

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS 76.382 – MG

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Velloso*

Pacientes: *Camilo de Lelis Pereira e Roberto Wagner Amaral Gomes*

Impetrante: *Augusto Jacob de Vargas Netto*

Coator: *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

*Penal. Processual penal. Habeas corpus. Sonegação fiscal. Denúncia: alegação de inépcia. Continuidade delitiva. Lei penal no tempo. Lei nova mais severa. Perícia contábil. CP, art. 71. Lei nº 4.729/65. Lei nº 8.137/90.*

I - Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP.

II - Se vários delitos em continuação foram cometidos na vigência da Lei nº 4.729/65, mais branda, e um cometido quando vigente a Lei nº 8.137/90, mais severa, aplica-se esta última. Precedente do STF: Extradicação nº 714/Rep. Italiana.

III - A falta de perícia contábil no crime de sonegação fiscal não impede o curso da ação penal, se os demonstrativos fiscais e os demais elementos existentes nos autos são suficientes para comprovar a materialidade do delito e a sua autoria.

IV - HC indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, indeferir o *habeas corpus*, vencido o Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem, nos termos enunciados no voto de Sua Excelência.

Brasília, 29 de setembro de 1998 - Néri da Silveira, Presidente - Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Camilo de Lelis Pereira e Roberto Wagner Amaral Gomes*, sócios proprietários da empresa "*Frigomax Frigorífico Máximo Indústria e Comércio Ltda.*", em que se alega que os pacientes, condenados pelo Juízo da 4ª Vara Criminal de Belo Horizonte/MG, a 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, cada um, além de 100 (cem) dias-multa, como incursos nas penas do art. 1º, II (23 vezes) e IV (24 vezes), e art. 2º, II (3 vezes); c/c o art. 11 da Lei 8.137/90, além do art. 71 do

Código Penal, recorreram ao Egrégio Tribunal de Justiça que, pela sua 3ª Câmara Criminal, deu provimento parcial ao recurso para transformar em aberto o regime semi-aberto de cumprimento da pena, mantida, quanto ao mais, a sentença.

Sustenta o impetrante que a denúncia é inepta, porque os atos atribuídos aos pacientes foram praticados anteriormente à entrada em vigor da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Foram, assim, os pacientes condenados com ofensa ao art. 5º, XXXIX, da Constituição, que estabelece que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Invoca lição de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, no sentido de que “A lei posterior que, mantendo a incriminação do fato, agrava a situação do réu, em caso algum retroage”, acrescentando que:

“Se a lei posterior, mantendo a incriminação do fato, favorece o agente, o CP vigente distingue: se se trata de cominação de pena menos rigorosa, retroage a lei nova integralmente, mesmo que já exista sentença passada em julgado.”

Salienta que, mesmo que os fatos praticados estivessem definidos em lei anterior, não se poderia aplicar a lei nova, uma vez que ela agrava a situação dos pacientes. Enquanto a Lei 4.729/65 impunha aos crimes nela previstos a pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção, a lei nova — Lei 8.137/90 — impõe pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Alega, ainda, o impetrante que não foi feita perícia técnica, indispensável à constatação da materialidade do delito.

Na verdade, afirma o impetrante, os pacientes se viram condenados pela simples “informação prestada por fiscais da Secretaria de Estado de Fazenda”.

Requer, por isso, a concessão de liminar para que “ainda que seja reconhecida a validade do mandado de prisão, seja *suspense o seu andamento* até ulterior decisão do presente *writ*”.

No mérito, pede seja concedida a ordem para anular “a decisão proferida pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e, por conseguinte, todo o processo”.

A medida liminar foi indeferida (fl. 51).

Vieram aos autos as informações prestadas pelo eminente Desembargador Relator da apelação no TJ/MG, em que esclarece a propósito do presente *habeas corpus*:

“Atendendo solicitação formalizada através do OF nº 2032/R, de 02.12.97, desse Colendo Supremo Tribunal Federal, informo a Vossa Excelência que a Apelação



Criminal Nº 73.093-7, da Comarca de Belo Horizonte, sendo Apelantes Camilo de Lelis Pereira e Roberto Wagner Amaral Gomes, agora Pacientes no *HC* em referência, impetrado perante essa Suprema Corte, foi julgada em 25.03.97 por esta Egrégia Terceira Câmara Criminal, sendo eu o Relator.

Deu-se provimento parcial para, tão somente, mudar o regime prisional de semi-aberto para aberto. A sentença de Primeiro Grau, na sua essência, não mereceu reparos, pelas razões expostas no v. acórdão cuja cópia remeto-lhe, em anexo, bem como o parecer da douta Procuradoria de Justiça." (Fl. 56).

Oficiando às fls. 86/88, o Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral Edinaldo de Holanda Borges, opina no sentido do indeferimento do pedido.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Sustenta a impetração:

- a) a nulidade do processo, por inépcia da denúncia;
- b) ofensa ao princípio da reserva legal, porque os fatos delituosos que ensejaram a condenação dos pacientes teriam sido praticados, em sua quase totalidade, antes da vigência da Lei 8.137/90;
- c) não-realização de perícia nos documentos fiscais tidos como irregulares.

Relativamente à primeira questão, vê-se, pela leitura da denúncia, juntada, por cópia, às fls. 9/14, que a referida peça, ao contrário do afirmado, é minuciosa e atende aos requisitos do art. 41 do CPP. Ademais, a ação penal está julgada. Essa matéria está, pois, preclusa.

Quanto à segunda questão, o bem elaborado voto, da lavra do eminente Desembargador Kelsen Carneiro, condutor do acórdão proferido na apelação criminal interposta em favor dos ora pacientes, afasta a alegação de ofensa ao princípio da reserva legal. Destaco do referido voto:

"Quanto ao argumento no sentido de que foi vulnerado o princípio da reserva legal, em razão das condutas incriminadas terem sido realizadas antes da vigência da Lei 8.137/90, não merece prosperar.

Em primeiro lugar há que se ter em mente que, mesmo que todas as condutas incriminadas tivessem sido

praticadas antes da vigência do referido diploma legal, ainda assim, não estaria sendo ferido o citado princípio, uma vez que tais condutas já encontravam adequação típica na Lei 4.729/65.

Acontece que um dos delitos que compuseram a série de crimes, cometidos de forma continuada, foi praticado sob a égide da Lei 8.137/90, mais precisamente em 04.02.91 (fls. 51). Esta lei, embora mais grave, é a que deve ser aplicada, pois, como é de sabença comum, em sede de crime continuado, se o agente praticou a série de crimes sob o império de duas leis, sendo mais grave a posterior, aplica-se a lei nova, tendo em vista que o delinqüente já estava advertido da maior gravidade da *sanctio juris*, caso continuasse a conduta delituosa." (Fls. 63/64)

Ensina DAMÁSIO DE JESUS que, no caso de lei nova mais severa, "intermediando os delitos continuados, aplica-se a lei mais gravosa". (DAMÁSIO DE JESUS, *Código Penal Anotado*, Saraiva, 1977, p. 203).

É esse também o entendimento do Min. Assis Toledo:

"Nos crimes continuados, se a nova lei intervém no curso da série delitativa, só se pode aplicar a lei nova — se mais grave — ao segmento da série continuada ocorrido durante a sua vigência, caso os fatos anteriores sejam impuníveis pela lei da época. Se os fatos anteriores já eram punidos, tendo ocorrido somente a agravação da pena, aplica-se, em princípio, salvo hipótese adiante examinada, o critério da lei nova a toda a série delitativa, pois, no crime continuado, tanto se considera momento da ação o do primeiro fato parcial quanto o do último. O agente que prosseguiu na continuidade delitativa após o advento da lei nova tinha possibilidade de motivar-se pelos imperativos desta ao invés de persistir na prática de seus crimes. Submete-se, portanto, ao novo regime, ainda que mais grave, sem surpresas e sem violação do princípio da legalidade." (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de Direito Penal*, 4ª ed., Saraiva, 1991, pp. 32/33).

MIRABETE não entende de maneira diversa. Diz ele em seu *Manual de Direito Penal*.

“Nos crimes permanentes como o seqüestro, extorsão mediante seqüestro, rapto etc., tanto a ação como a consumação se prolongam no tempo, uma vez que o agente continua privando de liberdade a vítima (item 3.6.4). Assim, sobrevindo lei nova mais severa durante o tempo da privação da liberdade, a *lex gravior* será aplicada, pois o agente ainda está praticando a ação na vigência da lei posterior. O mesmo ocorre no caso do crime continuado (item 1.2.3), em que dois ou mais dos delitos componentes forem praticados durante a vigência da lei posterior mais severa.” (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, vol. 1, 8ª ed., Atlas, 1994, p. 70).

ANÍBAL BRUNO não destoa desse entendimento:

“No crime continuado, se os fatos já eram incriminados pela lei anterior, a lei nova simplesmente modificadora, ainda que desfavorável, se aplica a toda a linha do comportamento do agente, que se apresenta como um conjunto unificado” (ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, tomo 1º, Forense, 1959, p. 258).

O Plenário desta Corte, na Extradicação nº 714/República Italiana, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, endossou esse entendimento, ficando o acórdão assim ementado:

“EMENTA: I. Extradicação: deferimento que independe, no sistema belga a que filiado o direito extradicional brasileiro, de qualquer juízo sobre a procedência das acusações em que se funda o pedido.

II. Lei penal no tempo: aplicação da lei nova, ainda que mais severa, quando o início de sua vigência é anterior à cessação da permanência ou da continuidade do fato incriminado.” (DJ12-12-97)

Quanto à não-realização de perícia, o acórdão impugnado acentuou com precisão a sua irrelevância, no caso.

Está no voto do ilustre Desembargador Relator:

“No presente caso, a extensa documentação juntada aos autos constitui prova bastante para a condenação. O minucioso e detalhado levantamento feito pelo fisco estadual demonstra que os apelantes aproveitavam créditos “frios” de ICMS, oriundos de notas fiscais



emitidas pela *Friigo Tok Ltda*, uma empresa “fantasma”. Ficou comprovado, ainda, que, objetivando o não pagamento da substituição tributária devida, a empresa dos réus promoveu saída de mercadorias mencionando notas fiscais que os acobertavam destinatário diverso. Conforme demonstra a declaração vista em cópia às fls. 52, os apelantes inseriram, falsamente, nos documentos fiscais de fls. 46/51, como destinatária a empresa Coroa Alimentícia Distribuidora Ltda localizada no Estado do Rio de Janeiro, quando, na verdade, o real destino das mercadorias constantes dos referidos documentos eram diversos estabelecimentos varejistas localizados em nosso Estado.

O fato de não ter sido realizada perícia para comprovar a materialidade dos crimes perpetrados pelos apelantes é inteiramente irrelevante no caso em foco. É que os crimes de sonegação fiscal, via de regra, são comprovados pelos documentos oficiais do fisco, que gozam de presunção de veracidade que, na espécie, não foi elidida pela defesa.

Conforme precedente do STJ trazido à colação pelo Ministério Público em suas excelentes e bem elaboradas contra-razões.

‘(...) O detalhado levantamento feito pelo fisco estadual, com referências a números de notas fiscais, datas da respectiva emissão, valores constantes da primeira e da via fixa, diferenças de valores lançados e montante do tributo não recolhido, é documento oficial, goza de presunção *iuris tantum* de veracidade e, por isso, bem se presta, até prova em contrário, como comprovante da sonegação’ (STJ, HC 1.207/SP, Rel. Min. Assis Toledo, *Rev. do Sup. Trib. Just.*, Brasília, A.3 (27): 65.132, novembro de 1991).”

O que deve ser entendido é que, nos delitos de sonegação fiscal, a falta de inquérito policial e de perícia contábil não impedem o curso da ação penal. Desde que existam elementos outros, a perícia torna-se dispensável. Evidentemente que isso deve ser avaliado em cada caso.

Aqui, conforme salientado no acórdão, os demonstrativos fiscais e os demais elementos de prova existentes nos autos foram suficientes para comprovar a materialidade do delito e a sua autoria.

Do exposto, indefiro o *writ*.

## EXTRATO DA ATA

HC 76.382/MG — Relator: Ministro Carlos Velloso. Pacientes: Camilo de Lelis Pereira e Roberto Wagner Amaral Gomes. Impetrante: Augusto Jacob de Vargas Netto. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Decisão: Após o voto do Ministro Relator indeferindo o *habeas corpus*, o julgamento foi adiado em virtude de pedido de vista do Ministro Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 2 de junho de 1998 - Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

### VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Senhor Presidente, trago meu voto no HC nº 76.382/MG, da relatoria do Min. Carlos Velloso.

I - Acompanho o voto do eminente Relator quanto a duas das três alegações deduzidas pelo impetrante em favor dos pacientes: não há que se falar em inépcia da denúncia porque eventuais nulidades nela contida foram absorvidas pela sentença condenatória e, segundo, porque era despcienda a realização do exame de corpo de delito, tendo em vista que o próprio corpo de delito foi aos autos do processo-crime, na forma de documentos.

II - Passo ao exame da terceira alegação, relativa à aplicação retroativa da lei penal mais grave.

1. Cada um dos pacientes, sócios da empresa FRIGOMAX - Frigorífico Máximo Indústria e Comércio Ltda., foi condenado às penas de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto, e de 100 (cem) diárias como incurso nas sanções do artigo 1º, II (23 vezes) e IV (24 vezes), e do artigo 2º, II (3 vezes), combinados com o artigo 11, todos da *Lei nº 8.137, de 27-12-90*, e com o artigo 71 do Código Penal, ou seja, por *crimes contra a ordem tributária* praticados em continuidade delitiva no *período de outubro de 1990 a fevereiro de 1991*.

2. A alegação do impetrante envolve questão de direito intertemporal: os primeiros ilícitos foram praticados em outubro de 1990, quando vigia a *lex mitior* — art. 1º da Lei nº 4.729, de 14-7-65 (*crime de sonegação fiscal*), cominando pena de “*detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa*” —, e os últimos quando já estava em vigor a *lex gravior* — artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27-12-90 (*crimes contra a ordem tributária*), cominando pena de “*reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa*” (artigo 1º), e de “*detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa*” (artigo 2º).

3. A sentença optou pela retroatividade da *lex gravior*, tendo o Tribunal coator, ao confirmá-la nesta parte, entendido que “*esta lei, embora mais grave, é*



que deve ser aplicada, pois, como é de sabença comum, em sede de crime continuado, se o agente praticou a série de crimes sob o império de duas leis, sendo mais grave a posterior, aplica-se a lei nova, tendo em vista que o delinqüente já estava advertido da maior gravidade da *sanctio juris*, caso continuasse a conduta delituosa" (fls. 41/42).

4. O eminente Relator está apoiado na doutrina de DAMÁSIO DE JESUS, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, JULIO FABBRINI MIRABETE, ANÍBAL BRUNO e no precedente da Extradicação nº 714/República Italiana, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, in *DJ* de 12-12-97 e Ementário 1.895-1-94, o qual, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, fez o seguinte acréscimo, *in verbis*:

"Correto igualmente o parecer, no tocante à questão de direito intertemporal que suscita: tanto aos crimes permanentes – como os de associação para delinqüir – quanto aos crimes continuados – quais os que são objeto dos itens 5 e 8 das imputações – aplica-se a lei nova, se a sua entrada em vigor ainda lhes alcança a permanência ou a continuidade em curso (cf., v.g., ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, 1956, I/266). Não há, pois, defeito formal em que a legislação italiana que instrui o pedido seja posterior ao início das condutas delituosas atribuídas ao extraditando para que este responda às acusações enumeradas nos relatórios (n.ºs. 1, 4, 5 e 8, do decreto de prisão preventiva): é o meu voto."

Entretanto, observo que a doutrina e o precedente mencionados no voto do Min. Carlos Velloso *examinaram a questão à luz de princípios de direito penal instituídos pela legislação infraconstitucional, sendo importante observar que nenhum deles se refere, minimamente e sequer de passagem, ao ordenamento constitucional, que tenho como essencial para o desate da questão posta, porque a matéria tem assento no direito constitucional brasileiro desde os seus primórdios.*

5. A Constituição imperial de 25 de março de 1824, já dispunha no artigo 179, nº 11, que *ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita.*

A primeira Constituição republicana, de 21 de fevereiro de 1891, manteve o dispositivo no seu artigo 72, § 15, apenas melhorando o vernáculo: *ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.*

A Carta de 16 de junho de 1934 manteve o preceito com alteração de redação: *ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita* (artigo 113, nº 26).

A Carta de 10 de novembro de 1937, afrontando o seu ideário, foi além das anteriores: *as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores* (artigo 122, nº 13).



A Constituição de 1946 assegurou no artigo 141 que *ninguém será processado nem sentenciado senão (...) na forma da lei anterior* (§ 27) e que *a lei penal (...) só retroagirá quando beneficiar o réu* (§ 29).

A Carta de 1967 estabeleceu no artigo 150, § 16, que *a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.*

A Carta de 1969 repetiu a norma no artigo 153, § 16, com alteração de redação: *a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.*

Finalmente, o artigo 5º da atual ordem constitucional preceitua que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* (inc. XXXIX) e que *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu* (inc. XL).

Em suma, há mais de 164 (cento e sessenta e quatro) anos todas as Constituições brasileiras vêm dizendo que em hipótese alguma alguém poderá ser apenado com base em lei posterior ao fato, salvo se a lei nova beneficiar o réu.

6. Para resolver este conflito de leis penais no tempo, considero, em primeiro lugar, que as condutas dos pacientes foram tidas como praticadas em continuidade delitiva (CP, artigo 71, *caput*), de forma que devem ser consideradas, por ficção do legislador, como **um único crime**.

Esta situação exige opção por uma das duas expectativas possíveis: *retroatividade* da *lex gravior* ou *ultra-atividade* da *lex mitior*, vez que não se pode cogitar de aplicar duas penas diferentes, uma para cada momento em que **um mesmo crime** foi praticado.

7. De minha parte entendo, em que pesem respeitáveis posições em contrário, que a única solução possível para o caso de crimes praticados em continuidade delitiva, em cujo espaço de tempo sobreveio lei nova mais grave, é a aplicação da lei anterior — *lex mitior* — mesmo forçado a admitir a sua ultra-atividade, que vejo implicitamente admitida na Constituição, e assim entendo por uma singela razão: a Constituição determina que *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu* (artigo 5º, XL).

Já tive oportunidade de externar este entendimento no voto que proferi no HC nº 76.978/RS, da minha relatoria, que se encontra com vista ao Min. Carlos Velloso.

III – Senhor Presidente, reconheço que este meu entendimento, quanto à aplicação da *lex mitior*, no caso de superveniência de *lex gravior* no curso da prática de crime continuado, é solitário.

Alinha-se a ele o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, como se verifica nos pareceres que deu no HC nº 76.978/RS, da minha relatoria, e no RE nº 227.843/RS, da relatoria do Min. Octavio Gallotti.

No mais, a antiga jurisprudência do Tribunal é uníssona no sentido do voto do Min. Relator Carlos Velloso: Extr 714/República Italiana, Rel. Min.

Sepúlveda Pertence, in *DJ* de 12-12-97; HC n° 76.680/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, in *DJ* de 12-6-98.

IV - Ante o exposto e ressaltando meu ponto de vista contrário à jurisprudência do Tribunal, à qual me submeto, acompanho o voto do Min. Carlos Velloso e também indefiro a ordem impetrada.

#### VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, cada vez mais me convenço da correção da decisão do Plenário.

Imagine-se a seguinte hipótese: estão em desenvolvimento determinadas ações que caracterizam-se como crime em um determinado momento do tempo; posteriormente, advém uma lei nova e tipifica um novo crime, cuja conduta vem a ser praticada já na vigência dessa lei.

Houve o novo tipo penal e o agente continua a praticá-lo.

Tendo em vista o CP, art. 71, caracteriza-se o crime continuado:

“Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

Então, veja V. Exa.: entrando em vigor nova lei que fixa um tipo penal específico e que tenha similitude com os crimes anteriores e onde se dá a continuidade delitiva, evidentemente, tem-se de aplicar a lei penal vigente ao tempo da prática do delito.

Se negássemos essa possibilidade, não haveria continuidade delitiva.

Haveria um concurso material e não continuidade delitiva, o que viria em prejuízo do réu.

Acompanho o Sr. Ministro Relator de acordo com a orientação do Plenário

#### VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, veja V. Exa. como é difícil votar, na dinâmica, em si, dos julgamentos, pelo que se ouve, pelo que se reflete de imediato, considerado o voto proferido pelo Relator.

Antes do início da sessão, mostrava-me o Senhor Ministro Carlos Velloso o precedente do Plenário, e asseverou S. Exa. que teria contado com meu voto.



Afirmei peremptoriamente que não, que jamais enfrentei essa matéria. E agora S. Exa. trouxe o rol daqueles que estavam no Plenário no dia do julgamento e dele consta o meu nome.

Tenho convencimento que coincide com o do Procurador Cláudio Fonteles e, também, com a convicção do Magistrado Maurício Côrrea. O princípio constitucional da irretroatividade da lei mais gravosa não sofre temperamento em face da edição de lei ordinária.

E digo mais: no artigo 71 do Código Penal, que rege a continuidade delitiva, tem-se a homenagem ao princípio da irretroatividade, porque somente em um caso é que se prevê a observância, como base do aumento de um sexto a dois terços decorrentes da continuidade, da pena mais grave. Seria na hipótese de ocorrência de crime após a edição de uma lei que exacerbe a pena? A resposta é desenganadamente negativa. A cabeça do artigo 71 apenas contempla seja aplicada a pena mais grave quando os crimes são diversos, têm definição diversa. Está no artigo 71:

“Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (...) – ou seja, essa continuação retratada no artigo diz com o crime inicialmente praticado, tal como na definição legal – (...), aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes (...)”

Vamos aplicar a pena do crime posterior para levar os anteriores em consideração a fim de proceder ao aumento? Não. A ordem natural das coisas direciona no sentido de tomar-se, como base de incidência da percentagem concernente ao acréscimo da continuidade, a pena prevista para o primeiro crime praticado. Refere-se o artigo, então, à exceção:

“(...) se idênticas, ou a mais grave (...)”

Isto quanto à retroatividade da lei? Não, porque vedada pela Carta da República. No tocante à expressão “ou a mais grave”, empresto ao texto legal ordinário interpretação consentânea com a Carta da República, e não o contrário, e entendo-a pertinente quando se está diante de crimes diversos da mesma espécie.

Em síntese, até mesmo a ordem natural das coisas, que tem força insuplantável, direciona no sentido de partir-se, como base para a incidência do acréscimo, da pena prevista para o primeiro crime praticado, e esta pena é majorada de um sexto a dois terços.

Diante desse quadro, formo com o Ministro Maurício Corrêa e também com o Procurador da República, Professor de Processo Penal, Dr. Cláudio Fonteles. Estando em questão a liberdade do homem, peço a compreensão de todos para não me comprometer nem mesmo com o meu próprio erro ao votar no Plenário. Concedo a ordem, concluindo que deve ser observada como pena-base, a sofrer o acréscimo decorrente da continuidade, aquela prevista na legislação pretérita.

É como voto no caso dos autos.

#### VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Sr. Presidente, peço licença ao Sr. Ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto do eminente Ministro Relator.

Vejo uma dificuldade realmente invencível. De fato, ou consideramos a ocorrência de concurso material dos crimes, de tal maneira que os ocorridos na vigência da lei mais benigna sejam por ela apenados, e, se couber a continuidade delitiva, processe-se esta, nos termos daquela e com base na pena mais que grave nela prevista; operando-se, à sua vez, o concurso material dos crimes da mesma espécie, ocorridos, entretanto, na vigência da lei mais que grave, segundo esta, e também aí, se couber a continuidade delitiva, relativamente à série de delitos já perpetrados na vigência da lei mais grave, o cálculo da pena deve se fazer de acordo com o previsto para a Lei nº 8.137.

A meu ver, essa solução, entretanto, que é uma das alternativas, não convém ao réu, quanto ao concurso material. Os crimes ocorreram na vigência de leis que estabelecem penas diversas. Penso que a melhor solução ainda será aplicar o critério geral: sendo diversas as penas, toma-se a pena mais grave e se estabelece o acréscimo da continuidade delitiva, do que sempre resultará benefício em favor do réu, ou seja, um total menor de pena, em confronto com a hipótese de concurso material, com a aplicação das duas penas, tendo em conta cada série de delitos e aos períodos respectivos de vigência de cada lei.

#### EXTRATO DA ATA

HC 76.382/MG – Relator: Ministro Carlos Velloso. Pacientes: Camilo de Lelis Pereira e Roberto Wagner Amaral Gomes. Impetrante: Augusto Jacob de Vargas Netto. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Decisão: Por maioria, a Turma indeferiu o *habeas corpus*, vencido o Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem, nos termos anunciados no voto de Sua Excelência.

Presidência do Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 29 de setembro de 1998 – Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.