

Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 18.813 — SP (2001/0127537-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Luiz Pedro Dias Medeiros

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Luiz Pedro Dias Medeiros (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Revisão criminal indeferida pela Corte Estadual. Roubo triplamente qualificado. Pedido de desclassificação para tentativa de roubo. Alegada ausência de provas para caracterização do crime. Reexame da matéria fático-probatória. Impropriedade da via eleita. Condenação devidamente justificada. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Aumento aplicado pela metade em razão do reconhecimento de apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis. Violação ao princípio da proporcionalidade. Necessidade de nova adequação da reprimenda. Precedentes do STJ.

1. O Tribunal **a quo**, ao indeferir o pedido revisional, procedeu ao devido exame e cotejo do material cognitivo, sendo inviável a pretendida reforma do acórdão, porquanto é vedado na angusta via do **habeas corpus** a incursão aprofundada na seara probatória dos autos.

2. A sentença penal condenatória foi devidamente individualizada porquanto o juízo sentenciante, ao proceder a fixação da pena-base, à luz do art. 59 do Código Penal, fundamentou a necessidade de sua exasperação acima do mínimo legal, ao reconhecer e demonstrar as circunstâncias judiciais desfavoráveis do paciente.

3. Observa-se, todavia, que o julgador, ao aplicar a dosimetria da pena-base, fê-lo de forma desproporcional, tendo em conta que a reprimenda, cujo mínimo legal é de 04 (quatro) anos, foi majorada para 06 (seis) anos de reclusão, o que corresponde a um aumento de 1/2 (metade), tão-somente em razão do reconhecimento de apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, dentre oito legalmente previstas.

4. Precedentes do STJ.

5. Ordem parcialmente concedida para, tão-somente, mantida a condenação, anular a sentença na parte relativa à dosimetria da pena e

determinar a adequação e a proporcionalidade da imposição da pena-base, à luz das circunstâncias judiciais desfavoráveis sobejamente reconhecidas nas instâncias ordinárias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 17 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 06.06.2005

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado por Luiz Pedro Dias Medeiros, em favor próprio, preso e condenado pelo Juízo de Direito da 23^a Vara Criminal da Comarca da Capital paulista, à pena de 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime de roubo triplamente qualificado, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao indeferir o pedido de revisão criminal, manteve **in totum** os termos da sentença condenatória imposta ao paciente (fls. 155/162).

O impetrante alega, em suma, que “o objetivo sempre foi a desclassificação para crime tentado, pois, na leitura da peça acusatória, como na r. sentença pode-se comprovar tratar-se de crime tentado previsto no art. 14 — II do Código Penal” (fl. 04).

Requer, assim, a desclassificação do crime para a modalidade tentada ou, alternativamente, a declaração de nulidade da sentença condenatória, pois a individualização da pena não foi aplicada conforme a lei penal.

O pedido liminar foi indeferido.

As informações foram devidamente prestadas pela autoridade impetrada (fls. 27/163).

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

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado. Nulidade da sentença. Inocorrência. Desclassificação para a forma tentada. Necessidade de exame aprofundado de provas.

Parecer pela denegação da ordem.” (Fls. 165/170)

Após, foram-me redistribuídos os presentes autos em razão da aposentadoria do então Relator Ministro Fontes de Alencar.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A impetração merece parcial acolhida.

Com efeito, observa-se da acurada leitura dos autos que o Tribunal **a quo**, ao indeferir o pedido revisional, realizou o devido exame e cotejo do material cognitivo, decidindo por manter a sentença condenatória confirmada em sede de apelação criminal.

Tem-se, ademais, que a pretendida reforma do acórdão ora atacado, reavaliando todo o conjunto fático-probatório, para que seja desclassificado o crime de roubo triplamente qualificado para o crime de tentativa de roubo não é possível, porquanto, como é cediço, as provas colacionadas, na angusta via do **habeas corpus**, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes. É vedado, portanto, a incursão aprofundada na seara probatória dos autos dada a estreiteza da via do **mandamus**.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes:

“Ementa: Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 157, § 3º, do Código Penal. Sentença penal condenatória. Desclassificação para roubo. Alegação que enseja reexame de prova. Impossibilidade pela via estreita do *writ*. Latrocínio. Crime hediondo. Progressão de regime. Lei n. 8.072/1990.

I - Não se presta o remédio heróico a apreciar de questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, na pretensão à desclassificação do crime de latrocínio para roubo (precedentes).

II - Os crimes hediondos, e os a eles assemelhados, excetuando-se os de tortura, estão sujeitos, em sede de execução da pena privativa de liberdade, ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sendo, portanto, vedada a progressão do regime prisional de cumprimento de pena. (Precedentes)

Ordem denegada.” (HC n. 32.915/RJ, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 14.06.2004)

“Ementa: Criminal. HC. Tentativa de latrocínio. Inocência. Ausência de dolo. Insuficiência de provas. Pleito de absolvição ou desclassificação para furto ou roubo. Ilegalidades não demonstradas de pronto. Impropriedade do meio eleito. Ordem denegada.

O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório — como a pleiteada absolvição e a pretensão alternativa de desclassificação da tentativa de latrocínio para os crimes de furto ou roubo — se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade. Precedentes.

Ordem denegada.” (HC n. 31.288/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 12.04.2004)

Por fim, impende dizer que o juízo sentenciante, ao individualizar a pena-base imposta ao paciente, à luz do art. 59 do Código Penal, fundamentou a necessidade de sua exasperação acima do mínimo legal, ao reconhecer e demonstrar as circunstâncias judiciais desfavoráveis do réu, **in verbis**:

“(…)

Desta forma, a vítima Antônio relatou que se encontrava no quarto quando foi surpreendido pelo acusado Elias e duas empregadas, aquele portando uma arma e lhe dizendo que se tratava de um assalto.

Acrescentou ainda que no andar de baixo da residência, presenciou os acusados *Luiz Pedro* e *Oswaldo*, *cada um empunhando um revólver*, e quando se encontrava trancado no lavabo, em companhia das outras vítimas, percebeu a chegada da polícia, pois anunciado por um dos agentes. Foi quanto, então, ouviram-se tiros.

Nesta linha, a vítima *Jailza confirmou que foram os três acusados que, empunhando cada qual uma arma de fogo, anunciaram o assalto* e entraram na casa quando ela abria a porta para um funcionário da Sabesp entrar. Relatou ainda que, juntamente com Antônio Carlos e Maria de Lourdes, foram amarrados com fio de arame.

(…)

O policial Roberto Takeshi Graciolli, que foi em busca dos assaltantes quando da tentativa de fuga, rendeu os co-réus *Oswaldo* e *Luiz Pedro*, e *em poder de ambos, foram encontradas duas armas* (fls. 7/8 e 163/164).

(...)

Por todo o exposto, improcedente o pedido de absolvição com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

A qualificadora de emprego de arma ficou caracterizada, porque para a prática do delito, os agentes utilizaram duas armas de fogo, devidamente apreendidas e periciadas (fls. 112/121).

Por sua vez, deve incidir a qualificadora de concurso de pessoas, havendo comprovação da prática do crime por três agentes, inclusive foram presos em flagrante delito.

Por último, deve incidir a qualificadora de emprego de seqüestro, porque as vítimas ficaram em poder dos assaltantes, com o objetivo de se garantir a posse da **res** ou eventual fuga.

(...)

Passo a dosar as penas.

São acusados Oswaldo (fls. 217/2.260, *Luiz Pedro* (fls. 195/212) e Elias (fls. 169/172) *portadores de péssimos antecedentes criminais, fazendo a prática de crimes seu meio de vida. Agiram com dolo anormal, invadindo a residência com moradores e fortemente armados.*

Assim, sendo a pena-base é fixada acima do mínimo legal, isto é, 6 (seis) anos e 20 (vinte) dias-multa.

À pena citada, ocorre aumento de 3/8 em face de três qualificadoras, estabilizando-se em 8 (oito) anos e (três) meses e 27 (vinte e sete) dias-multa. De fato, condutas diferentes exigem tratamento diferente, devendo o aumento mínimo ser reservado para hipóteses de única qualificadora.” (Fls. 08/10) (grifei)

A circunstância judicial desfavorável dos maus antecedentes foi satisfatoriamente justificada em relação ao paciente Luiz Pedro, pois, consoante se observa dos autos, o condenado possui inúmeras condenações anteriores transitadas em julgado (fls. 59/60 e 63), ou seja, não há violação ao princípio da presunção da inocência. O dolo anormal empregado no tipo penal também restou demonstrado pelo julgador, com dados concretos, ao descrever detalhadamente a conduta delitativa (invasão de residência com moradores, à luz do dia e fortemente armados).

Acrescente-se, outrossim, que o acórdão, proferido em sede de recurso defensivo de apelação criminal, confirmou as circunstâncias pessoais desfavoráveis do ora paciente, **litteris**:

“Alguns bens haviam sido subtraídos quando a polícia chamada, por vizinhos, chegou e cercou a cena seguindo-se violento tiroteio, sendo que nesse período as vítimas estavam dominadas e amarradas com arame, no interior do lavabo (fls. 161/162).

(...)

Luiz Pedro tem péssimos antecedentes, condenado por furtos e roubos, envolvimento com drogas, estando foragido desde 1994 (fls. 195/212). Faz do crime profissão.

(...)

Referidos réus só não praticaram delitos nos períodos em que estiveram reclusos.

Por isso, pelo péssimo passado, e a audácia demonstrada por *invadirem, à luz do dia, fortemente armados, residência habitada, dominando seus moradores*, fica mantida a pena-base imposta corretamente justificada.” (Fls. 17/19) (grifei)

Tem-se, portanto, que, na hipótese, está justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Nessa esteira:

“Ementa: **Habeas corpus**. Extorsão mediante seqüestro. Nulidade da dosimetria da pena-base. Circunstâncias judiciais do art. 59. Fundamentação concreta sucinta e eficiente. Maus antecedentes e periculosidade do agente.

Em matéria de dosimetria da pena, o julgador deve ater-se aos parâmetros do sistema trifásico previsto no art. 68 do CP, onde a primeira fase da individualização envolve o enquadramento das circunstâncias do art. 59 do CP

Na espécie, a dosagem da pena-base acima do mínimo legal cumpriu a determinação da lei porque, mesmo sucinta, patenteou com eficiência a necessidade de maior reprovação em torno dos maus antecedentes e da periculosidade do agente.

Ordem denegada.” (HC n. 28.144/RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.11.2004)

“Ementa: Penal e Processo Penal. Roubo circunstanciado. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Maus antecedentes. Regime inicial fechado. Ausência de constrangimento ilegal.

Não configura constrangimento ilegal a fixação de regime inicial mais gravoso, quando fixada a pena-base acima do mínimo legal, diante do reconhecimento da existência de maus antecedentes em relação ao paciente.

Habeas corpus denegado.” (HC n. 34.461/SP, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 19.10.2004)

“Ementa: Criminal. HC. Roubo qualificado. Regime prisional fechado. Falta de fundamentação. Inocorrência. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Maus antecedentes. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

I - As circunstâncias consideradas na fixação do **quantum** da pena, mormente por decorrerem do mesmo fato concreto, devem repercutir também sobre a escolha do regime prisional inicial.

II - A lei permite ao juiz, desde que fundamentadamente, fixar regime mais rigoroso, conforme seja recomendável por alguma das circunstâncias judiciais previstas no Estatuto Punitivo.

III - Se a sentença condenatória procedeu à devida motivação da pena, no que diz respeito a eventuais circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente — tais como maus antecedentes —, tanto é que a pena-base não foi fixada no mínimo, não há que se falar em constrangimento ilegal em decorrência da imposição de regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda. Precedentes.

IV - Ordem denegada.” (HC n. 36.326/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 14.09.2004)

Observe, todavia, que o julgador, ao aplicar a dosimetria da pena-base, fê-lo de forma exacerbada e desproporcional, tendo em conta que a reprimenda, cujo mínimo legal é de 04 (quatro) anos, foi majorada para 06 (seis) anos de reclusão, o que corresponde a um aumento de 1/2 (metade), tão-somente em face dos maus antecedentes e do dolo anormal do tipo, únicas circunstâncias judiciais tidas como desfavoráveis ao réu.

Ora, como é sabido, a fixação da pena-base em **quantum** muito superior ao mínimo previsto no tipo penal certamente é possível, porém depende da incidência convergente de mais de uma circunstância judicial em desfavor do acusado, a recomendar severo agravamento da pena aplicada, em observância ao princípio da proporcionalidade.

Por tal razão, o reconhecimento de apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, dentre oito legalmente previstas, não poderia ensejar tamanha majoração da pena-base, embora tenham sido devidamente demonstradas.

Nesse diapasão:

“Ementa: Criminal. Recurso especial. Roubo qualificado. Consumação. Dosimetria. Pena-base. Circunstâncias desfavoráveis em sua maioria. Desproporcionalidade. Readequação. Necessidade. Recurso conhecido e provido.

I - O delito de roubo consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima.

II - Não obstante reconhecer-se a existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, tem-se como indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos, em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

III - Diante da discrepância entre a pena-base fixada nas instâncias ordinárias, deve ser determinada uma reavaliação da sua dosimetria, de modo que a redução se dê de maneira devidamente fundamentada, de acordo com o nível de reprovabilidade do réu.

IV - Deve-se afastar a terceira fase da dosimetria da pena imposta ao réu (incidência do art. 14, II, do Código Penal, que resultou numa redução de 1/3 das penas).

V - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.” (REsp n. 683.565/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 21.03.2005)

Ante o exposto, *concedo parcialmente* a ordem para, tão-somente, mantida a condenação, anular o acórdão e a sentença na parte relativa à dosimetria da pena e determinar a adequação e a proporcionalidade da imposição da pena-base, à luz das circunstâncias judiciais desfavoráveis sobejamente reconhecidas nas instâncias ordinárias.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 30.860 — SP (2003/0176943-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: Milton Fernando Talzi

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

Paciente: Paulo Sérgio Souza Alves

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Reforma da sentença. Acórdão que reformou a fixação da pena. Pena-base no mínimo legal.

Exasperação pelos antecedentes e pelas conseqüências do crime. Quebra do modelo trifásico. Constrangimento.

Segundo o modelo de fixação da pena adotado por nosso Direito Penal, o **quantum** da pena-base deve ser definido a partir das circunstâncias do art. 59 do CP, seguindo, a partir daí, as exasperações por causas genéricas e específicas.

Uma vez fixada a pena no mínimo legal, não pode o julgador acrescentar-lhe aumento baseado em circunstância própria da primeira fase dosimétrica já concluída, sob pena de ferimento do modelo trifásico instituído pelo art. 68 do Código Penal.

Ordem concedida, para anular a fixação da pena e determinar que outra seja imposta, sob os limites da **reformatio in pejus**.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

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

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Acolho o sumário do parecer ministerial à fl. 42:

“Pela prática de tráfico de entorpecentes, Paulo Sérgio Souza Alves foi condenado a solver 82 dias-multa e a cumprir, em regime integral fechado, 5 anos de reclusão. Apelou e o Tribunal de Justiça de São Paulo proveu em parte o seu recurso. Reduziu a sanção para 04 anos e 01 mês de reclusão, mais 67 dias-multa, mantendo íntegra, no mais, a sentença do Juiz da 28ª Vara Criminal da Capital — SP (fls. 30/36).

Depois do trânsito em julgado do aresto, a defesa impetrou o presente *writ*, postulando sua anulação na parte referente à fixação da reprimenda.

Com tal propósito, explicou que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Em seguida, acrescentou-se-lhe 1/6 por conta dos antecedentes e mais 1/6 por conta das conseqüências do crime, sendo tais circunstâncias consideradas como agravantes. Configurou-se, assim, a ilegalidade, que merece ser sanada através do deferimento do **habeas corpus** para arredar os mencionados acréscimos, conservando-se a reprimenda no patamar mínimo de 3 anos (fls. 2/5).”

Parecer pela concessão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A ordem enseja a concessão. Realmente, a fixar a pena do Paciente, em recurso de apelação, o Tribunal carioca houve por bem indicar, como pena-base, o mínimo legal e, embasando-se nos antecedentes e conseqüência do crime, acrescentou-lhe 1/3 (1/6 para cada circunstância).

Presente, portanto, ferimento ao modelo trifásico insculpido no art. 68 do CP. A propósito, veja-se a decisão (fl. 35):

“Paulo Sérgio cumprirá 04 anos e 01 mês de reclusão e pagará 67 dias-multa, no piso especial, como resultado da fixação das bases nas mínimas legais, subsequente exasperação de 1/6 pelos maus antecedentes de fls. 131 e 155, e de final 1/6, pelas conseqüências do crime.”

Ressalte-se que contra esta decisão o órgão acusatório não interpôs recurso hábil, conforme se depreende da certidão de trânsito à fl. 37. Ou seja, substituída a sentença com a decisão colegiada, o Ministério Público deixou transcorrer **in albis** o prazo para corrigir o equívoco cometido.

Tal situação pode ser condensada pelo juízo sintético do parecer ministerial, **verbis** (fl. 43):

“Ocorre que as circunstâncias judiciais — antecedentes do réu e conseqüências do crime — somente podem ser sopesadas para apurar a pena-base, na 1ª fase da dosimetria. Não servem para exasperar posteriormente a sanção, numa 2ª fase, como se fossem agravantes ou causas de aumento.

Em casos semelhantes, o Pretório excelso e o Superior Tribunal de Justiça já admoestaram:

“(...) O **habeas corpus** é meio idôneo para o fim de ser corrigido erro na fixação da pena. Em caso assim, não há falar em anulação da

sentença, mas apenas na correção do erro no cálculo da pena ou no cancelamento do acréscimo indevido.’

(STF, HC n. 70.024/RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 16.04.1993)

‘O entendimento pretoriano admite, em princípio, a utilização do **habeas corpus** para correção de erro na fixação da pena, máxime quando a ilegalidade se apresenta como evidente.’

(HC n. 9.454/SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 27.03.2000)”

Ante o exposto, concedo a ordem, para anular a fixação da pena e determinar que outra seja imposta, sob os limites da **reformatio in pejus**.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 37.945 — RJ (2004/0122783-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Nilton Manoel Honorio

Impetrada: Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Oswaldo Olivella Júnior

EMENTA

Criminal. HC. Peculato. Extinção da punibilidade do co-réu pela prescrição. Parcial provimento de recurso ministerial para alterar o crime pelo qual o paciente foi condenado. Afronta ao princípio da isonomia. Inocorrência. Exame de corpo de delito. Ausência. Nulidade. Inocorrência. Ordem denegada.

I - Hipótese em que, havendo concurso de agentes, a impetração alega afronta ao princípio da isonomia em virtude da condenação do paciente como incurso nas penas do art. 312 do Código Penal, quando um dos co-réus foi condenado pelo art. 171 do Estatuto Repressivo.

II - Evidenciado que o co-réu referido pela impetração foi beneficiado com a extinção da punibilidade pela prescrição antes da apelação do *Parquet*, cujo julgamento deu ensejo à desclassificação da conduta do

paciente para o crime de peculato, não se verifica afronta ao princípio da isonomia.

III - A prova técnica não é exclusiva para poder atestar a materialidade das condutas.

IV - Havendo nos autos outros meios de provas capazes de levar ao convencimento do julgador, como a prova testemunhal referida pela sentença e a cópia do extrato emitido por instituição financeira dando conta do efetivo depósito de quantia indevidamente recebida em prejuízo do INSS na conta pessoal do paciente, não há falar em nulidade processual por ausência do exame de corpo de delito. Precedentes.

V - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

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

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que negou provimento aos recursos de apelação do INSS, assistente da acusação, e do paciente, Oswaldo Olivella Júnior, e deu parcial provimento ao apelo ministerial, para reclassificar a conduta do réu e redimensionar a sua pena.

O paciente, juntamente com outros dois comparsas, foi denunciado como incurso nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal, na forma do art. 29 do mesmo Diploma Legal.

Sobreveio sentença absolutória em relação ao réu Walter José da Costa e condenatória quanto ao paciente — Oswaldo Olivella Júnior —, assim como quanto ao outro co-denunciado — René Manoel da Silva —, a penas iguais para cada

um de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, mais 140 dias-multa, por infração ao art. 171, § 3º, do Estatuto Repressivo.

Insurgindo-se contra o **decisum** absolutório referente ao réu Walter e contra a classificação jurídica do delito pelo qual o paciente e co-réu René foram condenados, o Ministério Público interpôs recurso de apelação. O INSS também apelou pugnando, da mesma forma, pela responsabilidade penal do co-réu René e, de outro lado, aduziu a necessidade de exame de corpo de delito.

O paciente, por sua vez, ao apelar da sentença condenatória, também sustentou que o crime de peculato, por deixar vestígios, exige a realização de corpo de delito, sob pena de nulidade da sentença.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento aos recursos do INSS e do paciente e deu parcial provimento ao apelo ministerial, para reenquadrar a conduta do paciente no art. 312 do Código Penal, fixando a reprimenda corporal em 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 90 dias-multa. Entendeu, ainda, que o exame de corpo de delito pode ser suprido por outros elementos de caráter probatório.

Antes do julgamento dos recursos de apelação, o co-denunciado René Manoel da Silva impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal de origem, no qual foi beneficiado com redução do prazo prescricional pela metade, tendo em vista ser maior de 70 anos ao tempo da sentença, sendo o crime, em consequência, atingido pela prescrição, extinguindo-se a sua punibilidade.

O presente *writ* visa à anulação do processo desde a sentença, ao argumento de que o Tribunal não poderia ter acolhido o recurso do Ministério Público para modificar a capitulação somente em relação ao paciente, condenando-o nas penas do art. 312 do Código Penal, se o co-réu René Manoel da Silva foi condenado pelo crime previsto no art. 171 do Código Penal, por sentença transitada em julgado.

Alega-se, ainda, a nulidade da sentença por ausência de realização de corpo de delito.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 180/184).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região,

que negou provimento aos recursos de apelação do INSS, assistente da acusação, e do paciente, Oswaldo Olivella Júnior, e deu parcial provimento ao apelo ministerial, para reclassificar a conduta do réu e redimensionar a sua pena.

O paciente, juntamente com outros dois comparsas, foi denunciado como incurso nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal, na forma do art. 29 do mesmo Diploma Legal.

Sobreveio sentença absolutória em relação ao réu Walter José da Costa e condenatória quanto ao paciente — Oswaldo Olivella Júnior —, assim como quanto ao outro co-denunciado — René Manoel da Silva —, a penas iguais para cada um de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, mais 140 dias-multa, por infração ao art. 171, § 3º, do Estatuto Repressivo.

Insurgindo-se contra o **decisum** absolutório referente ao réu Walter e contra a classificação jurídica do delito pelo qual o paciente e co-réu René foram condenados, o Ministério Público interpôs recurso de apelação. O INSS também apelou pugnando, da mesma forma, pela responsabilidade penal do co-réu René e, de outro lado, aduziu a necessidade de exame de corpo de delito.

O paciente, por sua vez, ao apelar da sentença condenatória, também sustentou que o crime de peculato, por deixar vestígios, exige a realização de corpo de delito, sob pena de nulidade da sentença.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento aos recursos do INSS e do paciente e deu parcial provimento ao apelo ministerial, para reenquadrar a conduta do paciente no art. 312 do Código Penal, fixando a reprimenda corporal em 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 90 dias-multa. Entendeu, ainda, que o exame de corpo de delito pode ser suprido por outros elementos de caráter probatório.

Antes do julgamento dos recursos de apelação, o co-denunciado René Manoel da Silva impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal de origem, no qual foi beneficiado com redução do prazo prescricional pela metade, tendo em vista ser maior de 70 anos ao tempo da sentença, sendo o crime, em consequência, atingido pela prescrição, extinguindo-se a sua punibilidade.

O presente *writ* visa à anulação do processo desde a sentença, ao argumento de que Tribunal não poderia ter acolhido o recurso do Ministério Público para modificar a capitulação somente em relação ao paciente, condenando-o nas penas do art. 312 do Código Penal, se o co-réu René Manoel da Silva foi condenado pelo crime previsto no art. 171 do Código Penal, por sentença transitada em julgado.

Alega-se, ainda, a nulidade da sentença por ausência de realização de corpo de delito.

Não merece prosperar a irresignação.

A impetração afirma ter transitado em julgado a condenação do co-réu René Manoel da Silva pela prática do crime do art. 171 do Código Penal, motivo pelo qual a conduta do paciente não poderia ter sido enquadrada no delito do art. 312 do Código Penal, já que os fatos seriam os mesmos, tendo em vista o princípio da isonomia.

Ocorre, no entanto, que o co-réu René Manoel da Silva, ao qual o paciente pretende se ver igualado, não chegou a ter contra si sentença condenatória transitada em julgado, pois, antes da condenação definitiva o Tribunal **a quo** deferiu ordem de **habeas corpus** impetrada em seu favor, reconhecendo a extinção da punibilidade pela prescrição, fundada em condição exclusivamente pessoal, qual seja, a idade do agente, que, no caso, contava com 74 anos na data da sentença.

Logo, não afronta o princípio da isonomia a reclassificação do crime cometido pelo paciente para o do art. 312 do Código Penal, em decorrência de apelação do Ministério Público, por se tratarem de situações processuais completamente distintas.

É descabida, pois, a aplicação da regra do art. 580 do Código de Processo Penal, que garante a extensão dos efeitos do recurso de um dos réus aos outros, caso fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte:

“Criminal. Pedido de extensão. Inexistência de direito subjetivo à liberdade provisória. Pedido de extensão. Identidade das situações pessoais não-demonstrada. Pleito negado.

I - Tratando-se de pedido de extensão nos autos de **habeas corpus** impetrado pelos co-réus Saulo e Fátima, em que o requerente não dispõe de qualquer documento em seu nome, e não cuidou de providenciar sua juntada quando do ingresso da petição, tem-se como inviável a análise do pleito.

II - Se os autos não evidenciam a identidade de situações processuais — o que se tem como imprescindível para eventual extensão de benefício que teve por base condições personalíssimas dos réus, não há como se acolher o pedido do requerente.

III - Pedido negado.”

(PEExt no HC n. 31.904/SP, de minha relatoria, DJ de 28.06.2004)

“**Habeas corpus** — Processo Penal — Estelionato contra a Previdência Social — Absolvição de co-réu — Pedido de extensão — Ordem denegada.

— *É entendimento pacífico nesta Corte que, no caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus aproveita aos demais, quando fundada em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, ex vi art. 580 do CPP.*

In casu, a absolvição fundada em dúvida quanto à participação do co-réu no evento delituoso configura condição pessoal, não pode ser estendida ao paciente.

— Ordem denegada”.

(HC n. 30.948/RS, Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 03.05.2004)

Outrossim, a falta do exame de corpo de delito não causa a nulidade da sentença condenatória.

O entendimento desta Corte é no sentido de que a prova técnica não é exclusiva para poder atestar a materialidade do delito.

Assim, havendo nos autos outros meios de provas capazes de levar ao convencimento do julgador, como a prova testemunhal referida pela sentença às fls. 51/52 e a cópia do extrato emitido por instituição financeira dando conta do efetivo depósito de quantia indevidamente recebida em prejuízo do INSS na conta pessoal do paciente, não há falar em nulidade processual por ausência do exame de corpo de delito.

Nesse sentido:

“Processual Penal — Homicídio culposo — Exame de corpo de delito — Ausência de laudo — Nulidade — Inocorrência — Intimação — Réu que teve defensor dativo nomeado — Inexistência de prejuízo.

— *Consoante entendimento jurisprudencial, o exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos (confissão, provas testemunhais etc).*

— Inexiste constrangimento ilegal quando o réu tem defensor dativo nomeado, tendo este exercido a ampla defesa e o contraditório.

— Ordem denegada”.

(HC n. 24.461/MT, Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 19.12.2003)

“**Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Tentativa de homicídio qualificado. Vícios no inquérito. Inércia do curador. Ausência de exame de corpo de delito. Inépcia da denúncia. Pronúncia. Excesso de linguagem. Inocorrência. Desaforamento. Exame aprofundado de provas.

I - Eventuais nulidades havidas durante a fase inquisitorial, meramente informativa, não têm o condão de contaminar a ação penal posteriormente instaurada.

II - O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos, notadamente os de natureza testemunhal ou documental.

III - A inépcia da denúncia deve ser alegada antes da decisão de pronúncia. No caso, todavia, a par de ser a afirmação serôdia, a improcedência do reclamo é manifesta já que a imputação, objetiva, permite claramente a adequação típica, sem prejuízo para a defesa.

IV - Decisão de pronúncia que não padece do alegado excesso de linguagem, tendo o Juiz prolator apenas explicitado os motivos de seu convencimento, nos termos do art. 408 do CPP e do art. 93, IX, da Constituição Federal.

V - O **habeas corpus** não é o instrumento processual adequado para examinar pedido de desaforamento sob alegação de constrangimento sofrido pelos réus e pelas testemunhas, se necessária incursão aprofundada no acervo probatório dos autos principais.

Ordem denegada”.

(HC n. 23.898/MG, Ministro Felix Fischer, DJ de 24.02.2003)

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 38.606 — SP (2004/0137850-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Danielly dos Santos Fragoso

Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Gilmário de Santana (preso)

EMENTA

Criminal. HC. Homicídio qualificado. Tentativa. Excesso de prazo. Argumento não apreciado pelo Tribunal **a quo**. Supressão de instância.

Negativa de autoria. Dilação probatória. Impropriedade do meio eleito. Prisão preventiva. Ilegalidade. Ausência de cópia do decreto prisional. Ordem não conhecida.

I - O apontado excesso de prazo não foi apreciado pelo Tribunal **a quo**, não tendo sido objeto de debate e decisão em 2ª grau de jurisdição.

II - A análise do tema ocasionaria indevida supressão de instância.

III - A via estreita do **habeas corpus** não se presta para a análise da tese negativa de autoria, em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório, inviável na via eleita. Precedente.

IV - A negativa de autoria deve ser analisada no âmbito da instrução criminal, ocasião na qual é possível a ampla dilação de fatos e provas, podendo o paciente arguir todos os fundamentos que considerar relevantes para provar a inexistência de configuração da autoria, ou da materialidade do crime.

V - *Ausente, nos autos, cópia do decreto prisional prolatado em desfavor do réu, torna-se impossível a análise da legalidade da custódia cautelar, bem como da suficiência e persistência de sua fundamentação.*

VI - Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Gilmário de Santana, visando à revogação de sua prisão preventiva.

O paciente foi denunciado e preso pela suposta prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, inciso IV, c.c. o art. 14, inciso II (duas vezes), na forma do art. 70, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa impetrou a ordem originária, requerendo a revogação da custódia cautelar do paciente, sob o fundamento de não haver prova da autoria do delito, pois o decreto teria se baseado unicamente no depoimento de uma testemunha que não merecia credibilidade, tendo em vista tratar-se de dependente de drogas.

O Tribunal **a quo** denegou o **habeas corpus**, entendendo estar presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Daí a presente impetração, na qual se sustenta a ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa, pois o paciente estaria preso pelo triplo do prazo permitido em lei e a instrução ainda não teria se encerrado.

Aduz-se, ainda, não haver prova da autoria delitiva, ressaltando a ilegalidade da prisão cautelar.

Informações prestadas (fls. 21/22).

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo parcial conhecimento da ordem e, nesta extensão, por sua denegação (fl. 37).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Gilmário de Santana, visando à revogação de sua prisão preventiva.

O paciente foi denunciado e preso pela suposta prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, inciso IV, c.c. o art. 14, inciso II (duas vezes), na forma do art. 70, todos do Código Penal.

Em razões, o impetrante sustenta a ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa, pois o paciente estaria preso pelo triplo do prazo permitido em lei e a instrução ainda não teria se encerrado.

Aduz-se, ainda, não haver prova da autoria delitiva, ressaltando a ilegalidade da prisão cautelar.

A irresignação não pode ser conhecida.

Não consta dos autos a notícia de apreciação do alegado excesso de prazo por parte da Corte Estadual.

Assim, deixo de proceder à análise da irrisignação, nesta parte, sob pena de indevida supressão de instância, pois os argumentos levantados não foram objeto de debate e decisão por parte do Tribunal **a quo**.

Também não comporta conhecimento o argumento acerca da negativa de autoria.

O impetrante afirma não haver provas de que o paciente teria participado da empreitada criminosa, pois a única testemunha ouvida, a qual confirmou o envolvimento do réu no delito, seria usuária e dependente de drogas, não merecendo credibilidade o seu testemunho.

Entretanto, a apreciação do tema demandaria análise do conjunto fático-probatório, inviável em sede de **habeas corpus**.

Com efeito, é sabido que a via estreita do *writ* é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII).

A configuração de qualquer dessas hipóteses, no entanto, não restou evidenciada.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente:

“Processual penal. **Habeas corpus**. Fraude contra a Previdência Social. *Negativa de autoria. Insuficiência de provas. Improriedade do writ.*

*Não cabe ser examinado em sede de **habeas corpus** alegação de insuficiência de provas para a condenação, em face da vedação ao minucioso exame do material cognitivo colhido no processo. (Precedentes)*

Writ não conhecido.”

(HC n. 21.077/RS, DJ de 10.06.2002, Relator Ministro Felix Fischer)

Ademais, a veracidade das alegações apresentadas deve ser analisada no âmbito da instrução criminal, ocasião na qual é possível a ampla dilação de fatos e provas, podendo o paciente argüir todos os fundamentos que considerar relevantes para provar a inexistência de configuração da autoria, ou da materialidade do crime.

Por fim, quanto à apontada ilegalidade da prisão preventiva, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Os autos não estão instruídos com o decreto de prisão preventiva que se pretende deconstituir.

Para a análise da suficiência ou persistência dos fundamentos utilizados pelo Magistrado para decretar a prisão processual do paciente, com base nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, não é suficiente o exame da decisão que manteve a sua custódia cautelar.

Destarte, ausente, nos autos, cópia do decreto prisional prolatado em desfavor do réu, torna-se impossível a análise da legalidade da custódia cautelar, bem como da suficiência e persistência de sua fundamentação.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

“Criminal. **HC**. Excesso de prazo. Autos insuficientemente instruídos. Feito na fase de oitiva de testemunha. Ausência da defesa na audiência designada. Inexistência de justificativa. Súmula n. 64 do STJ. Prisão preventiva. Ausência de cópia do decreto prisional. Não-conhecimento. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

Hipótese em que, não obstante a deficiência na instrução do *writ*, se depreende dos autos encontrar-se, o processo criminal instaurado contra o paciente, em fase de oitiva de testemunhas, não tendo sido realizadas as primeiras audiências designadas em razão do não-comparecimento da defesa, a qual sequer apresentou justificativa.

Eventual retardamento na conclusão da formação da culpa, quando provocado pela defesa, não caracteriza constrangimento ilegal.

Súmula n. 64 desta Corte.

Ausente, nos autos, cópia do decreto prisional prolatado em desfavor do réu, torna-se impossível a análise da legalidade da custódia cautelar e da suficiência de sua fundamentação.

Tal ausência não pode ser suprida por meras alusões à ausência de motivos que ensejaram a prisão do paciente.

Ordem parcialmente conhecida e denegada”

(HC n. 31.398/BA, DJ de 1^o.07.2004, de minha relatoria).

Diante do exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 38.616 — SP (2004/0138400-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Eduardo César Leite

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Thiago Augusto Nunes (preso)

EMENTA

Criminal. HC. Homicídio qualificado-privilegiado. Tentativa. Homicídio qualificado. Regime integralmente fechado. Progressão de regime permitida ao homicídio tentado. Concurso formal. Delito consumado. Crime hediondo. Impossibilidade. Lei n. 8.072/1990. Ordem denegada.

I - A condenação por homicídio qualificado, delito elencado como hediondo pela Lei n. 8.072/1990, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

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

III - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de Thiago Augusto Nunes, visando à anulação do julgamento, para que seja submetido a novo Júri, ou, alternativamente, ao reconhe-

cimento do concurso formal entre os homicídios tentado e consumado praticado pelo paciente, com a conseqüente diminuição da pena aplicada, bem como à modificação do regime prisional referente ao delito tentado.

O paciente foi condenado à pena total de 15 anos e 08 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, como incurso no art. 121, § 2º, incisos II e IV, art. 121, §§ 1º e 2º, inciso IV, c.c. o art. 14, inciso II, todos do Código Penal e art. 10, **caput**, da Lei n. 9.437/1997, todos na forma do art. 69 do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual foi parcialmente provida pelo Tribunal **a quo**, para reconhecer o concurso formal entre os homicídios tentado e consumado, reduzindo-se a pena para quatorze anos de reclusão, tendo sido mantido o regime integralmente fechado para o cumprimento dos primeiros 12 anos, com a fixação do regime inicial fechado para os outros 02 anos.

Daí a presente impetração, na qual se sustenta a ilegalidade do regime integralmente fechado para o cumprimento da pena referente ao homicídio consumado, pois, tendo sido fixado o regime inicialmente fechado para o homicídio tentado e reconhecido o concurso formal entre os crimes, torna-se imperativo o afastamento da hediondez do delito consumado, com a possibilidade de progressão de regime prisional.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 89).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de Thiago Augusto Nunes, visando à anulação do julgamento, para que seja submetido a novo Júri, ou, alternativamente, ao reconhecimento do concurso formal entre os homicídios tentado e consumado praticado pelo paciente, com a conseqüente diminuição da pena aplicada, bem como à modificação do regime prisional referente ao delito tentado.

O paciente foi condenado à pena total de 15 anos e 08 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, como incurso no art. 121, § 2º, incisos II e IV, art. 121, §§ 1º e 2º, inciso IV, c.c. o art. 14, inciso II, todos do Código Penal e art. 10, **caput**, da Lei n. 9.437/1997, na forma do art. 69 do Código Penal.

Na presente impetração, sustenta-se a ilegalidade do regime integralmente fechado para o cumprimento da pena referente ao homicídio consumado, pois, tendo sido fixado o regime inicialmente fechado para o homicídio tentado e reco-

nhecido o concurso formal entre os crimes, torna-se imperativo o afastamento da hediondez do delito consumado, com a possibilidade de progressão de regime prisional.

Contudo, não merece prosperar a irresignação.

Nos termos do posicionamento adotado por esta Turma, a condenação por crime elencado ou equiparado a hediondo, pela Lei n. 8.072/1990, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, a teor do § 1º do art. 2º da lei, a qual não admite a indigitada progressão, excepcionando-se, exclusivamente, os delitos de tortura, que foram beneficiados com o advento da Lei n. 9.455/1997.

Com relação do homicídio qualificado-privilegiado tentado, correto o afastamento de sua hediondez, pois esta Corte tem entendido que tal delito, mesmo consumado, tendo em vista a falta de previsão legal, não é considerado crime hediondo, restando inaplicáveis, à espécie, as disposições da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 36.317/RJ, DJ de 11.04.2005, Relator Ministro Felix Fischer; HC n. 23.408/MT, DJ de 1º.03.2004, Relator Ministro Hamilton Carvalhido; HC n. 23.976/MS, DJ de 11.11.2002, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca).

Por outro lado, quanto ao delito tipificado no art. 121, § 2º, incisos II e IV do Código Penal, não há dúvidas de sua caracterização como hediondo, bem como da aplicação da proibição contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Cabe a ressalva, ainda, de que o Supremo Tribunal Federal já afirmou a constitucionalidade do dispositivo legal atacado, nos termos do seguinte julgado:

“Habeas corpus.

Com efeito, improcedem as suas alegações a impetração, porquanto, *a partir do julgamento do HC n. 69.603, se firmou entendimento desta Corte no sentido de não ser inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 ao impor o cumprimento da pena dos crimes hediondos em regime fechado; (...).*

Habeas corpus indeferido.”

(HC n. 77.219-7/SP, DJ de 25.09.1998, Relator Ministro Moreira Alves)

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“Penal. **Habeas corpus.** Art. 157, § 3º, **in fine**, c.c. o art. 29, do Código Penal. Crime hediondo. Progressão de regime. Lei n. 8.072/1990.

I - Os condenados como incurso no art. 157, § 3º, parte final do Estatuto Repressivo, devem cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado (**ex vi** art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990).

II - Os crimes hediondos, e os legalmente assemelhados, excetuando-se os de tortura, estão sujeitos, em sede de execução da pena privativa de liberdade, ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sendo, portanto, vedada a progressão do regime prisional de cumprimento de pena. (Precedentes).

III - A Lei n. 8.072/1990, em seu art. 2º, § 1º, não é inconstitucional. (Plenário do Pretório excelso).

IV - Os Pactos de São José da Costa Rica e Internacional dos Direitos Civis e Políticos não revogaram a Lei dos Crimes Hediondos.

Ordem denegada.”

(HC n. 36.517/SP, DJ de 07.03.2005, Relator Ministro Felix Fischer)

“**Habeas corpus.** Processo e execução penal. Crimes de latrocínio, uso e tráfico ilícito de entorpecentes. Pedido de absolvição quanto à condenação pelo delito de latrocínio. Impossibilidade. Progressão de regime prisional. Inviabilidade. Hediondez.

1. O pedido de absolvição, relativo à condenação pelo crime de latrocínio, ante a fragilidade do conjunto probatório, não foi formulado e tampouco apreciado pelo Tribunal **a quo**, no bojo do acórdão ora atacado, razão pela qual o seu exame pelo Superior Tribunal de Justiça implicaria em vedada supressão de instância. Por envolver a rediscussão das provas coligidas na instrução criminal, o pleito deve ser reservado ao ajuizamento de revisão criminal perante o órgão jurisdicional revisor competente.

2. *Superada a controvérsia em torno da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se que é impossível a progressão de regime prisional nas hipóteses de condenação por crimes hediondos, como **in casu** ocorre.*

3. Ordem denegada.”

(HC n. 37.300/SP, DJ de 14.03.2005, Relatora Ministra Laurita Vaz)

Deste modo, não há reparos a serem efetuados no aresto recorrido, devendo ser mantida a fixação do regime prisional integralmente fechado para o cumprimento da reprimenda referente ao homicídio qualificado consumado e permitida a progressão de regime somente no tocante à pena do homicídio qualificado-privilegiado tentado, tendo em vista não se encontrar no rol legal dos delitos hediondos.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 39.540 — SP (2004/0160237-2)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Raimundo Oliveira da Costa

Impetrado: Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo

Paciente: Marcos Linhares Costa (preso)

EMENTA

Execução penal. **Habeas corpus**. Remição da pena pelo trabalho. Jornada normal. Horas extras. Divisor diferenciado. Ordem concedida.

1. Nos termos do art. 33 da Lei de Execução Penal, a jornada normal de trabalho do sentenciado pode variar entre 6 (seis) e 8 (oito) horas diárias, o que permite concluir que o legislador deixou a critério do juiz estabelecer, dentro desses expressos limites, a duração diária da jornada laboral, conforme as peculiaridades do trabalho a ser desenvolvido pelo condenado, tendo em vista ser razoável admitir que quanto maior a exigência de esforço, dispêndio de energia e dedicação na realização de determinadas tarefas pelo sentenciado, menor deve ser a duração da respectiva jornada de trabalho.

2. Esse critério deve nortear a adoção de divisor menor para o cômputo dos dias remidos decorrentes de horas extras realizadas além da jornada normal de 8 (oito) horas diárias, uma vez que as horas extraordinárias trabalhadas exigem mais esforço do apenado, independentemente do tipo de serviço por ele executado.

3. Ademais, não há como negar, também, que, em tese, quanto maior o envolvimento do sentenciado com o trabalho, mais rápida será a sua reintegração social, que é o objetivo maior da pena aplicada, do qual o Juízo da Execução não deve descuidar, justificando o diferencial no que toca às horas extras realizadas pelo paciente, em consonância com os fins a que se propõe o referido instituto.

4. Ordem concedida para considerar cada 6 (seis) horas extras realizadas além da jornada normal de 8 (oito) horas diárias como um dia de trabalho para fins de remição.

ACÓRDÃO

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

nimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ de 1º.07.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Marcos Linhares da Costa, impugnando acórdão proferido pela Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo que negou provimento ao Agravo em Execução n. 286/2004, mantendo a decisão do Juízo das Execuções Criminais da Justiça Militar da referida unidade da Federação que indeferiu a pretensão do paciente de dividir por 6 (seis) as horas extras por ele realizadas, mantendo em 8 (oito) horas o coeficiente para fins de remição dos dias trabalhados.

Sustenta o impetrante, em síntese, que a decisão atacada consubstancia constrangimento ilegal, tendo em vista que não reconhece o esforço excedente do paciente, realizado além da jornada normal de trabalho, afastando-se do espírito da Lei de Execução Penal.

As informações requisitadas foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 36/37) e vieram acompanhadas de cópia do acórdão impugnado (fls. 39/44) e de decisão em sentido contrário da Segunda Câmara da referida Corte, demonstrando a existência de divergência jurisprudencial no âmbito do próprio Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Moacir Mendes Sousa, opinou pela concessão da ordem (fls. 48/51).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Considerando que a remição da pena, que tem caráter de benefício, é instituto de política criminal, cuja finalidade é reduzir o tempo de permanência dos condenados na prisão, não há como negar o cabimento do **habeas corpus** para a solução da questão, tendo em vista a repercussão da decisão na antecipação do direito de liberdade do paciente.

Sobre a matéria em exame, dispõe o art. 33 da Lei de Execução Penal que, **verbis**:

Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis), nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.

Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal.

Verifica-se, assim, pela leitura do referido dispositivo legal, que a jornada normal de trabalho do sentenciado pode variar entre 6 (seis) e 8 (oito) horas diárias, o que permite concluir que o legislador deixou a critério do juiz estabelecer, dentro desses expressos limites, a duração diária da jornada laboral, conforme as peculiaridades do trabalho a ser desenvolvido pelo condenado.

Com efeito, parece-me razoável admitir que quanto maior a exigência de esforço, dispêndio de energia e dedicação na realização de determinadas tarefas pelo sentenciado, menor deve ser a duração da respectiva jornada de trabalho.

Assim sendo, penso que assiste razão à Subprocuradoria Geral da República quando consignou no opinativo ministerial que "(...) O mesmo critério deve nortear a adoção do divisor de 6 (seis) horas para o cômputo dos dias equivalentes às horas extras, eis que as horas trabalhadas extraordinariamente, ou seja, além das 8 (oito) horas diárias, independentemente do tipo de serviço executado, são mais penosas e exigem maior dispêndio de energia e dedicação pelo sentenciado" (fl. 50).

Ademais, não há como negar, também, que, em tese, quanto maior o envolvimento do sentenciado com o trabalho, mais rápida será a sua reintegração social, que é o objetivo maior da pena aplicada, do qual o Juízo da Execução não deve descuidar, justificando o diferencial no que toca às horas extras realizadas pelo paciente, "... em consonância com os fins a que se propõe o instituto em evidência" (fl. 48).

Pelo exposto, *concedo* a ordem impetrada para considerar cada 6 (seis) horas extras realizadas além da jornada normal de 8 (oito) horas diárias como um dia de trabalho, para fins de remição, determinando a revisão, pelo Juízo da Execução, dos dias a serem remidos pelo trabalho realizado pelo paciente em regime extraordinário.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 17.371 — PE (2005/0032504-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Romário Luiz de Santana (preso)

Advogado: José Alberico Baptista

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

EMENTA

Recurso ordinário em **habeas corpus**. Homicídio simples. Réu que permaneceu solto durante a instrução criminal. Sentença condenatória. Determinação de recolhimento ao cárcere para apelar por ser o réu possuidor de maus antecedentes. Ausência de indicação da necessidade da custódia cautelar. Reformulação de entendimento. Consideração de processo em andamento para caracterização de maus antecedentes. Ilegalidade. Princípio da não-culpabilidade.

1. Prevalendo a interpretação mais substancial do princípio constitucional da presunção de inocência, tem-se que a regra é o direito de o réu apelar da sentença penal condenatória em liberdade; a exceção, recolher-se à prisão. A custódia cautelar somente será decretada quando presentes seus pressupostos (art. 312, CPP), os quais deverão ser declinados pelo juiz sentenciante, fundamentando a medida extrema, não sendo bastante a mera referência a maus antecedentes ou a reincidência (art. 594, CPP).

2. Entendimento reformulado, em consonância com precedentes mais antigos deste Superior Tribunal de Justiça, hoje corroborados com os do Supremo Tribunal Federal com a composição renovada.

3. Segundo entendimento pacificado desta Corte, inquéritos e processos criminais em andamento, em observância ao princípio do estado presumido de inocência, não podem ser levados em consideração como maus antecedentes.

4. Na presente hipótese, portanto, ainda que se mantivesse o entendimento anteriormente adotado, de qualquer forma, o Paciente — que permaneceu solto a todo o processo criminal — não poderia ter negado o seu direito em apelar em liberdade, já que os maus antecedentes ressaltados na sentença se deram em virtude da existência de outro processo em andamento, violando, pois, o princípio da não-culpabilidade.

5. Recurso ordinário provido para revogar a ordem de prisão expedida em desfavor do ora Recorrente, sem prejuízo de novo decreto prisional por fatos supervenientes, devidamente motivado. Outrossim, de ofício, concedo a ordem para, mantida a condenação, *determinar* ao juízo de 1ª grau que exclua da pena-base o acréscimo decorrente dos maus antecedentes, considerados em face da existência de processo criminal pendente de julgamento, em respeito ao princípio da não-culpabilidade, conforme o entendimento do STJ e do Pretório excelso.

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, dar provimento ao recurso, concedendo **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 17 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 06.06.2005

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto em favor de *Romário Luiz de Santana* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

O ora Recorrente restou condenado pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Ipojuca — PE à pena de onze anos e seis meses de reclusão, como incurso no art. 121, **caput**, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, consoante sentença de fls. 27/31.

Inconformado com a determinação de recolher-se ao cárcere, impetrou **habeas corpus** perante a Corte Estadual, que denegou a ordem nos termos do acórdão de fls. 56/58.

No presente recurso ordinário, argúi o recorrente, em suma, a ilegalidade da custódia cautelar decretada, porquanto, além de ter permanecido solto durante toda a instrução criminal, o seu direito de apelar em liberdade não pode ser amparado apenas na existência de maus antecedentes, devendo, pois, ser demonstrado os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Aduz, ainda, ser tecnicamente primário, uma vez que o processo ao qual restou amparada a sentença para configurar os maus antecedentes e vedar o seu direito de permanecer em liberdade, ainda encontra-se em andamento, não podendo, desta forma, ser considerado para tanto, em razão da ausência da coisa julgada.

Foram oferecidas contra-razões às fls. 74/83.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 94/97, opinando pela denegação da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa:

“Recurso em **habeas corpus**. Penal. Homicídio. Aguardar julgamento do recurso em liberdade. Réu solto durante a instrução criminal. Presença dos requisitos do art. 312. Necessidade de custódia demonstrada no édito condenatório. Não-provimento.

— Uma vez demonstrada a necessidade da custódia pelo Magistrado de Primeiro Grau, não há qualquer ilegalidade na sentença condenatória que determina o recolhimento do réu à prisão.

— Parecer pelo não-provimento do recurso.” (Fl. 94)

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A sentença penal condenatória negou ao réu, que respondeu solto ao processo, o direito de apelar em liberdade, porquanto possuidor de antecedentes criminais.

O acórdão recorrido, por seu turno, ratificou a decisão do Juízo de primeiro grau, consoante os seguintes fundamentos, **litteris**:

“O Paciente foi condenado a 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão por infração ao art. 121, **caput**, c.c. o art. 29 do CP por haver praticado o homicídio que teve como vítima Márcio Leite de Santana.

Como visto no relatório, o presente **mandamus** trata de pedido de expedição de alvará de soltura com base na assertiva de que ao paciente deve ser assegurado o direito de recorrer da sentença condenatória em liberdade.

Pronunciando-se sobre as alegações constantes na inicial, afirma a Magistrada sentenciante, tanto na sentença condenatória (fls. 27/31) quanto nas informações prestadas neste feito (44/45), que o ora paciente não possui bons antecedentes criminais, ‘em razão de ter sido pronunciado no Processo n. 58/1999, que tem como vítima Luiz Lopes da Silva’, o que demonstra uma personalidade voltada para o envolvimento de crimes de mesma natureza.

Diante de tais informações, não vislumbro a possibilidade de concessão da liberdade ao paciente, como bem decidiu a Juíza da Vara Única de Ipojuca.

Ora, como é cediço, são pressupostos impostos pelo Código de Ritos para que o réu condenado apele da sentença solto, a primariedade e os bons antecedentes.

Ocorre que no caso em tela a Magistrada consignou expressamente ser o acusado portador de maus antecedentes, negando-lhe a possibilidade de apelar em liberdade.

Verifico, pois, que apesar do paciente ser tecnicamente primário, é portador de maus antecedentes, de sorte que não preenche os requisitos exigidos pela legislação processual penal pátria para que possa apelar em liberdade.” (Fl. 57)

De fato, a orientação jurisprudencial majoritária deste Superior Tribunal de Justiça, e em harmonia com a do Supremo Tribunal Federal, inclinou-se no mesmo sentido do que restou decidido no acórdão da Corte Estadual.

Ilustrativamente, colaciono os seguintes precedentes desta Corte e do excelso Pretório:

“Criminal. RHC. Falsificação de documento público. Direito de apelar em liberdade. Impossibilidade. Art. 594 do CPP. Maus antecedentes reconhecidos na sentença condenatória. Regime prisional semi-aberto. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ausência de constrangimento ilegal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ausência de requisitos do art. 44, III, do CP. Recurso desprovido.

I - O benefício do art. 594 do Código de Processo Penal não acolhe o recorrente, tendo em vista ser o mesmo possuidor de maus antecedentes, os quais foram reconhecidos na própria sentença condenatória. Precedente.

II - A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, nos termos da Súmula n. 09-STJ.

[...]

VII - Recurso desprovido.” (RHC n. 16.706/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 09.02.2005.)

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Processual Penal. Crime de falsificação de documento público. Condenação. Pena cominada inferior a quatro anos. Fixação do regime prisional fechado. Possibilidade. Ré, reconhecidamente na sentença, reincidente e portadora de maus antecedentes. Negativa

do direito de apelar em liberdade. Art. 594 do CPP. Constrangimento ilegal não evidenciado. Precedentes do STF e STJ.

1. O juízo sentenciante, ao individualizar a dosimetria da pena, respeitou de forma escorreita o disposto nos arts. 33, § 3º e 59, ambos do Código Penal, com o devido exame das circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso e consideradas desfavoráveis à paciente.

2. Não há, portanto, que se falar em desrespeito à norma contida no art. 33, § 3º, do Código Penal, porquanto o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que é possível a fixação do regime inicial fechado ao réu reincidente cuja pena cominada tenha sido inferior a quatro anos. Precedentes do STJ.

4. A exigência da prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Aplicação, **in casu**, do Enunciado da Súmula n. 09 do STJ.

5. Não é possível conceder o benefício do apelo em liberdade à paciente reincidente e portadora de maus antecedentes, circunstâncias categoricamente reconhecidas na sentença penal condenatória, não obstante, tenha respondido o processo em liberdade, a teor do disposto no art. 594 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ.

6. Recurso desprovido.” (RHC n. 15.759. Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 20.09.2004.)

“Recurso ordinário. Direito de apelar em liberdade. Falta de fundamentação. Réu que respondeu solto ao processo criminal. Reincidência reconhecida pela sentença. Ordem denegada.

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

Precedentes.

Recurso desprovido.” (RHC n. 13.692/SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 13.10.2003.)

“**Habeas corpus**. Crime de roubo qualificado, praticado por paciente que cumpria pena pelo mesmo delito em regime semi-aberto. Recebimento da apelação condicionado ao recolhimento à prisão. Pretensão de recorrer em liberdade. Impugnação do decreto de prisão expedido antes do trânsito em julgado da condenação.

1. A prisão do réu é mero efeito da sentença condenatória recorrível — salvo se for prestada fiança, quando cabível (CPP, art. 393, I) — e a apelação não tem efeito suspensivo (CPP, art. 597, primeira parte).

2. Para ser admitida a apelação, a regra é que o condenado seja recolhido à prisão e a exceção é que recorra em liberdade, o que só pode ocorrer em três hipóteses: a) que preste fiança, quando for o caso; b) que seja ao mesmo tempo primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória; ou c) que tenha sido condenado por crime de que se livre solto (CPP, art. 594).

3. A jurisprudência desta Corte está orientada no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados enquanto não tiver transitado em julgado a decisão condenatória, mas não impede que se inicie a execução provisória, desde que a apelação não tenha efeito suspensivo. Precedente: HC n. 72.610/MG, Ministro Celso de Mello, in DJ de 06.09.1996, p. 31.850.

4. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido.” (HC n. 80.174/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 12.04.2002.)

“Recurso em **habeas corpus** — Aplicação, no caso, do art. 594 do Código de Processo Penal, que, conforme o entendimento de ambas as Turmas desta Corte, não foi revogado pelo princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes do STF: Recurso a que se nega provimento.” (RHC n. 81.946/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 16.08.2002.)

Todavia, a questão, que sempre suscitou acirrados debates tanto na doutrina quanto nos tribunais, está sendo objeto de reapreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, com sua composição renovada, nos autos da Reclamação n. 2.391. A discussão, ao que consta, ganhou larga abrangência, de modo a justificar o reexame dos pressupostos das prisões provisórias que, de caráter cautelar, por definição, são determinadas antes do trânsito em julgado da condenação.

Embora ainda não se tenha ultimado o referido julgamento, verifica-se que a tese defendida na impetração conta com diversos votos favoráveis naquela Corte Suprema, o que tem ensejado, inclusive, a concessão de vários **habeas corpus**, até mesmo em sede liminar, evidenciando a clara mudança de entendimento no que diz respeito à necessidade da fundamentação do decreto prisional, ainda que o réu condenado ostente maus antecedentes ou seja reincidente.

Nesse diapasão:

“**Habeas corpus**. Processo Penal. Apelação em liberdade. Inocorrência de trânsito em julgado. Ordem concedida.

1. O art. 594 do Código de Processo Penal não estabelece hipótese de prisão compulsória ou de execução provisória da sanção imposta, mas sim de prisão preventiva.

2. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a custódia do paciente somente pode ser decretada quando tiver índole cautelar, ou seja, quando presentes os requisitos e pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Ordem concedida, para garantir que o paciente apele em liberdade, porque inexistente fundamentação cautelar para sua prisão.” (HC n. 83.592/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 23.04.2004.)

“Pena — Execução — Pendência de recurso — Matéria em exame no plenário — **Habeas corpus** — Processo — Sobrestamento e liminar. O fato de o imediato cumprimento de pena, independentemente do trânsito em julgado da decisão condenatória, encontrar-se sob exame do Pleno do Supremo Tribunal Federal — Reclamação n. 2.391 — direciona à suspensão dos processos em curso sobre idêntica matéria e o deferimento de liminar para soltura do réu.” (HC n. 83.415 MC/SP Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 27.08.2004.)

Fazendo-se um apanhado dos precedentes sobre o tema nesta Corte, percebe-se que a jurisprudência sempre foi oscilante. Confirma-se, a propósito, os seguintes julgados em contraponto aos anteriormente referidos:

“Processo Penal. **Habeas corpus**. Art. 594 do CPP. Réus que permaneceram soltos durante todo o transcorrer da ação penal. Sentença condenatória. Recurso de apelação condicionado ao recolhimento à prisão em virtude de antecedentes tidos como negativos. Impossibilidade. Não-demonstração da necessidade da medida.

1. Em princípio, o réu que esteve em liberdade durante o transcorrer da ação penal tem o direito de aguardar solto o julgamento do recurso que interponha contra a sentença que o condenou.

2. A prisão cautelar, de natureza processual, só pode ser decretada em se mostrando a absoluta necessidade de sua adoção.

3. Ordem de **habeas corpus** concedida.” (HC n. 17.208/CE, Corte Especial, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Relator p/ o acórdão Ministro Paulo Gallotti, DJ de 18.02.2002.)

“Processual Penal. Sentença condenatória. Apelação em liberdade. Negativa desmotivada. Princípio da inocência presumida. Constrangimento ilegal. **Habeas corpus**.

— Sob o império da nova ordem constitucional, que proclamou o princípio da inocência presumida a regra do art. 594 do CPP, deve ser concebida com cautela, sendo cabível tão-somente quando objetivamente indicado na sentença condenatória a necessidade da prisão provisória.

— Se o réu permaneceu em liberdade durante o longo curso da instrução criminal e não se demonstrou no dispositivo da sentença a presença de alguma das circunstâncias inscritas no art. 312 do CPP, a exigência de recolhimento à prisão para apelar é descabida, passível de desconstituição por via de **habeas corpus**, sendo irrelevante mera referência à gravidade do delito ou a revelia do réu.

— Recurso ordinário provido. **Habeas corpus** concedido.” (RHC n. 9.745/PR, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Relator p/ o acórdão Ministro Vicente Leal, DJ de 26.06.2000.)

“Constitucional e Penal. Apelar solto. Paciente condenado a um ano de reclusão pela prática do crime de estelionato. Princípios constitucionais da presunção de inocência e da liberdade provisória. Interpretação da lei ordinária (CPP, art. 594) de acordo com a Constituição, e não vice-versa. Necessidade de fundamentação do recolhimento à prisão **ante tempus**. Ordem de **habeas corpus** concedida.

I - Ao paciente que estava prestando serviço à comunidade por condenação penal anterior, foi negado o direito de apelar em liberdade, por decisão que não fundamentou a necessidade de sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença.

II - Cabe ao juiz, em qualquer circunstância, mesmo em se tratando de réu com maus antecedentes e até reincidente, fundamentar (CF, art. 93, IX) a razão de ter-se de recolher preso para poder apelar. A regra geral é ‘recorrer em liberdade’ (CF, art. 5º, LXVI); a excepcional, ‘recorrer preso’. Por outro lado, trata-se de condenado à pena de um ano de reclusão. O CP, com a reforma de 1984, a par da nossa realidade carcerária, procura evitar que condenado com pena pequena se misture com outros presos.

III - Ordem concedida” (RHC n. 4.624/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de 1º.04.1996.)

Refletindo, mais uma vez, sobre a questão, acabei por ceder aos percucientes argumentos esposados pelos precedentes mais antigos deste Superior Tribunal de Justiça, hoje corroborados com os da Suprema Corte renovada.

Na Doutrina, vale destacar o sempre valoroso escólio do eminente Professor **Fernando da Costa Tourinho Filho** sobre o tema:

“Com a reforma penal operada em julho de 1984, e elaborada a Lei das Execuções Penais, que revogou o capítulo da execução prevista no CPP, deslocando-o para constituir diploma extravagante, o art. 105 deste não mais tolerou a provisória execução da pena. Assim, revogados ficaram não só o art. 669, I, do CPP como, inclusive, o seu art. 393, I.

Aliás o § 449 da StPO proclama: *‘Vollstreckbarkeit Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind’* (As sentenças penais não são executáveis enquanto não transitarem em julgado).

E, comentando tal disposição, o mais eminente processualista portenho, **Julio B. J. Maier**, observa: *‘En materia penal la condena, para ser ejecutable, debe haber quedado firme (§ 449), lo que implica rechazar toda ejecución o título ejecutivo provisional’* (*‘La ordenanza procesal penal alemana’*, Buenos Aires, 1978, v. 2, p. 375).

Assim, a exigência de recolhimento do réu à prisão, nas hipóteses indicadas no art. 594, para ter acesso à via impugnativa do apelo, como consequência do art. 393, I, do CPP, perdeu sua razão de ser como efeito automático da sentença condenatória, posto não ser possível executar a prisão antes do trânsito em julgado.

Todavia, se a prisão para poder apelar perdeu a sua natureza de ‘execução provisória’, nem por isso desapareceu do nosso ordenamento. Ela transmutou-se em prisão cautelar ou de natureza processual, colocando-se na mesma linha da prisão preventiva. Nada impede, pois, possa o Juiz, na sentença condenatória, decretar a prisão do réu. O que lhe é defeso é decretar a medida odiosa apenas porque o crime é inafiançável e o condenado não é primário ou não tem bons antecedentes. Isso implicaria verdadeira prisão automática. Se a prisão cautelar exige, como um dos seus pressupostos, o **periculum libertatis**, sem a presença deste, não pode haver aquela.

Vélez Mariconde, com a segurança da boa doutrina, observa:

‘Si el imputado, según ya vimos, es inocente hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad; si el acto jurisdiccional que pone fin al proceso es la única fuente legítima para restringir la libertad personal a título de pena, como y hasta que punto se pueden autorizar medios coercitivos que afectan a una persona no declarada culpable sino, solamente, sospechada de criminalidad? Como justificar la detención (lato sensu) del imputado desde un punto de vista dogmático, sin caer en el pecado de buscar su fundamento en la simple conveniencia de la sociedad, con criterio meramente utilitario, para terminar proclamando que salus publica suprema lex est?’

En un Estado democrático, donde la libertad individual está en la misma base del ordenamiento jurídico, parece urgente superar toda concepción que signifique un estado de inferioridad con respecto al ideal jurídico, para recordar que el proceso penal es un instrumento de hacer efectiva la defensa del derecho, aunque tutele simultaneamente el interés represivo de la sociedad y el interés individual (también social) por la libertad' ('Derecho Procesal Penal', cit., v. 2, p. 477).

Anota **Jorge de Figueiredo Dias**: 'as medidas coativas só devem ser utilizadas quando absolutamente necessárias (princípio da necessidade)' ('Direito Processual Penal', cit., v. 1, p. 453).

Antônio Magalhães Gomes Filho observa:

'Essencialmente, em face dessas garantias, não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final e depois de efetiva apreciação judicial que deve vir expressa através de decisão motivada' ('Presunção de inocência e prisão cautelar', São Paulo, Saraiva, 1991, p. 86).

No mesmo sentido (Justitia, 158/88) parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Luiz Carlos Galvão de Barros, pronunciando-se pela concessão da ordem de **habeas corpus**, porque 'faltara fundamentação à ordem de prisão expedida, o que está em dissonância com os princípios previstos nos incisos LXI e LXVI do art. 52 da Constituição da República'. Veja-se, também, RBCrim, Revista dos Tribunais, 4/165, Ano I.

Ora, o fato de o réu ser reincidente ou não ter bons antecedentes implica **periculum libertatis**? Quem responder afirmativamente, por certo, partirá do pressuposto de que o fato de ser reincidente ou de possuir maus antecedentes é indicativo de que tentará escapar à ação da Justiça. Mas, nesse caso, não haveria uma presunção contrária ao réu? Estar-se-ia presumindo a sua fuga... Se a Constituição estabelece, como dogma de fé, que o homem não pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado 'a sentença penal condenatória', como pode lei infraconstitucional estabelecer-lhe presunção contrária à prevista na Lei Maior?

No sentido de que a prisão deve ser decretada, desde que reincidente ou de maus antecedentes: RT, 561/432, 640/301, 644/285, 647/299, 650/288, 667/296, 691/278, 694/383, 676/304, 677/348, 686/391, 704/340, 707/364.

[...]

Nada impede, repita-se, possa o Juiz, na sentença condenatória, decretar a prisão. O fato de a Lei Maior estabelecer o princípio da presunção de inocência não cria nenhum obstáculo, como bem enunciado na Súmula n. 09 do STJ: 'a exigência de prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência'.

Contudo, haverá ofensa ao preceito constitucional se a prisão dever ser decretada pelo simples fato de ser o condenado reincidente ou de maus antecedentes. Aliás, as decisões do STJ (RT, 707/369, 727/609) mostram que a necessidade do recolhimento prévio à prisão para poder apelar, nas hipóteses previstas em lei (arts. 594 do CPP, 22 da Lei n. 8.072/1990 e parágrafo único do art. 35 da Lei n. 6.368/1976), não constitui condição especial de admissibilidade do apelo, pois a prisão, nesses casos, somente poderá ser exigida como medida cautelar. O art. 594 do CPP não pode ser aplicado com abstração daqueloutro princípio, também de ordem constitucional, que exige, à exceção do flagrante, fundamentação de todo e qualquer decreto prisional. Cabe, então, ao Juiz, na hipótese do art. 594, fundamentar a decretação da prisão. Deve dizer, embasado em elementos dos autos, o porquê da prisão, o porquê da sua necessidade. Da mesma forma que se exige fundamentação para a prisão preventiva, cumprirá ao Juiz dizer se ela é necessária para assegurar a aplicação da lei penal. Deve dizer, comprovando com as provas de que dispuser.

Mas se o réu, ainda que primário e de bons antecedentes, quando da condenação, já se encontrava preso (preventivamente ou em razão de flagrante), o entendimento é de que deve continuar preso, aguardando o desfecho do recurso. Nesse sentido: RTJ, 88/69, 96/1.053, 122/101, 126/149 e 127/947; RT, 500/318, 568/320, 579/318, 588/394, 590/361, 605/303, 639/379, 648/296, 664/326, 665/284, 671/335.

[...]

E coroando todos esses pronunciamentos, o venerando acórdão da colenda Sexta Turma do STJ, Relator o preclaro Ministro Vicente Cernicchiaro:

‘A atual redação do art. 594, CPP, aproximou-o das mais recentes recomendações da doutrina penal e da criminologia. A orientação inicial era de a restrição ao exercício do direito de liberdade decorrer do simples reconhecimento do crime; depois, se não demonstrados a primariedade e os bons antecedentes; hoje, por imperativo da Constituição da República, é diferente. A proibição de recorrer em liberdade é excepcio-

nal. Urge, além disso, de a decisão ser motivada e evidenciar a necessidade do recolhimento' (DJ, 12.12.1994; RT, 713/408).

[...]

Desse modo, cabe ao Juiz, em qualquer circunstância, fundamentar, mesmo em se tratando de crime hediondo (Lei n. 8.072/1990, art. 2º), a razão de o condenado ter de ficar preso para poder apelar (art. 93, IX, da CF). A regra geral é apelar em liberdade (CF, art. 5º, LXVI), a excepcional, recorrer preso. Recurso ordinário provido" (RT, 707/369). Em situação similar, assim também decidiu o STJ, Relator o eminente Ministro Assis Toledo (RT, 726/609).

Julgando o **Habeas Corpus** n. 6.110 (96/0078027-7), em 18.02.1997, a Sexta Turma do STJ, Relator o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, assim se pronunciou: 'RHC. Processual Penal. Sentença condenatória. Réu foragido. Apelação. Processamento. Devido processo legal. Presunção de inocência. Cautelas processuais penais. O princípio da presunção de inocência, hoje, está literalmente consagrado na Constituição da República (art. 5º, LVII). Não pode haver, assim, antes desse termo final, cumprimento da sanção penal. As cautelas processuais penais buscam, no correr do processo, prevenir o interesse público. A Carta Política, outrossim, registra o devido processo legal; compreende o contraditório e ampla defesa, 'com os meios e recursos a ela inerentes'. Não se pode condicionar o exercício do direito constitucional — ampla defesa e duplo grau de jurisdição — ao cumprimento de cautela processual. Impossibilidade de não receber a apelação, ou declará-la deserta porque o réu está foragido. Releitura do art. 594 do CPP, face à Constituição. Processe-se o recurso, sem sacrifício do mandado de prisão'.

Os arts. 594 e 595, assim, tomam novo valor. A lei ordinária não pode criar obstáculo ao direito ao duplo grau de jurisdição. Nada impede que o Juiz decrete e determine o recolhimento do acusado, se necessário. Todavia, não pode impedir o processamento do apelo interposto. Do contrário aquela ampla defesa não passaria de uma promessa vã e platônica. A decisão do STJ, pela voz autorizada daquele eminente Professor e Ministro, é histórica.

Por outro lado, não se deve deslembrar que pelo Decreto n. 678, de 06.11.1992, o Brasil depositou a Carta de Adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida, também, por Pacto de San José da Costa Rica. Assim, naquela data entraram em vigor para o Brasil, como declarado nos consideranda do aludido Decreto, os termos daquele Pacto, e como o n. 2 do seu art. 8º dispõe que 'toda pessoa acusada de delito tem direito a que se

presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa' e que, 'durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: ...h) direito de recorrer da sentença para juiz ou Tribunal Superior', é indubitoso que a regra do art. 594 perdeu sua importância, uma vez que o art. 8º do citado Pacto, à vista do § 2º do art. 5º da Constituição da República, insere-se entre os direitos e garantias fundamentais do homem, só encontrando restrição no art. 5º, LXI, da CF, porque esta pode excepcionar a si própria. Vejam-se, a propósito, as magníficas observações feitas por **Luiz Flávio Gomes** ('Direito de apelar em liberdade', cit., pp. 62 e ss.).

Aliás, melhor considerando, a pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar é a necessidade. De fato, à semelhança da Súmula n. 09 do STJ, pode-se afirmar que o princípio da presunção de inocência não é obstáculo a que se efetive um ato constritivo da liberdade antes da sentença condenatória transitar em julgado. Na verdade o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 27.08.1789, assim dispunha: '*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur, qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi*'.

Procedendo a uma análise desse princípio, observa, com muita propriedade, um dos mais festejados processualistas argentinos: 'a afirmação de que o imputado não pode ser submetido a uma pena e, portanto, não pode ser tratado como culpado até que se profira uma sentença condenatória com trânsito em julgado, constitui o princípio diretor para expressar os limites da coerção processual contra ele' (**J. B. J. Maier**, '*Derecho Procesal Penal argentino*', cit, v. 1, p. 277).

Arremata **Maier**: 'esse princípio diretor pode ser assim sintetizado: *re pugna al Estado de Derecho, previsto en nuestro estatuto fundamental, anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal*' ('*Derecho Procesal Penal argentino*', cit., p. 277).

E a pena será antecipada se a prisão, no curso do processo, não tiver um conteúdo de absoluta cautelaridade, o que se manifesta em duas hipóteses: para a preservação da instrução criminal e para o asseguramento da aplicação da lei penal. Logo, não havendo perigo de fuga e tampouco atos que possam criar obstáculos à averiguação da verdade, a prisão no curso do processo é medida afrontosa da nossa Carta Política. Daí a lição de **Maier**: '*la decisión de encarcelar preventivamente debe fundar, por una parte, la probabilidad de que el imputado haya cometido un hecho punible, y, por la otra, la*

existencia o bien del peligro de fuga, o bien del peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria. Tan sólo en esos casos se justifica la privación de libertad del imputado’ (*Derecho Procesal Penal argentino*, cit., p. 289). No mesmo sentido: **Emest Beling**, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 379; **Vélez Mariconde**, *Derecho Procesal Penal*, cit, t. 2, p. 475; **Carlos J. Rubianes**, *La excarcelación*, Buenos Aires, Depalma, 1964, pp. 103 e ss.; **Antônio Magalhães Gomes Filho**, ‘Presunção de inocência e prisão cautelar’, cit., pp. 65 e ss., dentre outros. [...]” (In “Código de Processo Penal Comentado”, vol. 2, 8ª Ed. — São Paulo: Saraiva, 2004; pp. 343 a 351.)

Deve-se, portanto, tornar mais substancial o princípio constitucional da presunção de inocência, passando a exigir-se fundamentação explícita para a prisão processual, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, afastando-se a idéia de “prisão provisória obrigatória”, assim entendida aquela decorrente do regramento disposto no art. 594 do mesmo diploma legal.

Assim, a regra é o direito de o réu apelar da sentença penal condenatória em liberdade; a exceção, recolher-se à prisão, sendo esta determinada apenas quando presentes os requisitos para a custódia cautelar (art. 312, CPP), que deverão ser declinados pelo juiz sentenciante, fundamentando a medida extrema, não sendo bastante a mera referência a maus antecedentes ou a reincidência.

Acresce-se a tudo isso, o fato de ter o juiz do feito, na hipótese, reconhecido como maus antecedentes do réu, a existência de outro processo, no qual restou pronunciado por crime da mesma natureza. Ocorre que, segundo entendimento pacificado desta Corte, inquéritos e processos criminais em andamento, em observância ao princípio do estado presumido de inocência, não podem ser levados em consideração como maus antecedentes.

Sobre o assunto:

“Ementa: Recurso especial. Penal e Processual Penal. Maus antecedentes. Inquéritos e processos sem o trânsito em julgado. Exasperação da pena-base. Impossibilidade. Princípio da não-culpabilidade. Contrariedade ao art. 68 do CP evidenciada. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

1. Na fixação da pena-base e do regime prisional, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Precedentes do STJ e do STF

2. Divergência jurisprudencial não demonstrada, diante da ausência do cotejo analítico necessário para evidenciar similitude fática entre o aresto vergastado e os acórdãos paradigmas.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.” (REsp n. 304.521/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 02.08.2004)

“Ementa: Penal. **Habeas corpus**. Extorsão. Exacerbação da pena-base. Ação penal em andamento. Consideração como maus antecedentes. Impossibilidade. Diminuição do **quantum** da pena-base.

O fato de o réu apenas responder a outro processo criminal na mesma Comarca não tem o condão de caracterizar a circunstância judicial relativa aos antecedentes do sentenciado como desfavorável.

Ordem parcialmente concedida para que a egrégia Corte **a quo**, apenas, reduza do **quantum** da pena-base o aumento advindo da circunstância judicial relativa aos antecedentes do réu.” (HC n. 29.953/MS, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 1^ª.12.2003)

“Ementa: Criminal. REsp. Porte ilegal de arma. Pena fixada no mínimo legal. ImproPRIAMENTE majorada em face da existência de inquéritos criminais e outro processo em andamento, considerados como maus antecedentes. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido.

O envolvimento em inquéritos diversos e em processo ainda em curso não pode servir como indicativo de maus antecedentes, para o aumento da pena-base. Precedentes.

Hipótese em que deve ser afastada a exacerbação da pena, mantendo-a no mínimo legal.

Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.” (REsp n. 443.779/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 09.06.2003)

Nesse contexto, ainda que se mantivesse o entendimento anteriormente adotado, de qualquer forma, o Paciente — que permaneceu solto a todo o processo — não poderia ver negado o seu direito em apelar em liberdade, já que os maus antecedentes ressaltados na sentença se deram em virtude da existência de outro processo em andamento, o que, como visto, não pode ser levado em consideração, em respeito ao princípio da não-culpabilidade.

Pelos mesmos motivos, há de ser reconhecido, ainda, de ofício, ilegalidade existente na fixação da pena-base do Paciente, porquanto restou exasperada com base, além de outras circunstâncias desfavoráveis, no indevido reconhecimento dos seus maus antecedentes.

Ante o exposto, refazendo meu convencimento anterior, *dou provimento* ao recurso para revogar a ordem de prisão expedida em desfavor do ora recorrente, sem prejuízo de novo decreto prisional por fatos supervenientes, devidamente moti-

vado e, de ofício, concedo a ordem para, mantida a condenação, *determinar* ao juízo de 1ª grau que exclua da pena-base o acréscimo decorrente dos maus antecedentes, considerados em face da existência de processo criminal pendente de julgamento, conforme o entendimento acima esposado.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 18.658 — RR (2004/0106536-0)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Tim Celular S/A

Advogados: Mariana de Souza Lima Lauand e outros

T. origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Impetrado: Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Roraima

Recorrida: União

EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em mandado de segurança. Quebra de sigilo. Interceptação telefônica. Ordem judicial proferida por autoridade competente. Impetração de mandado de segurança pela Tim Celular. Não-conhecimento por parte do Tribunal **a quo**. Ilegitimidade ativa **ad causam**. Falta de interesse de agir. Companhia telefônica. Direito líquido e certo. Titularidade. Proprietário da linha telefônica interceptada.

In casu, falece à ora recorrente (Tim Celular S/A) a legitimidade ativa **ad causam** para a impetração de mandado de segurança. Vale dizer, *ela é não titular do suposto direito líquido e certo invocado e que a legitimaria a figurar no pólo ativo da demanda. Quem possui esse direito é o proprietário da linha telefônica objeto da quebra, e não a operadora de serviços telefônicos*. Logo, o que se tem na hipótese vertente é uma *pretensão* de legitimidade extraordinária, mais precisamente, de *substituição processual*, prevista no art. 6º, do CPC (“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”), *mas que não se configura legalmente*.

Recurso ordinário em mandado de segurança 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente: Dr. Guilherme Nostre (pela recorrente).

Brasília (DF), 21 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 1ª.07.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela Tim Celular S/A, em face de v. acórdão prolatado pela colenda Segunda Seção do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, por maioria, não conheceu do mandado de segurança em razão da ausência de legitimidade ativa **ad causam**.

Esta a ementa do julgado:

“Processo Civil. Mandado de segurança. Interceptação de comunicações telefônicas. Investigação de quadrilha de tráfico internacional de entorpecentes. Falta de legitimidade da operadora de telefonia celular para se insurgir contra quebra de sigilo telefônico de usuário.

1. A Operadora de Telefonia Celular não tem legitimidade para defender direito de sigilo telefônico de seus serviços. Por outro lado, como a quebra do sigilo foi judicialmente determinada, incabível o questionamento de seu alcance.

2. Mandado de segurança não conhecido” (fl. 89).

Daí o presente recurso ordinário em mandado de segurança. Sustenta a recorrente, **preliminarmente**, sua legitimidade e interesse processual para a impetração de mandado de segurança. Fundamenta sua **legitimidade ad causam** na Lei n. 9.472/1997, a qual dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicação e estabelece, no art. 83, que o concessionário do serviço de telecomunicação responde “pelos seus obrigações e prejuízos que causar”, além de estar obrigada (a Anatel) a “reprimir infrações aos direitos dos usuários” (art. 19, XVIII, da mesma lei). Ademais, a “Constituição da República garante aos usuários de serviços de telecomunicações os direitos à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação,

salvo nos casos constitucional e legalmente previstos, bem como a reparação dos danos causados pela violação de seus direitos, consoante disposição do art. 3º, incisos V e XII, da Lei Federal n. 9.472/1997: ‘O usuário do serviço de telecomunicações tem direito: (...) V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas (...) XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos’” (fls. 104/105). Conclui afirmando que a prestadora do serviço de telefonia tem o direito de não proceder ao monitoramento da forma ilegal determinada pelo Juízo de 1º grau, amparado nos deveres que lhe foram atribuídos pela Lei n. 9.472/1997 e pela Anatel, dentre eles o de garantir a proteção dos direitos dos usuários à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação. Cita um precedente desta Corte, o RMS n. 9.918/PR, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 30.10.2000, que trata de legitimidade ativa de instituição bancária para impetrar mandado de segurança quando entender ilegal a ordem judicial que determinou a quebra de sigilo bancário. Em relação ao **interesse de agir**, sustenta que de acordo “com a responsabilidade estatuída pela Lei n. 9.472/1997 e pela Resolução n. 245 da Anatel, subsiste a possibilidade de ser a Recorrente alvo de eventual demanda civil de natureza reparatória, em virtude de ter procedido à quebra do sigilo de comunicações telefônicas em obediência a ordem judicial contrária às disposições da Lei n. 9.296/1996. Tendo sido dado cumprimento à ordem judicial que determinou a interceptação telefônica por noventa dias, em confronto com o disposto pela lei pertinente, surge o interesse de agir da recorrente, visando à obtenção de sentença declaratória que reconheça ou não a ilegalidade do ato. A prolação desse **decisum** contribuiria, inegavelmente, para defesa da Recorrente em eventual ação movida, contra si, pelo usuário, cujos direitos constitucionais foram violados em razão da interceptação indevida” (fl. 108). E mais adiante, sustenta que “embora não mais se possa fazer cessar o ato ilegal, a ilegalidade deste remanesce, em razão de continuar a produzir efeitos no plano jurídico, mormente aqueles relacionados à utilização, no processo, de prova obtida por meios ilícitos” (fls. 109/110).

No **mérito**, argumenta que a decisão judicial que determinou a interceptação telefônica pelo prazo de 90 dias violou o disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/1996, que consigna que o prazo inicial para execução da diligência não pode exceder 15 dias, prazo este renovável por igual período se comprovada a indispensabilidade da medida. Requer, ao final, seja declarada nula, de pleno direito, a ordem judicial de quebra de sigilo telefônico.

Contra-razões às fls. 125/128.

Admitido na origem, ascenderam os autos a esta Corte (fl. 121).

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 132/136, se manifestou pelo desprovimento do recurso em parecer assim ementado:

“Interceptação de comunicação telefônica deferida por autoridade judicial. Oferecimento de mandado de segurança pela concessionária de serviço público ‘Tim Celular S/A. Inobservância de legitimidade ativa **ad causam**, uma das condições da ação. A titularidade do direito de ver resguardado o sigilo da comunicação telefônica é do proprietário da linha, o cliente da empresa. Parecer pelo desprovimento do recurso ordinário” (fl. 132).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Sustenta a recorrente, *preliminarmente*, sua legitimidade ativa **ad causam** e interesse processual para impetrar mandado de segurança em face de decisão judicial que determinou a quebra de sigilo telefônico. No *mérito*, pugna pela declaração da nulidade da referida decisão, pois determinou a quebra pelo prazo de 90 (noventa) dias, em desconformidade com o art. 5^ª da Lei n. 9.296/1996.

Em que pese o esforço da combativa recorrente, tenho que a súplica improcede. Senão vejamos.

A doutrina, em relação à legitimidade ativa para a impetração de mandado de segurança, assevera, **litteris**:

Carlos Alberto Menezes Direito: “Integram a relação processual no mandado de segurança o *titular do direito*, que é o *impetrante*; a autoridade coatora, que é o *impetrado*; e o Ministério Público, que intervém necessariamente.

A legitimidade ativa pertence ao titular do direito líquido e certo, individual ou coletivo. Tanto pode ser pessoa física ou jurídica ou mesmo universalidade patrimonial privada. *O que se exige é a titularidade do direito líquido e certo*” (in “Manual do mandado de segurança”, 3^a ed., Renovar, 1999, p. 81, grifei).

Hely Lopes Meirelles: “As partes iniciais no mandado de segurança são o *impetrante (titular do direito)*, o *impetrado* (autoridade coatora) e o Ministério Público (parte pública autônoma).

(...)

As partes ilegítimas devem ser liminarmente excluídas da causa; e, sendo essa *ilegitimidade do impetrante* ou do *impetrado*, o *processo há que ser extinto*, na forma do art. 267, VI, do CPC.

O impetrante, para ter legitimidade ativa, há de ser o titular do direito individual ou coletivo líquido e certo para o qual pede proteção pelo mandado de segurança. (...) O que se exige é que o impetrante tenha o direito invocado e que este direito esteja sob a jurisdição da Justiça brasileira. (...) O essencial é que o impetrante tenha direito subjetivo próprio (e não simples interesse) a defender em juízo” (in “Mandado de Segurança”, 23ª ed., Malheiros, 2001, pp. 53/54, grifei).

Arnold Wald: “O art. 1ª da Lei n. 1.533, de 1951, determina, por sua vez, a concessão do mandado ‘sempre que ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-lo por parte da autoridade”.

Referindo-se a alguém, a lei atribui a *legitimidade ativa* para a impetração do mandado a *quem tivesse direito líquido e certo* lesado ou ameaçado de lesão por parte da autoridade pública’ (in “Do mandado de segurança na prática judiciária”, 4ª ed., Forense, 2003, p. 171, grifei).

No caso em tela, falece à ora recorrente a legitimidade ativa **ad causam** para a impetração de mandado de segurança. Vale dizer, *ela é não titular do suposto direito líquido e certo invocado e que a legitimaria a figurar no pólo ativo da demanda. Quem possui esse direito é o proprietário da linha telefônica objeto da quebra, e não a operadora de serviços telefônicos (in casu, a Tim Celular S/A).* Logo, o que se tem na hipótese vertente é uma *pretensão* de legitimidade extraordinária, mais precisamente, de **substituição processual**, prevista no art. 6º do CPC (“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”), *mas que não se configura legalmente*. Acerca do tema, ensina **Celso Agrícola Barbi:** “Normalmente, figura como autor nas ações a pessoa que se afirma titular da relação jurídica deduzida. Excepcionalmente, porém, admite a lei que uma pessoa ingresse em juízo, ‘em nome próprio’, mas postulando proteção de ‘direito alheio’. É o que **Chiovenda** denominou ‘substituição processual’, conceito doutrinário hoje corrente” (in “Do mandado de segurança”, 10ª ed., Forense, 2002, p. 120). No mesmo sentido o escólio de **Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:** “(...) ocorre a legitimação extraordinária, da qual a substituição processual (CPC, 6º) é espécie, quando há descoincidência entre a titularidade do direito material e a legitimação para a causa. (...) Substituição processual é o fenômeno pelo qual alguém, autorizado por lei, atua em juízo como parte, em nome próprio e no seu interesse, na defesa da pretensão alheia. Como se trata de hipótese excepcional de legitimação para a causa, somente quando expressa na lei ou decorrer do sistema é que se admite a substituição processual” (in “Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante”, 7ª ed., RT, 2003, pp. 329 e

339). Na questão trazida a lume, não há previsão legal que fundamente a legitimidade — seja ordinária ou extraordinária — da operadora telefônica Tim Celular S/A para impetrar mandado de segurança. Como dito alhures, e insisto nisso, a recorrente postula em nome próprio direito alheio, sem respaldo legal para tanto. É de se mencionar aqui, consoante afirma **Celso Agrícola Barbi** (in “Do mandado de segurança”, 10ª ed., Forense, 2002, p. 120), que na própria Lei n. 1.533/1951, (que trata de mandado de segurança), art. 3º, há uma hipótese específica de substituição processual, na qual não se enquadra a ora recorrente.

O direito postulado, portanto, friso mais uma vez, não pertence à recorrente, mas ao proprietário da linha telefônica interceptada. É este quem pode figurar no pólo ativo da demanda. Dessa maneira, embora o eminente Relator originário do mandado de segurança (que ficou vencido) tenha afirmado que “a empresa prestadora de serviços tem legitimidade para ajuizar ações que objetivem assegurar o cumprimento do preceito constitucional do sigilo de dados insculpido no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que a ela cabe a salvaguarda de tais informações, podendo responder administrativa, civil e penalmente pela divulgação indevida dos registros constantes em seus arquivos” (fl. 80), estou convencido, com a devida vênia, de que este fundamento não legitima a postulação em Juízo, via mandado de segurança, por parte da Tim Celular. Veja-se que *no caso concreto não há que se falar em divulgação indevida dos registros acobertados pelo manto do sigilo telefônico.* Vale dizer, *o fornecimento dos dados era exigível por força de decisão judicial.* Aqui deve restar bem claro que não estou afirmando que a decisão judicial que determinou a interceptação é legal (ou ilegal), mas que tal ordem deveria ter sido cumprida (como foi), pois emanada de autoridade, em princípio, competente para tanto.

Impende ressaltar que a companhia telefônica tem o dever legal de guardar sigilo de comunicação do usuário de seus serviços, salvo nas hipóteses legalmente previstas. É o que diz a **Lex Fundamentalis** (art. 5º, XII), a Lei n. 9.472/1997 (art. 3º, V) e a Lei n. 9.296/1996 (que regulamenta a parte final do art. 5º, XII, da CF). Fora dessas hipóteses excepcionais, não pode haver a quebra, que seria indevida e ilegal, sob pena de responsabilização, inclusive penal, por parte da prestadora de serviços telefônicos (cf. art. 10 da Lei n. 9.296/1996). Dito de outro modo, é certo que a Constituição Federal assegura o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), assim como a Lei n. 9.472/1997 (que trata da organização dos serviços de telecomunicações) — art. 3º, XII. Todavia, não se trata de direito absoluto; logo, sendo indispensável, pode a autoridade competente (Juiz) determinar, de forma fundamentada (art. 93, IX, da CF), a sua quebra. No caso concreto, por ordem do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Roraima,

foi determinada a interceptação telefônica, decisão esta proferida no interesse da investigação de uma possível quadrilha internacional de tráfico de entorpecentes, com bases na Colômbia, Peru e com ramificações no Brasil, na qual haveria, ainda, entre seus membros, integrantes da *camorra italiana* (fls. 48/49 e 62). *Determinada a quebra do sigilo telefônico por autoridade competente, caberia à operadora Tim Celular o cumprimento de tal ordem, não cabendo a ela a aferição acerca da legalidade da medida.* Assim, o temor da recorrente em razão de eventual ação de responsabilização civil por danos decorrentes de suposta quebra ilegal do sigilo telefônico, em princípio, não procede, pois *sua atuação se limitou a cumprir uma ordem judicial, proferida por autoridade, a rigor, competente.* Eventual responsabilidade decorrente da quebra de sigilo será do Estado, pois foi este, por intermédio de seu agente (Juiz), que determinou a realização da medida, sendo que a empresa telefônica apenas tinha o dever de executar a ordem judicial. A questão seria outra se esta adviesse de órgão ou pessoa manifestamente incompetente para tanto, **v.g.**, particular que solicita diretamente à operadora a interceptação telefônica de seu vizinho ou então um pedido formulado por autoridade policial etc. Por conseguinte, na questão posta não há que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais e da Lei n. 9.472/1997.

De mais a mais, colho a manifestação da douta Subprocuradoria Geral da República que, com percuciência, analisou a questão posta, **verbis**:

“A questão principal posta nos autos tem relação com a titularidade do direito que se visa proteger. O direito ao sigilo das comunicações pertence ao particular, proprietário da linha telefônica, ou à empresa recorrente?

A legitimidade **ad causam** é uma das condições da ação (art. 267, VI, do CPC) e **Moacyr Amaral Santos** assim explana sobre a matéria: ‘*o autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão com relação ao réu. Assim, à legitimação para agir em relação ao réu deverá corresponder a legitimação para contradizer deste em relação àquele. Ali, legitimação ativa; aqui, legitimação passiva. (...) São legitimados para agir, ativa e passivamente, os titulares dos interesses em conflito; legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão.*’ (In ‘Primeiras Linhas de Direito Processual Civil’, 1^a volume, editora Saraiva, 14^a ed., p. 167).

No caso dos autos, acredita-se que o proprietário da linha telefônica é o único sujeito a quem pertence o direito de ver resguardado o seu sigilo de comunicação. À empresa, obviamente, cabe respeitar tal direito e assegurar a ele um serviço que garanta tal sigilo. Contudo, diante de uma decisão judicial determinando a interferência na comunicação do número tal, não pode a empresa se insurgir em nome de seu cliente.

O art. 6º do CPC, dispõe que ‘ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’.

No caso dos autos, não há essa autorização legal. Nem a Lei n. 9.296/1996, nem a Lei n. 9.472/1997, conferem à concessionária do serviço público a prerrogativa de ir a juízo em nome do cliente para proteger direito deste. Sobretudo quando a pretensão se insurge contra determinação judicial.

A alegada responsabilidade da empresa, que, de acordo com a Lei n. 9.472/1997, responde pelos prejuízos que causar aos usuários, não serve de fundamento para a determinação de sua legitimidade ativa. Como já se ressaltou, a ordem para a quebra foi judicial e, se algum prejuízo houver, a responsabilidade será do Estado, pois foi o Poder Judiciário que autorizou a interceptação, cabendo à empresa, somente, acatar e obedecer a decisão.

Por todos esses motivos, concorda-se com o acórdão recorrido, o qual não conheceu do *writ* por ilegitimidade da parte ativa, extinguindo-se o feito sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC)” (fls.134/135).

Diante do exposto, entendo não preenchidas as condições da ação (legitimidade de **ad causam** e interesse processual de agir) necessárias para a impetração de mandado de segurança, razão pela qual nego provimento ao presente recurso ordinário em mandado de segurança, ficando prejudicado, por conseguinte, o mérito, que se refere à legalidade ou não da decisão que determinou a quebra do sigilo telefônico em descompasso com a Lei n. 9.296/1996.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 521.814 — SE (2003/0046858-7)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: McDonald’s Comércio de Alimentos Ltda

Advogados: Luciano Felix do Amaral e Silva e outro

Recorridos: Sergipe de Alimentos e Comércio Ltda Seralco e outros

Advogados: Athanazios Georgios Flessas e outros

Sustentação oral: Edgar Silveira Bueno Filho (pelo recorrente)

EMENTA

Recurso especial. Contrato de franquia. Contrato de sublocação e contrato de cessão de direitos. Tutela antecipada. Possibilidade de sua

concessão. Art. 273, CPC. Irreversibilidade que não se demonstra. Quadro fático insuscetível de exame em sede de recurso especial.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 08.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso especial interposto por McDonald's Comércio de Alimentos Ltda, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que, à unanimidade, manteve a decisão interlocutória de lavra da MM^a. Juíza de Direito da 11^a Vara Cível de Aracaju — SE, nos autos da ação de rito ordinário com pedido de tutela antecipada ajuizada por Seralco — Sergipe de Alimentos e Comércio Ltda e João Quintiliano da Fonseca Neto, que deferiu o pleito liminar para reduzir o valor do aluguel da sublocação ao percentual de 3,5% das vendas brutas, igualando-o ao da locação, deferindo, ainda, seu depósito em juízo.

Assentou-se o **decisum** hostilizado nos exatos termos compilados no voto-condutor, **in verbis** (fls. 473/479):

“Basicamente a controvérsia cinge-se, inicialmente, em distinguirmos se se deve ou não ser feita a aplicação do art. 21 da Lei de Inquilinato às sublocações decorrentes de contrato de franquia. Vejamos então.

O contrato de sublocação surge dentro desse contexto como mero instrumento viabilizador de um contrato maior a ser entabulado: o contrato de franquia. É inegável a finalidade única à qual se destina o contrato de sublocação dentro do contrato de franquia, que é, senão, a exploração da loja franquiada.

(...)

Na esteira das idéias aqui defendidas, invariavelmente haverá de se restringir a autonomia de vontades das partes no contrato, sempre que ocorrer, em decorrência da hipossuficiência econômica de uma das partes, restrição da liberdade de escolha, ou de se estabelecer condições mínimas que assegurem e preservem seus interesses tutelado pelo direito. Tais violações, facilmente podem ser vistas nos contratos de adesão, onde uma das partes fica altamente obrigada a simplesmente acatar, aderir ao contrato, sem qualquer poder de barganha, limitando-se como diz o jargão popular ‘ao pegar ou largar’.

Em suma, o que não se quer é tolerar/permitir certos ajustes revestidos de caráter abusivo, ilícito ou imoral, conflitantes com os interesses sociais e econômicos defendidos pelo Estado-Juiz e pelo Estado-Administração. Há uma distinção crucial a ser feita neste contexto, de modo que não devemos confundir exercício regular de direito do exercício abusivo de direito.

De certo que a doutrina é quase que inesgotável quanto aos subsídios jurídicos que servem de arrimo ao nosso posicionamento, contudo, por hora, acho mais do que suficiente os argumentos supra-expendidos, como demonstrativos da existência do relevante fundamento na tutela concedida sob esses fundamentos, os quais permitem e autorizam a redução do valor pago pelo agravado por ser abusivo e excessivo.

Quanto à análise do **periculum in mora** como segundo argumento, de posse dos elementos informativos dos autos, e sem qualquer prejulgamento meritório, certamente demonstra-se de grande temeridade a não-manutenção da tutela concedida na instância **a quo**.

Nada garante que a empresa agravada suportaria um aluguel na base de 20.5%, de modo que uma decisão precipitada impondo aluguéis nessa ordem poderia levar a franqueada a sucumbir à ação de despejo, afastando-a do imóvel e do exercício pleno e livre da exploração comercial do restaurante.

Ademais, um eventual sucesso ao final da demanda não mais poderia reverter a situação aqui gerada. Pertinentes as ponderações feitas na contramínuta pelo agravado:

‘O fundado receio de dano irreparável resulta da circunstância de que a empresa agravada nunca suportou, e nem suportará pagar aluguel na base de 14,5% de suas vendas brutas durante o curso do processo originário, pois sua operação não gera recursos suficientes para arcar com o encargo dessa monta, totalmente desvinculados da realidade comercial do negócio.

Se lhe for imposto, durante a demanda, aluguel equivalente ao cobrado pela McDonald's, não há dúvidas que a agravada sucumbirá a ação de despejo que fatalmente a franqueadora lhe proporá, e cujo trâmite, sendo mais célere do que o desta ação (inclusive com recursos sem efeitos suspensivos), implicará na retirada da demandante do imóvel antes mesmo do Judiciário ter decidido este processo. De nada adiantará à recorrida ser despejada e, em seguida, buscar perdas e danos na hipótese de vitória nesta ação'.

Forte em tais lineamentos, voto pela manutenção do **decisum** no que tange a parte objeto do presente agravo e pelo conseqüente improvimento do recurso.”

Foram opostos embargos de declaração, às fls. 481/485, os quais restaram parcialmente acolhidos, apenas no tocante à omissão que pairava sobre o tema da reversibilidade-caução, estando nos seguintes termos (fls. 496/497):

“(…)

Reconheço, todavia, uma omissão no acórdão quanto à questão da caução.

(…)

No caso dos autos, entendo ser desnecessária a exigência de caução, visto que não vislumbro a possibilidade de prejuízos irreversíveis para a embargante com o deferimento da liminar combatida. A manutenção do equilíbrio contratual e da execução normal do contrato possibilitará ao embargante reverter os valores não pagos ao final da demanda na hipótese de improcedência do pedido. Nesse sentido, como a caução somente se justifica quando há risco para parte proveniente da liminar, não existindo essa necessidade concreta, inaplicável à espécie os artigos invocados pelo embargante — arts. 273, §§ 2º e 3º, e 588, I e II, do CPC.”

Em suas razões, assevera o recorrente que o v. acórdão objurgado “violou toda sistemática do instituto da antecipação de tutela (CPC, art. 273), especialmente porque não há verossimilhança alguma no direito invocado pelos ora recorridos (o próprio v. acórdão afastou a aplicação do art. 21) e, se existe dano irreparável no caso em tela, ele toca a esfera de direitos da McDonald's, pois a alegada precariedade financeira dos franqueados indica que a tutela antecipada, que é provisória por natureza, mostra-se irreversível na prática (CPC, arts. 273, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 588, incisos I e II). Além disso, o **decisum** perpetuou contradição referente à aplicação ou não do art. 21 da Lei de Locações, dando indevida abrangência ao art. 4º do Código do Consumidor” (fl. 504).

Por derradeiro, pugna pelo conhecimento e provimento do apelo nobre para cassar a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional concedida aos recorridos e, subsidiariamente, exigir uma caução idônea dos mesmos ou que eles depositem em Juízo a diferença entre o valor do aluguel da sublocação previsto pelo contrato e o valor do aluguel pago pela ora recorrente ao proprietário do imóvel original.

Contra-razões às fls. 526/540.

Às fls. 555/556v., o então Presidente, saudoso Desembargador José Antônio de Andrade Goes, admitiu-o e ordenou o seu regular processamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): De início, impõe-se referir que a irresignação dirige-se contra acórdão extraído de agravo de instrumento, mantenedor de decisão de 1ª grau que concedera parcialmente a tutela antecipada, nos autos da ação ordinária movida por Seralco e outro, reduzindo o valor do aluguel cobrado deles pela Mcdonald's Comércio de Alimentos Ltda de 14,5% para 3,5% sobre o faturamento bruto das vendas dos recorridos. Vale dizer, dever-se-ia observar o disposto no art. 542, § 3º, do Código de Ritos, uma vez que se cogita de decisão interlocutória, de cognição sumária, eis que fundada em juízo de probabilidade. Todavia, à vista da alegação de prejuízo de natureza irreparável, deu curso à irresignação excepcional o ilustre Presidente da Corte de origem.

Este o aresto sob crivo (fl. 472):

“Agravo de instrumento — Tutela antecipada — Contrato de franquia — Sublocação — Aluguel — Redução pelo juízo **a quo** — Princípios que regem os contratos — Nova construção doutrinária — Código Civil e Código de Defesa do Consumidor — Função social do contrato — Limitações ao princípio da autonomia de vontade — Configuração dos requisitos do art. 273 do CPC.

— Improvimento do recurso. Decisão unânime.”

Opostos embargos aclaratórios, resultaram decididos, nestes termos (fl. 489):

“Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Omissão e contradição. Ocorrência do primeiro vício. Art. 535 do CPC. Prequestionamento. Provimento parcial para suprir a omissão sem efeito infringente. Decisão unânime.”

Como está nos autos, cuida-se de relação negocial entre as partes assentada em: contrato de franquia, contrato de sublocação e contrato de cessão de direitos.

Acena-se, primeiramente, com violação ao art. 273 do CPC, “especialmente porque não há verossimilhança alguma no direito invocado pelos ora recorridos (o próprio v. acórdão afastou a aplicação do art. 21) e, se existe dano irreparável no caso em tela, ele toca a esfera de direitos da McDonald’s, pois a alegada precariedade financeira dos franqueados indica que a tutela antecipada, que é provisória por natureza, mostra-se irreversível na prática (CPC, art. 273, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 588, incisos I e II)”.

Diz o voto condutor do acórdão, de autoria do nobre Desembargador Roberto Eugênio da Fonseca Porto, às fls. 494/495:

“...ainda que a questão jurídica versando sobre a prova inequívoca (ou verossimilhança) e dano irreparável tenha sido abordada, o **caput** e o inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil não foram enfrentados no corpo do v. acórdão.”

Entretanto, o voto condutor traz a discussão da questão na seguinte passagem:

‘A tutela antecipatória, diferente, pois, da tutela de segurança cautelar, alude necessariamente a uma jurisdição propriamente considerada — jurisdição de conhecimento. Como revela o Juiz Federal Reis Friede, ‘a tutela antecipatória ou antecipação de tutela, é, portanto, sempre satisfativa do direito reclamado, especialmente quando este mesmo direito é evidenciável **prima facie** sem a necessidade de se proceder a uma instrução probatória tradicional’. (‘Comentários ao CPC’, Forense Universitária, p. 1.476)

Com força de provimento meritório liminar, esse instituto está subordinado a requisitos específicos que devem estar, indiscutivelmente, dada a sua natureza, comprovados. O art. 273 do CPC é matriz condicionante da antecipação reclamada.

Desponta como elemento condicionar do deferimento da antecipação de tutela a questão da verossimilhança do direito alegado.

Colhendo novamente os ensinamentos do eminente Magistrado Reis Friede, a ‘consideração básica que se deve fazer a propósito do tema é que a verossimilhança exigida no texto de lei — por aludir à existência prévia de prova inequívoca da alegação — não se confunde com o simples **fumus boni iuris** específico — inerente à tutela cautelar —, sendo, em termos de graduação do juízo próprio de probabilidade plausível da efetiva existência do direito alegado, de maior rigor quanto a sua plena caracterização’.

Para a configuração desse elemento condicionar da antecipação de tutela, foi levada em consideração a aplicação dos princípios que regem contratos como já dito acima. Além disso, o perigo de dano irreparável também foi retratado no acórdão, que fez menção às razões do embargado.”

Não recai, portanto, infringência ao citado art. 273. No tocante ao art. 588, I e II, do CPC, ficou deliberado (fls. 496/497):

“No caso dos autos, entendo ser desnecessária a exigência de caução, visto que não vislumbro a possibilidade de prejuízos irreversíveis para a embargante com o deferimento da liminar combatida.

A manutenção do equilíbrio contratual e da execução normal do contrato possibilitará ao embargante reverter os valores não pagos ao final da demanda na hipótese de improcedência do pedido.

Nesse sentido, como a caução somente se justifica quando há risco para parte proveniente da liminar, não existindo essa necessidade concreta, inaplicável à espécie os artigos invocados pelo embargante — arts. 273, §§ 2º e 3º, e 588, I e II, do CPC.”

Desse modo, não há como, em sede de recurso especial, sem adentrar no quadro fático, infirmar esse posicionamento. Nesse mesmo sentido, quanto à apreciação de eventual violação ao art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. Quanto ao art. 21 da Lei de Locação, consoante o acórdão (fl. 495), não foi ele base do julgamento, este se louvou nos princípios da boa-fé e da igualdade entre as partes, impondo-se acrescentar que a incidência ou não do art. 21 deverá ser objeto de exame por ocasião do **decisum** de mérito.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Sr. Presidente, pedi vista destes autos porquanto entendi que o fulcro da questão não estava na locação predial urbana, mas sim, no contrato de franquia ou seja, na relação negocial, o que deslocaria a competência para a colenda Segunda Seção, nos termos regimentais.

Todavia, compulsando detalhadamente os autos, verifico que se trata de recurso especial em agravo de instrumento interposto por McDonald's Comércio de Alimentos Ltda, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra o v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que manteve decisão interlocutória que determinou, liminarmente, a redução do valor do aluguel da sublocação ao percentual de 3,5% das vendas brutas, igualando-se ao da locação,

deferindo, ainda, seu depósito em juízo. Logo, o cerne dos autos está, realmente, na seara locatícia e não na franquia, já que a discussão é pertinente aos locatícios devidos pelo sublocatário ao sublocador-locatário, mesmo que para tanto examine-se sua base de incidência. *Assim, em preliminar, reconheço a competência desta Turma para o exame da matéria.*

Adentro ao conhecimento da via especial interposta.

Aduz o recorrente, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto de origem violou os arts. 273 e parágrafos, e 588, I e II, todos do Código de Processo Civil, bem como o art. 21 da Lei n. 8.245/1991 (Lei de Locação) e art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Irretocável o voto do ilustre Ministro-Relator José Arnaldo da Fonseca.

Primeiramente, ressalto que, consoante tenho julgado (cf., entre outros, REsp n. 506.038/RS) a suposta violação ao art. 273 e incisos, todos do Código de Processo Civil, esbarra no enunciado contido na Súmula n. 07, desta Corte pois, para a análise da antecipação de tutela, necessário se faz o exame minucioso e aprofundado da prova, que deve ser inequívoca, provocando o convencimento do julgador de sua verossimilhança e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Ademais, quanto à irreversibilidade deste, a investigação se dá na via processual normal e não na do especial, uma vez não ser esta Corte órgão recursal que reexamina provas, mas sim um Tribunal de Uniformização. Logo, não há como perquirir-se, nesta oportunidade, acerca de eventual caução prevista no art. 588, I e II, do CPC.

No mesmo diapasão a questão de eventual infringência ao art. 4º do CDC, já que é entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior a não-aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990, com a redação dada pelo art. 52 da Lei n. 9.298/1996) nos pactos locatícios, o que foi muito bem observado pela v. acórdão ora recorrido.

Por fim, no que pertine a incidência ou não do art. 21 da Lei de Locação (Lei n. 8.245/1991, registro que o Tribunal de origem afastou esta questão, decidindo, como bem observado pelo eminente Ministro-Relator “...nos princípios da boa-fé e da igualdade entre as partes...”, faltando ao ora recorrente qualquer interesse processual em recorrer quanto a este tema.

Por tais fundamentos, *acompanho o voto do ilustre Ministro-Relator para, também, não conhecer do recurso.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 596.512 — MS (2003/0169419-2)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

Recorrido: Luiz Ubiratan Maia da Cruz

Advogados: Rui Gibim Lacerda e outro

EMENTA

Recurso especial. Penal. Recurso do Ministério Público. Prazo simples. Intempestividade. Interposição após exaurido o prazo legal contado da intimação pessoal. Recurso não conhecido.

O Ministério Público, em se tratando de matéria criminal, não goza do benefício do prazo em dobro para a interposição de recursos.

É intempestivo o recurso manifestado pelo Ministério Público após exaurido o prazo de 15 (quinze) dias, cominado pelo art. 26 da Lei n. 8.038, contados da regular intimação do acórdão.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 22.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão proferido pela egrégia Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça daquele Estado que, à unanimidade, não conheceu da sua apelação, estando assim ementado (fl. 446):

“Apelação criminal — Militar no exercício das funções — Descumprimento de ordem judicial — Ordem não comprovada — Não-observância da lei — Prova suficiente — Delito caracterizado — Provimento parcial.

Inexistindo prova suficiente da ordem judicial que se alega o não-cumprimento, resta descaracterizado o delito previsto no art. 349 do CPM.

Havendo prova suficiente de que o acusado no exercício da função deixou de observar a lei de execução penal, permitindo a saída temporária de presos sem autorização judicial, impõe-se a condenação pela prática do delito do art. 324 do CPM.

Apelação criminal — Recurso ministerial — Intempestividade das razões — Impossibilidade de reforma em favor da sociedade — Recurso não conhecido.

A intempestividade das razões do recurso do Ministério Público impede a apreciação do recurso, pois estes são os motivos pelos quais deve ser reformada a decisão em favor da sociedade.”

O recorrente alega que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 531 do Código de Processo Penal Militar quando entendeu estarem intempestivas as razões de apelação interpostas pelo *Parquet*.

Sustenta, também, violação ao art. 534 do mesmo estatuto militar, porquanto, ainda que se verifique eventual desídia do representante do Ministério Público em oferecer as razões do recurso no prazo legal, deve-se oportunizar ao ente ministerial a apresentação das razões, sob pena de violação ao princípio da indesejabilidade.

Aduz, ainda, que há divergência jurisprudencial sobre o tema.

Contra-razões às fls. 481/487.

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

O Ministério Público Federal, oficiante nesta Corte, opinou pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adoto, como razões de decidir, o parecer ministerial, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. José Roberto F. Santoro, **verbis** (fls. 503/504):

“O recurso não comporta conhecimento.

São requisitos de admissibilidade do recurso especial a tempestividade, a legitimidade para recorrer e regularidade formal. Além disso, e porque o recurso é manifestação, no curso do processo, exige-se a presença das condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse processual.

In casu, o recorrente não preencheu um dos requisitos de admissibilidade processual, qual seja, a tempestividade. Vejamos.

O prazo de recurso para o Ministério Público começa a fluir da intimação pessoal, nos termos do art. 41, IV, da Lei n. 8.625/1993, através dos autos com vista. O *Parquet* foi intimado, a teor do acórdão impugnado, em 08 de novembro de 2002, e o recurso interposto tão-somente em 02 de dezembro de 2002, quando já transcorrido o prazo de quinze dias estabelecido pelo art. 26 da Lei n. 8.038, ressaltando que, em matéria criminal, o Ministério Público não goza do benefício do prazo em dobro para recorrer, conforme entendimento já pacificado do Superior Tribunal de Justiça:

‘Criminal. Recurso especial. Recurso do Ministério Público. Prazo simples. Intempestividade. Recurso não conhecido.

I - O Ministério Público, em se tratando de matéria criminal, não goza do benefício do prazo em dobro para a interposição de recursos.

II - Recurso não conhecido.’ (REsp n. 259.830/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 08.04.2002)

‘Resp. Criminal. Ministério Público. Recurso especial. Prazo.

1. Em matéria criminal o Ministério Público não tem prazo em dobro para recorrer (art. 26 da Lei n. 8.038/1990).

2. Recurso especial não conhecido.’ (REsp n. 184.636/DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 18.11.2002)

‘Processual Penal. Recurso especial. Intempestividade. Ministério Público. Prazo em dobro.

1. Não se conhece de recurso especial interposto fora do prazo legal.

2. O Ministério Público, em matéria criminal, não dispõe de prazo em dobro para recorrer.

3. Recurso não conhecido.’ (REsp n. 245.292/SP, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 08.04.2002)

‘Recurso especial. Tráfico de entorpecentes. Recurso intempestivo.

Em matéria criminal, o Ministério Público não tem o prazo em dobro para recorrer.

Recurso não conhecido.' (REsp n. 239.026/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 05.02.2001)''

À vista do exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 614.544 — DF (2003/0216012-9)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrentes: Damiana Vieira Silvano e outros

Advogados: Cristiano Brito Alves Meira e outro

Recorrente: Vitor Luiz da Trindade Marçal

Advogado: Carlos Rodrigues Soares

Recorrida: União

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Servidor público federal de nível médio. Transposição para o cargo de analista de orçamento, de nível superior. Possibilidade. Decreto-Lei n. 2.347/1987 e Decreto n. 95.077/1987. Recurso especial de parte excluída da lide. Não-conhecimento. Recurso dos demais recorrentes conhecido e provido.

1. O recorrente Victor Luiz da Trindade Marçal foi excluído da lide na sentença. Muito embora tenha interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem, sem se manifestar a respeito dessa exclusão, manteve integralmente a sentença. No recurso especial que interpôs, não se insurgiu quanto a esse aspecto. Por conseguinte, porque não mais integra a relação processual, não tem legitimidade para recorrer.

2. O servidor público que preenche os requisitos legais, é portador de diploma de nível superior, foi aprovado em processo seletivo, tem direito à transposição para o cargo de Analista de Orçamento independentemente de ser oriundo de cargo de nível médio, nos termos dos arts. 2º e 6º do Decreto-Lei n. 2.347, de 23.07.1987.

3. O Decreto n. 95.077/1987, como regulamento, ao exigir sejam os candidatos oriundos de cargo de nível superior para serem transpostos

ao cargo de Analista de Orçamento, extrapolou os limites do Decreto-Lei n. 2.347/1987, que não previa referida exigência e constitui norma de hierarquia superior, que se situava, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, no nível de lei ordinária.

4. Recurso especial de Vitor Luiz da Trindade Marçal não conhecido. Recurso especial dos demais autores conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso interposto por Vitor Luiz da Trindade Marçal e conhecer do recurso dos demais autores e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ de 08.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recursos especiais interpostos por Vitor Luiz da Trindade Marçal e Damiana Vieira Silvano, Antônio Lucena Baptista, Laila Moreira Carvalho, Marta Maria de Fátima Silva, Kleber Pacheco Vianna e Jurinha Bomfim Avelino Ferreira, ambos com fundamento no art. 105, inciso III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região o qual entendeu que os ora recorrentes, servidores de nível médio, ainda que portadores de nível superior, não têm direito a transposição para o cargo de Analista de Orçamento.

Sustentam os recorrentes, em seus recursos especiais, em resumo, além de divergência jurisprudencial, violação ao art. 2º do Decreto-Lei n. 2.347/1987, à asserção de que preencheram os requisitos necessários à transposição pleiteada.

A recorrida apresentou contra-razões (fls. 503/506).

Os recursos especiais foram admitidos pelo Tribunal de origem (fls. 515/516).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Para melhor análise dos recursos especiais interpostos, ressalto que o advogado Carlos Rodrigues Soares representa tão-somente o recorrente Vitor Luiz da Trindade Marçal (fls. 30 e 243). Desse modo, tem-se que a referência a Damiana Vieira Silvano e outros na peça recursal que interpôs (fls. 278/282) configura mero erro material, porquanto todos demais recorrentes encontram-se sob o patrocínio de Zoraide de Castro Coelho, Noriko Higuti e Cristiano Brito Alves Meira (fls. 236/244 e 264).

Em outras palavras, o recurso especial de fls. 278/282 considera-se interposto por Vitor Luiz da Trindade Marçal, como único recorrente. Os demais recorrentes, Damiana Vieira Silva e outros, exercem o direito de recorrer no recurso especial de fls. 269/275.

De outra parte, verifico que Vitor Luiz da Trindade Marçal foi excluído da lide pela sentença de fls. 213/218. Apelou. No entanto, o acórdão recorrido manteve na íntegra a sentença, não se manifestando a respeito da aludida exclusão.

É oportuno registrar que, em relação a essa omissão, não foram interpostos embargos de declaração. Tampouco se insurgiu o recorrente, no recurso especial, quanto à manutenção da sentença nesse aspecto. Por conseguinte, a decisão de primeiro grau de jurisdição que o excluiu da lide transitou em julgado. Logo, por não mais integrar a lide, o recurso especial por ele interposto não merece ser conhecido por ausência de legitimidade.

Passo à análise do recurso especial interposto pelos demais recorrentes.

Em relação à divergência jurisprudencial, é oportuno registrar que, para sua comprovação, cabe ao recorrente provar o dissenso por meio de certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos em confronto, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese, os recorrentes deixaram de proceder ao cotejo analítico dos julgados supostamente divergentes, limitando-se a transcrever ementas dos acórdãos paradigmas, dos quais, ressalte-se, não constam nos autos cópias ou menção do repositório oficial em que tenham sido publicados. Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

Recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial. Comprovação de divergência.

1. Para que seja viável o recurso especial fundado na alínea **c**, não basta a mera transcrição de ementas, é indispensável, além da juntada dos acórdãos tidos por paradigma, o confronto pormenorizado, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos comparados. Conforme o § 2º do art. 255 do Regimento, ‘em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados’.

2. No caso, a ausência de cópia dos julgados a serem comparados e a falta do cotejo analítico constituem óbice suficiente à negativa de seguimento do recurso especial.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 583.685/RS, Relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJ de 09.02.2005, p. 227)

Desse modo, não conheço do recurso especial pela divergência jurisprudencial.

No tocante à alínea **a** do permissivo constitucional, sustentam os recorrentes que o acórdão recorrido violou o art. 2º do Decreto-Lei n. 2.347/1987, pois alegam que o referido dispositivo legal possibilita que eles, servidores de nível médio e portadores de diploma de curso de nível superior, sejam transpostos ao cargo de Analista de Orçamento.

O Decreto-Lei n. 2.347, de 23 de julho de 1987, criou, no âmbito da então Secretaria de Planejamento e Coordenação da Presidência da República, a “Carreira Orçamento”, composta de 2 (dois) cargos públicos: Técnico de Orçamento, de nível médio, e Analista de Orçamento, de nível superior, e definiu um conjunto de critérios para a transposição de pessoal, consoante se verifica no seguinte dispositivo:

“Art. 2º Os ocupantes dos cargos ou empregos pertencentes a outras categorias funcionais de Quadro ou Tabela dos Ministérios Civis e Militares e dos órgãos integrantes da Presidência da República que se encontravam lotados ou em exercício na Secretaria de Orçamento e Finanças da Secretaria de Planejamento e Coordenação da Presidência da República, e nos órgãos setoriais ou equivalentes de orçamento, em 23 de dezembro de 1986, e que permaneceram nessa condição até a edição deste decreto-lei, *são transpostos, por opção e mediante aprovação em processo seletivo*, na forma do Anexo II, para os cargos de Analista de Orçamento e Técnico de Orçamento obedecido os quantitativos fixados no Anexo I” (grifos nossos).

Da leitura desse dispositivo legal, verifica-se, em resumo, que os ocupantes de cargos ou empregos lotados nos órgãos que menciona seriam transpostos, por opção e mediante aprovação em processo seletivo, para os cargos então criados.

Por sua vez, o decreto-lei em referência previu que, para concorrer ao cargo de Analista de Orçamento, deveria o candidato ser portador de curso superior ou habilitação legal equivalente e, para o cargo de Técnico de Orçamento, certificado de conclusão do 2º grau, consoante se verifica no seguinte dispositivo:

“Art. 6º Poderão concorrer aos cargos de que trata este decreto-lei:

I - para Analista de Orçamento, os portadores de diploma de curso superior ou habilitação legal equivalente;

II - para Técnico de Orçamento, os portadores de certificação de curso de 2º grau ou habilitação legal equivalente”.

No caso em exame, os recorrentes, que eram ocupantes de cargos de nível médio, foram aprovados no processo seletivo e transpostos para o cargo de Técnico de Orçamento, não obstante serem portadores de diploma de curso superior. Daí a presente ação, buscando a transposição para o cargo de Analista de Orçamento.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou provimento à apelação ao entendimento de que “o servidor de nível médio, ainda que portador de diploma de nível superior, não tem direito a transposição para o cargo de Analista de Orçamento, uma vez que ela é reservada tão-somente aos detentores de cargo ou emprego de nível superior (Decreto-Lei n. 2.347/1987; Decreto n. 95.077/1987, art. 2º, § 1º)” (fl. 260).

Observe, portanto, que o acórdão recorrido encontra-se fundado no art. 2º, § 2º, do Decreto n. 95.077/1987, que regulamentou a transposição de servidores prevista no Decreto-Lei n. 2.347/1987, e assim prescreve:

“Art. 2º Serão transpostos para a Carreira Orçamento os servidores dos órgãos e entidades da Administração Federal, que, comprovadamente, estavam lotados ou em exercício na Secretaria de Orçamento e Finanças da Secretaria de Planejamento e Coordenação da Presidência da República ou nos Órgãos Setoriais ou equivalentes do Sistema de Orçamento, em 23 de dezembro de 1986, e permaneceram nessa situação até a data de vigência do Decreto-Lei n. 2.347, de 1987.

§ 1º A localização dos servidores nas classes e respectivos padrões da Carreira Orçamento far-se-á nos termos do Anexo II do Decreto-Lei n. 2.347, de 1987, observados os seguintes critérios:

a) os ocupantes de cargos ou empregos de nível superior, na categoria de Analista de Orçamento;

b) os ocupantes de cargos ou empregos de nível médio, na categoria de Técnico de Orçamento”;

Por conseguinte, de acordo com o regulamento, o fato de serem os servidores públicos diplomados em curso de nível superior não determina o preenchimento, por si só, dos requisitos legais necessários para a pretendida transposição ao cargo de Analista de Orçamento. Seria necessário, também, segundo o decreto acima transcrito, que fossem ocupantes de cargos ou empregos de nível superior.

No entanto, discordo desse entendimento, que foi acolhido pelo Tribunal de origem. O decreto, ao exigir sejam os candidatos oriundos de cargo de nível superior para serem transpostos ao cargo de Analista de Orçamento, extrapolou os limites do decreto-lei, estabelecendo requisito não previsto.

O regulamento criou exigência não estabelecida no decreto-lei, norma de hierarquia superior, que se situava, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, no nível de lei ordinária, conforme pacífica jurisprudência. Nesse sentido:

“Tributário. IPI. Importação de aeronave por empresa operadora de taxi aéreo. CTN, arts. 19, 111 e 144. Decreto-Lei n. 2.434/1982 (art. 10, I e II). Decreto-Lei n. 37/1966 (art. 23).

1. O Decreto Lei n. 37/1966 podia validamente modificar disposições de lei tributária, então, de igual hierarquia, certo que a Lei n. 5.172/1966, antes da Constituição de 1967 tinha natureza jurídica de lei ordinária (RE n. 90.471/MG, Relator Ministro Moreira Alves — RTJ 93/1.269).

2. Demonstrado que a guia de importação foi emitida após a vigência da lei que revogou a isenção a importação de aeronave sujeitou-se ao pagamento do IPI.

3. Recurso provido.” (REsp n. 74.910/MG, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ de 26.08.1996, p. 29.642)

Nesse cenário, o decreto, quanto ao aspecto em exame, é ilegal, por ir além do decreto-Lei que regulamenta. Em consequência, não há como exigir dos ora recorrentes, que, vale ressaltar, foram aprovados no processo seletivo a que se submeteram, ocupassem cargo de nível superior para serem transpostos para o cargo de Analista de Orçamento.

Ademais, também não prospera a afirmação de que o acolhimento do pedido dos recorrentes levaria a uma verdadeira ascensão funcional, objetivo diverso do disposto no Decreto-Lei n. 2.347/1987. Se houve ascensão, permitida à época — porque o referido diploma legal sobreveio antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, que proibiu essa forma de provimento de cargo público —, ela decorreu da forma de transposição prevista no próprio decreto-lei, e não de tentativa de modificação do significado de institutos de Direito Administrativo por parte dos ora recorrentes.

Ressalto, em relação aos pedidos de concessão dos reajustes decorrentes dos Planos Bresser (julho/1987), Verão (fevereiro/1989) e Collor (março/1990), julgo-os improcedentes, porque considerados indevidos aos servidores públicos, conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

“Administrativo e Processual Civil. Servidor público. Polícia Militar do Distrito Federal. Reajustes. Plano Bresser (26,06%). URPs de abril e maio de 1988 (16,19%). Plano Verão (26,05%), URP de fevereiro de 1989. Plano Collor (84,32%). Ação rescisória. Inaplicabilidade da Súmula n. 343-STF. Matéria de ordem constitucional. Reajustes de 26,06%, 26,05% e 84,32%. Não-cabimento. Reajuste relativo à URP de abril e maio de 1988. Valor devido correspondente a 7/30 de 16,09%.

1. Afasta-se a aplicação da Súmula n. 343-STF, que entende não ser cabível a ‘ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’, quando a questão meritória possuir natureza constitucional.

2. Emerge a natureza constitucional da matéria, capaz de afastar a Súmula n. 343-STF, quando houver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão de mérito contida no acórdão rescindendo. Precedentes.

3. O reajuste de 26,06%, previsto no Decreto-Lei n. 2.302/1987, referente ao Plano Bresser, o qual foi suspenso pelo Decreto-Lei n. 2.335/1987, não é devido aos servidores, uma vez que este Decreto foi editado antes do reajuste integrar o patrimônio jurídico dos Servidores. Precedentes desta Corte e da Suprema Corte.

4. Os servidores públicos federais somente têm direito ao percentual calculado na forma do Decreto n. 2.335/1987 até os primeiros 7 dias do mês de abril, porquanto o Decreto n. 2.425/1988, entrou em vigor no oitavo dia, sendo certo que é devido aos servidores apenas o valor referente a 7/30 de 16,19%, correspondente às URPs relativas aos meses de abril e maio de 1988. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

5. Inexiste direito adquirido ao reajuste de 26,05%, relativo à URP de fevereiro de 1989, um vez que a Lei n. 7.730/1989, que instituiu o Plano Verão, foi editada anteriormente à implementação dos requisitos exigidos ao referido reajuste. Precedentes da Suprema Corte.

6. Cabendo à União a organização e manutenção da Polícia Militar do Distrito Federal, os policiais militares desta unidade Federativa não estão su-

jeitos à Lei Complementar Distrital n. 38/1990, mas sim à Lei n. 8.030/1990, oriunda da Medida Provisória n. 154/1990, que antecipou-se validamente, impedindo a incorporação do reajuste de 84,32% ao patrimônio jurídico desses servidores. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, para julgar parcialmente procedente a ação rescisória ajuizada pelo Distrito Federal, reconhecendo como devido aos ora Recorridos, Policiais Militares do Distrito Federal, apenas e tão-somente o reajuste de 7/30 de 16,19%, referente à URP de abril e maio de 1988. Outrossim, em face do julgamento do presente recurso especial, julgo prejudicada a MC n. 7.805/DF, em apenso”. (REsp n. 401.537/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 16.05.2005, p. 380)

A propósito, registro o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal: RE n. 207.440/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ de 17.10.1997, p. 52.511.

Desse modo, são indevidos aos recorrentes os reajustes salariais relativos aos Planos Bresser, Verão e Collor, pleiteados na inicial.

Em relação à correção monetária, mostra-se firme o entendimento segundo o qual ela deve incidir a partir do vencimento de cada parcela devida (REsp n. 407.139/MS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 22.04.2002, p. 253; REsp n. 437.443/MS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 31.03.2003, p. 250).

Os juros de mora, por sua vez, considerando que a ação foi proposta antes da vigência da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, devem ser calculados observando-se o percentual de 1% (um por cento) ao mês, por ser dívida de caráter alimentar, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 509.020/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 23.08.2004, p. 264; REsp n. 721.055/SC, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ de 09.05.2005, p. 491).

Nos termos expostos, *não conheço*, por ausência de legitimidade, do recurso especial interposto por Vitor Luiz da Trindade Marçal. *Conheço* do recurso especial manifestado por Damiana Vieira Silva e outros e *dou-lhe provimento*. Por conseguinte, *julgo parcialmente procedentes* os pedidos formulados na inicial para determinar a transposição dos referidos recorrentes para o cargo de Analista de Orçamento, desde a publicação do ato que os transpuseram para o cargo de Técnico de Orçamento, com os consectários legais daí oriundos, incidindo correção monetária desde quando devida cada parcela de natureza salarial e juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, contados da citação. Condeno a União ao

reembolso das despesas e custas processuais antecipadas, assim como ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 685.135 — PR (2004/0063581-7)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Décio Albuquerque de Azevedo

EMENTA

Penal. Recurso especial. Descaminho. Débito fiscal. Art. 20, **caput**, da Lei n. 10.522/2002. Patamar estabelecido para o ajuizamento da ação de execução da dívida ativa ou arquivamento sem baixa na distribuição. Art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002. Cancelamento do crédito fiscal. Matéria penalmente irrelevante.

I - A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas.

II - O art. 20, **caput**, da Lei n. 10.522/2002 se refere ao *ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição*, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante.

III - **In casu**, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a *extinção* dos créditos fiscais (art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002), logo, não se trata de hipótese de desinteresse penal específico.

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 unani-

midade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 15 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 02.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Parquet*, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Carta Magna, em face de v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual se argumenta, a par de divergência jurisprudencial, violação ao art. 334 do Código Penal.

O retrospecto dos fatos está bem delineado no parecer de fls. 88/93, **verbis**:

“Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet*, mantendo a decisão que rejeitou a denúncia que imputara ao réu a prática do crime de descaminho, com fundamento no princípio da insignificância.

2. Consoante se extrai dos autos, o recorrido foi denunciado pela prática de delito previsto no art. 334, **caput**, do Código Penal Brasileiro, por ter introduzido no País mercadoria de procedência estrangeira avaliada em R\$ 2.499,34 (dois mil quatrocentos e noventa e nove reais e trinta e quatro centavos), sem recolher os tributos devidos, no valor de R\$ 1.249,67 (um mil reais e duzentos e quarenta e nove reais e sessenta e sete centavos).

3. A denúncia restou rejeitada pela 2ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu — PR, com fundamento no art. 43, I, do CPP, pela atipicidade do fato em consequência da aplicação do princípio da insignificância.

4. Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, objetivando a reforma da decisão que rejeitou a denúncia, tendo a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, à unanimidade, negado provimento ao recurso, nos termos do acórdão de fls. 39/43, assim ementado:

‘Descaminho. Aplicação do princípio da insignificância.

O pequeno valor do tributo incidente sobre as mercadorias encontradas em posse do recorrido, abaixo do limite perseguido pelo Fisco, possível a aplicação do princípio da insignificância para a exclusão da tipicidade.'

5. Sobreveio o presente recurso especial, no qual se alega que o acórdão vergastado negou vigência ao art. 334 do CP ao afastar a tipicidade da conduta sob o fundamento de que '*o dano resultante da infração acarretou lesão mínima ao Fisco*'.

6. Invoca ainda, a existência de dissídio jurisprudencial, pois o acórdão recorrido diverge de julgados do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que só se aplica o princípio da insignificância quando o valor do imposto devido está aquém do limite de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

7. O especial não foi admitido na origem, conforme despacho de fl. 69/70, tendo subido a esta Corte em razão do provimento do agravo interposto pelo recorrente" (fls. 88/90).

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 88/93, se manifestou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: A jurisprudência desta Corte tem entendido, em se tratando do delito de descaminho (art. 334 do CP), que será hipótese de matéria penalmente irrelevante se o valor do tributo devido for igual ou inferior ao mínimo exigido para a propositura de uma execução fiscal. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte: *HC n. 34.827/RS*, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 17.12.2004; *HC n. 21.071/SP*, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, DJ de 17.03.2003; *REsp n. 246.590/PR*, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 09.09.2002; *REsp n. 246.602/PR*, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 29.10.2001; *REsp n. 236.702/PR*, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 22.10.2001; *REsp n. 220.692/PR*, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 23.10.2000; *REsp n. 229.542/PR*, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 02.05.2000.

A *Lei n. 9.469/1997* dispensava a propositura de ações pela Fazenda Pública para cobrança de créditos no valor de até R\$ 1.000,00. Assim, o descaminho de bens cujos impostos incidentes e devidos fossem iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00, na dicção da douta maioria, era hipótese de matéria penalmente irrelevante.

Não obstante, com o advento da *Lei n. 10.522/2002*, tal valor se alterou. Confira-se o teor do art. 20, **caput**, da lei em comento, **verbis**:

“Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)”.

Destarte, com essa nova lei, sendo devido, em razão do descaminho de bens, o valor equivalente a até R\$ 2.500,00, a conduta, neste caso, consoante posição predominante, não chega a ferir o bem jurídico penalmente tutelado, tanto é que não há interesse fiscal por parte da Administração Pública.

Impende ressaltar que tal valor foi novamente alterado, pela *Lei n. 11.033/2004*, para R\$ 10.000,00 (*dez mil reais*).

No entanto, acredito que esse entendimento há de ser revisto, devendo ser alterado tal critério, pois, como já vinha ressaltando, o valor-limite para a execução carece de sentido mesmo em matéria extrapenal.

No tocante à *execução de crédito previdenciário*, assim tem entendido esta Corte:

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Lei n. 9.441/1997. Portaria n. 1.105/2002 do Ministério da Previdência e Assistência Social. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Patamar estabelecido para o ajuizamento da ação de execução da dívida ativa.

I - A Portaria n. 1.105/2002 do MPAS apenas alterou o patamar anteriormente previsto na Portaria n. 4.910/1999 para o *ajuizamento da ação de execução* ou arquivamento sem baixa das já ajuizadas, não ocorrendo, pois, tal como na Lei n. 9.441/1997, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tais dispositivos normativos para regular o valor do débito caracterizador do crime de bagatela.

II - Verificando-se que a importância que deixou de ser recolhida aos cofres do INSS é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a *extinção* dos créditos oriundos de contribuições sociais (*art. 1º, inciso I, da Lei n. 9.441/1997*), deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância.

Recurso desprovido”.

(REsp n. 669.080/RS, de minha relatoria, julgado em 15.02.2005).

Ora, o raciocínio a ser aplicado no caso de execução de crédito tributário é o mesmo, sob pena de se atribuir tratamento diferenciado a hipóteses semelhantes, o que seria um tanto inusitado.

Consigna o *art. 18, § 1º*, da Lei n. 10.522/2002:

“Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais)”.

O *art. 20*, da mesma lei, diz o seguinte:

“Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

Confrontando os dois dispositivos conclui-se facilmente que enquanto o *art. 18, § 1º* determina o cancelamento (*leia-se: extinção*) do crédito fiscal igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais), o *art. 20* apenas prevê o não-ajuizamento da ação de execução ou o arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito. Daí porque não se poder invocar este dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante. Com efeito, tal dispositivo apenas assevera que fica postergada a execução com vista à cobrança da dívida ativa enquanto o montante não alcançar os valores ali previstos, o que não se confunde com a extinção do crédito tributário.

Impende observar que, no caso em tela, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é de R\$ 1.249,67 (mil e duzentos e quarenta e nove reais e sessenta e sete centavos), ultrapassando, portanto, o montante de R\$ 100,00 (cem reais) — limite para extinção do crédito fiscal e parâmetro para a caracterização de hipótese de desinteresse penal específico (matéria penalmente irrelevante).

Ex positis, dou provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 686.199 — CE (2004/0133802-2)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Fundação Nacional de Saúde — Funasa

Representado por: Advocacia Geral da União

Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federal no Estado do Ceará — SinteseF

Advogados: Aderline Tavares Farias e outros

Sustentação oral: Dr^a. Tânia Maria Martins Guimarães

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Supressão de instância. Inexistência. Desnecessidade de interposição de embargos infringentes. Intimação quando em vigor a Lei n. 10.352/2001. Art. 530 do CPC. Ação rescisória. Servidor público. Reajuste de 47,94%. Violação literal de dispositivo de lei. Art. 485, inciso V, do CPC. Recurso especial conhecido e provido.

1. Supressão de instância não caracterizada, porquanto não cabíveis embargos infringentes, na medida em que o Tribunal de origem julgou, por maioria, improcedente o pedido formulado na ação rescisória, por acórdão do qual a recorrente foi intimada regularmente quando em vigor a Lei n. 10.352/2001, que deu nova redação ao art. 530 do Código de Processo Civil.

2. Prevalece, há longa data, na jurisprudência, o entendimento segundo o qual, antes de março de 1994, quando se daria o período aquisitivo para a concessão de reajuste salarial de 47,94% (quarenta e sete vírgula noventa e quatro por cento) com base na variação do IRSM do bimestre imediatamente anterior, previsto na Lei n. 8.676/1993, foi editada a Medida Provisória n. 434/1994, publicada em 28.02.1994, reeditada sucessivamente, e posteriormente convertida na Lei n. 8.880/1994, impedindo a aquisição do direito ao índice postulado.

3. O acórdão que deixa de rescindir a decisão que concedera reajuste de 47,94% (quarenta e sete vírgula noventa e quatro por cento) aos servidores públicos contraria não só o art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, como também os arts. 21 e 39 da Medida Provisória n. 434/1994, sucessivamente reeditada e posteriormente convertida na Lei n. 8.880/1994.

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente, Dr^a. Tânia Maria Martins Guimarães (pelo recorrido).

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

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ de 1^a.07.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, pela Fundação Nacional de Saúde — Funasa contra o Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federal — Sintsef/CE, no qual visa à reforma do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5^a Região que julgou improcedente ação rescisória proposta com o objetivo de rescindir a decisão que concedera o reajuste de 47,94% (quarenta e sete vírgula noventa e quatro por cento) sobre os vencimentos dos substituídos da parte ora recorrida.

Sustenta a recorrente violação ao disposto nos arts. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, 6^a, § 2^a, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 21 e 39 da Medida Provisória n. 434/1994, posteriormente convertida na Lei n. 8.880/1994. Argumenta que o acórdão recorrido “destoou da legislação aplicável à espécie, ao não proceder à rescisão do referido julgado” (fl. 194).

Afirma que houve literal violação de lei. Argumenta que o Tribunal **a quo** deixou de aplicar uma determinação legal prevista em medida provisória e posteriormente, “seguindo o devido processo legislativo, convertida na Lei n. 8.880/1994, com a inerente convalidação dos atos anteriormente praticados com base na primeira edição daquela Medida” (fl. 195).

Aduz a existência de decisões e acórdãos oriundos do Superior Tribunal de Justiça manifestamente contrários ao reajuste em referência. Ao final, requer a reforma do acórdão recorrido para que seja julgada procedente a ação rescisória (fls. 193/202).

A parte recorrida apresentou contra-razões. Alega, preliminarmente, a ocorrência de supressão de instância porquanto caberia embargos infringentes contra o acórdão recorrido. Quanto ao mérito, afirma que pretende a recorrente rediscutir o mérito e que, no entanto, ação rescisória não é instrumento jurídico para tal finalidade. Argumenta que não houve particularização dos dispositivos legais que teriam sido violados.

Defende o direito ao reajuste pleiteado. Sustenta que, quando a Medida Provisória n. 434 foi publicada, em 28.02.1994, “até mesmo o bimestre do reajuste já havia chegado, faltavam dias para os servidores receberem seus reajustes” (fl. 210).

O recurso especial não foi admitido pelo Tribunal de origem. Subiu a esta Corte por força de decisão proferida em agravo de instrumento (fls. 229/231).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral **Washington Bolívar Junior**, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso especial (fls. 239/241).

Em medida cautelar, o Ministro Jorge Scartezzini, então Relator, deferiu liminar para suspender a execução do julgado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Inicialmente, analiso a suscitada supressão de instância, abordada pela parte recorrida em suas contra-razões, ao argumento de que a recorrente não teria interposto embargos infringentes contra o acórdão recorrido que, por maioria, julgou improcedente a ação rescisória, tendo em vista o disposto na Súmula n. 207-STJ.

A lei processual aplicável é, nas palavras de **Humberto Theodoro Júnior** (“Curso de Direito Processual Civil”, vol. I, 37ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 19), “a que vigora no momento da prática do ato formal, e não a do tempo em que o ato material se deu”. E, adiante, conclui o ilustre doutrinador:

“E mesmo quando a lei nova atinge um processo em andamento, nenhum efeito tem sobre os fatos ou atos ocorridos sob o império da lei revogada. Alcança o processo no estado em que se achava no momento de sua entrada em vigor, mas respeita os efeitos dos atos já praticados, que continuam regulados pela lei do tempo em que foram consumados”.

Esse entendimento doutrinário apresenta-se em harmonia com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que — a respeito da aplicação da lei processual no tempo, e especificamente quanto à aplicação do disposto no art. 530 do Código de Processo Civil, com a redação determinada pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001 — tem assentado que deve ser observada a regra vigente no momento da publicação do acórdão, consoante atesta a seguinte ementa:

“Recurso especial — Alínea **a** — Embargos infringentes — Direito intertemporal — Acórdão embargado publicado antes da nova redação dada ao art. 530 do CPC pela Lei n. 10.352/2001.

A novel redação do art. 530 do Código Buzaid estreitou as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes para os casos em que ‘o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito ou houver julgado procedente ação rescisória’.

Em matéria de recursos, pelas regras de direito intertemporal, aplica-se a lei processual vigente ao tempo da publicação do **decisum** recorrido.

Na espécie, a publicação do v. acórdão embargado ocorreu em 22.03.2002, i.e., antes do início da vigência da Lei n. 10.352, que se deu passados três meses da data de sua publicação, em 27.12.2001.

Dessa forma, a lei processual superveniente não possui a virtude de obstar o exame dos embargos de divergência opostos nos presentes autos. O recurso deve obediência ao antigo comando do art. 530, mais liberal que a sua atual redação, pois autorizava o cabimento de embargos infringentes quando não fosse unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória, não exigindo que o acórdão reformasse a sentença que, por sua vez, podia ser terminativa ou de mérito.

Diante desses fundamentos, deve ser afastado o óbice apontado pelo ínclito Relator para a admissibilidade do recurso, sem prejuízo do eventual exame dos demais requisitos autorizadores do conhecimento do recurso.

Recurso especial provido”. (REsp n. 480.547/MS, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 30.06.2003, p. 208.)

No caso em exame, o acórdão que, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação rescisória foi publicado em 18.09.2001, conforme certidão de fl. 139, quer dizer, antes da vigência da Lei n. 10.352/2001. Contra ele foram interpostos embargos de declaração pela parte ora recorrida, os quais foram rejeitados por decisão monocrática do Relator (fl. 182).

Ocorre que a Fundação Nacional de Saúde — Funasa, ora recorrente, protocolizou petição, em 17.10.2001, ou seja, antes de transcorrido o prazo de 30 (trinta) dias para a interposição de embargos infringentes ou recursos especial ou extraordinário, requerendo a juntada do voto-vencido e a devolução de prazo.

Esses pedidos foram deferidos na mesma decisão monocrática que apreciara os embargos de declaração interpostos pela parte ora recorrida (fl. 182). O voto-vencido foi juntado (fls. 183/184). A Funasa, ora recorrente, foi intimada tão-somente dessa decisão por mandado de intimação juntado aos autos em 04.04.2002 (EResp n. 601.682/RJ, Relator Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 02.02.2005), ou seja, na vigência e plena eficácia da Lei n. 10.352, de 26.12.2001, que, vale ressaltar, por força de seu art. 2º, entrou em vigor após três meses de sua publicação, e interpôs o presente recurso especial em 1º.04.2002.

À míngua de juntada do voto-vencido, tem-se que o ato de publicação do acórdão em 18.09.2001 não surtiu efeitos. Isso porque o exercício do direito de

recorrer restou prejudicado. Não havia como, naquela oportunidade, a Funasa interpor embargos infringentes para pleitear a prevalência do voto-vencido que não estava juntado aos autos. Tanto não havia como recorrer que o próprio Relator deferiu o pedido de devolução de prazo formulado.

Nesse cenário, tem-se que a ora recorrente foi regularmente intimada do acórdão recorrido por mandado juntado aos autos em 04.04.2002, quando em pleno vigor a Lei n. 10.352/2001, que deu nova redação ao art. 530 do Código de Processo Civil, que passou a dispor:

“Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Desse modo, não houve supressão de instância, porquanto não cabíveis embargos infringentes, na medida em que o Tribunal de origem julgou, por maioria, improcedente o pedido formulado na ação rescisória, por acórdão do qual foi intimada regularmente a recorrente quando em vigor a Lei n. 10.352/2001, que deu nova redação ao art. 530 do Código de Processo Civil.

Quanto ao mérito, verifico que a Fundação Nacional de Saúde — Funasa, ora recorrente, propôs ação rescisória visando anular o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região nos autos da Apelação Cível n. 124.668/CE, que assegurou aos substituídos do Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federal — Sintsef/CE o reajuste de 47,94% (quarenta e sete vírgula noventa e quatro por cento) em seus vencimentos. A ementa restou assim publicada (fl. 32):

“Administrativo. Servidor público federal. Reajuste de vencimentos. Medida Provisória n. 434, de 27 de fevereiro de 1994. Plano Real. Índice de 47,94%.

1. As disposições da Lei n. 8.676, de 1993, publicada em 14.06.1993, que cogitavam do reajuste dos servidores públicos no percentual de 47,94%, somente foram ab-rogadas quando o período aquisitivo que ensejaria a percepção do mencionado reajuste já se havia implementado.

2. A Medida Provisória n. 434, de 1994, não foi convertida em lei no prazo de trinta dias; só a Medida Provisória n. 482/1994 (reedição da de n. 434) o foi (Lei n. 8.880, de 1994). Mas esse último ato normativo não poderia retrotrair para alcançar o direito ao reajuste previsto para o mês de março de 1994 (pelo índice de 47,94%), posto que aquele direito já se havia incorporado, em definitivo, ao patrimônio jurídico dos servidores públicos federais.

3. Situação fática que, no caso específico, difere da que havia ocorrido no tocante aos percentuais de 26,05% e 84,32%, eis que, em relação a estes dois últimos índices, as normas que deles cogitavam, findaram sendo revogadas (e não apenas suspensas), antes que se implementasse o período aquisitivo que asseguraria o direito a esses reajustes.

4. Apelação provida”.

Sustentou a ora recorrente, na ação rescisória, “violação aos arts. 22 e 43 da Lei n. 8.880/1994, a qual derivou-se das Medidas Provisórias ns. 434, 457 e 482, bem como por não guardar consonância com a jurisprudência promanda dos Tribunais pátrios” (fl. 5). O pedido foi julgado improcedente pelo Tribunal de origem. A ementa restou assim publicada (fl. 120):

“Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Ação rescisória. Servidor público federal. Reajuste 47,94%. MP n. 434/1994. Súmula n. 343 do STF. Inaplicabilidade. Caracterizada ofensa a direito adquirido.

1. A Súmula n. 343 do STF, é aplicável quando a ação rescisória, fundamentada na alegação de ofensa à literal dispositivo de lei, tiver por objeto a desconstituição de decisão embasada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Por outro lado, perfeitamente cabível a rescisória, se a decisão rescindenda versar sobre texto constitucional, a exemplo dos índices de reajustes salariais.

2. Existe direito adquirido aos índices de reajuste salarial quando complementado o período aquisitivo para fruição de tal direito. Precedentes do STF e do STJ.

3. Ação rescisória improcedente”.

No tocante à alegada divergência jurisprudencial, verifico que a Funasa não observou os requisitos legais e regimentais exigidos para sua demonstração.

Cabe ao recorrente provar o dissenso jurisprudencial por meio de certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos em confronto, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese, a parte recorrente transcreveu decisões e excertos dos acórdãos apontados como paradigmas, buscando proceder ao cotejo analítico com o acórdão recorrido. No entanto, esse procedimento não basta. A teor dos dispositivos acima transcritos, é necessária a prova da divergência, que se faz por meio de

certidão ou cópia integral do julgado tido como paradigma (REsp n. 105.454/MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 05.10.1998 e REsp n. 225.651/CE, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 15.04.2002).

Desse modo, não conheço do recurso especial pela divergência jurisprudencial.

Em relação à interposição do recurso especial pela letra **a** do permissivo constitucional, a despeito das alegações do recorrido, verifico que houve particularização dos dispositivos de Lei Federal tidos por violados. Passo ao exame da alegada contrariedade.

Quanto à propositura da ação rescisória fundada no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, que trata da hipótese de ocorrência de violação literal de dispositivo de lei, ensina **Bernardo Pimentel Souza** (“Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória”, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 741):

“O vocábulo ‘literal’ inserto no inciso V do art. 485 revela a exigência de que a afronta deve ser tamanha que contrarie a lei em sua literalidade. Já quando o texto legal dá ensejo a mais de uma exegese, não é possível desconstituir o julgado proferido à luz de qualquer das interpretações plausíveis”.

A propósito, mostra-se oportuna a lição de **Arnaldo Esteves Lima e Poul Erik Dyrlund** (“Ação Rescisória”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, pp. 28/29):

“Outra vertente a ser analisada refere-se ao alcance da expressão violação literal de lei.

A mesma traduz a idéia de que o julgado não encampou uma interpretação teratológica, aberrante do texto, tendo, ao contrário, lhe emprestado exegese que razoavelmente poderia ter, considerando o seu caráter teleológico, para aquela situação, atendendo, em suma, aos ditames do art. 5ª, da LICC, que preconiza, exatamente, a aplicação que visa alcançar os fins sociais e o bem comum, alvos da norma.

Deve-se enfatizar que o permissivo tem como núcleo a violação de disposição de lei e não da lei em seu sentido estrito.

Por disposição compreende-se, conforme o Professor **Aurélio Buarque**, em seu dicionário, ed. 1986, p. 598: ‘intento, propósito, desígnio, determinação’. Em suma, o desrespeito à norma contida no texto da lei, isto é, o seu escopo, o seu **desideratum**, os valores que a mesma busca tutelar e que foram violados pela decisão rescindenda é que configuram o tipo processual contido no inciso V, em exame.

É comum a lei admitir, pelo menos, duas interpretações igualmente sustentáveis. Naturalmente, uma se mostrará mais razoável e consentânea com a ordem jurídica; quanto à outra, embora menos defensável, nem por isso a sua adoção caracterizará literal violação à respectiva norma jurídica.”

No caso, embora não se negue a existência de acórdãos concedendo o reajuste ora em discussão, firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, há longa data, pela impossibilidade de sua concessão.

Com efeito, prevalece o entendimento segundo o qual, antes de março de 1994, quando se daria o período aquisitivo para a concessão de reajuste salarial de 47,94% (quarenta e sete vírgula noventa e quatro por cento), com base no IRSM do bimestre imediatamente anterior, previsto na Lei n. 8.676/1993, foi editada a Medida Provisória n. 434/1994, publicada em 28.02.1994, reeditada sucessivamente e posteriormente convertida na Lei n. 8.880/1994, impedindo a aquisição do direito ao índice postulado. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ementas:

“Administrativo. Servidor público. Reajuste de 47,94%. Lei n. 8.676/1993. Não-existência de direito adquirido.

1. Não é devido aos servidores públicos federais o reajuste de 47,94%, na forma da Lei n. 8.676/1993, face à incidência da MP n. 434, de 27.02.1994, que modificou a política salarial dos servidores públicos federais, em vigor antes do transcurso do período aquisitivo à pretendida reposição.

2. Decisão plenária do STF na ADIn n. 1.614-8/MG.

3. Recurso não conhecido.” (REsp n. 200.615/AL, Relator Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ de 10.05.1999, p. 229.)

“Constitucional. Administrativo. Medida provisória. Servidor público. Resolução administrativa concessiva de reajuste de vencimento: Resoluções ns. 21/1997 e 22/1997, do TRT/24ª Região. Medidas Provisórias ns. 434, publicada em 28.02.1994; 457, publicada em 30.03.1994; 482, publicada em 28.04.1994. Lei n. 8.880, de 27.05.1994, publicada em 28.05.1994.

I - Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de outro provimento da mesma espécie, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. Precedentes dos STF: ADIn n. 1.617/MS, Ministro Octavio Gallotti; ADIn n. 1.610/DF, Ministro Sidney Sanches; ADIn n. 1.647/PA, Ministro Carlos Velloso.

II - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADIn n. 1.612-1/MS, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ de 03.04.1998, p. 1.)

Diante desse posicionamento jurisprudencial pacífico, impõe-se concluir que houve violação dos dispositivos legais apontados pelo acórdão, especialmente dos arts. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, e 21 e 39 da Medida Provisória n. 434/1994, reeditada e posteriormente convertida na Lei n. 8.880/1994, ao deixar de rescindir decisão que concedera o reajuste em referência. Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente:

“Processual Civil. Ação rescisória. Recurso especial. Servidor público federal. Lei n. 8.676/1993. MP n. 434/1994. Lei n. 8.880/1994. Reajuste de 47,94%.

I - Em 28 de fevereiro de 1994, antes, portanto, de se verificar o período aquisitivo previsto na Lei n. 8.676/1993 — março de 1994, o reajuste pleiteado com base na variação do IRSM — no percentual de 47,94% — foi expressamente extinto pela MP n. 434/1994, reeditada, sucessiva e tempestivamente, pelas Medidas Provisórias ns. 457/1994 e 482/1994, tendo sido esta convertida na Lei n. 8.880/1994. Precedentes.

II - É entendimento pacífico desta Corte Superior e do Pretório excelso que os servidores públicos federais não têm direito ao reajuste de 47,94%, estabelecido pela Lei n. 8.676/1993.

Recurso especial conhecido e provido”. (REsp n. 346.766/PB, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 24.02.2003, p. 268)

Nos termos expostos, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe* provimento. Por conseguinte, julgo procedente o pedido para rescindir o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região nos autos do Apelação Cível n. 124.668/CE. Determino a inversão do ônus da sucumbência.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 700.957 — SP (2004/0146125-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Luciano dos Santos Martins

Advogada: Vera Lúcia de Souza Catita — Procuradoria da Assistência Judiciária

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso especial. Penal. Roubo. Pena-base fixada no mínimo. Reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis. Regime inicial fe-

chado para cumprimento da pena. Regime prisional mais gravoso. Impropriedade. Inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º do Código Penal.

1. Na esteira dos precedentes que informam a jurisprudência desta Corte, fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 05 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 06.06.2005

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por Luciano dos Santos Martins com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **c**, da Constituição Federal, em face de decisão proferida pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

O Juízo da 21ª Vara Criminal do Foro Central de São Paulo condenou o réu à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Em sede de apelação interposta pela defesa e pela acusação, o Tribunal **a quo** negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao recurso ministerial para determinar o regime prisional inicial fechado, em razão da gravidade da conduta.

Sustenta o recorrente negativa de vigência aos arts. 33, § 2º, alínea **b**, e 59 do Código Penal, alegando, em suma, que a “circunstância de tratar-se de delito de roubo, por si só, não justifica a imposição do regime mais rigoroso” (fl. 367). Requer, pois, seja fixado o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena.

Contra-razões às fls. 388/400.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 408/411, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O recurso merece prosperar.

O acórdão ora hostilizado, ao fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, utilizou-se, para tanto, dos seguintes fundamentos, **litteris**:

“[...]”

O regime mais adequado para cumprimento da pena reclusiva imposta aos sentenciados é o fechado, já que os mesmos foram condenados por roubo qualificado, observando-se as circunstâncias e as conseqüências do crime praticado, pouco importando o fato de os apelantes serem menores de idade, pois trata-se de infração repugnante que desassossega a sociedade e que causa traumas profundos em suas vítimas. Assim, deve ser levado em consideração o alto grau de periculosidade do delito praticado, consoante orientação jurisprudencial desta egrégia Câmara.” (Fl. 317)

Como se vê, o regime carcerário mais gravoso, no caso o fechado, foi imposto exclusivamente em face da gravidade do delito, malgrado tenha sido a pena-base — conforme se verifica da sentença (fls. 228/234) — fixada no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu.

Ressalte-se que a hipótese em testilha não se enquadra dentre aquelas em que a lei expressamente dispõe ser a gravidade do crime, por si só, causa para o cumprimento da pena em regime fechado, como ocorre, por exemplo, nos crimes hediondos.

Sendo assim, deveria o julgador, quando da individualização da reprimenda penal, ter observado o disposto no art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º do Código Penal, que assim dispõe:

“Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

(...)

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto.

§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

Portanto, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do condenado, a decisão que lhe impôs o regime inicial fechado de cumprimento de pena há de ser reformada para adequar a individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

A propósito, confira-se, dentre outros, os seguintes precedentes desta Corte:

“Criminal. HC. Execução. Roubo simples tentado. Regime prisional semi-aberto. Impropriamente fundamentado na gravidade do crime. Circunstâncias judiciais favoráveis. Primariedade e ausência de maus antecedentes. Direito ao regime aberto. Ordem concedida.

Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias judiciais favoráveis — como primariedade e ausência de maus antecedentes — na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de regime semi-aberto com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado.

Tratando-se de nulidade prontamente verificada, deve ser permitido o devido saneamento via **habeas corpus**. Deve ser determinado o regime aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (HC n. 24.831/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 22.04.2003)

“**Habeas corpus**. Regime inicial de cumprimento da pena. Receptação qualificada. Pena fixada no mínimo legal. Réus primários, que não possuem antecedentes. Imposição de regime mais gravoso tendo como fundamento, unicamente, a gravidade genérica do delito.

Não se tratando de crimes hediondos, a sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que

aquele que o condenado teria, em tese, direito, exige fundamentação adequada, sob pena de nulidade. A gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição de regime mais grave. Precedentes.

Ordem concedida.” (HC n. 21.560/SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 07.04.2003)

“Criminal. HC. Tentativa de extorsão. Execução. Regime prisional mais gravoso não fundamentado. Saneamento via **habeas corpus**. Direito ao regime aberto. Ordem concedida.

Se a sentença condenatória ressaltou que os pacientes possuem todas as circunstâncias judiciais favoráveis, não cabe a imposição de regime mais gravoso, sem motivação concreta.

Tratando-se de nulidade prontamente verificada, deve ser permitido o devido saneamento via **habeas corpus** para se fixar o regime aberto para o cumprimento da pena imposta aos pacientes.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (HC n. 22.910/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 10.03.2003)

A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual “se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese” (HC n. 72.315/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 26.05.1995).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao recorrente, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

É o voto.
