

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 23.04.99
EMENTÁRIO Nº 1 9 4 7 - 7

1407

02/10/98

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 227.843-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. OCTAVIO GALLOTTI
RECORRENTE: CERLEY MARIA GAUER
ADVOGADA : MARLISE SEVERO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

EMENTA: Continuidade delitativa. Correta aplicação da lei mais grave, em vigor na data dos fatos mais recentes.

Precedentes do STF: EXT 714, Pleno, DJ de 12-12-97; HC 74.250, 2ª Turma, DJ de 29-11-96; HC 77.437, 1ª Turma, DJ de 16-10-98).

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 2 de outubro de 1998.

MOREIRA ALVES

-

PRESIDENTE

Octavio GalloTTi

OCTAVIO GALLOTTI

-

RELATOR



DB

02/10/98

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 227.843-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. OCTAVIO GALLOTTI
RECORRENTE: CERLEY MARIA GAUER
ADVOGADA : MARLISE SEVERO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: Foi a recorrente condenada à pena de três anos e nove meses de reclusão, pela prática, em continuidade, do crime previsto no art. 1º, II, da Lei nº 8.137-90.

Eis o tópico do acórdão recorrido que, ao confirmar a sentença de primeiro grau, tratou da questão de direito intertemporal versada no presente recurso extraordinário:

"Referentemente à outra prefacial, onde a apelante busca a aplicação da Lei nº 4.729/65, mais benéfica, uma vez que os primeiros fatos delituosos foram praticados antes de 1990, ainda na vigência desta Lei: conforme descrito na inicial e apurado no contexto probatório, as práticas delituosas da ré tiveram início no ano de 1990 e se prolongaram durante o ano de 1991 e o ano de 1992. Portanto, a ré iniciou a sonegação fiscal

O. Galotti

sob a vigência da Lei n° 4.729/65 e manteve a prática delituosa na vigência na Lei n° 8.137/90. Tratando-se de continuidade delitiva cometida sob a vigência de mais de uma lei, sendo a posterior mais gravosa, entendo, como muito bem reconhecido na douta sentença, que esta deve ser a lei aplicada à espécie, pois, sendo as mesmas as condições de tempo, lugar e maneira de execução de todos os ilícitos e sobrevindo lei mais severa, estava a ré a saber da maior gravidade da sanção penal que recairia sobre os seus atos se ela continuasse a delinquir. Ao terminar a vigência da lei anterior, a ré não esgotou a sua conduta (para que, então, neste caso, fosse beneficiada com a sua aplicação), ao contrário, deu continuidade às suas condutas quando já em vigência lei mais severa, devendo, por isto, responder pelas sanções nela contidas. Desacolho, assim, mais esta inconformidade da ré Cerley, reformulando meu entendimento anterior em outros julgamentos." (fls. 420)

Alega-se, na petição de interposição, contrariedade ao disposto no inciso 5°, XL, da Constituição Federal, sustentando, com

Magalhães

apoio em doutrina, a irretroatividade da lei penal material mais gravosa, para assim concluir:

"Em última análise, se não violado integralmente o dispositivo constitucional invocado, é absolutamente correto afirmar que em parte o foi em razão de terem os fatos ocorridos durante a vigência das duas Leis em questão; é ainda correto afirmar quanto a excessividade da pena imposta, quer quanto a pena base, quer quanto a pena do acréscimo.

Nesse sentido:

"Pena. Critério para aumento.

Crime continuado: Cód. Penal, art. 71.

Aumento de um sexto a dois terços: O aumento varia de acordo com o número de crimes. No caso, tendo ocorrido dois crimes o aumento será de um sexto."

(STF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 18-12-92, p. 24376)

"CONTINUIDADE DELITIVA - PERCENTAGEM. A percentagem há de ser fixada considerado o número de atos praticados. Contendo o

decreto condenatório a notícia da prática diuturnas no período de dois anos, isso relativamente ao crime de estupro, mostra-se consentânea com a ordem jurídica a fixação da percentagem em um terço."

(STF, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 29-11-96, p. 47158), JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL DO STF E STJ Alfredo de Oliveira Garcindo Filho - 3ª ed. Ver. Ampl. - Curitiba: Ed. Do Autor, 1977, p. 16.

Destarte, espera e deseja a recorrente que o Colendo Tribunal Federal conheça do pedido, e, dele conhecendo reforme a decisão recorrida, para que seja a recorrente incurso nas sanções da Lei 4.729-65, estabelecendo-se a nova pena, menos gravosa, por ser de inteira JUSTIÇA." (fls. 436/7)

O ilustre Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitiu o apelo com base nas seguintes considerações:

"Com fulcro no art. 102, III, a, da CF/88 (fls. 432/437), a recorrente sustenta que o acórdão, ao

lesgalbtti

manter a condenação com base na lei mais gravosa, embora os atos imputados tenham iniciado sob a vigência de lei mais benéfica, ofendeu o art. 5º, XL da Carta Federal.

Na esteira da orientação adotada quando do exame de admissibilidade dos Resp. e Rext. nos Embargos Infringentes nº 695178210, a irresignação merece trânsito.

Assiste razão ao recorrente quanto à invocada violação ao inciso XL do art 5º da Constituição, que reza: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Se é verdade que não houve menção explícita sobre o dispositivo, não é menos verdade que o tema posto em debate circunscreve-se exatamente à retroatividade ou não da lei para, no caso dos autos, agravar a situação do réu.

Não se pode afastar o fato de que a aplicação da sanção mais gravosa no crime continuado, oriunda de lei nova, apresenta-se como novidade na doutrina. Uma corrente doutrinária, composta de respeitáveis estudiosos da matéria, através de um instituto denominado "Teoria da Ficção Legal", tem sustentado, com muita presteza, a

Levy Albtz

aplicação de lei menos benéfica aos agentes de delito continuado quando a ação delituosa iniciou-se sob a égide da lei mais antiga (*lex mitior*), e perpetuou-se esta conduta, após o surgimento da lei mais gravosa.

É o caso da Lei n° 8.137/90, que inovou na sanção penal prevista para o tipo "crime contra a ordem tributária", mantendo o mesmo tipo descritivo, mas aumentando a pena para os infratores.

Mostra-se razoável, portanto, o propalado malferimento à indigitada norma constitucional, sem embargo, por certo, dos judiciosos argumentos que amparam a decisão atacada, razão pela qual exsurge necessária a admissão do recurso para que a Corte Extraordinária dele conheça e se manifeste." (fls. 470/1)

Nesta instância, oficiou o Professor CLAUDIO LEMOS FONTELES, com o seguinte parecer:

"1. Cerley Maria Gauber interpõe recurso extraordinário contra acórdão prolatado pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por votação unânime, negou provimento ao apelo e manteve a condenação pela prática de crimes

previstos no art. 1º, II, in fine, da Lei 8.137/90 combinado com o art. 71, caput, do Código Penal (fls. 416/422).

2. Sustenta o recorrente que o acórdão combatido (fls. 416/422) violou o artigo 5º, XL da Carta Magna, ao permitir que fosse a ré incurso nas sanções da Lei Penal nº 8.137/90 mais gravosa do que a Lei 4.729/65, também vigente à época dos fatos, com a conseqüente aplicação da pena mais pesada.

3. Preliminarmente, cumpre ressaltar que o fato de não ter havido menção explícita, no acórdão recorrido, do dispositivo constitucional afrontado, não caracteriza a falta de prequestionamento, visto que o tema debatido circunscreve exatamente à retroatividade ou não da lei para, in casu, agravar a situação do réu, assim, invocada está, a violação ao inciso XL do art. 5º da Constituição, que diz: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

4. Segundo extrai-se dos autos, os fatos ocorreram no período de 1990 a 1992, sendo que, a prática delitiva, por omissão, teria ocorrido, sob a forma continuada, parte sob o comando da Lei 4.729/65 e parte

Levy Albtli.

sob a vigência da lei 8.137, de 29 de dezembro de 1990, tendo sido a recorrente incurso nas sanções desta última, mais gravosa.

5. Vê-se assistir razão a recorrente no tocante à pretensão de ver aplicada na espécie a lei mais favorável, por se tratar de delitos continuados, onde incidiram duas leis distintas.

6. Cumpre ressaltar, que a matéria trazida no presente habeas corpus foi recentemente analisada, mediante parecer que proferimos no HC n° 76.978, no qual sustentamos a seguinte tese:

"O crime continuado é considerado **um só crime**. Pouco importa, seja-o por 'fictio iuris'. Ora, se a situação real é de um só crime, sendo os demais havidos como **desdobramentos necessários do primeiro que deles é fundante**, não se autonomizando, portanto, os que se põem em continuação, para efeitos de incidência da norma incriminadora, **uma só e única** deve fazê-lo sobre tal situação real.

Então no caso têm-se que a Lei 8.137/90 é mais favorável que a Lei 8.212/91. *Lea, allotti*

É de se ter, pois, a ultra-atividade da lei mais benéfica no plano da continuidade delitativa, a despeito da parcela final dos ilícitos continuados ser contemplada por incidente lei posterior, mais gravosa"

7. Diante de tais circunstâncias, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do presente recurso, para que seja anulada em parte a sentença de 1º grau, quando optou pela incidência da Lex gravior, Lei 8.137/90, pois que, pelo que se vem de sustentar, a pena-base deve ser haurida do tipo previsto na Lei 4.729/65, menos gravosa." (fls. 478/80)

É o relatório. *Levy Albstti*.

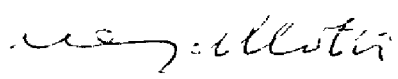
V O T O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI - (Relator):

Plenamente se harmoniza, a orientação do acórdão recorrido, com a jurisprudência do Supremo Tribunal, acerca da aplicabilidade da lei nova mais severa, em lugar da anterior, vigente quando se houvesse iniciado a continuidade delitiva. Veja-se o seguinte tópico da ementa do acórdão do Plenário, na Extradicação n° 714, de que foi relator o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

"II - Lei Penal no tempo: aplicação da lei nova, ainda que mais severa, quando o início de sua vigência é anterior à permanência ou à continuidade do fato incriminado" (DJ 12-12-97).

Da Segunda Turma, é a decisão relatada pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, no Habeas Corpus n° 74.250, de cuja ementa extraio:

"CONFLITO DE LEIS NO TEMPO - CONTINUIDADE DELITIVA. Tratando-se de continuidade delitiva, observa-se a lei em vigor na data dos procedimentos condenáveis mais recentes" (DJ de 29-11-96). 

Relatado pelo eminente Ministro ILMAR GALVÃO, perante esta Turma, foi o Habeas Corpus n° 76.680, onde ficou assentado:

"Se o paciente praticou a série de crimes sob o império de duas leis, sendo mais grave a posterior, aplica-se a nova disciplina penal a toda ela, tendo em vista que o delinqüente já estava advertido da maior gravidade da sanção e persistiu na prática da conduta delituosa." (DJ de 12-6-98)

Mais recente do que o acórdão acima aludido, apoiado no magistério de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO ("Princípios Básicos de Direito Penal", ed. Saraiva, 5ª ed., págs. 32/3) e de DAMASIO DE JESUS ("Direito Penal", vol. I, ed. Saraiva, pág. 91) é, ainda, o julgado desta Turma, conduzido por Vossa Excelência, Senhor Presidente MOREIRA ALVES, no Habeas Corpus n° 77.437, ao recordar a lição de ANIBAL BRUNO ("Direito Penal" tomo 1º, 3ª ed. Forense, pág. 258).

No tocante a alegação final de excesso na fixação do acréscimo de pena pela continuidade, é a matéria de índole

infraconstitucional, não sendo demais, entretanto, anotar que o ora recorrente se acha condenado por fatos ocorridos "milhares de vezes" (expressão da sentença, à fl. 380), durante os anos de 1990, 1991 e 1992.

Não conheço, portanto, do recurso. *Levy Albrit*

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 227.843-2

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. OCTAVIO GALLOTTI

RECTE. : CERLEY MARIA GAUER

ADVDA. : MARLISE SEVERO

RECD. : MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário.
Unânime. 1ª. Turma, 02.10.98.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Sydney Sanches.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Ricardo Dias Duarte
Coordenador