, sob o fundamento de existência de inimizade pessoal. A exceção foi julgada improcedente.

Irresignado, o paciente impetrou **habeas corpus** perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, tendo sido deferido o pedido de liminar.

Na apreciação do mérito, a Corte Estadual denegou a ordem, cassando a liminar anteriormente concedida (fl. 119).

Daí a presente impetração, na qual se sustenta que o ilustre membro do *Parquet* estaria sendo processado na esfera cível e criminal pelo ora paciente e, por isso, seria suspeito, pois não atuaria de forma isenta.

Aduz-se, ainda, que estaria caracterizada inimizade entre o paciente e o promotor denunciante, além de que o mesmo teria se dado por suspeito em outro processo envolvendo pessoa que também estaria movendo processo em seu desfavor.

Pugna-se, então, pela declaração de suspeição do Promotor que ofereceu acusação contra o paciente, a fim de que o mesmo seja substituído, bem como pela nulidade do processo a partir do oferecimento da denúncia.

Entretanto, não merece prosperar a irresignação.

O cerne da **questio** orienta-se no sentido de que existiria entre o paciente e o Promotor de Justiça que o denunciou inimizade capital, o que seria motivo para declaração de suspeição do mesmo.

A decisão que julgou improcedente o pedido formulado em sede de exceção de suspeição está firmada nos seguintes fundamentos:

“Não vislumbro razões para acolher o pedido exposto na peça vestibular. Inimizade é uma acepção robusta, intensa e pela sua própria materialidade é imprescindível a prova incontestada da malquerença.

Os termos utilizados do Ministério Público em uma de suas peças contra o denunciado ‘contumaz em levar vantagem sobre pessoa de boa-fé’ não evidenciam inimizade capital. No máximo, caracterizariam excesso, porém, sem a conotação de aversão pessoal.

Nem se diga que o fato análogo trazido à colação pelo excipiente poderia vincular o excepto. Aquela hipótese envolve outro acusado e com deflagração da ação penal retratada (fato supostamente análogo), com ampla repercussão na mídia do Estado, deram um contorno bem mais aguado e emblemático do que a deduzida neste feito.

Não obstante, a pendência aqui instaurada não subsiste. Os fatos retratados foram registrados em manifestações contidas em peças processuais que pela sua leitura demonstram excessos e incompreensões de parte a parte, o que tem retardado o regular andamento do feito e a célere prestação jurisdicional. Não é razoável, por exemplo, pedir que este Juízo instigue o Promotor de Justiça (excepto) a manter a serenidade, como consta na peça escutada pela defesa do Promotor de Justiça (defesa prévia de Edivaldo Ferreira Leão). As instituições do Ministério Público e Advocacia não são subalternas à Magistratura a merecerem ‘puxões de orelha’. Tanto, que possuem seus órgãos disciplinados, aptos a coibirem os abusos verificados. Ao Juiz cabe zelar pelo regular andamento do processo e reservar, sempre, o espírito de urbanidade, inclusive riscando as palavras que maculem a honra e transbordem os limites da lide.

Com efeito, os procedimentos encetados pelo excipiente não podem servir de instrumentos a formar a convicção de que há inimizade pessoal entre as partes, mesmo porque deflagrados pela própria parte que argúi exceção.

Pondere-se, por fim, que nenhuma palavra escrita, nem mesmo as eventuais destemperanças ocorridas no calor dos debates irão obstruir a verdade real almejada no feito. Os excessos, tal como revela o nome, estão à margem da lide, despidos de conteúdo a influenciar o julgamento. Subscrever arrazoados em prol do interesse coletivo ou na representação particular, impõe divisa estreitada pelo limite da impessoalidade. Além disso, haverá apenas excessos e perda de tempo!

Isto posto, Julgo improcedente a suspeição, por entender que não subsiste motivo a caracterizar inimizade pessoal entre o Promotor de Justiça, Dr.

Rogério Ferreira da Silva, ora excepto e Marcos da Costa Santana, ora excipiente.” (Fls. 88/89).

O Tribunal **a quo**, por sua vez, manteve o **decisum** atacado, destacando que “o previsto no art. 254, I, do Código de Processo Penal é a inimizade capital, exigindo o sentimento pessoal, estranho ao processo e de animosidade séria, capaz de macular a isenção do órgão promotorial” (fl. 122).

Não vislumbro ilegalidade na decisão atacada.

Os fatos trazidos pelo impetrante não são hábeis para caracterizar inimizade capital entre o paciente e o promotor que o denunciou.

Com efeito, a existência de processos na esfera cível e criminal movidos pelo acusado em desfavor do órgão do *Parquet* não configura, em princípio, inimizade capital entre eles, capaz de afetar a isenção com que deve proceder o promotor de justiça.

Outrossim, como bem destacou o Magistrado de primeiro grau, o fato de o representante do Ministério Público ter se dado por suspeito em outro processo em que teria oferecido denúncia contra pessoa que também teria ajuizado processos em seu desfavor não traz qualquer vinculação com o caso em tela.

Nesse sentido, bem ressaltou a Subprocuradoria-Geral da República, em sede de parecer:

“A hipótese dos autos retrata uma ‘quizila’, como diz, a exordial, *do paciente para com o Dr. Promotor e não o inverso*. Neste passo, avaliar a tese da impetração seria por demais perigoso, na medida em que implicaria em situar *na alçada e conveniência exclusiva do denunciado* a possibilidade de ‘gerar’ suspeições pelo tão-só ajuizamento de ações contra o representante ministerial” (fl. 272).

Por derradeiro, de acordo com a sistemática do Código de Processo Penal apenas a declaração de suspeição do Juiz é que leva à anulação dos atos já praticados (art. 101, CPP), sendo que a arguição de suspeição de membro do *Parquet* sequer tem o condão de suspender o julgamento (art. 460, CPP).

Portanto, não merece reforma a decisão recorrida.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 22.051 — PA (2002/0054431-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: Alfredo Santana

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Paciente: José Antônio de Trindade Miranda (preso)

EMENTA

Processual penal e penal. **Habeas corpus**. Alegação de excesso de prazo. Instrução encerrada. Súmula n. 52. Flagrante preparado. Inocorrente. Ordem denegada.

A pretensão no sentido de que seja reconhecido o excesso de prazo pretérito, objeto de *writ* no Tribunal de origem, fica superada se a instrução já se encontra concluída, conforme deflui do Verbete n. 52 da súmula desta Casa.

O crime de extorsão, por ser de natureza formal, se satisfaz apenas com o constrangimento, independentemente da vantagem indevida. Por essa razão, não há flagrante preparado quando os policiais surpreendem o agente quando já consumado o delito.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 09.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, com fundamento na Constituição Federal e arts. 647 e 648, II e V, do Código de Processo Penal, impetrado por Alfredo Santana em favor de José

Antônio de Trindade Miranda, e tendo por impetrado o Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Preso em flagrante, o paciente fora denunciado pela prática do crime tipificado no art. 159, do Código Penal, e, após transcorrido mais de duzentos e dez dias da prisão, conforme consta da petição à fl. 3, impetrou junto ao Tribunal **a quo** remédio heróico com o intuito de que fosse reconhecido o excesso de prazo para o término da instrução criminal, pretensão não acolhida. Renovada essa depois de transcorridos trezentos dias, também, negou-se-lhe concessão a Corte Estadual.

Agora, pretende neste *writ* ver reconhecido o excesso prazal objeto das impetrações antecedentes, não obstante admitir o término do sumário de culpa, além de sustentar a tese de flagrante preparado, tudo a fim de que seja conferida a soltura do paciente ou a sua liberdade provisória mediante pagamento de fiança.

Pedido liminar indeferido pela decisão de fl. 65.

Informações prestadas às fls. 19/64, e oitiva ministerial comprovada por meio do parecer de fls. 68/70.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Inicialmente, este *writ* tem todas as condições de inadmissibilidade, haja vista que não constam dos autos os acórdãos dos julgamentos anteriores, até mesmo como forma de identificar ali, para efeito de confronto, as matérias ora cogitadas. Entretanto, em face da matéria relativa a excesso de prazo ser das mais conhecidas deste Tribunal, faz-se mister analisar o seu mérito.

A alegação no tocante ao excesso de prazo, tem da defesa a seguinte pretensão (fl. 4):

“No presente, de fato a instrução processual está concluída, porém quando fora negado o pleito que argüiu o excesso de prazo, aliás, ambos os pleitos, tal irregularidade estava flagrante, latente, havendo portanto a colenda Câmara Criminal do TJE-PA negado o pedido em desatino com a norma e o entendimento jurisprudencial pátrios.”

Ou seja: espera o impetrante que este Tribunal reconheça o excesso de prazo para o término instrucional suscitado nos procedimentos junto ao Tribunal de origem, e que foram negados, e, não, no presente, pois já era sabedor do encerramento do sumário de culpa.

Como se vê, descabido e incoerente o pedido, porque, uma vez suplantado o óbice do cúmulo processual, nada há mais a ser discutido em torno disso, superado

estaria o inconformismo. Aliás, é o que reza o Verbete n. 52 da súmula desta Casa, **verbis**:

“Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.”

No mesmo sentido são os julgados:

“Penal e processual penal. **Habeas corpus**. Homicídio qualificado. Réu preso preventivamente no curso da instrução. Anulação de decisão de pronúncia por esta corte. Manutenção da custódia. Excesso de prazo. Alegação prejudicada.

A anulação de decisão de pronúncia, não enseja, *per si*, a revogação da custódia de réu que permaneceu preso durante toda a instrução, se permanecem presentes os fundamentos da prisão preventiva.

Ademais, estando o feito com a instrução encerrada, faltando para a prolação de nova decisão de pronúncia apenas que se conheça o inteiro teor da v. decisão deste STJ, o que certamente já aconteceu, resta superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo, em face dos enunciados das Súmulas ns. 21 e 52 do STJ.

Writ denegado.”

(HC n. 23.085/RJ; Relator Min. Felix Fischer, **in** DJ de 04.11.2002)

“Processual penal. Excesso de prazo. Formação da culpa. Não-ocorrência. Complexidade da causa. Súmula 52-STJ.

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

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

3. Ordem denegada.”

(HC n. 21.517/CE; Relator Min. Fernando Gonçalves, **in** DJ de 14.10.2002)

Já quanto à segunda argüição, isto é, ao tema relativo ao flagrante preparado do tipo penal da extorsão, pelo qual o paciente foi denunciado, do mesmo modo, improcedente é a tese de defesa. Lembre-se que, para afastar qualquer indicação das instâncias ordinárias, é necessário o reexame do conjunto cognitivo, o que não

se é permitido na via do **habeas corpus**. E, como bem lembrou a ilustre representante ministerial, à fl. 70, “é pacífico o entendimento de que a extorsão é crime formal, consistente em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a fazer, deixar de fazer ou concordar que se faça alguma coisa, com o intuito de obtenção de vantagem indevida. O tipo, pois, se perfaz com o efetivo constrangimento de alguém, não dependendo da obtenção da vantagem econômica para a sua consumação. Portanto, não há flagrante preparado, mas esperado, quando os policiais, cientes dos fatos, não intervêm na execução do crime, limitando-se a surpreender o agente quando já consumado o delito. (RHC n. 11.915/RJ, DJ de 22.04.2002).”

Diante do exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 22.499 — RJ (2002/0059530-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Jorge Eurico de Souza Leão

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

Paciente: Sidney da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Processual penal. Crime de associação ao tráfico ilícito de entorpecentes. Agente policial. *Segurança* de narcotraficante. Condenação em grau de apelação. Conjunto probatório controverso. Dilação probatória. Exame. Impossibilidade. Regime inicial de cumprimento de pena. Fixação. Reprimenda de cinco anos de reclusão. Personalidade e conduta reprováveis. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Regime fechado. Possibilidade.

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

2. Para fixar a pena-base além do limite inferior, consignou o Magistrado serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais do Paciente, o que torna apropriada a determinação do regime prisional inicialmente fechado para o cumprimento da pena.

3. Ordem parcialmente conhecida, e, nessa parte, denegada. Revogo a liminar anteriormente concedida e julgo prejudicado o pedido de extensão ao co-réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente da impetração de **habeas corpus** e, nessa parte, denegar a ordem, revogada a medida liminar anteriormente concedida e julgado prejudicado o pedido de extensão formulado pelo co-réu. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 27 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado por Jorge Eurico de Souza Leão, em favor de Sidney da Silva, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao prover o recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público local, reformou a sentença absolutória e condenou o paciente como incurso no artigo 14, da Lei n. 6.368/1976, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão em regime inicialmente fechado, com a perda da função pública, nos termos do artigo 92, inc. I, alínea **b**, do Código Penal.

Noticiam os autos que o paciente, acompanhado de *Celso Luiz Rodrigues*, vulgarmente conhecido por “Celsinho da Vila Vintém”, suposto chefe do comércio de tráfico de entorpecentes daquela comunidade, *Elvécio Machado da Silva* e *Cláudio José de Souza*, foi preso em flagrante delito pela prática dos crimes tipificados nos artigos 14 e 18, da Lei n. 6.368/1976, e 19, § 1º, da Lei de Contravenções Penais, na forma do art. 69, do Código Penal.

Denunciado pelo *Parquet* fluminense (fls. 31/36), pelo cometimento dos delitos acima descritos, o paciente foi absolvido pelo Juízo condutor do processo-crime com fulcro no artigo 386, inc. VI, do Código de Processo Penal (fls. 37/62).

Inconformado, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso de apelação criminal requerendo a condenação do acusado, aduzindo para tanto que as provas testemunhais fartamente produzidas nos autos apontavam que o ora paciente seria “segurança pessoal” de *Celsinho da Vila Vintém*, chefe do narcotráfico daquela comunidade.

O recurso restou, ao final, provido nos seguintes termos:

“Apelação criminal. Artigos 12 e 14, da Lei n. 6.368/1976. Procedência, em parte, do pedido inicial. Recursos do Ministério Público e dos dois condenados. Rejeição das preliminares e provimento parcial dos apelos para reduzir a pena relativa ao crime de associação. Provimento do recurso ministerial para condenar os apelados no artigo 14 da Lei de tóxicos, com perda da função pública.

As preliminares argüidas pelos recursos merecem ser rejeitadas uma vez que não têm amparo legal.

No que tange ao mérito, toda a prova coligida não deixa a menor dúvida de que os Apelantes praticaram as condutas delituosas, alvo da reprovação penal imposta pela sentença recorrida. Cabe, no entanto, a adequação da reprimenda referente ao artigo 14 da Lei de Tóxicos, por entender que aquela fixada em primeira instância se revela exacerbada, retirada a pena de multa.

Rejeição das preliminares e provimento parcial desses recursos para reduzir as penas impostas pela prática do delito previsto no artigo 14 da Lei n. 6.368/1976, com perda da função pública, nos termos do artigo 92, I, **b**, do Código Penal, diante da demonstração indubitosa de prática de conduta ilícita. Como policiais, ao invés de coibir a ação criminosa do tráfico de entorpecentes, revela o conjunto probatório que agiam como seguranças desse comércio ilícito, pelo que devem receber a devida resposta penal.

Provimento da apelação ministerial.” (Fls. 68/81)

A Defesa, em insurgência, impetrou o presente pedido de **habeas corpus**, alegando em suma que: a) a acusação que lhe foi imputada era embasada em denúncia anônima; b) não foi oferecida prova testemunhal para comprovar a imputação que lhe era feita; c) os familiares do paciente moram na Vila Vintém, o que justificaria a sua presença naquele dia; d) o paciente estava com o seu filho e um amigo dele e o co-réu Cláudio José de Souza, no interior do bar, conforme comprovou o depoimento dos funcionários do bar; e) nenhum policial do 14^a BPM, responsável pelas rondas naquela comunidade reconheceu o paciente, e como sendo suposto segurança de Celsinho da Vila Vintém, já deveria ser conhecido, e; **f**) não houve reconhecimento formal.

Sustenta, ainda, que os depoimentos dos policiais foram contraditórios, evidenciando-se suas suspeições no caso **in concreto** levando à falta de defesa por não apontar tais vícios no momento oportuno.

Aduz, por fim, que o acórdão condenatório, não apresentou qualquer justificativa para o agravamento do regime de cumprimento de pena, constando apenas a maior reprovabilidade da sua conduta social, por se tratar de policial, como justificativa para o aumento da pena-base do mínimo legal, que resultou na sanção de 05 (cinco) anos de reclusão e, logo, comportando o seu cumprimento em regime semi-aberto.

Sendo assim, requereu, por fim, liminarmente, a concessão de ordem para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do presente *writ*, e, no mérito, alternativamente, que:

“a) seja declarado nulo o processo até as contra-razões de apelação diante da deficiente defesa técnica do Paciente;

b) seja reconhecida a nulidade do acórdão condenatório por se embasar em uma denúncia anônima;

c) seja reconhecida a nulidade do acórdão condenatório por não estar devidamente por falta de motivação, sem a análise de todas as provas produzidas e da tese defensiva;

d) seja declarada a nulidade do acórdão diante do seu embasamento em provas inidôneas;

e) seja declarada a nulidade do decreto condenatório, tendo em vista o erro na tipificação do fato; ou

f) seja fixado o regime semi-aberto para o cumprimento inicial da pena do Paciente.”

O pedido liminar foi deferido à fl. 118, pelo então Relator, o Min. Vicente Leal, para assegurar ao paciente a permanência em liberdade até o julgamento do *writ*.

Após, o co-réu Cláudio José de Souza protocolou petição, nos presentes autos, apresentando os mesmos argumentos expendidos na petição inicial e requerendo a extensão dos efeitos concedidos no referido despacho concessivo de medida liminar (fls. 122/133).

O pleito, contudo, não foi apreciado.

As informações foram devidamente prestadas pela Autoridade Impetrada.

A Doutra Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem nos seguintes termos:

“*Ementa: Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Crime de tráfico e uso de entorpecentes (arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976 e art. 19, § 1º da Lei de Contravenção Penal). Pretensão do paciente de apelar em liberdade. Impossibilidade. Decreto de prisão expedido após julgamento do recurso de apelação, reformando em parte sentença absolutória. Constrangimento ilegal. Inexistência. Pretensão de discussão de aspectos controvertidos de prova no seio do writ. Impossibilidade. Pedido de extensão de liminar prejudicado. O Parecer é pela denegação da ordem.*” (Fls. 182/186)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A impetração merece ser tão-somente conhecida parcialmente.

Explica-se.

Como o visto no relatório, a Defesa alegou, em suma, basicamente que: a acusação que lhe foi imputada era embasada em denúncia anônima; não foi oferecida prova testemunhal para comprovar a imputação que lhe era feita; os familiares do paciente moram na Vila Vintém, o que justificaria a sua presença naquele dia; o paciente estava com o seu filho e um amigo dele e o co-réu Cláudio José de Souza, no interior do bar, conforme comprovou o depoimento dos funcionários do bar; nenhum policial do 14º BPM, responsável pelas rondas naquela comunidade reconheceu o paciente, e como sendo suposto “segurança” de “Celsinho da Vila Vintém”, já deveria ser conhecido; e, por fim, que não houve reconhecimento formal.

Verificando as razões de decidir do acórdão hostilizado, extrai-se que a condenação do acusado arrimou-se, segundo o entendimento do Desembargador-Relator, em conjunto probatório harmônico e devidamente comprovado, **in verbis**:

“(…) É de consignar-se ainda que os Apelados enquadram-se nas características dos policiais apontados como os seguranças do tráfico do local e foram presos no local após serem vistos na companhia de ‘Celsinho da Vila Vintém’ e seu gerente ‘Luquinha’.

Portanto, estando os Apelados altas hora da noite (23h), na favela Vila Vintém, na companhia do traficante local, foragido do Sistema Penitenciário, justamente no local das informações recebidas pela Inteligência da Polícia Militar, e preenchendo as características físicas e funcionais descritas e procurando evadir-se à aproximação da Polícia, fazem um conjunto harmônico e precioso na demonstração indubitosa do envolvimento deles no tráfico de entorpecente, com a função de Seguranças.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso do Ministério Público, para condenar os Apelados Sidney da Silva e Cláudio José de Souza, no injusto do art. 14 da Lei n. 6.368/1976, à pena, cada qual, de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime prisional inicialmente fechado, com a perda da função pública nos termos do art. 92, I, **b**, do Código Penal.” (Fl. 80)

Sendo assim, consoante se depreende da leitura dos fatos descritos na petição inicial, a pretensão deduzida pela Defesa fulcra-se na tese central de que as provas que ensejaram a condenação do paciente, em sede de apelação criminal, não seriam suficientes para tanto.

Todavia, como é sabido, no âmbito do **habeas corpus**, não há como proceder ao exame das alegações de que as provas dos autos não seriam suficientes para embasar a condenação do paciente, em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório.

As situações fáticas controversas, portanto, não são suscetíveis de exame no procedimento do *writ*, sob pena de ensejar indevida dilação probatória.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“Ementa: Criminal. HC. Entorpecentes. Associação para o tráfico. Insuficiência de provas a embasar a condenação. Alegação não-demonstrada de pronto. Impropriedade do meio eleito. Questões controvertidas. Dilação probatória. Reconhecimento da causa especial de aumento de pena prevista no inc. III do art. 18 da Lei n. 6.368/1976. Supressão de instância. Não-conhecimento. Ordem não conhecida.

A via estreita do **habeas corpus** não se presta para a análise das alegações de que as provas dos autos não seriam suficientes para embasar a condenação do paciente, em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório, inviável na via eleita. Precedente.

Necessidade de dilação probatória, vedada em **habeas corpus**.

Não se conhece da pretensão de substituição da condenação por associação para o tráfico pela causa especial de aumento prevista no inc. III do art. 18, ambos da Lei n. 6.368/1976, sob pena de indevida supressão de instância, se o tema não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal **a quo**.

Ordem não conhecida.”

(HC n. 25.685/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 28.04.2003, p. 223)

«Ementa: **Habeas corpus**. Sentença condenatória contrária às provas. Inocorrência. Necessidade de dilação probatória. Via inadequada. Prisão

cautelar. Constrangimento. Excesso de prazo. Crime de tráfico de entorpecentes. Regime integralmente fechado. Ordem denegada.

Pretender o reconhecimento de nulidade quanto ao teor de motivação condenatório exige um esforço que só o aprofundamento do exame da prova poderia socorrer. Como é de todos sabido, a dilação probatória no procedimento do **habeas corpus** encontra enorme barreira de enquadramento.

A proposição acerca do excesso de prazo mostra-se superada a partir do término do sumário de culpa, ou seja, com a indicação condenatória. Daí para frente, pendente o primeiro juízo valorativo, não há mais o que preconizar suposto cúmulo processual, a não ser em relação ao excesso do **quantum** da pena já fixada, que não é o caso.

Ademais, tratando-se de crime de tráfico de drogas, o cumprimento se dá em regime integralmente fechado.

Ordem denegada.”

(**HC** n. 25.902/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 28.04.2003, p. 224)

“Ementa: Penal. Processual. Tráfico de entorpecentes. Negativa de autoria. Prisão preventiva. Fundamentação. **Habeas corpus**.

1. Conveniente a manutenção da custódia se o acusado demonstra, através de circunstâncias concretas, o intuito de furtar-se à eventual aplicação da lei penal.

2. As provas, em **habeas corpus**, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes. Não se admite, nesta via e instância, a dilação probatória demandada pela defesa.

3. Ser primário, de bons antecedentes, com domicílio e profissão fixos não obstam, por si só, a medida cautelar, que deve ser adotada sempre que presentes os pressupostos ensejadores.

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

(**HC** n. 17.486/MG, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 19.11.2001, p. 295)

Sendo assim, conheço apenas em parte do **habeas corpus**.

Passo, então, ao exame do pedido da Defesa quanto à possibilidade da fixação do regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena.

Aduz o Impetrante, em suma, que o paciente foi condenado a 5 (cinco) anos de reclusão e neste passo o regime inicial de cumprimento da pena deveria ser o semi-aberto, na forma do art. 33, § 3º, alínea **a**, do Código Penal, sendo-lhe, entretanto, imposto o regime inicial fechado.

Razão, todavia, não lhe assiste.

O Tribunal de origem, ao individualizar a dosimetria da pena, o fez respeitando de forma escurrita o disposto nos artigos 33, § 3º, e 59, ambos do Código Penal, com o devido exame das circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso e considerados desfavoráveis ao Paciente:

“(…) Na fixação da pena, atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal, notadamente com vistas à péssima conduta social e personalidade distorcida para o crime, eis que Policiais (Civil e Militar), ao invés de coibir o crime como impõe o dever de Policial, emprestavam apoio ao nefando comércio de entorpecentes, onde exerciam a posição de seguranças, prevalecendo-se de suas condições de Policiais, pervertendo-se moralmente por ganho fácil, fixei a pena base em 5 (cinco) anos de reclusão, e a tornei definitiva à ausência de circunstâncias legais e causas especiais, quer de aumento ou de diminuição de pena.(…)” (fl. 81) (grifei)

Não há, portanto, que se falar em desrespeito à norma contida no art. 33, § 3º, do Código Penal.

Aliás, nesse sentido, veja-se o seguinte precedente desta colenda Turma:

“Ementa: **Habeas corpus**. Condenação no art. 16, da Lei n. 6.368/1976. Regime prisional. Arts. 33, § 3º, e 59, do CP. Substituição da pena detentiva por restritiva de direitos. Art. 44, do CP. Maus antecedentes.

O Juiz pode fixar regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso (semi-aberto), se verificada a existência de maus antecedentes do réu. Inteligência dos artigos 33, § 3º, e 59, do CP. Período decorrido entre a condenação anterior e a posterior superior a cinco anos impossibilita os efeitos da reincidência, mas não elide sua consideração como maus antecedentes.

Não cabe a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos se não preenchidos os requisitos do art. 44, do CP, com nova redação dada pela Lei n. 9.714/1998.

Ordem denegada.”

(HC n. 17.063/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.10.2001, p. 00233)

Ante o todo exposto, conheço parcialmente da impetração de **habeas corpus**, e, nessa parte, denego a ordem. Revogo a medida liminar anteriormente concedida e julgo prejudicado o pedido de extensão formulado pelo co-réu.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 302.352 — SP (2001/0010422-3)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Jorge James de Farias
Procuradora: Sandra Regina Ragazon

EMENTA

Recurso especial. Penal e processo penal. Roubo. Prescinde de posse tranqüila a coisa roubada com emprego de violência ou grave ameaça. Limites da apelação. Recurso exclusivo da acusação. **Reformatio in mellius**. Possibilidade, **in casu**.

“Prescinde de posse tranqüila a coisa roubada com emprego de violência ou grave ameaça.” (Precedentes).

A **reformatio in mellius** é possível quando há exclusiva interposição de recurso por parte da acusação, pretendendo a majoração da pena imposta ao réu, e se constatada a circunstância de flagrante ilegalidade da condenação. (Precedentes).

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 09.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, contra o v. acórdão proferido pela

Colenda Décima Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que, por unanimidade, negou provimento à sua apelação, estando assim fundamentado (fls. 127/8):

“Não prospera o inconformismo.

É entendimento pacificado desta Câmara que a consumação do roubo exige que o agente, ainda que por breves momentos, obtenha a posse tranqüila e desvigiada da **res**, o que a própria acusação não nega que não ocorreu no caso concreto, onde o agente foi apontado por Massami Mikaki ao policial militar Neize Ferreira de Rezende quando estava saindo do estabelecimento comercial assaltado em uma bicicleta, sendo imediatamente perseguido e preso, recuperadas todas as coisas subtraídas.

E devolvendo o apelo do Ministério Público, integralmente, ao Tribunal, o conhecimento do **thema decidendum**, permitindo a chamada **reformatio in melius**, impõe-se a alteração do regime prisional inicial para o aberto. É que a opção pelo mais rigoroso com base na só gravidade do delito não encontra amparo legal, estando o juiz, também nessa hipótese, vinculado aos critérios estabelecidos no art 59 do estatuto repressivo, por disposição expressa de seu art. 33, § 3º, os quais favorecem o réu, primário, sem antecedentes e que atuou com dolo normal para os crimes da espécie.

Em tais condições, nega-se provimento ao recurso e, de ofício, modifica-se para aberto o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta a Jorge James de Farias”.

Entende o recorrente que o v. acórdão dissentiu de julgados dos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à consumação do crime de roubo, ao regime de cumprimento de pena e no sentido de que é impossível a **reformatio in melius** em recurso exclusivo de acusação.

Contra-razões às fls. 200/7.

O Tribunal **a quo** admitiu o regular processamento do feito.

O Ministério Público, em seu parecer, opinou pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adoto, como razões de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do il. Subprocurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, **verbis** (fls. 228/30):

“Trata-se de recurso especial (fls. 135/164) interposto pelo Ministério Público em face de acórdão prolatado pela Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal paulista (fls. 126/128) que houve por bem em negar provimento ao apelo ministerial, rejeitando o reconhecimento de consumação do crime, e adotando, de ofício, a **reformatio in mellius**, em favor do acusado para alterar o regime prisional.

Preliminarmente, o presente recurso é *tempestivo*, ao contrário do que afirma o il. Presidente daquele Tribunal de Justiça às fls. 218/219. A ciência do acórdão se deu no dia 19.05.2000 – sexta-feira (fl. 129), portanto é desta data que se deve contar o prazo recursal. O recurso foi protocolizado em 24.05.2000 (quarta-feira). Feita a contagem do prazo legal, conclui-se que a interposição do presente apelo obedeceu ao requisito da tempestividade.

A irresignação do *Parquet* está na divergência jurisprudencial entre o acórdão ora objurgado e decisões dessa Corte Recursal e do Supremo Tribunal Federal. Fundamentando-se, dessa forma, o apelo na alínea **c** do permissivo constitucional.

O recorrente acosta **decisum** deste eg. Tribunal Superior para efeito de comprovação do dissídio jurisprudencial (fls. 138/163).

Não há razão no acórdão atacado quando decide pela tentativa de roubo, justificando essa decisão no fato de o réu não ter possuído “tranquilamente” a **res**, uma vez que foi detido por policial militar (fl. 127). É de se ver recente decisão dessa Colenda Corte Recursal, **verbis**:

“O crime de *roubo* está consumado se o agente, ainda que por breve momento, tem, após o desapossamento violento, a disponibilidade dos objetos. *Não é exigível a posse tranquila da res furtiva*, bastando que cesse a violência ou a clandestinidade. Precedentes deste STJ e do STF” (HC n. 14.787/SP, Ministro-Relator Edson Vidigal, data da decisão: 27.03.2001) (grifamos).

Quanto à alegação de que “enquanto o (acórdão) impugnado admite o início do cumprimento de pena em regime aberto, o paradigma, com acerto inegável, firma que a causa de aumento de pena, por si só indica a periculosidade do agente, e via de consequência, o cumprimento de pena em regime inicial fechado” (fl. 163), *esta não deve prosperar*, visto que “a gravidade do delito de roubo encontra-se intrínseca no próprio tipo penal. Tal circunstância, por si só, não deve ser considerada para o agravamento do regime prisional, mormente quando a pena aplicada comporta regime mais brando” (HC n. 10.116/SP, Ministro-Relator Jorge Scartezini, DJ 24.02.2000).

Alega, ainda, o recorrente, que “patenteia-se, portanto, o dissenso pretoriano, que não admite **reformatio in mellius**, em face do princípio **tantum devolutum quantum appellatum** para, em recurso exclusivo da acusação, buscando a elevação da pena, reduzi-la ou absolver o réu” (fl. 159).

Não assiste razão ao recorrente. De se ver, a propósito **verbis**:

“Criminal. Recurso especial. Limites da apelação. Recurso exclusivo da acusação. **Reformatio in mellius**. Possibilidade, **in casu**. Recurso desprovido.

Não há ilegalidade no acórdão que, utilizando-se do recurso interposto pela acusação, absolve o recorrido.

A **reformatio in mellius** é possível quando há exclusiva interposição de recurso por parte da acusação, pretendendo a majoração da pena imposta ao réu, e se constatada circunstância de flagrante ilegalidade da condenação. Precedentes. Recurso desprovido.” (REsp n. 235.271/PR; Recurso Especial (1999/0095160-3). DJ data: 25.03.2002. Relator: Min. Gilson Dipp. Data da decisão: 13.11.2001. Quinta Turma – grifamos)”

À vista do exposto, dou parcial provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 354.184 — RS (2001/0118000-6)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorridos: Joteme dos Santos Fernandes e outro

Recorrido: Êmeli Menegusso Fernandes

Advogados: Edson Pereira Neves e outro

EMENTA

Criminal. REsp. Não-recolhimento de contribuições previdenciárias. Pessoa jurídica inscrita no Refis. Denúncia não recebida. Ofensa ao art. 498 do Código de Processo Penal. Falta de prequestionamento. Supressão de instância. Não conhecimento. Inconstitucionalidade do art. 15, da Lei n. 9.964/2000. Impropriedade do REsp. Não-conhecimento. Suspensão do prazo prescricional. Possibilidade. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

I - Hipótese que cuida de denúncia — que imputou aos recorridos a prática de não-recolhimento de contribuições previdenciárias — não recebida pelo Juízo Monocrático, como consequência da inscrição da empresa no Programa de Recuperação Fiscal.

II - Não se conhece do recurso interposto pela alínea **a** do dispositivo constitucional, quanto à ofensa ao art. 468 do Código de Processo Penal, se, em nenhum momento, a matéria foi discutida pelo Tribunal **a quo**, em razão de falta de prequestionamento e sob pena de indevida supressão de instância.

III - Igualmente não se conhece da pretensão de exame acerca da constitucionalidade do art. 15 da Lei n. 9.964/2000, eis que a via do recurso especial não é adequada para o exame de questionamentos de ordem constitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal tal pronunciamento.

IV - A partir do momento em que ocorre o ingresso da pessoa jurídica no Refis, e desde que este ingresso tenha se realizado antes do recebimento da denúncia, fica suspensa a pretensão punitiva do Estado, suspendendo-se, também, o prazo prescricional, nos exatos termos da Lei. Precedentes.

V - Recurso parcialmente conhecido e desprovido, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento.” Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 25 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 28.04.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea **a** da Constituição

Federal, em face do v. acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo recorrente, confirmando a decisão monocrática que não recebeu a denúncia formulada contra os recorridos.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa (fl. 337):

“Crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias — Art. 15, Lei n. 9.964/2000 — Refis — Suspensão do processo — Prescrição — **Lex gravior** — Inocorrência.

Sendo inegavelmente muito maior a vantagem da suspensão da pretensão punitiva em favor de quem aderir ao Refis antes do recebimento da denúncia do que a correspondente desvantagem da suspensão do prazo prescricional, não há como recusar a aplicação do art. 15 da Lei n. 9.964/2000 mesmo quanto a fatos ocorridos em data anterior à sua vigência.”

Em razões, o recorrente alega contrariedade ao art. 498 do Código de Processo Penal, além de negativa de vigência ao art. 95 da Lei n. 8.212/1991 (atual art. 168-A, do CP).

Foram apresentadas contra-razões (fls. 366/390).

Admitido o recurso (fls. 375/376), a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo seu provimento (fls. 401/405).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial, interposto em face de decisão do Tribunal Regional da 4ª Região que negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet*, confirmando a decisão de primeiro grau de jurisdição que não recebeu a denúncia oferecida contra os recorridos, determinando, ainda, a suspensão do prazo prescricional.

Consta dos autos que os recorridos foram denunciados como incurso no art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991 c.c. o art. 71 do Código Penal, por que teriam, em tese, se omitido no recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas, dos empregados da Empresa *Construtora Jotema Fernandes Ltda*, nos meses de junho a setembro de 1994, fevereiro, maio, e julho a novembro de 1997.

A Justiça Federal deixou de receber a peça acusatória, em função da notícia do ingresso da pessoa jurídica no programa do Refis, em 25.09.2000, determinando a suspensão da pretensão punitiva, nos termos do § 1º, do art. 15 da Lei n. 9.964/2000.

Inconformado, o *Parquet* interpôs recurso em sentido estrito, pretendendo o recebimento da denúncia, argumentando que:

— a norma que determina a suspensão da prescrição seria mais gravosa aos denunciados e, portanto, não poderia retroagir, e, da mesma forma, sendo norma de caráter misto (processual e material), inviável sua cisão, a exemplo do que se aplica ao art. 366 do CPP;

— o art. 15 da Lei n. 9.964/2000, bem como seu parágrafo, seriam inaplicáveis na prática, em razão da disposição do art. 1^a da referida Lei — no sentido de que os créditos aptos a serem incluídos no programa do Refis deveriam vencer até o dia 29 de fevereiro de 2002, e a lei somente passou a ter vigência em 11.04.2000;

— não haveria prova do início do pagamento da parcelas estabelecidas no Refis;

— a possibilidade de existir a extinção da punibilidade em razão do parcelamento seria ilegal, na medida em que o parcelamento não equivaleria ao pagamento.

O Tribunal Regional da 4^a Região, por sua vez, negou provimento ao recurso, com base no seguinte entendimento:

— o art. 15 da Lei n. 9.964/2000 é claro ao dispor que ocorre a suspensão da pretensão punitiva do Estado, durante o período em que a pessoa jurídica estiver incluída no Refis, desde que a inclusão da referida pessoa no Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia — caso dos autos — sendo, portanto, plenamente aplicável;

— diversamente do art. 366 do CPP, o art. 15 da Lei n. 9.964/2000 seria mais favorável aos réus. Isto porque, em caso de cumprimento total do acordo realizado com a Fazenda Pública, pode ocorrer a extinção da punibilidade do agente. A previsão do art. 366 do CPP, por outro lado, representaria, apenas, forma de garantir o exercício da pretensão punitiva do Estado.

Diante disso, o Ministério Público Federal interpôs o presente recurso especial, sustentando que “ao aplicar de forma equivocada o artigo 15 e § 1^a da Lei n. 9.964/2000, contrariou o disposto no artigo 498 do Código de Processo Penal, bem como negou vigência ao artigo 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991, hoje previsto no artigo 168-A do Código Penal”. Renova, quanto ao art. 15 e § 1^a da Lei que instituiu o Refis, os argumentos apresentados em segundo grau de jurisdição.

O recurso foi admitido, às fls. 375/376.

Inicialmente, tenho que o recurso não merece ser conhecido em relação à apontada ofensa ao art. 498 do Código de Processo Penal, em razão da falta de adequado requestionamento.

Conforme relatado, não houve qualquer pronunciamento por parte do Tribunal **a quo** a respeito do tema, considerando-se que a decisão proferida em sede de recurso em sentido estrito pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região limitou-se a discutir a aplicabilidade do art. 15 da Lei n. 9.964/2000, bem como a traçar a diferença entre este dispositivo e o art. 366 do Código de Processo Penal.

Desta forma, verifica-se que não foi ultrapassado o óbice do prequestionamento. Conhecer do recurso quanto a este aspecto acarretaria, assim, inadmissível supressão de instância.

De outra banda, deixo de conhecer o recurso também no que se refere à apontada inconstitucionalidade do art. 15, tendo em vista que a via do recurso especial não é adequada para o exame de questionamentos de ordem constitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal tal pronunciamento.

Por outro lado, no que tange às alegações pertinentes à aplicação do art. 15 da lei conheço do recurso porque satisfeitos os seus requisitos de admissibilidade.

Não assiste, contudo, razão ao recorrente.

O teor do dispositivo questionado é claro ao estabelecer que se suspende o prazo prescricional a partir do momento em que ocorre o ingresso da pessoa jurídica no Refis, desde que este ingresso tenha se realizado antes do recebimento da denúncia, caso dos autos. Desta forma, é plenamente aplicável, à espécie, o disposto no art. 15 e § 1º, da Lei n. 9.964/2000.

Nesse sentido, segue o entendimento desta Corte:

“Penal e processual penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Apropriação indébita previdenciária. Refis. Suspensão da pretensão punitiva. Prazo prescricional. Extinção da punibilidade.

I - Se a empresa dirigida pelos denunciados já havia sido devidamente incluída, antes do recebimento da denúncia, no Programa de Recuperação Fiscal — Refis, resta suspensa, desde a sua inclusão, a pretensão punitiva do Estado, bem como o curso do prazo prescricional.

II - O indevido recebimento da denúncia, pelo fato de estar suspensa a pretensão punitiva do Estado, enseja a anulação do processo.

III - A extinção da punibilidade dos crimes relacionados ao recolhimento de tributos e contribuições de empresas beneficiárias do Refis somente se verifica com o pagamento integral dos débitos parcelados.

Recurso parcialmente provido.” (RHC n. 12.057/RS; Rel. Ministro Felix Fischer; DJ 04.03.2002)

No mesmo sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, por ocasião do julgamento do HC n. 81.444/RS (DJ 31.05.2002), de relatoria do Exmo. Sr. Ministro Nelson Jobim, assim se manifestou:

“Portanto, a situação fática se ajusta aos termos da Lei n. 9.964/2000, art. 15.

Isso enseja a suspensão da pretensão punitiva do Estado durante o período em que os *Pacientes* estiverem cumprindo com as condições do parcelamento do débito (Lei n. 9.964/2000, art. 15).

Há precedente no STJ: RHC n. 11.648, Edson Vidigal.

No tempo em que estiver suspensa a pretensão punitiva não ocorre a prescrição (Lei n. 9.964/2000, art. 15, § 1º).

Nesse sentido, o parecer da PGR.

Leio:

‘(...)

O que nos parece, realmente é que há prova nos autos em apenso de que os débitos inseridos na representação de n. 11.080.016525-53 (vide fls. 51 e 52 da Declaração Refis realmente estão incluídos na documentação do Refis, e que isto ocorreu antes do oferecimento da denúncia, o que ensejaria, não a extinção da punibilidade, mas sim a suspensão da pretensão punitiva estatal, pois o débito tributário só se considera quitado após o pagamento da última parcela do programa.’ (...)”

Desta forma, não merece reforma o acórdão recorrido, que se encontra em harmonia com o entendimento deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso, para negar-lhe provimento, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 365.449 — PA (2001/0135855-6)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Iara Antunes Vianna e outros

Recorridos: Jandira Bentes da Silva e outros

Advogados: Luiz Roberto Duarte de Melo e outro

EMENTA

Recurso especial. Previdenciário. Assistência judiciária. Processo de execução. Possibilidade.

O benefício da assistência judiciária (Lei n. 1.060/1950) pode ser concedido em qualquer fase do processo, inclusive em execução de sentença, todavia, seus efeitos não podem retroagir para alcançar a condenação nos honorários.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 02.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, por votação unânime de sua Segunda Turma, negou provimento ao agravo de instrumento, estando assim ementado (fl. 41):

“Processual civil — Agravo de instrumento — Gratuidade de justiça.

I - O benefício da assistência judiciária (Lei n. 1.060/1950) pode ser concedido em qualquer fase do processo, inclusive em execução de sentença.

II - Negado provimento ao agravo.”

Sustenta a autarquia que, ao conceder o benefício da assistência judiciária aos recorridos, quando já estava sendo promovida a execução de sentença que os condenou ao pagamento de honorários advocatícios, impondo óbice ao prosseguimen-

to da ação de execução, o v. acórdão objurgado negou vigência ao art. 6º, da Lei n. 1.060/1950, visto à sua aplicação indevida, bem como ao art. 468 do CPC, no qual impõe respeito à coisa julgada.

Aduz, ainda, divergência da orientação adotada em outros Tribunais.

Não houve contra-razões.

O Tribunal **a quo** admitiu o regular processamento do feito.

O Ministério Público Federal oficiante nesta Corte opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adoto, como razões de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do il. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, **verbis** (fl. 66/8):

“O Instituto Nacional do Seguro Social — INSS interpõe recurso especial de v. acórdão do TRF/1ª Região que, em sede de agravo de instrumento, concedeu a assistência judiciária aos recorrentes, quando já iniciado o processo de execução, ao argumento de que tal benefício pode ser concedido em qualquer fase do processo, inclusive em execução de sentença.

Irresignado, alega o recorrente negativa de vigência ao artigo 6º da Lei n. 1.060/1950, eis que não cabia, na hipótese, sua aplicação, sob pena de ofensa ao artigo 468 do CPC, que impõe o respeito à imutabilidade da coisa julgada. Traz em favor de sua tese jurisprudência divergente.

Quer, agora, cabível a iniciativa com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

O recurso merece ser provido.

Com efeito, correto o entendimento de que o benefício da assistência judiciária pode ser deferido em qualquer fase do processo, inclusive na execução. Todavia, segundo a orientação dessa eg. Corte, se requerido no curso da execução, não alcança os honorários fixados por sentença transitada em julgado no processo de conhecimento, como se verifica, **in casu**.

A propósito, confira-se o precedente desse eg. Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Assistência judiciária. Processo de execução.

I - O benefício da assistência judiciária pode ser concedido no processo de execução, mas os seus efeitos não podem retroagir para alcançar a condenação nas custas e honorários em processo de conhecimento já transitado em julgado. Precedentes.

II - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”

(REsp n. 202.355/SP, STJ, Terceira Turma, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 1^a.10.2001, p. 00205)

Do exposto, opina o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.”

À vista do exposto, dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 433.830 — SC (2002/0051451-8)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Célio Cristovão

Advogados: Renato José Pereira Oliveira e outros

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Criminal. Recurso especial. Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. Art. 95 da Lei n. 8.212/1995. **Abolitio criminis**. Descriminalização pela norma do art. 3^a da Lei n. 9.983/2000. Inocorrência. Pacto de San José da Costa Rica. Índole civil. Inaplicabilidade. Precedentes. Recurso conhecido e desprovido.

I - O art. 3^a da Lei n. 9.983/2000 apenas transmudou a base legal de imputação para o Código Penal, continuando sua natureza especial em relação à apropriação indébita simples, prevista no art. 168 do CP, não modificando, contudo, a descrição da conduta anteriormente incriminada. Precedentes.

II - A omissão de recolhimento de contribuições ou de impostos é fato típico penal e não constitui dívida civil.

III - O Pacto de San José da Costa Rica é de índole eminentemente civil, não sendo aplicado nos casos de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. Precedentes.

IV - Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento.” Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente: Dr. Renato José Pereira Oliveira (p/ recte). Usou da palavra o Subprocurador-Geral da República.

Brasília (DF), 18 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 28.04.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de Recurso Especial interposto por Célio Cristóvão, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra v. acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo recorrente, nos termos da seguinte ementa (fls. 384/385):

“Não-recolhimento de contribuições previdenciárias. Constitucionalidade do art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991. Não-caracterização de prisão por dívida civil. Desnecessidade da vontade de apropriar-se para configuração do delito. Dificuldades financeiras. Necessidade de comprovação. Redução da pena-base.

É constitucional o artigo 95, alínea **d** da Lei n. 8.212/1991, que instituiu o tipo penal referente ao não-recolhimento das contribuições previdenciárias. Não são a mesma figura a prisão por dívida, prevista no artigo 5º, LXVII da Carta Magna, e a prisão criminal. O artigo em questão dispõe a respeito de um tipo penal.

Pelo mesmo motivo, incabível a alegação de afronta ao Pacto de São José da Costa Rica. Tal tratado, diz respeito à prisão civil por dívida, não tendo aplicabilidade na presente ação penal.

Para a ocorrência do crime tipificado no art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 não precisa o agente tomar para si os valores descontados dos empregados e não recolhidos. Ele consuma-se com a mera omissão no recolhimento, nas

épocas próprias. Não é necessária a intenção específica de inferir proveito econômico, pois o bem jurídico protegido não é a apropriação dos valores, mas o seu regular recolhimento.

Alega o réu que à época da omissão de recolhimento das contribuições previdenciárias, a empresa passava por sérias dificuldades financeiras. Todavia, não é possível concluir que não era razoável exigir-se do réu outra conduta senão a que tomou no sentido de omitir-se de recolher o tributo. Somente a situação de absoluta insolvência da empresa e dos sócios gestores, plenamente comprovada no processo, é capaz de acarretar um juízo absolutório, diante da gravidade do delito imputado.

Sendo as conseqüências do crime desfavoráveis ao agente, há a possibilidade de fixação da pena-base acima do mínimo legal” (fl. 384).

Dessa decisão, foram opostos embargos declaratórios (fls. 389/392), que restaram rejeitados (fl. 398).

Em suas razões, sustenta o recorrente que o art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 foi expressamente revogado pelo artigo 3º da Lei n. 9.983/2000, hipótese em que cabível a aplicação da **abolitio criminis**. Aduz ofensa ao art. 7º do Pacto de San José da Costa Rica, alegando que o Tribunal **a quo** teria admitido a prisão civil por dívida. Por fim, aponta divergência jurisprudencial.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 451/458).

Decisão de admissão às fls. 468/469.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu desprovimento (fls. 484/487).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo recorrente.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso no art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991 (vinte e nove vezes) c.c. o art. 71 do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 07 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, substituída por duas restritivas de direito.

Inconformado, o réu apelou, alegando que a condenação representa ofensa à Constituição Federal, na medida em que esta proíbe a prisão civil por dívida. Re-

quereu, por fim, a sua absolvição, sustentando que não houve dolo na conduta, posto que a omissão no recolhimento das contribuições previdenciárias somente teria ocorrido em razão das dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao recurso, mantendo íntegra a sentença monocrática.

Foram opostos, então, embargos de declaração, para ver reconhecida a extinção da punibilidade, pela aplicação da Lei n. 9.983/2000. Os embargos foram rejeitados, porque o embargante buscava discutir matéria não deduzida nas razões de apelação.

Ainda irresignada, a defesa interpôs o presente recurso especial, pela ofensa ao Pacto de São José da Costa Rica, entendendo incabível a hipótese de prisão civil por dívida. Sustenta a ocorrência de **abolitio criminis**, em face da revogação do artigo 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 pela Lei n. 9.983/2000.

Conheço do recurso porque satisfeitos seus requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, quanto à alegação de ocorrência de **abolitio criminis**, em face da revogação do artigo 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 pelo art. 3º da Lei n. 9.983/2000, o recurso não merece acolhida.

A orientação desta Corte é no sentido de que não ocorreu a descriminalização da conduta prevista na Lei n. 8.212/1991 (art. 95, alínea **d**), pela norma do art. 3º da Lei n. 9.983/2000, considerando-se que a novel disposição apenas *transmudou* a base legal de imputação para o Código Penal, continuando sua natureza especial em relação à apropriação indébita simples, prevista no art. 168, do CP, não modificando, contudo, a descrição da conduta anteriormente incriminada.

Nesse exato sentido, os precedentes desta Corte:

“Processual penal. **Habeas corpus**. Crimes contra a seguridade social. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95 da Lei n. 8.212/1991. Revogação pela Lei n. 9.983/2000. **Abolitio criminis**. Não ocorrência.

Inocorrência da alegada abolitio criminis, uma vez que a novatio legis (art. 168-A, § 1º, do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 9.983/2000), conquanto tenha revogado o disposto no art. 95 da Lei n. 8.212/1991, manteve a figura típica anterior pela qual o paciente restou condenado, não afastando a ilicitude da conduta praticada. (Grifei)

Writ denegado.”

(HC n. 16.930/SP; Relator Ministro Felix Fischer; DJ de 02.08.2001)

“Processual penal. Trancamento da ação. Falta de recolhimento de contribuições previdenciárias. Art. 95 da Lei n. 8.212/1991. Justa causa. Aferição. Complexidade. **Habeas corpus**. Via inadequada. Lei n. 9.249/1995 e Lei n. 9.983/2000. Não incidência.

1. Somente se viabiliza o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, em sede de **habeas corpus**, quando exsurge, de pronto a inexistência de dolo. Havendo dúvidas sobre o montante do débito e sobre o momento em que a paciente dele houver tomado ciência, se antes ou depois do recebimento da denúncia, o intento se mostra descabido, ficando afastada, em consequência, a aplicação da Lei n. 9.249/1995, em virtude do não preenchimento dos seus requisitos.

2. A Lei n. 9.983/2000, a par de não ter operado **abolitio criminis** (*grifei*), é aplicável mercê de requisitos (data e montante do pagamento), não aferíveis na angusta via eleita.

3. Ordem denegada.”

(HC n. 15.957/DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 04.02.2002)

Por outro lado, conheço do recurso quanto à ofensa ao artigo 7^o do Pacto de São José da Costa Rica, não merecendo, entretanto, prosperar os argumentos.

Trata-se de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias, conduta prevista no artigo 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 e inserida no artigo 168-A do Código Penal. Tratando-se de ilícito penal, o réu foi preso pela prática de crime, sendo inaplicável, na hipótese, as disposições previstas no Pacto de São José da Costa Rica, que trata de prisão civil por dívida.

Assim se encontra fundamentado o acórdão recorrido quanto ao caráter de ilícito penal, atribuído à conduta praticada pelo recorrente (fl. 378):

“Pelo mesmo motivo, incabível a alegação de afronta ao Pacto de São José da Costa Rica. Tal tratado diz respeito à prisão civil por dívida, sendo que já foi largamente demonstrada a natureza penal da conduta de não-recolhimento de contribuições previdenciárias.”

Com efeito, a omissão de recolhimento de contribuições ou de impostos é fato típico penal e não constitui dívida civil — razão pela qual não ofende a Constituição Federal.

Nesse passo, inaplicáveis, às condutas de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, as disposições do Pacto de San José da Costa Rica, que, por sua vez, não tem natureza penal, e, sim, índole eminentemente civil.

“Processual. Omissão no acórdão recorrido. Inocorrência. Violação ao art. 619, do CPP. Inexistência. Recurso especial. Reexame de provas. Súmula 7 — STJ. Recolhimento de contribuição social. Pagamento. Inexistência. Art. 34, da Lei n. 9.249/1995. Pacto de São José da Costa Rica. Inaplicabilidade.

1. Se o Tribunal de origem, ao solucionar a controvérsia, longe de ser omisso, bem delinea as questões a ele submetidas, não há se falar em violação ao art. 619, do CPP, mesmo porque o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa tecer considerações acerca de todos os argumentos expendidos, apresentando-se adequado quando se pronuncia sobre as matérias de fato e de direito, exprimindo o sentido geral do julgamento.

2. A questão federal, nos moldes em que foi delineada, demanda incursão na seara fático-probatória, incidindo a censura da Súmula n. 07 — STJ.

3. Inexistindo pagamento ou parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia, não há possibilidade de aplicação do art. 34, da Lei n. 9.249/1995, com vistas à extinção da punibilidade do crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias.

4. *O crime decorrente da omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não se equívale à prisão por dívida, daí por que se afigura inaplicável o Pacto de São José da Costa Rica.*

5. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 208.527/SC, Rel. Ministro Fernando Gonçalves; DJ 04.02.2002)

“**Habeas corpus.** Apropriação indébita de contribuições previdenciárias (Lei n. 8.212/1991). Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Alegação de inexigibilidade de conduta diversa bem como de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação. Prisão por dívida. Anistia (art. 11, parágrafo único da Lei n. 9.639/1998). Texto publicado mas não aprovado pelo Congresso Nacional não acarreta conseqüências jurídicas.

“A publicação do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 9.639/1998, resultou de erro, não podendo ter força de lei, nem tampouco gerar efeitos.

Em tema de crime decorrente de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, inaplicável é o Pacto de São José da Costa Rica, visto que não se cuida de prisão civil, cuja finalidade é compelir o devedor de dívida alimentar ou o depositário infiel a cumprir a sua obrigação, mas sim de prisão de caráter penal, que objetiva a prevenção e repressão do delito.

Não se serve o presente remédio judicial para se discutir sobre a exigibilidade ou não de uma lei formalmente e materialmente vigente e exame aprofundado e valoração de provas.”

A pretensão dos impetrantes de que se reconheça a excludente da inexigibilidade de conduta diversa, em razão das dificuldades financeiras da empresa, implicariam o exame de provas, inviável na via estreita do *writ*.

Ordem denegada.” (HC n. 14.404/CE, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca; DJ 02.04.2001)

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

1. A prisão decorrente da omissão do recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, por se referir à conduta tipificada criminalmente, não pode ser confundida com a prisão de natureza civil. Daí a impertinência na alegação de ofensa à Constituição Federal ou ao Pacto de São José da Costa Rica. Precedentes.

2. Habeas corpus conhecido. Pedido indeferido.” (HC n. 13.957/RJ; Rel. Ministro Edson Vidigal; DJ 19.02.2001)

Diante do exposto, conheço do recurso para negar-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 435.007 — RS (2002/0057238-6)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Gessi Negreiros Ouriques

Advogados: Telmo Ricardo Schorr e outros

Recorrido: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul — IPERGS

Procuradores: Marcos L. de Freitas Xavier e outros

EMENTA

Processo civil — Recurso especial — Servidora pública — Agravo de instrumento — Formação — Ausência de peças autenticadas — Desnecessidade — Art. 525, do CPC — Dissídio pretoriano não cotejado.

1. Esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para comprovação e apreciação da divergência jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Apesar de ter sido juntado um paradigma, o necessário cotejo analítico não ocorreu, razão pela qual é impossível conhecer da divergência aventada.

2. Consoante precedente da Corte Especial deste Colegiado Superior de Uniformização Infraconstitucional, conhece-se do agravo de instrumento mesmo que as peças que o instruem não estejam autenticadas, porquanto “...o documento ofertado pelo autor presume-se verdadeiro, se o demandado, na resposta, silencia quanto à autenticidade (CPC, art. 372)” — cf. EREsp n. 179.147/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 30.10.2000.

3. Outrossim, com a edição da Lei n. 10.352/2001, as peças que instruem o agravo de instrumento podem ser declaradas autênticas pelo próprio causídico, sendo desnecessária sua autenticação, como original, pelo servidor público (arts. 365, III e 384, ambos do mesmo diploma legal). Na verdade, excepcionou-se a lei. A partir de então, não há mais necessidade de tal ato formal, bastando apenas a simples declaração.

4. Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para, afastando a necessidade de autenticação das peças que instruem o agravo, anular o v. acórdão de origem e determinar que outro seja prolatado com o exame meritório da questão.

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, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso especial em agravo de instrumento interposto por Gessi Negreiros Ouriques, com fundamento no artigo 105, III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, contra o v. acórdão 45, prolatado pela Primeira Câmara Especial Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, à unanimidade, negou provimento ao agravo.

A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Agravo interno. Peças. Autenticação.

O valor probante da cópia reprográfica, quer do documento público, quer do documento particular, encontra-se condicionado à autenticação (CPC, arts. 384 e 385, inc. III).

Não autenticadas as peças que instruem o agravo de instrumento, destinando-se elas a dar conhecimento ao órgão recursal das circunstâncias que ensejaram a interposição do recurso, tem-se essas por não demonstradas.

Agravo improvido”.

Alega a recorrente, na via do especial, em síntese, que o v. aresto guerreado contrariou o art. 525, do Código de Processo Civil, porquanto não há obrigatoriedade legal que as peças venham autênticas. Aduz, ainda, dissídio pretoriano (fls. 53/61).

Não foram apresentadas as contra-razões (fl. 65).

Admitido o recurso às fls. 74/77, subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

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

Inicialmente, quanto ao cabimento do presente recurso pela alínea **c**, do art. 105, III, da Magna Carta, esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. A cópia do paradigma foi juntada, contudo não foi efetuado o necessário cotejo analítico. Desta forma, impossível, sob este prisma, conhecer da divergência aventada.

No entanto, aduz a recorrente, ainda, violação pelo v. acórdão **a quo**, com fulcro na alínea **a**, do permissivo constitucional, ao disposto no art. 525, do Estatuto Processual Civil. Encontrando-se a matéria devidamente prequestionada, afastado incidência do Verbete sumular n. 356, do colendo Supremo Tribunal Federal, para conhecer do recurso, com fundamento no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal.

Passo a seu exame.

Inúmeras vezes, manifestei-me acerca do tema, da seguinte forma (cf. p. ex. AgRg no Ag n. 250.101/RJ), **verbis**:

“... Versa a matéria sobre agravo regimental interposto contra despacho denegatório de recurso especial, em que o agravante, em seus argumentos, alega que as cópias xerocopiadas e que instruem o recurso foram todas extraídas dos autos ditos principais, não havendo, portanto, mera reprodução. Logo, inaplicável seria a hipótese prevista nos arts. 365, III, e 384, ambos do Estatuto Processual Civil. Essa justificativa, porquanto possa demonstrar o entendimento esposado pelo agravante, não lhe retira a obrigatoriedade de autenticar as peças trasladadas. A instrução do agravo de instrumento é responsabilidade do agravante.

Em consonância com a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal (“As fotocópias anexadas à minuta do agravo de instrumento hão de estar autenticadas — art. 544, § 1º, combinado com o art. 384, ambos do CPC.” — AI n. 172.559/SC, Rel. Min. *Marco Aurélio*, DJ 03.11.1995) e, por exigência dos arts. 365, III, e 384, ambos do Código de Processo Civil, desconhece-se do agravo de instrumento cujas peças não se encontram devidamente autenticadas e integradas ao processo, posto que meras xerocópias não têm a mesma força probante dos originais.

Nelson Nery Júnior, leciona-nos que:

“Cópias autenticadas. *Reproduções de documentos que, para sua validade, carecem de autenticação*, por oficial público, ou conferência pelo oficial do cartório onde estão os originais.” (**in** Código de Processo Civil Comentado, RT, SP, 3ª edição, p. 633, nota 4 ao art. 365) — grifei.

Mais não há que se perquirir.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial desta Corte, assim ementado:

“Agravamento regimental. Autenticação.

É de negar-se provimento ao agravo regimental se as peças trasladadas para formação do instrumento vieram em desacordo com as normas do inciso III do artigo 365 do CPC.

Agravamento regimental a que se nega provimento.” (AgRg no Ag n. 86.872/SP, Rel. Ministro *José de Jesus*, RSTJ 81/43)

“Agravamento de instrumento. Agravo regimental. Despejo. Denúncia vazia. Recurso intempestivo.

Agravamento regimental. Autenticação. É de se negar provimento ao agravo regimental se as peças trasladadas para a formação do instrumento veio em desacordo com as normas do inciso III do art. 365 do CPC.

Agravamento desprovido.” (AgRg no Ag n. 128.201/SP, Rel. Ministro *José Arnaldo*, DJ de 23.06.1997)”

Todavia, outro é o entendimento da Corte Especial deste Colegiado Superior de Uniformização Infraconstitucional, assim ementado:

“Processual — Petição inicial — Fotocópias não autenticadas — Indeferimento liminar. I - Não é lícito ao juiz estabelecer, para as petições iniciais, requisitos não previstos nos artigos 282 e 283 do CPC. Por isso, não lhe é permitido indeferir liminarmente o pedido, ao fundamento de que as cópias que o instruem carecem de autenticação. II - O documento ofertado pelo autor presume-se verdadeiro, se o demandado, na resposta, silencia quanto à autenticidade (CPC, art. 372).” (EREsp n. 179.147/SP, Rel. Ministro *Humberto Gomes de Barros*, DJ de 30.10.2000)

Desta forma, curvo-me a tal posicionamento.

Outrossim, apenas **ad argumentandum**, registro que, com a edição da Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, a redação do art. 544 do Código de Processo Civil, ficou assim expressa:

“Art. 544 - Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

Parágrafo 1º - O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não-conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas

aos advogados do agravante e do agravado. *As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.*” Grifei.

Como podemos notar, o legislador processual ordinário previu, agora, com a nova alteração do Estatuto Processual Civil, que as peças podem ser declaradas autênticas pelo próprio causídico, sendo desnecessária sua autenticação, como original, pelo servidor público (arts. 365, III e 384, ambos do mesmo diploma legal). Na verdade, excepcionou-se a lei. A partir de então, não há mais necessidade de tal ato formal, bastando apenas a simples declaração.

Mais não há que se perquirir.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, nos termos acima expostos e, neste aspecto, dou-lhe provimento para, afastando a necessidade de autenticação das peças que instruem o agravo, anular o v. acórdão de origem e determinar que outro seja prolatado com o exame meritório da questão.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 436.293 — RS (2002/0064008-1)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Ayeda Silva Sá Brito

Advogados: Telmo Ricardo Schorr e outros

Recorrido: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul — IPERGS

Procuradores: Sandro Subtil Silva e outros

EMENTA

Processual civil — Recurso especial — Execução de título judicial — Honorários advocatícios — Cabimento — Art. 20, § 4º do CPC — Cálculo de liquidação (art. 604, do CPC) — Honorários de perito contratado — Beneficiário da justiça gratuita — Incoerência — Impossibilidade de ressarcimento (art. 20, parágrafo 2º, do CPC) — Dissídio pretoriano não comprovado.

1. Esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para comprovação e apreciação da diver-

gência jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Como isso não ocorreu, impossível conhecer da divergência aventada.

2. Em se tratando de procedimento executório de qualquer natureza, são cabíveis honorários advocatícios, independentemente da oposição de embargos. Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC, com nova redação dada pela Lei n. 8.952/1994. Precedente (REsp n. 217.883/RS).

3. A reforma do Código Processual Civil (art. 604, com a redação dada pela Lei n. 8.898/1994) não excluiu a possibilidade de se efetuar cálculos através da Contadoria Judicial, órgão auxiliar do Juízo. Assim, aqueles que são hipossuficientes, beneficiários da Justiça Gratuita (Lei n. 1.060/1950), apesar de terem o dever de apresentar a planilha quando iniciada a execução, podem se valer destes préstimos, porquanto não terão como, por fonte própria, arcar com tais recursos. O magistrado da execução deverá determinar o encaminhamento dos autos a tal setor, para que se proceda à elaboração dos cálculos (cf. REsp n. 140.574/SP e 163.443/SP).

4. Todavia, no caso concreto, se a recorrente se valeu de profissionais particulares e não do setor competente (Contadoria Judicial) que estava à sua disposição, graciosamente, em razão de seu benefício legal, não o fez porque assim não quis. Mostra-se logicamente incoerente que o economicamente fraco tenha remunerado, antecipadamente, perito contratado (art. 33, do CPC), apesar de declarar em Juízo (art. 4º, LAJ) estar impossibilitado de tal pagamento, sem comprometimento de seu sustento ou de seus familiares, e venha, depois, com fundamento em outra norma processual (art. 20, parágrafo 2º, do CPC), requer seu ressarcimento, apesar de poder usufruir de tais préstimos sem qualquer ônus. Violação à norma legal afastada. Mantido o v. aresto recorrido, que determinou à contratante, ora recorrente, o gravame dos honorários do seu próprio perito.

5. Recurso conhecido, nos termos acima explicitados e, neste aspecto, parcialmente provido para, reformando, em parte, o v. acórdão de origem, determinar a fixação, nos autos de execução, dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 4º do CPC.

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, em conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

Publicado no DJ de 24.02.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de Recurso Especial em agravo de instrumento interposto por Ayeda Silva Sá Brito, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 64 proferido pela Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por maioria, negou provimento ao agravo. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Agravo de instrumento. IPERGS. Execução de sentença.

Verba honorária.”

Tratando-se de execução especial (art. 730 do CPC) contra a Fazenda Pública, descabe a fixação de honorários advocatícios, porque o pagamento deve obedecer a ordem dos precatórios, por força do art. 100 da Constituição Federal.

Despesas com elaboração de conta. Cabe à parte autora prover as despesas do processo antecipando-lhe o pagamento, que, no caso, será reembolsado a final pelo vencido, não sendo dado ao juiz fixar a remuneração do profissional.

Por maioria, negaram provimento.”

Alega a recorrente, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto guerreado violou o dispositivo contido no art. 20, § 4º do CPC, posto que entendeu não ser cabível fixação de novos honorários na fase de execução, bem como infringiu o mesmo art. 20, § 2º, porquanto é cabível a fixação de honorários periciais na elaboração dos cálculos de liquidação de sentença, não podendo o profissional técnico laborar graciosamente. Aduz, ainda, divergência jurisprudencial (fls. 76/89).

Contra-razões apresentadas às fls. 96/106.

Admitido o recurso às fls. 113/117, subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

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

Inicialmente, quanto ao cabimento do presente recurso pela alínea **c**, do art. 105, III, da Magna Carta, esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Apesar de ter sido trazido à colação a inteireza do julgado paradigma, não foi feito o devido confronto analítico. *Impossível, sob este prisma, conhecer da divergência aventada.*

Quanto à alegada infringência ao art. 20, §§ 2º e 4º do CPC, estando a matéria devidamente prequestionada no v. julgado atacado, afasto a incidência do Verbete Sumular n. 356/STF para o exame do recurso, com fulcro na alínea **a**, do permissivo constitucional.

A nova redação dada ao § 4º, do artigo 20 do CPC, pela Lei n. 9.952/1994, determina expressamente a fixação de honorários advocatícios no processo executório, não mencionando qualquer restrição legal, no tocante à oposição ou não de embargos.

A matéria não enseja mais qualquer controvérsia no âmbito deste Tribunal de Uniformização Infraconstitucional. Recentemente, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça dirimiu o tema em questão, ao entendimento de que são cabíveis os honorários advocatícios na execução fundada em título judicial, embargada ou não, **in verbis**:

“Honorários. Advogado. Execução. Fazenda Pública.

Prosseguindo o julgamento, a Corte Especial, após o voto-desempate do Min. Presidente Nilson Naves, decidiu que são devidos os honorários advocatícios na execução fundada em título judicial, embargada ou não, quando devedora a Fazenda Pública.” (EREsp n. 217.883/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgados em 18.09.2002, Informativo de Jurisprudência do STJ, n. 147).

Entretanto, no tocante à suposta violação ao art. 20, § 2º do CPC, sorte não lhe assiste.

Assim reza o art. 604, do CPC, com a redação conferida pela Lei n. 8.898/1994:

“Art. 604 — Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma dos arts. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.”

Nelson Nery Júnior, assim comenta tal dispositivo processual:

“A Lei n. 8.898/1994 extinguiu do direito brasileiro a liquidação por cálculo do contador. Quando a liquidez da sentença depender de mero cálculo aritmético, o credor deverá, desde logo, ajuizar ação de execução, fazendo a petição inicial ser acompanhada da planilha de cálculo, isto é, da demonstração de como chegou ao valor que pretende haver do devedor (CPC 614, II). O credor poderá fazer o demonstrativo dos cálculos na própria petição inicial (Theodoro, CPCA, 614, 265). O devedor poderá impugnar o valor mediante embargos (CPC 741 V).” (in, Código de Processo Civil Comentado, RT, 4ª edição, p. 1.119).

É de se registrar que tal reforma do Código Processual Civil não excluiu a possibilidade de se efetuar cálculos através da *contadoria judicial, órgão auxiliar do Juízo*. Assim, aqueles que são hipossuficientes, beneficiários da Justiça Gratuita (Lei n. 1.060/1950), podem se valer destes préstimos, porquanto não terão como, por fonte própria, arcar com tais recursos. Deve, então, o magistrado da execução determinar o encaminhamento dos autos à Contadoria, para que se proceda a elaboração dos cálculos.

Neste sentido, confira-se os seguintes precedentes, assim ementados:

“Processual Civil. Liquidação de sentença. Cálculo ao contador. Assistência judicial gratuita.

— O art. 604 do CPC não impede a realização de cálculos da liquidação pela contadoria do Juízo, nos casos de beneficiários da justiça gratuita.

— Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 140.574/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 08.06.1998).

“REsp — Processual Civil — Ação acidentária — Liquidação de sentença — Assistência judiciária gratuita — Cálculo do contador — Interpretação do art. 604 do CPC.

1. Comprovada a hipossuficiência do obreiro e o benefício da assistência judiciária gratuita, compete ao Juízo determinar a remessa dos autos ao Contador Judicial para o feitio da planilha de cálculos.

2. O art. 604 do CPC não criou a compulsoriedade do credor na apresentação da conta. Trouxe, contudo, maior celeridade à sistemática processual na apuração do **quantum debeatur**, em sede de liquidação de sentença.

3. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 163.443/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 08.11.1999).

Todavia, no caso concreto, a parte, apesar de beneficiária da gratuidade da Justiça, optou por contratar perito próprio. Ora, pela sistemática introduzida na nova redação do art. 604, do CPC, a planilha deve (obrigação) ser apresentada quando iniciada a execução. É um “ônus” do executante. Se a recorrente se valeu de profissionais particulares e não do setor competente (Contadoria Judicial) que estava à sua disposição, graciosamente, em razão de seu benefício legal, não o fez porque assim não quis. Inimaginável a esta Relatoria é que o economicamente fraco tenha remunerado, antecipadamente, perito contratado (art. 33, do CPC), apesar de declarar em Juízo (art. 4º, LAJ) estar impossibilitado de tal pagamento, sem comprometimento de seu sustento ou de seus familiares, e venha, depois, com fundamento em outra norma processual, requerer seu ressarcimento, apesar de poder usufruir de tais prêmios sem qualquer gravame. Não encontro qualquer nexo lógico e moral que ampare tal pretensão, porquanto o ente público desembolsaria duas vezes: uma, para manter o setor competente à disposição dos hipossuficientes, que dele não se valeram e outra, para recompor o valor de honorários periciais que eles, por fonte própria, quiseram pagar.

Desta forma, violação alguma há quanto ao art. 20, § 2º, do CPC, encontrando-se incorreto o v. aresto guerreado, já que a recorrente contratou perito para o cálculo, em que se pese ser detentora do benefício da assistência judiciária, cumprindo a esta o ônus dos honorários do perito.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, nos termos acima explicitados e, neste aspecto, dou-lhe parcial provimento para, reformando, em parte, o v. acórdão de origem, determinar a fixação, nos autos de execução, dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 4º do CPC.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 440.986 — SP (2002/0074646-7)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorridos: José Nilson de Aguiar e outros, Celso Elias de Aguiar, Ricardo Rufino de Aguiar e Maurício de Aguiar

Advogado: Edson Roberto Reis

EMENTA

Penal. Recurso especial. Extração de areia sem autorização. Derrogação. **Lex mitior**. Art. 2º da Lei n. 8.176/1991 e art. 55 da Lei n. 9.605/1998. Inocorrência da **novatio legis in mellius**.

I - Quando as normas incriminadoras tutelam bens jurídicos diversos incorre o denominado conflito de leis penais no tempo. Não há, no caso, denegação.

II - O art. 2º da Lei n. 8.176/1991 indica o delito da usurpação como forma de infração contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas por título autorizativo. O art. 55 da Lei n. 9.605/1998, por sua vez, descreve crime contra o meio ambiente.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da **Lex Maxima**, pelo *Parquet* contra v. julgado do e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado:

“**Habeas corpus**. Crime contra o meio ambiente. Extração de areia. Artigo 2º da Lei n. 8.176/1991. E artigo 55 da Lei n. 9.605/1998. Lei mais benéfica. Delito de menor potencial lesivo. Transação penal. Artigo 76 da Lei n. 9.099/1995.

I - A conduta atribuída aos pacientes na peça acusatória está prevista no artigo 2º da Lei n. 8.176/1991 e também no artigo 55 da Lei n. 9.605/1998. A nova Lei Ambiental (9.605/1998) regula de maneira específica a conduta descrita na denúncia. Por se tratar de **lex mitior** e face à aplicação do princípio **lex speciali derogat lex generali**, impõe-se o acolhimento da presente impetração para adequar a capitulação dos fatos descritos na peça acusatória, ora impugnada, do artigo 55 da Lei n. 9.605/1998.

II - A figura delitiva, prevista no artigo 55 da Lei n. 9.605/1998, enseja a aplicação dos procedimentos previstos na Lei n. 9.099/1995, por se tratar de infração de menor potencial lesivo (art. 61, da Lei n. 9.099/1995). Há, portanto, que se observar no caso em questão, o disposto nos artigos 72 a 83, todos da Lei n. 9.099/1995, que prevêem a composição de dados ou aplicação de pena restritiva de direitos, mediante proposta do Ministério Público.

III - Ordem concedida.” (Fl. 103)

O reclamo foi admitido na origem nos seguintes termos:

“Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fulcro na alínea **a** do inc. III do art. 105 da CF/1988, em face de acórdão da Segunda Turma deste Tribunal, que, por maioria de votos, concedeu **habeas corpus** para determinar a observância do rito previsto nos artigos 72, 74, 76 e 77 a 83, todos da Lei n. 9.099/1995.

Os pacientes foram denunciados como incurso nas disposições do art. 2º da Lei n. 8.176/1991 porque teriam promovido extração irregular de areia.

Segundo o acórdão impugnado, referida conduta configura, em tese, apenas o crime previsto no art. 55 da Lei n. 9.605/1998, dispositivo legal que, por força do princípio da especialidade, prevaleceria sobre o art. 2º da Lei n. 8.176/1991.

O *Parquet* aduz, porém, que, enquanto o tipo previsto na Lei n. 8.176/1991 tutela o patrimônio da União, o da Lei n. 9.605/1998 visa proteger o meio ambiente. Assim, sendo distintos os objetos jurídicos, não houve revogação de uma norma geral por outra especial.

Com base nessas alegações o recorrente pede a reforma, do julgado, de modo que seja possibilitado o procedimento da ação penal nos termos da denúncia.

Transcorrido **in albis** o prazo para contra-razões, vieram-me os autos conclusos para admissibilidade.

Passo ao exame.

Verifico que foram atendidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos do recurso especial, pelo que prossigo na análise dos requisitos constitucionais.

O Ministério Público Federal alega que os dispositivos legais em confronto tutelam bens jurídicos distintos e, portanto, estabelecem crimes diversos. Desse modo, a Turma Julgadora teria negado vigência ao art. 2º da Lei n. 8.176/1991 ao reputá-lo derogado pelo art. 55 da Lei n. 9.605/1998.

O órgão julgador considerou, todavia, que a segunda norma é especial em relação à primeira, devendo, por conseguinte, prevalecer sobre esta.

Para resolver-se a questão, é preciso verificar se o caso dos autos envolve *concurso de crimes* ou *concurso aparente de normas*.

Nem sempre é singela a tarefa de inserir determinada hipótese em uma ou outra dessas figuras. A propósito, observa **José Frederico Marques** (in Tratado de direito penal, v. 2, Campinas, Bookseller, 1997, p. 436) que:

“... a pluralidade de crimes pode derivar da incidência de diversas normas incriminadoras sobre um único comportamento humano, visto que este pode ser integrado por condutas que se aglutinam, mas que, separadamente, constituiriam, cada uma de *per si*, um delito autônomo. Ou então, nessa conduta há um **quid pluris** que a transforma em crime diverso daquele que existiria sem o elemento que se acresce. Liga-se, desta forma, à teoria do concurso de crimes, o problema do concurso de normas que se referem a um só comportamento humano. É que, em tais casos, esclarecido se uma ‘realidade jurídica eminentemente complexa’ deve ser ‘interpretada como unidade ou, ao contrário, como pluralidade de crimes’. É, por isso, que alguns escritores tratam do problema do concurso aparente de normas — que deveria localizar-se no estudo da norma penal — no capítulo do concurso de crimes.”

Nesse contexto, tem-se que a pretensão recursal em análise não é despida de plausibilidade. Com efeito, o confronto dos tipos penais revela que os bens jurídicos tutelados são, de fato, diversos, valendo assinalar que, na lição do mesmo tratadista, “uma só conduta dá origem a mais de um fato, ou a mais de um crime, quando atingir a mais de um bem penalmente tutelado” (ob. cit., p. 453).

Convém anotar, de outra parte, que, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, há decisões nos dois sentidos (HC n. 2.930/SC, reg. 2001.04.01.057168-5, Sétima Turma, Rel. Juiz Fábio Rosa, j. em 28.8.2001, DJ de 12.9.2001, v.u.; e ACR 5.015-RS, reg. 1999.04.01.086971-9, Segunda Turma, Rel. Juiz João Pedro Gebran Neto, j. em 20.11.2000, DJ de 17.1.2001, p. 278, v.u.).

É certo que a interposição recursal não se deu com fulcro no dissídio de julgados, mas não se pode deixar de considerar que a existência de precedente consagrador da tese exposta pelo recorrente recomenda um pronunciamento da instância excepcional.

Deveras, ao colendo STJ incumbe a função de zelar pela aplicação correta e uniforme do direito federal. A esta Vice-Presidência cumpre, apenas, verificar a razoabilidade da postulação.

Ante o exposto, reputando satisfeitos os requisitos legais e constitucionais próprios, admito o recurso especial.” (Fls. 146/148).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento do inconformismo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O voto vencido (e. Desembargadora Federal Sylvia Steiner) no v. acórdão reprochado diz:

“Cumpre destacar, preliminarmente, que art. 20, inciso IX, da Constituição Federal, dispõe expressamente que são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo. Posteriormente, no artigo 176 e seus parágrafos, a Carta Magna estabelece que os recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento e pertencem à União, sendo necessária, para realização de pesquisa e lavra de tais recursos, a autorização ou concessão da União.

Vê-se, daí, a preocupação do legislador constituinte com os recursos minerais do País, pois não só os definiu como bens pertencentes à União Federal, como também estabeleceu condições específicas para sua exploração econômica. Vale dizer, a exploração mineral somente será regular quando precedida de autorização ou concessão da União Federal.

O Código de Mineração, reforçando o que já foi dito, estabelece em seu art. 1º caber à União a administração dos recursos minerais, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais. E considera jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à

superfície ou existente no interior da terra e que tenha valor econômico. Incluindo-se no conceito, portanto, as jazidas de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil, como é o caso da areia.

O artigo 2º, da Lei n. 8.176/1991 dispõe que:

“Art. 2º. Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade usuração, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena — detenção, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”.

A lei referida define os crimes contra a ordem econômica e cria o sistema de estoques de combustíveis; é preciso, inicialmente, delimitar o objeto jurídico da lei, ou seja, o bem ou interesse tutelado que a lei visa proteger quando incrimina determinada conduta. No caso em tela, parece cristalino que o objeto jurídico protegido é o patrimônio da União Federal. Aliás, o tipo incriminador é expresso nesse sentido ao estabelecer que “constitui crime contra o patrimônio, na modalidade usuração, ... explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal”.

Por sua vez, como visto anteriormente, o art. 55, da Lei n. 9.605/1998, estabelece disposições penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, encontrando-se o art. 55 inserido na Seção III do Capítulo V, que trata dos crimes contra o meio ambiente, quando relacionados com atividades poluidoras. Novamente, é necessário delimitar o bem ou interesse que a lei buscou proteger ao incriminar a conduta descrita no art. 55. Parece claro que aqui o bem tutelado é o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem difuso pertencente a toda a coletividade.

Assim, face à diversidade dos bens jurídicos tutelados, não se pode falar em conflito aparente de normas, nem mesmo em retroatividade da lei penal benéfica, teses defendidas pelo Paciente, pois as referidas leis não têm tipos incriminadores idênticos. Ao contrário, cada uma tem campo de incidência diverso, ou seja, o art. 2º, da Lei n. 8.176/1991, tutela o patrimônio da União, ente federativo, enquanto o art. 55, da Lei n. 9.605/1998, visa tutelar o meio ambiente, bem difuso pertencente a todos indistintamente. Em outras palavras, o escopo da primeira norma “*é a proteção de bem da União, não o meio ambiente, e o foco está no prejuízo resultante da usuração patrimonial. E quando se fala em extração de recurso mineral, há evidente interesse econômico/patrimonial da União a ser resguardado.*” (Marcelo Moscolliato, in *Exploração de recursos minerais: questão ambiental ou patrimonial*, Boletim dos Procuradores da República, ano III, n. 27, julho/2000, pp. 22/26).

Logo, a exploração de recursos minerais pertencentes à União deverá ser precedida de autorização expressa desta, emitida pelo órgão competente (DNPM), sob pena de configurar o crime de usurpação descrito no art. 2º, da Lei n. 8.176/1991, bem como de autorização dos órgãos de controle ambiental, sob pena de configurar a figura típica do art. 55, da Lei n. 9.605/1998.

É de concluir, considerando-se o campo de incidência de cada norma, ser possível a existência de três hipóteses: (a) existindo apenas a autorização, permissão, concessão ou licença ambiental, ocorrerá o crime de usurpação do patrimônio da União Federal; (b) ocorrendo apenas autorização da União, haverá o crime ambiental; (c) não existindo nem uma, nem outra haverá o delito previsto no art. 2º, da Lei n. 8.176/1991 e o delito previsto no art. 55, da Lei n. 9.605/1998, em concurso formal.

A hipótese dos autos demonstra estarem presentes, em tese, as duas condutas delituosas imputadas aos Pacientes, em concurso formal. No entanto, a denúncia imputou aos pacientes tão-somente a conduta prevista no art. 2º da Lei n. 8.176/1991, que, como visto, em nada se confunde com aquela prevista na lei de proteção ambiental.” (Fls. 99/101)

Em este é o entendimento desta Turma, em julgamento de 07.10.2003, no REsp n. 547.047/SP (Rel. Min. Gilson Dipp).

Sobre o tema, tem-se, ainda, o parecer da douta Subprocuradoria Geral da República que, aqui, incorporo, **in verbis**:

“Os recorridos foram denunciados por crime contra o patrimônio da União, por extração não autorizada de areia, sendo que, o Tribunal **a quo** entendeu tratar-se de crime ambiental, que deveria ser processado pelo rito previsto na Lei n. 9.099/1995.

Cumpra transcrever o art. 2º da Lei n. 8.176/1991:

“Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo titular autorizativo.”

Ao passo que o art. 55 da Lei n. 8.608/1995 está assim redigido:

“Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida” (...)

Ainda que se observe a semelhança entre os dois dispositivos legais retrotranscritos, cumpre observar que se encontram no bojo de duas leis penais totalmente distintas.

A Lei n. 8.176/1991, art. 2º, visa à proteção do patrimônio da União, ainda que, possa reflexamente tangenciar o tema do meio ambiente.

Sendo assim, é imperativo reconhecer sua convivência com a lei, que pune os crimes contra o meio ambiente.” (Fls. 157/158)

Voto pelo provimento do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 441.221 — PI (2002/0049355-9)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Djalma da Costa e Silva Filho

Advogados: Antônio César Bueno Marra e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado do Piauí

EMENTA

Processual penal. Recurso especial. Homicídio qualificado. Pronúncia.

I - Na decisão de pronúncia, o magistrado deve elencar as teses da defesa e enfrentá-las — mormente as preliminares — ressaltando-se os tópicos frontalmente opostos e prejudicados em face do que veio a ser decidido.

II - Na decisão de pronúncia, o juiz deve apresentar um *juízo de admissibilidade* acerca da acusação, comedidamente sem excessos mas, dentro dos limites legais, corretamente fundamentado. Isto se refere não só à forma básica do tipo mas, também, às qualificadoras porventura detectadas que tornam o crime hediondo.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente: Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin (p/ Recte)

Brasília (DF), 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da **Lex Fundamental**is, por Djalma da Costa e Silva Filho, contra v. julgado do e. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, sob alegação de ofensa aos arts. 619, 181, 239, 381, inciso II e III, 399, 407 e 408 do CPP e aos arts. 29 e 30 do CP, a par da divergência jurisprudencial.

Diz a ementa do v. acórdão reprochado:

“Processo Penal. Recurso em sentido estrito. Preliminares da defesa e de acusação rejeitadas à unanimidade. Insubsistência da arguição do Recorrente que não há indícios de autoria nos autos, nem motivo para a prática do crime. Nesta fase não é dado ao juiz o direito de fazer valoração da prova, esta é da competência do Tribunal Popular do Júri. A sentença de pronúncia não produz coisa julgada, apenas encerra mero juízo de admissibilidade da acusação. Nos autos estão presentes indícios de autoria e prova da materialidade. Neste momento processual não se exige juízo de certeza, pois mesmo na dúvida, deve o juiz pronunciar o réu, com fulcro no princípio **in dubio pro societate**, uma vez que não prevalece o princípio **in dubio pro reo**.

Conhecimento e improvimento do recurso à unanimidade, consoante parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.” (Fl. 1.338)

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados em v. decisório assim ementado:

“Embargos de declaração. Inexistência de omissões, obscuridades, ambigüidades ou contradições no julgado a serem dissipados. O acórdão embargado apresenta-se claro e logicamente delineado, pois conheceu e abordou todas as teses da defesa e julgou-as com fundamento na lei.

Embargos que visam impingir caráter infringente ao julgado e conseqüente modificação substancial ao julgado. Vedação e limites no manejo dos embargos esposados no art. 382 do Código de Processo Penal, corroborado e explicitado pela jurisprudência majoritária.

Conhecimento e improvimento dos embargos.” (Fl. 1.384)

Daí, o recurso que teve o seu seguimento determinado nos seguintes termos:

“O recorrente, irrisignado, manifestou o presente apelo especial, onde sustenta haver no v. acórdão recorrido contrariedade aos arts. 29, 30, 121, § 2º, incisos II, III, e IV, do Código Penal, bem como aos arts. 619, 181, 239,

381, incisos II, III, 399, 407, 408, 409 e 564, inciso IV, todos do CPP. Alega, ainda, pela alínea **c** do permissivo constitucional a ocorrência de dissídio jurisprudencial.

Ab initio, preenchido os pressupostos genéricos de admissibilidade do recurso, quais sejam o preparo — fl. 1.392, tempestividade e legitimidade, passo, então, a examinar os pressupostos específicos ou constitucionais consoante a Súmula n. 123, do STJ.

Ao exame dos autos, constato que a matéria no apelo especial encontra-se presente no acórdão ora vergastado, **id este**, a questão infraconstitucional tida por violada foi discutida por este Tribunal, inclusive na oposição dos embargos declaratórios, configurando, portanto, o imprescindível requisito do prequestionamento à admissibilidade do presente recurso, conforme as Súmulas n. 211, do STJ; 282 e 356, do STF.

Desta sorte, estando presentes os requisitos de admissibilidade enumerados pela Lei n. 8.038, afigura-se-me razoável e plausível a alegação de ofensa aos dispositivos infraconstitucionais retrocitados.

Ante o exposto, dou seguimento ao recurso.” (Fls. 1.491/1.492)

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo desprovemento da súplica.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Os tópicos suscitados no reclamo excepcional são os seguintes: a) ofensa ao art. 619 do CPP porquanto o e. Tribunal **a quo**, nos embargos de declaração não enfrentou questão essencial, ou seja, o tratamento isonômico das partes, a quebra do princípio do juiz natural, a demonstração do convencimento do magistrado de primeiro grau, a qualificadora do inciso III (do homicídio qualificado), a própria imputação uma vez afastada a qualificadora do inciso I; b) ofensa aos arts. 29 e 30 do CP por não haver descrição ou referência à forma de participação; c) ofensa ao art. 121, § 2º, inciso II, III e IV do CP uma vez que não se aventou a atuação do acusado; d) ofensa aos arts. 181 e 381, inciso III do CPP sob tópico pertinente à elaboração de novo ou complementar laudo; e) violação do art. 239 do CPP por se reconhecer como indício o que, para tanto, não seria; f) violação aos arts. 381, incisos II e III e 564, inciso IV do CPP, por falta de fundamentação da pronúncia; g) ofensa aos arts. 399 e 402 do CPP por não ter sido dado o direito de requerer diligências; h) ofensa aos arts. 408 e 409 do CPP acerca do reconhecimento da regra insculpida na pronúncia **in dubio pro societate**.

No apelo extremo vários pontos foram enfocados. Mas, o que, de pronto, chama a atenção diz com a decisão de pronúncia. Aliás, está dito no v. acórdão guerreado: “Deduzo, contudo, Senhor Presidente, que a respeitável sentença ataca-da não é um primor de peça jurídica. Ela é muito simplória. O MM. Juiz sentenciante, em duas laudas, conseguiu sintetizar um emaranhado de mais de mil e trezentas páginas de depoimentos na fase inquisitorial e em juízo, relatório final do inquérito policial, perícias técnico-científica, fotografias da indigitada vítima Donizetti Adalto dos Santos, dos veículos, do local do crime, defesa prévia, alegações finais, enfim a conclusão do processo penal.” (Fl. 1.347). Pois bem, no crítico do **iudicium accusationis** de primeiro grau, *quanto às preliminares então suscitadas*, explicitou-se tão-somente: ‘Este Juízo entende que não há nulidades a sanar neste processo, nem existe nada a suprir no sentido de esclarecer a verdade dos fatos, por isso as diligências requeridas pela defesa são indeferidas e fica reservado o direito de proceder a sua argumentação perante o Tribunal do Júri.’ (fls. 1.195/1.196) Quanto às qualificadoras, não há qualquer motivação adequada para o momento da admissibilidade. São, portanto, dois **erros in procedendo**. O primeiro, pode ser reconhecido até **ex officio**; o segundo, em reconhecimento ao último item do reclamo.

No **error** inicial, é bem de ver - sem que seja necessário adentrar na **quaestio** — da natureza da pronúncia, sobre ser **decisum** interlocutório ou sentença — que o juiz não pode esquivar-se de enfrentar tópicos levantados pela parte, ressalvada a hipótese (v.g. STF, HC n. 74.088/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 16.05.1997) em que a sua conclusão torne o protesto prejudicado por frontal incompatibilidade. Entretanto, este não é o caso visto que foram suscitadas preliminares que restaram, pura e simplesmente, olvidadas. Neste sentido, diz **J. F. Mirabete** que, na pronúncia, o julgador deve “enfrentar e apreciar as teses apresentadas pela defesa, sob pena de nulidade” (in Processo Penal, Atlas, 7ª ed., p. 480). Assim, também, **Heráclito A. Mossin** (in Júri, Crimes e Processos, p. 305, Atlas, 1999).

No segundo **error**, embora a pronúncia seja em juízo de admissibilidade, de conteúdo declaratório, na dicção de alguns, um juízo de suspeita, o julgador deve indicar a *motivação acerca, também, da admissibilidade das qualificadoras (e não, é claro, da procedência)*. Não há dúvida, que somente se totalmente inadmissíveis ou improcedentes é que devem ser excluídas da apreciação pelo Tribunal Popular. Todavia, a *admissibilidade* — e, nestes precisos limites — deve ser motivadamente indicada. A decisão de pronúncia não pode apresentar excessos (que possam influenciar os jurados, v.g., STF, HC n. 77.044/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 07.08.98) e nem, tampouco, ser algo genérico, estereotipado ou

carecedor de fundamentos acerca da admissibilidade (e não-procedência) da acusação. Comparativamente, destacando a diferença entre o **iudicium accusationis** e o **iudicium causae**, este pelo Conselho de Sentença, tem-se: a) STF, HC n. 69.840/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 15.10.1999; b) STF, HC n. 73.126/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 17.05.1996).

No primeiro tópico, quanto à total ausência de fundamentação da pronúncia acerca das teses da defesa, mormente, as preliminares, é aplicável o seguinte precedente do *Pretório Excelso*:

“Pronúncia: falta de fundamentação: nulidade.

A melhor prova de inexistência de fundamentação de decisão judicial é a que o texto que pretexto satisfazer à exigência sirva à decisão de qualquer causa: a motivação — ainda que discreta como convém à pronúncia — há de exprimir a adequação lógica do fato concreto, sempre singular, ao dispositivo do julgado.”

(STF, HC n. 75.731/PA, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 17.04.1998).

Quanto às qualificadoras, tem-se da *Augusta Corte*:

“**Habeas corpus** — Sentença de pronúncia — Homicídio — Decisão que não analisa as qualificadoras imputadas pelo Ministério Público na denúncia — Exigência constitucional de motivação dos atos decisórios — Inobservância — Nulidade da sentença de pronúncia — Pedido deferido. A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. 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, HC n. 74.351/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13.12.1996).

E, nesta Corte, tem-se:

“Penal e processual penal. **Habeas corpus**. Homicídio qualificado. Pronúncia. Qualificadoras. Admissibilidade.

Embora as qualificadoras do homicídio só devam ser rejeitadas, na pronúncia, quando manifestamente improcedentes, é regra, no entanto, que o juiz deve sobre elas manifestar um juízo de admissibilidade concreto. A mera afirmação estereotipada, sem vínculo com o caso, não satisfaz a exigência da admissão fundamentada da qualificadora.

Writ concedido.”

(STJ, HC n. 11.995/SP, Quinta Turma, Rel. p/ o acórdão Min. Felix Fischer, DJ de 11.09.2000).

“**HC** — Sentença de Pronúncia — Qualificadores — Fundamentação.

— Ainda que sucintamente, ao admitir, na sentença de pronúncia, as qualificadoras que pesam sobre o réu, deve o magistrado fundamentar sua decisão, dando os motivos de seu convencimento, sem, contudo, valorá-los subjetivamente.

— Ordem concedida, parcialmente, para anular a sentença de pronúncia, mantendo-se, no mais, os outros termos processuais.”

(STJ, HC n. 6.078/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJ de 19.12.1997).

“Processual penal. **Habeas corpus**. Homicídio qualificado. Negativa de autoria. Exame minucioso de prova. Improriedade do *writ*. Qualificadoras. Fundamentação.

I - É vedado o exame do material cognitivo e o minucioso cotejo da prova na via estreita do **habeas corpus**.

II - Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no **caput**) são elementares (**essentialia delicti**); aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (**accidentalia delicti**).

III - No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, **ex vi** art. 30 do CP, comunicável.

IV – É nula a decisão de pronúncia que acolhe a comunicabilidade de circunstância pessoal e deixa de motivar concretamente a admissibilidade das qualificadoras.

Habeas corpus parcialmente concedido.”

(*STJ*, HC n. 15.184/PI, Quinta Turma, DJ de 24.09.2001).

Embora a argumentação do recurso seja mais ampla acerca da motivação da pronúncia, esbarrando, em parte, no reexame do material cognitivo (Súmula n. 07 — *STJ*), o **error** foi destacado e existe. Poderia, até, ser acolhido na forma de **habeas corpus ex officio**. Resumindo: na pronúncia, não se fundamentou acerca da rejeição das preliminares e nem se fundamentou acerca da admissibilidade das qualificadoras. As violações aos arts. 381 e 408 do CPP são manifestas. E, **ad argumentandum**, em sede de *writ*, haveria até ofensa ao art. 93, inciso IX, 2ª parte da Carta Magna, por falta de motivação adequada ao momento do **iudicium accusationis**.

Os demais tópicos do recurso, portanto, restam prejudicados.

Dessarte, dou provimento ao recurso para anular a decisão da pronúncia.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 498.839 — SP (2003/0017301-7)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Jair da Silva Cabral

Advogados: Maurício Zanoide de Moraes e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Crime de incêndio. Prequestionamento. Resultado natural e resultado jurídico. Reexame de prova.

I - Não se conhece de parte do recurso especial que abrange matéria serodidamente suscitada tão-só nos embargos de declaração (*Precedentes*).

II - O crime de incêndio é *material* (resultado natural ou material) e de *perigo concreto* (resultado jurídico). Todavia, a verificação da

assertiva, feita no v. acórdão recorrido, acerca do **summatum opus**, exigindo a análise fático-probatória, esbarra no óbice insculpido na *Súmula n. 07 — STJ*.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 05 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

Publicado no DJ de 1º.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a** da Carta Magna, por *Jair da Silva Cabral*, contra v. julgado do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob alegação de ofensa ao disposto nos arts. 381 e seguintes do CPP e 250 do Código Penal.

Diz a ementa do v. acórdão guerreado:

“Condenação pelo crime do artigo 250, parágrafo 2º, inciso II, alínea **a**, do Código Penal — Absolvição pretendida — Procuradoria de Justiça opinou pelo seu desprovimento — Prova segura da autoria e materialidade — Dolo do agente na prática do incêndio em casa habitada — Impossível a desclassificação alvitrada, eis que presentes os elementos subjetivos do crime pelo qual foi denunciado — Delito consumado diante dos danos causados pelo incêndio, constatado através de laudo técnico — Reprimenda fixada dentro dos parâmetros legais — Regime prisional cabível na espécie — Recurso não provido.” (Fl. 155)

No corpo do v. decisório tem-se:

“Nas vezes em que foi interrogado, Jair confessou a prática criminosa que lhe foi atribuída, explicando que enciumado com a ausência momentânea da mulher e

da filha, apanhou um galão de “gasolina” e ateou fogo em seu automóvel e em seguida na casa onde residia.

O policial Antonio Angelo testifica que acionou o Corpo de Bombeiros e ao perguntar do implicado a respeito do motivo dessa conduta, dele ouviu que “fez aquilo porque lhe deu vontade”.

A testemunha Francisco Carlos, vizinho do inculpado, expõe que ao chegar em sua moradia verificou que o carro de **Jair** estava em chamas no interior da garagem; apagou o incêndio do automóvel, entretanto foi informado pelo vizinhos que havia fogo no interior da residência, mas nada pode fazer.

O laudo técnico de folhas 57 a 59 e as fotos de folhas 60/67 atestam a ocorrência do incêndio e as proporções que tomou, calcinando um quarto, a garagem, o automóvel que estava dentro dela, móveis e utensílios, tendo sido debelado pela ação rápida e eficiente dos milicianos do Corpo de Bombeiros.

O incêndio se consumou expondo em perigo a terceiros, e mais, se encontram presentes todos os elementos do tipo penal para tipificar o crime do artigo 250, parágrafo 2º, inciso II, letra **a**, do estatuto repressivo.

O laudo técnico encartado nos autos atesta que a casa incendiada ficava ao lado de outras, localizada num bairro residencial, ocasionando perigo concreto a terceiros, pondo em risco o patrimônio e a integridade física de pessoas.

Absolutamente inviável a desclassificação alvitrada, posto que a conduta do agente foi causar incêndio em casa própria, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de terceiros. É o que diz o laudo técnico de folhas 57/59 e as testemunhas inquiridas tanto no administrativo como no contraditório.

Presentes a autoria e a materialidade do delito em exame, a condenação era mesmo de rigor.

A reprimenda e o regime prisional, estabelecidos dentro dos parâmetros legais, não comportam reparos.” (Fls. 156/158)

Opostos embargos de declaração, foi dito:

“Cuida-se de **embargos de declaração** interpostos por **Jair da Silva Cabral** nos autos do processo-crime que lhe foi movido pela **Justiça Pública** pela prática do crime do artigo 250, § 2º, inciso II, alínea **a**, do Código Penal, sustentando que não houve perigo comum, levando em conta o material e modo de construção da casa, sendo que o fogo não alcançou magnitude para gerar perigo comum. Acrescenta, também, ainda que se a conduta fosse típica, o crime seria tentado e não consumado.

Este é o breve relatório.

As questões deduzidas nos embargos interpostos foram devidamente apreciadas e decididas no corpo do acórdão embargado, aparentando o presente inconformismo contornos de nova apelação, com o objetivo manifesto de reexame da matéria já analisada e decidida.

Decidiu-se, com base no laudo pericial e no depoimento de vítima e testemunhas, que o incêndio foi de proporções razoáveis e que resultou em perigo concreto a terceiros na medida em que o imóvel incendiado é localizado em um bairro residencial, ao lado de outros, como faz certo as fotos de folhas 60 a 67.

De outra parte, a ação dos milicianos do Corpo de Bombeiros debelando o fogo não impede a consumação do delito. Até porque seria ilógico aguardar que o fogo atingisse as casas vizinhas, consumando o ilícito penal, para aí então os bombeiros entrarem em ação apagando o incêndio.

Os embargos têm o pretexto de reexaminar as questões avaliadas e decididas no corpo do acórdão embargado, motivo pelo qual não podem ser acolhidos.” (Fls. 169/170)

Daí o recurso que subiu por agravo.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo não-conhecimento ou pelo desprovimento do inconformismo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: No v. acórdão increpado que apreciou a *apelação* tem-se:

“Nas vezes em que foi interrogado, Jair confessou a prática criminosa que lhe foi atribuída, explicando que enciumado com a ausência momentânea da mulher e da filha, apanhou um galão de “gasolina” e ateou fogo em seu automóvel e em seguida na casa onde residia.

O policial Antonio Angelo testifica que acionou o Corpo de Bombeiros e ao perguntar do implicado a respeito do motivo dessa conduta, dele ouviu que “fez aquilo porque lhe deu vontade”.

A testemunha Francisco Carlos, vizinho do inculpado, expõe que ao chegar em sua moradia verificou que o carro de Jair estava em chamas no interior da garagem; apagou o incêndio do automóvel, entretanto foi informado pelo vizinhos que havia fogo no interior da residência, mas nada pode fazer.

O laudo técnico de folhas 57 a 59 e as fotos de folhas 60/67 atestam a ocorrência do incêndio e as proporções que tomou, calcinando um quarto, a garagem, o

automóvel que estava dentro dela, móveis e utensílios, tendo sido debelado pela ação rápida e eficiente dos milicianos do Corpo de Bombeiros.

O incêndio se consumou expondo em perigo a terceiros, e mais, se encontram presentes todos os elementos do tipo penal para tipificar o crime do artigo 250, § 2º, inciso II, letra **a**, do estatuto repressivo.

O laudo técnico encartado nos autos atesta que a casa incendiada ficava ao lado de outras, localizada num bairro residencial, ocasionando perigo concreto a terceiros, pondo em risco o patrimônio e a integridade física de pessoas.

Absolutamente inviável a desclassificação alvitrada, posto que a conduta do agente foi causar incêndio em casa própria, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de terceiros. É o que diz o laudo técnico de folhas 57/59 e as testemunhas inquiridas tanto no administrativo como no contraditório.” (Fls. 156/157).

Analisando os *embargos de declaração*, o e. Tribunal **a quo** explicou:

“Decidiu-se, com base no laudo pericial e no depoimento de vítima e testemunhas, que o incêndio foi de proporções razoáveis e que resultou em perigo concreto a terceiros na medida em que o imóvel incendiado é localizado em um bairro residencial, ao lado de outros, como faz certo as fotos de folhas 60 a 67.

De outra parte, a ação dos milicianos do Corpo de Bombeiros debelando o fogo não impede a consumação do delito. Até porque seria ilógico aguardar que o fogo atingisse as casas vizinhas, consumando o ilícito penal, para aí então os bombeiros entrarem em ação apagando o incêndio.

Os embargos têm o pretexto de reexaminar as questões avaliadas e decididas no corpo do acórdão embargado, motivo pelo qual não podem ser acolhidos.” (Fl. 170).

Portanto, nos limites do recurso excepcional não há que se falar da falta de fundamentação. A verificação do suporte fático escapa do que aqui é permitido **ex vi Súmula n. 07 — STJ**. Vale dizer, concluiu-se pela existência do crime de incêndio com supedâneo no laudo e na *prova pessoal* (declarações da vítima e testemunhas, cf. *fls. 157 e 170*). Na via eleita, inadmissível a apuração de **questio facti** motivadora de eventual **error facti in iudicando**. Só é plausível a apuração de **error in procedendo** (como visto, não configurado) ou de **error iuris iudicando** (não evidenciado). E não é só! Na apelação, não se questionou o laudo em si, *tecnicamente*, por si, mas exclusivamente, a tipificação (haveria atipia absoluta ou relativa, esta, com a desclassificação para a **conatus**, fl. 128). Em momento algum, ali, se levantou uma *nulidade* (*falta de comprovação da materialidade decorrente da suposta imprestabilidade do laudo pericial*). O *v. decisório reprochado*, na

verdade, analisou o que foi suscitado no apelo. Inexistente a alegada ofensa ao art. 381 do CPP! São aplicáveis, quanto à admissibilidade (tópico suscitado nos embargos de declaração), em geral, do recurso especial, os seguintes precedentes que atestam, aí, a ausência de prequestionamento (*Súmulas ns. 282 e 356 — STF*), v.g.:

“Processual Civil. Recurso especial. Pressupostos de admissibilidade. Prequestionamento. Art. 106, Lei n. 8.213/1991. Embargos de declaração. Inovação. Impossibilidade.

— Embora se utilizem os embargos de declaração para fins de prequestionamento da questão federal para efeito de admissibilidade de recurso especial, é necessário que o tema tenha sido agitado na apelação, pois nos embargos não é possível inovar a lide, agregando questão nova.

— É inadmissível o debate sobre a exigência prevista no art. 106, da Lei n. 8.213/1991, em sede de recurso especial na hipótese em que na apelação interposta pelo INSS não foi agitada a questão.

— Recurso especial não conhecido.”

(*STJ*, REsp n. 304.758/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 18.06.2001).

“Processo Civil — Recurso especial — Omissão não caracterizada, por se tratar de questão nova, trazida pela parte apenas em sede de embargos de declaração — Inexistência de violação ao art. 535, II do CPC.

1. As questões ventiladas na apelação devem ser examinadas pelo Tribunal dentro do ângulo constitucional ou infraconstitucional, incorrendo violação ao art. 535, II do CPC se busca a parte inovar sua argumentação em sede de embargos de declaração.

2. Dispositivo que, não ventilado no apelo e elencado nas razões de embargos de declaração que restaram rejeitados, carece de prequestionamento, tendo aplicação a Súmula n. 282/STF.

3. Recurso especial não conhecido.”

(*STJ*, REsp n. 190.184/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 19.02.2001).

“Processo Civil. Embargos de declaração. Questão não suscitada em apelação. Matéria não devolvida ao tribunal. Violação do art. 535, CPC. Inocorrência. Recurso desacolhido.

— Os embargos de declaração não se prestam ao exame de questões novas, não suscitadas na apelação e, portanto, não devolvidas ao conhecimento do Tribunal de segundo grau.”

(STJ, REsp n. 265.447/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 16.10.2000).

“Recurso especial. Processual civil. Embargos de declaração. Ausência de violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil. Divergência não configurada.

1. Os embargos de declaração são o recurso hábil a sanar eventual omissão do acórdão ou da sentença, mas não de recurso da parte. Por isso, não viola o art. 535, II, do Código de Processo Civil, o acórdão que não acolhe embargos de declaração nos quais a parte suscita questões novas, nunca antes versadas nos autos.

2. Para a configuração da divergência, nos termos do art. 255, § 2º, do RISTJ, é necessário que dos trechos transcritos seja possível identificar a semelhança ou identidade entre os casos confrontados, o que não ocorre na hipótese.

3. Recurso não conhecido.”

(STJ, REsp n. 185.103/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 21.02.2000).

Quanto ao item da *consumação, ou não*, do delito do art. 250 do CP, o reclamo desmerece melhor sorte.

O tipo enfocado diz: “causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem” (art. 250 do CP).

Em primeiro lugar, quando se diz que o crime em tela é de perigo comum significa que a conduta delitativa não é dirigida específica e exclusivamente a determinada vítima. Desnecessário, por óbvio, que o perigo comum exija, para tanto, um número incalculável de ofendidos (*veja-se*: “de outrem”). *Além do mais*, a lei diz “perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio.” O v. julgado que apreciou a apelação afirma: “O laudo técnico encartado nos autos atesta que a casa incendiada ficava ao lado de outras, localizada num bairro residencial, ocasionando perigo concreto a terceiros, pondo em risco o patrimônio e a integridade física de pessoas.” (Fl. 157). Na apreciação dos embargos de declaração enfatizou: “Decidiu-se, com base no laudo pericial e no depoimento de vítima e testemunhas, que o incêndio foi de proporções razoáveis e que resultou em perigo concreto a terceiros na medida em que o imóvel incendiado é localizado em um bairro residencial, ao lado de outros, como faz certo as fotos de folhas 60 a 67.

De outra parte, a ação dos milicianos do Corpo de Bombeiros debelando o fogo não impede a consumação do delito. Até porque seria ilógico aguardar que

o fogo atingisse as casas vizinhas, consumando o ilícito penal, para aí então os bombeiros entrarem em ação apagando o incêndio.” (Fl. 170). Na doutrina, dita **L. Régis Prado** (in Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 3, RT, 2001, p. 424): “Não basta, pois, a previsibilidade objetiva do resultado, mas também não é preciso que a produção do resultado apareça como provável. O perigo surge, então, como uma qualidade inerente à ação. Para que se possa falar de um resultado de perigo, é necessário que um bem jurídico (incolumidade pública) tenha entrado no campo abrangido pela conduta do sujeito e que sua lesão se mostra nesse momento como não absolutamente improvável.” E, Nelson Hungria (in Comentários ao Código Penal, vol. IX, p. 26, 2ª ed. Forense) assevera: “Não se faz mister que o fogo prorrompa em labaredas espetaculares ou rapidamente empolgantes: A combustão discreta e lenta pode ser incêndio perigoso.” A ameaça a terceiros, verificável **ex ante**, é que configura o perigo pertinente ao injusto sob análise. Dessarte, a pretensão recursal esbarra, neste item, na *Súmula n. 07 — STJ*.

Em segundo lugar, sobre ser, o delito do art. 250 do CP, material ou formal não diz com o cerne da questão. Ainda que discutível na doutrina a classificação dos ilícitos penais quanto ao resultado, o enfoque estruturado no apelo excepcional não poderia ser acolhido. É que, na taxionomia generalizada, existem, no que se liga a resultado, duas abordagens. Em relação ao *resultado jurídico* (*ofensa ao bem jurídico*), os delitos poderiam ser de *perigo* (concreto ou, então, presumido) e de *dano*. Em relação ao *resultado material* (resultado material ou evento natural resultante inseparável), os crimes podem ser, segundo grande parte dos doutrinadores pátrios, *materiais*, *formais* e de *mera conduta*. Assim, de início, nesta linha, todo delito tem seu resultado *jurídico* (dano ou perigo a *bem jurídico*) mas nem todo crime apresenta um resultado *natural* ou *material* (só para os *materiais* ele se apresenta imprescindível). Nesta dupla abordagem, que não apresenta qualquer relação direta ou biunívoca, é de se notar que existem crimes de *perigo* e que são, simultaneamente, *materiais*. É o que ocorre com os delitos de moeda falsa e incêndio (*nesta linha: Assis Toledo in* Princípios Básicos do Direito Penal, 5ª ed., 1994, Saraiva, pp. 143/144 e **Walter Coelho in** Teoria Geral do Crime, SAE, pp. 89 e seguintes.). Então, a **questio**, no caso, não é sobre se o crime de incêndio é formal ou material. Ele é *material* (sem o fogo ele não poderia existir) e de *perigo concreto* (*e comum*). Superado este ponto, percebe-se, também, e mais uma vez, que a verificação fática da assertiva inculpada no v. acórdão obliterado exigiria o reexame do material cognitivo, o que esbarra frontalmente com o óbice da *Súmula n. 07 — STJ*.

Enfim, a pretensão recursal não pode ser conhecida, sendo, em tese, mais adequada à esfera revisional.

Não conheço do recurso.

É o voto.
