





**HABEAS CORPUS N. 12.688 – MS**

(Registro n. 2000.0026050-9)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini  
Impetrantes: Denise da Silva Viegas e outro  
Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul  
Paciente: Denilco Antunes da Silva (preso)

**EMENTA:** Penal – Dosimetria – Incidência de atenuante – Impossibilidade de redução da pena-base abaixo do mínimo legal – Regime de cumprimento de pena – Art. 59 do CP – Plena observância.

– A dosimetria da pena aplicada ao réu não merece reparos. Com efeito, a pena-base foi fixada no mínimo legal de 4 (quatro) anos e sofreu o aumento de 1/3 em razão da incidência da qualificadora – plenamente configurada – prevista no § 2º, I, do art. 157 (ameaça exercida com emprego de arma).

– Quanto à possibilidade de se estabelecer a pena-base (ressalte-se que no caso foi fixada no mínimo) em razão das atenuantes, abaixo do mínimo legal, tanto nesta Corte quanto no Supremo Tribunal Federal, pacificou-se o entendimento de sua inviabilidade. Tal questão, como alertado pelo ilustre Ministro Felix Fischer, é incompatível com o princípio da legalidade formal. E isto porque a previsão do art. 62 do Código Penal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena “não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena-base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo” (cf. REsp n. 156.432-RS, DJ de 18.10.1999).

– Em razão disso, a egrégia Terceira Seção desta Corte, editou a Súmula n. 231, que diz: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

– Por outro lado, no que concerne à determinação do tipo de regime em que a pena será cumprida, o *writ*, também, não merece ser acolhido. O regime inicial de cumprimento de pena é resultado de uma operação realizada pelo magistrado, onde se leva em consideração não só a quantidade da pena estabelecida, mas, também, a

culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, seus motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, além do comportamento da vítima (previsão do art. 59, CP).

– Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 3 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

---

Publicado no DJ de 5.3.2001.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se **habeas corpus** impetrado por Denise da Silva Viegas e Júlio César Borges dos Santos em favor de Denilco Antunes da Silva, em face de decisão proferida pela egrégia Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que, por unanimidade, negou provimento a recurso de apelação interposto pelo paciente, recebendo o julgado a seguinte ementa (fls. 95/96):

“Ementa: Apelação criminal. Réu condenado por roubo e aumento de pena do emprego de arma. Réu confesso que pede pena menor alegando tratar-se de mera tentativa, reclamando também contra o regime fechado, pedindo reconhecimento de crime tentado e regime aberto. Réu que armado de revólver, invade um estabelecimento comercial, rouba o dinheiro e sai ferido no pé, por ter disparado acidentalmente contra a sua própria pessoa. Dinheiro não recuperado. Crime consumado. Pena aplicada no mínimo e aumentada do mínimo. Provimento negado.

Não se admite como tentado o crime de roubo com emprego de arma, se o dinheiro roubado jamais foi recuperado, e o réu foi preso

em local diferente de onde cometeu o roubo por policiais que acudiram as vítimas.

Não há como reduzir pena fixada no mínimo e aumentada no mínimo, mesmo que o réu tenha confessado, no inquérito e em juízo, a prática do crime.”

Sustentam os Impetrantes que o Paciente, condenado como incurso no art. 157, § 2<sup>a</sup>, inc. I, do Código Penal, às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, confessou, espontaneamente, a prática do crime, tanto na fase do inquérito quanto na fase judicial sendo que esta circunstância atenuante não foi considerada pelo Juiz, que poderia, inclusive, determinar a fixação da pena-base (4 anos), abaixo do mínimo. Alega, também, que os processos criminais e inquéritos a que responde o Paciente não podem ser considerados para efeito de antecedentes, motivo pelo qual o regime deveria ser modificado de fechado para semi-aberto.

Dessa forma, pretendem a concessão da ordem para que, mantida a sentença, seja anulada a segunda etapa da fixação da pena, considerando-se a atenuante da confissão espontânea, assegurando-se o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Solicitadas as informações de praxe, estas vieram às fls. 63/64.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 103/106, opina pela denegação da ordem sob o fundamento de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal e que a consideração de maus antecedentes para a fixação do regime fechado foi correta.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, a presente ordem visa, em suma, à redução da pena aplicada ao Paciente. Alega que a incidência da atenuante obrigatória da confissão espontânea pode reduzir a pena-base abaixo do mínimo legal, adequando-se coerentemente o regime de cumprimento da pena.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2<sup>a</sup>, inc. I, do Código Penal, às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro)

meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática de roubo (com uso de arma de fogo) em interior de estabelecimento comercial.

A fixar a reprimenda, o Magistrado de 1ª grau asseverou:

“Também não há que se falar na atenuante da confissão espontânea do art. 65, III, d, do Código Penal, pois inexistente espontaneidade quando a confissão ocorre após a prisão (RT 640/336).

Diante do exposto, julgo procedente a denúncia para condenar o acusado Denilco Antunes da Silva, retroqualificado, como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, não vislumbrando circunstância que exclua o crime ou isente a pena.

Não obstante a primariedade, o acusado possui péssimos antecedentes (fl. 91).

Considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena no mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão, aumentando-a em 1/3 (um terço), em face da qualificadora cogitada na denúncia, *tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, com início de cumprimento no regime fechado, em razão dos maus antecedentes já referidos.*”

A sentença foi mantida, em sua íntegra, pelo Tribunal **a quo**, com base nos seguintes argumentos:

“O Apelante é confesso no inquérito e em juízo. Como se não bastasse isso, a vítima, proprietária da padaria, Paula Francinete Ramalho Bezerra, e a sua auxiliar, Sueli Vilela dos Santos, reconheceram, no inquérito e em juízo, o Apelante como autor do crime. Portanto, nenhuma dúvida existe em relação à autoria.

A defensora pública aduz que o juiz não atendeu ao alegado nas derradeiras manifestações, de que se tratava de crime tentado. A alegação é evidentemente graciosa, visto que o Apelante, depois de roubar o dinheiro, mesmo ferido no pé direito, conseguiu sair do local mancando e ganhar alguma distância; não foi impedido ou molestado por quem quer que seja e, quando preso, passado algum tempo, alegou que o dinheiro roubado tinha sido atirado à calçada e que foi pego por terceiros.

O crime se consumou com o desaparecimento do dinheiro, que

jamais foi recuperado, e quem deu causa a esse desaparecimento foi o Apelante.

Além do mais, entre o momento do roubo e o da prisão, o Apelante teve a posse mansa e pacífica do dinheiro roubado; portanto, trata-se de roubo consumado.

O pedido de reconhecimento da atenuante é improcedente. O juiz aplicou a pena-base no mínimo legal, e não há atenuante que autorize diminuição de pena em quantidade inferior ao mínimo de quatro anos para o roubo qualificado, já que um ano e quatro meses foi de 1/3 pelo emprego de arma.”

Como se verifica, a dosimetria da pena aplicada ao Réu não merece reparos. Com efeito, a pena-base foi fixada no mínimo legal de 4 (quatro) anos e sofreu o aumento de 1/3 em razão da incidência da qualificadora – plenamente configurada – prevista no § 2º, I, do art. 157 (ameaça exercida com emprego de arma).

No tocante à possibilidade de se estabelecer a pena-base (ressalte-se que no caso foi fixada no mínimo) em razão das atenuantes, abaixo do mínimo legal, tanto nesta Corte quanto no Supremo Tribunal Federal, pacificou-se o entendimento de sua inviabilidade. Tal questão, como alertado pelo ilustre Ministro Felix Fischer, é incompatível com o princípio da legalidade formal. E isto porque a previsão do art. 62 do Código Penal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena “*não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena-base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo*” (cf. REsp n. 156.432-RS, DJ de 18.10.1999).

Em razão disso, a egrégia Terceira Seção desta Corte editou a Súmula n. 231, que diz: “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*”

Por outro lado, no que concerne à determinação do tipo de regime em que a pena será cumprida, o *writ*, também, não merece ser acolhido. O regime inicial de cumprimento de pena é resultado de uma operação realizada pelo magistrado, onde se leva em consideração não só a quantidade da pena estabelecida, mas, também, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, seus motivos, as circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima (*previsão do art. 59, CP*).

A jurisprudência desta Corte, em consonância com a orientação do Supremo Tribunal Federal, vem entendendo que a fixação da pena no seu mínimo legal não significa, necessariamente, que o regime de cumprimento deva ser o mais brando. Nesse diapasão:

“**Habeas corpus.** Pena-base e regime prisional.

1. O entendimento jurisprudencial do STF é no sentido de que a quantificação da pena-base no mínimo legal não impõe necessariamente o regime prisional mais brando, apesar da identidade de critérios legais de aplicação daquela e fixação deste (Código Penal, arts. 33, § 3º; 59 e 68), apresentando-se a gravidade do crime e a periculosidade do agente, como constatações aptas a autorizar a preterição do regime semi-aberto para o fechado, premissa que, com maior razão, se aplica ao caso concreto, haja vista ter sido a pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão de não serem todas as circunstâncias judiciais favoráveis aos pacientes.

2. Ordem negada.” (HC n. 10.058-SP, Rel. Ministro Vicente Leal, DJU de 21.2.2000).

Ademais, como se depreende dos autos, as circunstâncias do crime, bem como a natureza do delito, além da vida pregressa do ora paciente e da pena final estabelecida pela sentença, mantida pelo Tribunal **a quo** (5 anos e 4 meses), autorizam a fixação do regime fechado em lugar do postulado regime semi-aberto. Nesse particular destaque do v. acórdão guerreado:

“..... (omissis) .....

O Apelante tem uma extensa folha de antecedentes. Há dez ocorrências, fls. 91/92, todas elas por roubo. O regime fechado é o ideal. A prática repetida de roubos à mão armada mostra ser pessoa perigosa, e não faz jus ao regime semi-aberto. Sendo a pena superior a quatro anos, regime aberto pretendido pela defensora pública é juridicamente incabível.

Diante do exposto, contrariando, em parte ao parecer, nego provimento ao recurso interposto.”

*Diante do exposto, denego a ordem.*

É como voto.



**HABEAS CORPUS N. 13.850 – SP**

(Registro n. 2000.0069427-4)

Relator: Ministro Edson Vidigal  
Impetrante: José Laurindo Sobrinho  
Impetrado: 3ª Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Paciente: José Laurindo Sobrinho (preso)

**EMENTA:** Processual Penal – Revisão criminal – Reexame das provas novas apresentadas.

1. Considerando o Tribunal a **quo** que as provas novas apresentadas na revisão criminal não abalaram os elementos de convicção que embasaram o decreto condenatório, a análise da insurgência contra o acerto da decisão resta inviabilizada, já que não se admite em **habeas corpus** a análise acurada de matéria probatória controvertida.

2. **Habeas corpus** não conhecido.

**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, não conhecer do pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 10 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

---

Publicado no DJ de 6.11.2000.

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Francisco de Assis Silva e José Laurindo Sobrinho, ora paciente, foram denunciados como incurso nas sanções do Código Penal, art. 121, § 2º, inciso 1º, c.c. art. 29.

Segundo a peça acusatória, em razão de uma desavença, Francisco já tinha tentado matar Francisco de Assis Lima.

No dia 6 de julho de 1985, na Favela Heliópolis, os dois acusados atiraram em Francisco, bem como em seu companheiro – João Ferreira de Souza, buscando assegurar a impunidade, já que ele já havia testemunhado quanto à tentativa anterior.

Entendendo pela ausência de provas suficientes, os Réus foram impronunciados pelo Juiz de 1ª grau.

Dando provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou que ele fosse julgado pelo Júri Popular, pelo qual foi, então, condenado a vinte e quatro anos de reclusão, em regime fechado.

Após o trânsito em julgado, com a confirmação do **decisum** pelo Tribunal de 2ª grau, foi ajuizada revisão criminal.

O 3º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, afastando a qualificadora do motivo torpe, diminuiu a pena para dezotoito anos de reclusão.

Sem desistir, a defesa colheu novos depoimentos em justificação criminal e entrou com novo pedido de revisão criminal.

A Corte Estadual, concluindo que as novas provas apresentadas não foram suficientes para abalar os elementos de convicção que lastrearam o decreto condenatório, indeferiu o pedido.

Daí a impetração deste **habeas corpus**.

Diz o Impetrante que ninguém pode ser condenado com base em “ouvir dizer, disseram”.

Afirma que as diferenças e incertezas constantes dos depoimentos colhidos na justificação refletem a ausência de certeza a viabilizar a condenação.

Quanto à testemunha que afirmou ter sido ameaçada de morte pelo paciente, caso viesse a contar algo à polícia, asseverando o Impetrante tratar-se de “mentira deslavada”, sustenta que ela deveria ser processada por falso testemunho.

Pede a concessão do *writ*, a fim de que seja o Paciente submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, ou que seja restabelecida a sentença de impronúncia, prolatada pelo Juiz de 1ª grau em 26 de outubro de 1987.

As informações foram prestadas pela autoridade coatora, às fls. 407/485.

Manifesta-se o Ministério Público Federal pelo indeferimento do pedido (fls. 487/491).

Relatei.

### VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, o pedido não comporta análise.

Ao indeferir o pedido de revisão criminal, a Corte Estadual consignou que:

“Nenhum dos depoimentos colhidos nos autos de justificação criminal e apontados como provas novas, abalam a certeza, reconhecida em todos os julgamentos a que foi submetido, que o peticionário, conhecido como ‘Dedé Cearense’, teve efetiva participação nos fatos delituosos pelos quais foi condenado.

(...) Assim, não havendo nesta oportunidade, qualquer prova que afaste a versão inicial, acatada pelo Tribunal do Júri e confirmada em grau de apelação e de revisão criminal, e, estando, ainda, a pena criteriosamente aplicada, indeferem o pedido”.

Nesta impetração, busca-se o reexame das provas que foram apresentadas na revisão criminal, com o intuito de que seja reconhecida a ausência de certeza necessária para a condenação.

Como é cediço, não é possível a análise profunda de elementos probatórios controvertidos nesta via constitucional.

Pelo que, não conheço do **habeas corpus**.

É o voto.

---

## HABEAS CORPUS N. 14.126 – PE

(Registro n. 2000.0083274-0)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Impetrante: Emerson Davis Leônidas Gomes  
Impetrada: Câmara de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco  
Paciente: José Martiniano Teixeira Júnior (preso)

**EMENTA:** **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário – Homicídio – Pedido de exumação do corpo da vítima para exame de DNA – Cerceamento de defesa – Não-ocorrência.

1. Devidamente demonstrada na decisão do juiz a ausência de necessidade da diligência requerida pelo acusado, não há falar-se em violação ao princípio da ampla defesa.

2. Ademais, o **habeas corpus** não se presta como via adequada para a validação da pertinência ou não de diligências requeridas no curso da instrução criminal.

3. **Habeas corpus** conhecido. Pedido indeferido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 10 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

---

Publicado no DJ de 6.11.2000.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Em 16 de janeiro de 1997, na favela “Sovaco da Cobra”, em Jaboatão dos Guararapes-PE, foi encontrado o corpo de uma mulher, com dois ferimentos nas costas e com as pernas amputadas.

Ela tinha vinte e quatro anos. Era a baiana Valdelice Estrela da Silva, conhecida como “Val”.

Com respaldo em testemunhos, a Promotoria de Justiça denunciou o companheiro da vítima, o engenheiro Everson Davis Leônidas Gomes. O assassinato teria como causa a traição, ela estaria saindo com outro homem.

Alegando o enaltecimento do fato de ter sido encontrado sangue na residência do casal e que, provavelmente seria da vítima, pugnou a defesa pela realização de exame de DNA no cadáver, para a devida verificação.

Como Natalícia Reis da Silva, pessoa que faz a limpeza da residência, afirmou que o sangue lá encontrado decorreu de uma lesão que ela sofreu uma semana após o crime, o Juiz determinou que o exame fosse realizado com base numa amostra de seu sangue e o material colhido na perícia, apenas para constatar a veracidade da sua afirmação.

Sob o argumento de castração do direito de ampla defesa, foi impetrado **habeas corpus**, onde se pugnou novamente pela realização da perícia no cadáver da vítima.

Como a ordem foi negada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, veio esta nova impetração, reiterando o pedido e a fundamentação anteriormente expandida.

As informações foram devidamente prestadas pela autoridade apontada como coatora às fls. 84/104.

Manifesta-se a Subprocuradoria Geral da República pelo indeferimento do pedido (fls. 106/109).

Relatei.

## VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, não há falar-se em ofensa ao princípio da ampla defesa.

A diligência requerida pelo Paciente é totalmente desnecessária.

Como a pessoa responsável pela limpeza da residência do acusado afirmou que o sangue lá encontrado era dela, em razão de acidente doméstico que sofreu, não há qualquer justificativa a fundamentar a necessidade de exame de sangue do cadáver da vítima.

Com o bom senso e a cautela que deve possuir um magistrado, o Juiz de 1<sup>o</sup> grau determinou que o exame fosse realizado com base no sangue da secretária e no material colhido pelo Instituto de Criminalística. Assim,

verifica-se se ela realmente falou a verdade, afastando em definitivo tal fato como elemento de prova do crime; ou, caso contrário, nova análise poderá ser feita com relação ao pedido de diligência da defesa.

Ressalte-se que a decisão prolatada pelo Juiz encontra-se devidamente fundamentada:

“Ora, não há necessidade de deferir a diligência, no sentido de que seja exumado o cadáver da vítima para que se realize o exame de DNA comparativo, pois a testemunha já referida, alega que dito material foi em decorrência de uma lesão sofrida por ela.

Sendo assim, entendo que o exame de DNA deverá ser realizado na pessoa da testemunha Maria Natália Reis da Silva, uma vez, que segundo asseverou, tal material foi em decorrência de uma lesão sofrida por ela, uma semana após o crime reportado na denúncia, quando fazia a limpeza do apartamento do acusado.

Sendo assim, determino que seja feito o exame de DNA do material coletado pelo Instituto de Criminalística, no apartamento do acusado, onde deverá ser comparado com o da testemunha Maria Natália Reis da Silva, a fim de comprovar a alegação feita por ela, em seu depoimento de fls. 307/309.”

Portanto, a diligência requerida não foi deferida, mediante decisão devidamente fundamentada, por ser, pelo menos por enquanto, totalmente desnecessária.

Ademais, esta Corte Superior já firmou o entendimento de não ser possível em **habeas corpus** a avaliação quanto à pertinência ou não de diligências requeridas na instrução criminal.

A propósito:

“Recurso em **habeas corpus**. Diligências requeridas pela defesa na fase do art. 499 do CPP. Indeferimento pelo julgador, por considerá-las meramente procrastinatórias. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

O deferimento de diligências requeridas na fase do art. 499 do CPP é ato que se inclui na esfera de relativa discricionariedade do magistrado, processante, que poderá indeferir-las em decisão fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência

com a instrução do processo. Sendo essa a hipótese dos autos, não há falar em cerceamento de defesa.

Ademais, não é o **habeas corpus** o meio adequado para a verificação da conveniência ou necessidade da produção de tais provas.

Recurso desprovido” (RHC n. 9.073-MG, Rel. Min. José Arnaldo, DJ de 7.8.2000).

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

É o voto.

---

---

## RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 9.100 – SP

(Registro n. 99.0085574-4)

Relator: Ministro Felix Fischer  
Recorrente: Paulo Roberto Della Guardia Scachetti  
Advogado: Paulo Roberto Della Guardia Scachetti  
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Paciente: Mário de Moraes Carmino

**EMENTA:** Penal e Processual Penal – Recurso ordinário em **habeas corpus** – Falsidade ideológica – Justa causa.

A falsidade só adquire importância penal se for realizada com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Inocorrendo, *à vol d’oiseau*, qualquer uma destas hipóteses é de se reconhecer a falta de justa causa para a ação penal.

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, dar provimento ao recurso para trancar a ação penal. Votaram com o Relator os Srs. Ministros

Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 20 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

---

Publicado no DJ de 14.8.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegatório de *writ* que objetiva o trancamento da ação penal movida contra o Paciente pela eventual prática do delito previsto no art. 299 do CP.

No voto-condutor do v. julgado atacado tem-se:

“Denega-se, efetivamente, a ordem impetrada, já que inexistente, até aqui, o constrangimento ilegal contra o que se reclama.

A persecução penal justifica-se, sempre, à vista da notícia do evento com característica de tipicidade, cercada de razoável convicção a propósito da autoria. Bem por isso, justo há de ser o trancamento, ou a vedação da ação penal, proposta para a apuração de fato penalmente ilícito, apenas em face de indubitosa erronia a propósito da autoria mal evidenciada, ou ante a irrecusável presença de justificativa excludente da tipicidade ou de dirimente prejudicial da punibilidade.

O que não se tolera, na verdade, é a denúncia representada por alegação sem apoio em indícios ou suspeitas fundadas; o que não se recebe é a denúncia sem um mínimo de respaldo probatório, sem um mínimo de prova que patenteie não se estar diante de mera aventura judiciária. O que se rejeita, então, por tudo isso, é a denúncia destituída de prova alguma, sem um princípio, que seja, de indicação da autenticidade do que vem imputado.

Disso resulta, portanto, que apenas se clara a inoportunidade da acusação, somente se evidente a injustiça da imputação, em face dos elementos de convicção até então colhidos, se prontamente perceptível o desacerto da autoria precipitadamente conferida ao acusado, ou



inequívoca a licitude do ato por ele praticado, é que há de justificar-se a rejeição da denúncia formalmente em ordem.

Ao contrário, porém, se a fase investigatória proporciona um início de certeza, ou algum princípio de probabilidade quanto à responsabilidade do acusado; se oferece ela algum dado que justifique um ainda que incipiente julgamento da culpa dele, impõe-se a admissão da ação penal, que é o campo e cenário adequados à decisão a propósito da efetiva ocorrência, ou não, do ilícito que se apura.

No caso presente, nem mesmo o Impetrante recusa que o documento a que se alude a denúncia, contém declaração inverídica a propósito do domicílio do Paciente, alteração que teria sido lá lançada objetivando permitir o licenciamento de um veículo em local diferente daquele imposto pela legislação de trânsito.

Por isso, inquestionável, em princípio, a inverdade do teor da declaração constante do documento, aceita pelo Paciente a autenticidade da assinatura que lançou nele, saber se ele assim procedeu visando dolosamente a alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, se procedeu, ao contrário, de boa-fé, como sustenta, levado a isso por orientação de terceiros que o teriam induzido em erro, é matéria estranha ao âmbito restrito do **habeas corpus**, e que encontra, na ação penal, cenário adequado para, ao final da instrução, depois de exaustiva consideração da prova, permitir saber da procedência ou da improcedência da imputação.

Denega-se, por isso, a ordem impetrada.” (fls. 118/120).

Daí, o recurso.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento do recurso sob alegação de ausência de dano em potencial na conduta descrita na proemial acusatória.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): É claro que a conduta atribuída ao Réu-paciente se mostra antijurídica **ex vi** art. 242 do CTB. A **questio** é saber se, nos limites da **imputatio**, ela caracteriza, também, um ilícito penal. Para este é imprescindível que a conduta do agente seja voltada para o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato

judicialmente relevante. Impõe-se que se acuse o Réu de algo que indique potencialidade de evento danoso. Aliás, tem sido considerada como conduta atípica a declaração falsa em requerimento ou petição (cf. muitos julgados indicados por **J. F. Mirabete**, in Código Penal Interpretado, 1999, p. 1.616, Ed. Atlas S/A). Por seu turno, o *Parquet* se pronunciou nos seguintes termos: “A restrita narração fática não demonstrou a ocorrência de lesão de fato juridicamente relevante, nem, tampouco, comprovou a existência de dano causado pela conduta do agente. Percebe-se, pela análise dos fatos, que a intenção do Paciente era, somente, regularizar a transferência do veículo que adquiriu.

Com efeito, o delito de falsidade ideológica exige finalidade específica, qual seja, “fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar fato juridicamente relevante”. Para consumação do crime, não basta a vontade de alterar a verdade; é imprescindível a intenção de lesar, dolo específico do tipo.

Em relação ao dolo específico, assim entende **Damásio Evangelista de Jesus**:

“Entendemos, seguindo a orientação de **Asúa**, que não existem dolo específico e dolo genérico. O dolo é um só, variando de acordo com a figura típica. Nos termos da orientação, o chamado dolo com intenção ulterior (dolo específico), que em si expressa um fim, assim como o **animus** que certos delitos exigem, não são propriamente dolos com intenção ulterior, e sim elementos subjetivos do tipo...

...

Os elementos subjetivos do tipo não se referem à culpabilidade, incluindo-se no fato típico... Dessa forma, a ausência de tais elementos subjetivos enseja a atipicidade do fato.”

Assim, a mera inveracidade da declaração não tem o efeito exigido pelo elemento subjetivo do tipo, já que a conduta não é potencialmente lesiva e nem prejudica direitos ou cria obrigações.

Conclui-se, portanto, pela atipicidade do fato em face da falta de elemento subjetivo de tipo.

Desse modo, não se pode admitir que o Paciente seja submetido aos importunos de uma ação penal quando a denúncia retrata fato manifestamente atípico, justificando o trancamento da ação penal conforme pretendido.

Neste sentido já se manifestou esta colenda Corte Especial, como exemplo os seguintes arestos:

“Ementa: Penal. Processual. Falsidade ideológica. Inquérito policial. Trancamento. **Habeas corpus**.

1. A simples indicação de falsa residência do segurado, ensejando ajuizamento de ação previdenciária, não configura o crime de falsidade ideológica.

2. **Habeas corpus** conhecido; pedido deferido para trancar inquérito policial.” (HC n. 5.477-RJ, Relator Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, publ. no DJ de 6.4.1998).

“Ementa: Penal. Crime de falsidade ideológica. Documento particular. Notificação extrajudicial. Trancamento da ação penal.

1. Eventual falsidade verificada no conteúdo de notificação extrajudicial, aposta pelo notificante, não tipifica o crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP), já que referido documento não se constitui meio apto e capaz de ‘prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante’, inexistindo potencialidade de dano.

2. Recurso em **habeas corpus** provido para determinar o trancamento da ação penal.” (RHC n. 5.211-SP, Relator Min. Assis Toledo, Quinta Turma, publ. no DJ de 24.6.1996).

Por outro lado, deve-se considerar que emitir falsas declarações não é comportamento socialmente aceitável, sendo punível, inclusive, pelo próprio Código de Trânsito Brasileiro, art. 242: “Fazer falsa declaração de domicílio para fins de registro, licenciamento ou habilitação. Infração – gravíssima. Penalidade – multa”. Todavia, incluir tal conduta na esfera penal, que tem por objetivo a proteção dos bens jurídicos mais importantes da vida social, aplicando a sanções mais severas, é de extremo rigorismo.” (fls. 148/151).

Vale, ainda, destacar a ensinança de **H. C. Fragoso**, *in verbis*: “É bem de ver-se, porém, que a simples mentira não constitui o crime que ora estudamos, pois a própria lei exige que se trate de falsidade praticada em relação a fato juridicamente relevante” (in Lições de Direito Penal, PE, vol. II, p. 365, item 1.008, Ed. Forense). E, também, a de **Damásio E. de Jesus**,

ou seja: “A conduta deve incidir sobre *fato juridicamente relevante*.” (in Direito Penal, vol. 4, p. 5, 6ª ed., Saraiva).

Os fatos, restritos ao que está delineado acima, carecem, evidentemente, de alicerces que possam evidenciar a justa causa para a **persecutio criminis in iudicio**.

Voto pelo provimento do recurso, trancando-se a ação penal.

---

---

## RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 10.331 – SC

(Registro n. 2000.0071117-9)

Relator: Ministro Edson Vidigal  
Recorrente: Nelson Dalmann  
Advogado: Marco Aurélio Bertoli  
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina  
Paciente: Nelson Dalmann (preso)

**EMENTA:** Penal – Processual – Tráfico de entorpecentes – Trancamento da ação penal – Flagrante – Crime permanente – Demora na apresentação – Lei n. 6.368/1976, art. 37.

1. Por se tratar de crime permanente, é perfeitamente possível a ordem de prisão em flagrante horas depois de ter sido descoberto o armazenamento da droga na residência do acusado.

2. Auto de prisão em flagrante revestido das formalidades legais, tendo a autoridade policial esclarecido os motivos que o levaram a classificar o delito como tráfico de entorpecentes.

3. Recurso a que se nega provimento.

### 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, negar provimento ao Recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 3 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

---

Publicado no DJ de 6.11.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Mediante diligência autorizada por ordem judicial, a polícia apreendeu na casa de Nelson Dalmann 425 (quatrocentos e vinte e cinco) gramas de maconha.

Nelson não estava em casa.

Horas depois foi encontrado pela polícia em um bar. Lá, confirmou que a droga lhe pertencia e foi, então, preso em flagrante.

Pedindo pelo trancamento da ação, foi impetrado **habeas corpus**, alegando nulidade do flagrante seja porque o auto só foi enviado ao juiz no dia seguinte ao da prisão, seja porque não observado o comando da Lei n. 6.369/1976, art. 37.

A ordem foi negada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Esta é a ementa:

“Constitucional e Processual Penal. **Habeas corpus**. Auto de prisão em flagrante formal e hígido. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

“Estando o auto de prisão em flagrante formal e hígido, não há que se falar em constrangimento ilegal.”

Em recurso ordinário, aponta-se nulidade da prisão em flagrante, já que o Paciente foi preso a quilômetros de distância de sua casa, onde a droga foi encontrada, excesso de prazo no encaminhamento do auto para a autoridade judicial e ofensa à Lei de Tóxicos, já que não constou do auto a espécie do delito e as razões que levaram a tal classificação legal da conduta.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não-provimento (fls. 71/76).

Relatei.

## VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, tratando-se o armazenamento de droga de crime permanente, não há falar-se em irregularidade no flagrante, pelo fato da ordem de prisão ter sido dada ao paciente – num bar –, não obstante a droga ter sido encontrada horas antes em sua residência.

Nesse sentido:

“Recurso em **habeas corpus**. Tráfico de entorpecentes. Ter em depósito. Flagrante delito. Ausência de provas de autoria. Exame. Impossibilidade.

O delito de tráfico de entorpecentes, sob a modalidade de ‘guardar’ ou ‘ter em depósito’, é crime permanente, caracterizando-se o estado de flagrância enquanto durar a permanência.” (RHC n. 9.033-MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 11.9.2000).

Também impertinente a alegada ofensa à Lei n. 6.368/1976, art. 37, já que no auto de flagrante ficou claramente consignada a classificação legal do delito, restando também demonstrados os motivos que levaram à autoridade policial a tal classificação legal da conduta. Observe-se (fls. 11/12):

“A autoridade policial justifica a capitulação dos três conduzidos no artigo 12 da Lei n. 6.368/1976 (tráfico de entorpecentes) em função da grande quantidade de maconha encontrada na residência do conduzido Nelson, local onde estavam os conduzidos Vilmar e Airton, bem como pelas informações que o declarante tinha que no local era vendida substância entorpecente, o que comprova a destinação que iria ser dada à substância entorpecente, ou seja, a comercialização. Por conseguinte, resta inviabilizado o conhecimento da matéria por este Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância.”

Tampouco há falar-se em nulidade em face da demora na apresentação do auto de prisão em flagrante à autoridade judicial.

Primeiro porque encaminhada em lapso temporal razoável – no dia seguinte ao do flagrante, segundo porque não demonstrado o efetivo prejuízo causado ao Paciente, restando tal irregularidade superada com a homologação da prisão em flagrante pelo juiz.

A propósito:

“Processual Penal. Recurso em **habeas corpus**. Prisão em flagrante.

I – A eventual, e até compreensível, demora na comunicação da prisão não nulifica o auto, podendo, em tese, configurar ilícito administrativo e/ou penal (...)” (RHC n. 6.355-SC, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 16.6.1997).

Ademais, só há falar-se em trancamento da ação penal quando for patente a inocência do acusado, atípica a conduta narrada pela denúncia ou estiver extinta a punibilidade do acusado, circunstâncias estas que não se verificam no caso em tela.

Nego provimento ao recurso.

É o voto.

---

---

## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.336 – PE

(Registro n. 99.0105109-6)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini  
Recorrente: Enéas Oliveira da Rocha  
Advogado: Enéas Oliveira da Rocha (em causa própria)  
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco  
Impetrados: Desembargador-Presidente da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco e Presidente da Comissão Examinadora do Concurso para Provimento do Cargo de Juiz Substituto

**EMENTA:** Constitucional – Administrativo – Recurso ordinário em mandado de segurança – Concurso público – Magistratura estadual – Entrevista – Investigação social e da vida pregressa – Ato administrativo discricionário – Motivação – Caráter subjetivo – Impossibilidade – Presunção de inocência (art. 5<sup>º</sup>, inciso LVII, CF) – Inexistência de punição referente a processo disciplinar, por retenção de autos, junto à OAB-BA – Candidato aprovado – Situação fática consolidada – Nomeação.

1. O ato administrativo, para que seja válido, deve observar, entre outros, o princípio da impessoalidade, licitude e publicidade. Estes três pilares do Direito Administrativo fundem-se na chamada *motivação dos atos administrativos*, que é o conjunto das razões fáticas ou jurídicas determinantes da expedição do ato. Tratando-se, na espécie, de *ato do tipo discricionário* e não vinculado – posto que visa a examinar a vida pregressa e investigar socialmente o candidato à admissão em concurso público –, uma vez delimitada a existência e feita a valoração, não há como o administrador furtar-se a tais fatos. Não se discute, no caso **sub judice**, se o ato que prevê a análise da conduta pessoal e social do indivíduo, através da apuração de toda sua vida anterior, é legal ou não, porquanto, notoriamente sabemos que o é. Há previsão tanto na lei (Loman, art. 78, § 2º), como nas normas editalícias (item 3.4.1). Entretanto, o que não se pode aceitar é que este ato, após delimitado e motivado, revista-se do caráter da subjetividade, gerando uma verdadeira arbitrariedade.

2. Tendo o Tribunal a **quo** embasado a motivação do ato, real e exclusivamente, na existência de procedimento disciplinar contra o candidato, por retenção de autos, junto à OAB-Bahia, e sendo juntado a este *writ* certidão do referido Órgão de Classe (fl. 31) asseverando, textualmente, que “o requerente não sofreu, por parte deste Conselho, até a presente data, qualquer penalidade disciplinar relacionada com o exercício da advocacia”, inexistente fato concreto que obste seu ingresso na carreira pretendida, sendo nulo o ato impugnado, por falta de motivação. Presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Magna Carta) violada.

3. Consolidada a situação fática por força de liminar, anteriormente deferida, resultando na aprovação final do impetrante em 40º lugar, conforme Edital n. 10/1997 (fls. 105/109), configurado está o direito líquido e certo a ser agasalhado por esta via mandamental.

4. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão recorrido, conceder a ordem, assegurando ao impetrante-recorrente, em virtude de sua aprovação no Concurso para o Cargo de Juiz Substituto do Estado de Pernambuco, sua nomeação neste, obedecida sua classificação no certame.

5. Custas **ex leges**. Honorários advocatícios indevidos a teor das Súmulas n. 105-STJ e 512-STF.



## ACÓRDÃO

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

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

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

---

Publicado no DJ de 19.2.2001.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Enéas Oliveira da Rocha, com fundamento no artigo 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 56, prolatado pela Corte Especial do Tribunal de Justiça de Pernambuco que, à unanimidade, denegou a segurança. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Concurso público. Magistratura. Inscrição definitiva. Indeferimento. Decisão baseada não só na informação de que o Impetrante respondia a processo disciplinar para apuração de denúncia de retenção indevida de autos, mas também em parecer da Comissão Examinadora, com informações negativas acerca do candidato. Em virtude do elevado grau de responsabilidade e relevância das funções atribuídas ao magistrado, a seleção dos candidatos a este cargo deve seguir critérios rigorosos, dispondo o Órgão Especial do Tribunal de poder discricionário na avaliação da adequação do aspirante ao cargo. A decisão administrativa teve respaldo nas regras editalícias do certame e no Regime Interno do TJPE. Inexistência de lesão a direito líquido e certo. Segurança denegada à unanimidade.”

Alega o Recorrente, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto guerreado carece de motivação, porquanto não aponta fatos concretos e objetivos,

bem como malfez frontalmente o princípio da presunção de inocência, disciplinado no art. 5º, inciso LVII, da Magna Carta. Argumenta, ainda, que inexistente motivo que obste seu ingresso na carreira da magistratura, conforme pode se observar de documentos juntados aos autos (fls. 67/76).

Não foram apresentadas contra-razões.

Devidamente preparado o recurso (fl. 77) e estando este tempestivo, subiu o presente a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo provimento do recurso (fls. 170/175), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, por encontrar-se tempestivo, e provido.

Aduz o Recorrente, em breve resumo, que o v. acórdão recorrido, que ratificou a r. decisão administrativa do Tribunal Pleno do egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco, a qual negou-lhe acesso ao cargo de Juiz de Direito Substituto daquele Estado, carece de qualquer motivação. Alega, desta forma, violação ao princípio da “presunção de inocência”, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, acrescentando, ainda, com base em documentos juntados aos autos, que não responde a qualquer processo disciplinar instaurado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional da Bahia, como asseverado textualmente no v. **decisum** atacado, restando comprovado que inexistente qualquer motivo que obste seu ingresso na carreira pretendida.

Inicialmente, anoto que a Corte de origem, ao denegar a segurança pleiteada, entendeu que referida vedação do candidato, pelo Tribunal Pleno, deu-se, não apenas pelo fato do ora recorrente estar respondendo a processo disciplinar junto ao Órgão de Classe Baiano, mas também por ocasião de parecer apresentado pela Comissão de Concurso, que, com base no conjunto de informações obtidas através de investigação social, da sindicância da vida pregressa do mesmo e do exame psicotécnico por ele prestado, emitiu, ao final, uma conclusão desfavorável a este. Tal parecer proferido pela Comissão Examinadora, está assim redigido, **verbis** (fl. 83):

“Enéas Oliveira da Rocha, 42, Bacharel pela Universidade Católica da Bahia, em 1988. Casado há 14 (catorze) anos, tem dois filhos.

Sua esposa é caixa do Baneb em Salvador. Foi advogado militante, e hoje é consultor jurídico do IOB. Na advocacia, sua maior atuação foi na área cível, tendo exercido advocacia na Assistência Judiciária no Município de Conceição da Feira, termo da Comarca de Cachoeira-Bahia. É protestante. Diz na entrevista que só atuou num único caso de acidente de trânsito, no entanto, a informação é exatamente contrária e, mais, está esclarecido que só atuou como estagiário. O trabalho do candidato no IOB é responder fax na área da previdência do Trabalho. *Há uma anotação do processo disciplinar na OAB-Bahia, sobre retenção indevida de autos. Diz que o Juiz deve ter uma postura retilínea. A Comissão, à unanimidade, reconhece que o candidato merece maior investigação de conduta, pois, à primeira vista não é bom candidato.*” – grifei.

Como todos sabem, para que o ato administrativo seja válido, deve este observar, entre outros, o princípio da impessoalidade, licitude e publicidade. Estes três pilares do Direito Administrativo fundem-se na chamada *motivação dos atos administrativos*, que é “o conjunto das razões fáticas ou jurídicas determinantes da expedição do ato” (**Zanella Di Pietro**, Direito Administrativo, 9ª edição, p. 175). Tratando-se, na espécie, de *ato do tipo discricionário* e não vinculado – posto que visa a examinar a vida pregressa e investigar socialmente o candidato à admissão em concurso público –, uma vez delimitada a existência e feita a valoração, não há como o administrador furtar-se a tais fatos. Logo, como bem asseverado por **Hely Lopes Meirelles**, ao comentar o poder discricionário da Administração, “...se o administrador se desviar do roteiro, praticando ato que, *embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder ou de finalidade, que poderá ser reconhecido e declarado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário*” (*in* Direito Administrativo Brasileiro, RT, SP, 15ª edição, p. 99 – grifei). Não se discute, no caso **sub judice**, se o ato que prevê a análise da conduta pessoal e social do indivíduo, através da apuração de toda sua vida anterior, é legal ou não, porquanto, notoriamente sabemos que o é. Há previsão tanto na lei (Loman, art. 78, § 2ª), como nas normas editalícias (item 3.4.1). Entretanto, o que não se pode aceitar é que este ato, após delimitado e motivado, revista-se do caráter da subjetividade, gerando uma verdadeira arbitrariedade.

Desta forma, na motivação da recusa do ora recorrente, o Tribunal a **quo** embasou-se, exclusivamente, apesar de afirmação em sentido contrário do Desembargador junto à OAB-Bahia. *Contra esse fato deveria o Recorrente*

*defender-se. E, neste diapasão, fez juntar aos autos a certidão da Ordem dos Advogados – Seccional Bahia (fl. 31), que textualmente afirma que “o Requerente não sofreu, por parte deste Conselho, até a presente data, qualquer penalidade disciplinar relacionada com o exercício da advocacia.”*

Outrossim, para comprovar a liquidez e certeza de seu direito, este fez juntar aos autos, anexo às razões de seu recurso ordinário, os documentos de fls. 111/129, onde prova, através de certidão da própria OAB-BA e de cópia do processo em questão, que o procedimento disciplinar não é contra ele, que é advogado do Autor, mas sim contra um outro causídico que teve substabelecimento para retirar o feito (ação de usucapião) e que assumiu toda a responsabilidade pelo extravio (fl. 117).

É certo que, à época, conforme consta às fls. 19/22, o Recorrente *estaria supostamente* respondendo a mencionado incidente. Todavia, sua existência, por si só, seria insuficiente para o indeferimento de seu ingresso, já que este ainda estava em curso. Houve, nesta esteira, cristalina afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, CF, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”. Prova desta violação está à fl. 20 dos autos, que se reveste de uma verdadeira **aberratio iuris**, onde um membro do Colegiado **a quo** sustenta que (**sic**) “... havendo uma dúvida quanto à honorabilidade do candidato ao cargo de Juiz, o entendimento deve ser contra o candidato. *Ou ele vem isento de qualquer mácula, ou nós não devemos aceitá-lo, porque pesa contra ele uma dúvida e a dúvida é contrária*” – grifei. Afirmo que tal interpretação não pode ser tolerada.

Finalmente, valho-me das palavras do ilustre representante do Ministério Público Federal, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza que, com precisão, observou, **verbis** (fls. 174/175):

“A exigência de concurso público é uma garantia constitucional que visa a assegurar, principalmente, o princípio da igualdade no acesso aos cargos públicos e, ao mesmo tempo, prestigia o princípio da impessoalidade, impedindo que na seleção se observem eventuais preferências do administrador, como ocorreu na hipótese em exame. O candidato deve ser avaliado objetivamente e diante de fatos incontroversos, mas não é o que ocorreu na hipótese dos autos.

A inexistência do motivo ou a sua ilicitude ou falsidade invalidam o ato administrativo, de sorte que a questão é de legalidade, razão pela qual ‘não há fugir à conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos’, que são os

pressupostos fáticos que autorizam ou exigem a prática do ato. Assim sendo, o 'mérito' do ato administrativo na espécie está sujeito ao controle jurisdicional, e no caso pela ação mandamental na medida em que a ilegalidade é verificável de plano, isto é, independente de dilação probatória.

... 'omissis'.

Assim sendo, o parecer é pelo provimento do recurso para que seja concedida a segurança, com a conseqüente declaração de nulidade do ato impugnado, em razão da inexistência de motivo que o fundamentou, assegurando-se a aprovação do Recorrente no concurso público em referência e, obedecida a sua classificação no certame, a sua nomeação para o cargo.”

Ora, sendo indiscutível que o motivo ensejador do indeferimento da inscrição definitiva do Impetrante, ora recorrente, no concurso pretendido, foi o fato de estar o mesmo respondendo a processo disciplinar de classe e inexistindo o motivo aventado, conforme certidão juntada à fl. 129, a decisão atacada torna-se nula de pleno direito. Compulsando os autos, verifico, ainda, que a liminar foi deferida (fls. 38/39) e, conseqüentemente, o Recorrente prestou a fase oral do concurso, tendo obtido a aprovação final em 40<sup>a</sup> lugar, conforme Edital n. 10/1997, anexado às fls. 105/109. Logo, está consolidada a situação fática deste e configurado, então, o direito líquido e certo a ser agasalhado por esta via mandamental.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão recorrido, conceder a ordem, assegurando ao Impetrante-recorrente, em virtude de sua aprovação no Concurso para o Cargo de Juiz Substituto do Estado de Pernambuco, sua nomeação neste, obedecida sua classificação no certame.*

Custas **ex leges**. Honorários advocatícios indevidos a teor das Súmulas n. 105-STJ e 512-STF.

É como voto.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 189.362 – SP

(Registro n. 98.0070272-5)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Osman Quirino de Oliveira  
Advogado: Carlos Miyakawa (defensor público)  
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

**EMENTA:** Penal e Processual Penal – Recurso especial – Suspensão do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) – Tentativa de furto qualificado – Pena **in abstracto** (cominada) e Pena **in concreto** (aplicada).

A Lei n. 9.099/1995, no seu art. 89, indica, entre outros requisitos objetivos e subjetivos, a pena mínima *cominada* de 1 (um) ano de sanção privativa de liberdade. Não alcança e nem engloba a pena *aplicada* decorrente de **emendatio** ou de acolhimento parcial da pretensão punitiva (*precedente pertinente*).

Recurso não conhecido.

### 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, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 15 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

---

Publicado no DJ de 14.8.2000.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Carta Magna, contra o v. acórdão da Primeira Câmara do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o Réu foi condenado por infração ao art. 155, § 4º, inciso IV, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena

de um ano e quatro meses de reclusão, e pagamento de dez dias-multa. Irresignada, a defesa apelou pleiteando aplicação da Lei n. 9.099/1995, ou subsidiariamente, redução da pena aplicada, pela adoção do redutor máximo referente à tentativa.

O egrégio Tribunal **a quo** negou provimento ao recurso. Colhe-se do voto-condutor do v. acórdão o seguinte trecho, **in verbis**:

“Por outro lado, prolatada a r. decisão de mérito, que decretou a condenação apenas por tentativa de furto, impondo a absolvição com relação à outra imputação, não teria cabimento, a partir daí, cuidar-se da suspensão do processo, que, na forma prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, se constitui em ‘*suspensão antecipada*’, e, pois, antes do andamento regular do feito. Sem algum sentido, portanto, falar-se em suspensão dessa natureza depois de ter sido proferida sentença condenatória.” (fl. 127).

Daí o presente recurso especial, em que o Recorrente alega negativa de vigência ao artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, ao fundamento de que, diante da possibilidade do Réu ser condenado por tentativa de furto qualificado, deveria o magistrado ter convertido o julgamento em diligência a fim de que o Ministério Público, caso concordasse, oferecesse proposta para a suspensão condicional do processo.

Contra-razões (fls. 154/158).

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte (fl. 160).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A pretensão recursal, embora elogiável o esforço e a respeitável argumentação, desmerece acolhida.

*Em primeiro lugar*, o Réu-recorrente foi condenado à pena de *1 ano e 4 meses* (com *sursis*) de reclusão por *tentativa de furto qualificado*. Portanto, já aí se vê que a resposta penal está acima do patamar estabelecido no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. E, aliás, no início do processo o *sursis* processual não poderia ser ofertado em virtude da **imputatio** (logicamente, assentada em indícios) apresentar o *concurso de crimes* (RHC n. 80.143-SP/STF, Primeira Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo 193; HC n.

77.242-SP/STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, Informativo 142; HC n. 78.876-MG/STF, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 28.5.1999; RHC n. 8.713-RS/STJ, Quinta Turma, DJU de 20.9.1999; RHC n. 7.779-SP/STJ, Quinta Turma, DJU de 13.10.1998; REsp n. 180.402-SP/STJ, Quinta Turma, DJU de 22.3.1999; HC n. 7.584-SP/STJ, Quinta Turma, DJU de 18.12.1998; REsp n. 185.798-SP/STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 15.5.2000). Além do mais, pela descrição fática a própria **conatus**, de **per si**, seria impeditiva (dada a evidente proximidade com a **meta optata**).

Em segundo lugar, a lei fala em *pena cominada* e não *pena concreta*. Não se pode, pois, confundir as hipóteses. Ao longo da instrução pode haver alteração tanto da imputação (v.g. arts. 384 e 410 do CPP) como das informações pertinentes às condições previstas no art. 89, **caput**, da **lex specialis**. Todavia, a desclassificação **ex vi** art. 383 do CPP ou o acolhimento parcial da exordial acusatória deduzida não ensejam, de **per si**, a reabertura da **questio** acerca do denominado *sursis* processual. A etapa está ultrapassada, a questão preclusão. A concessão do *sursis* comum (que pode ser concedido para penas superiores ao do caso) não guarda relação com a pretendida suspensão.

Na doutrina, no **punctum saliens**, tem-se nesta linha o entendimento de **Damásio E. de Jesus** (Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 1995. Saraiva, p.p. 91/92): “Nada impede, entretanto, que o faça em outra ocasião posterior, de que presentes as condições da medida. É possível que, quando do oferecimento da denúncia, os autos do fato não tenham ainda preenchido todos os requisitos exigidos pela lei. Após, vêm para os autos os elementos solicitados. Nesse caso, pode o Ministério Público pleitear ao juiz a suspensão da ação penal *depois da denúncia*. Assim como o *sursis*, que pode ser aplicado *após a sentença condenatória*. Uma das finalidades da Lei n. 9.099/1995 é desviar o processo do rumo da *pena privativa de liberdade*. Por isso, em qualquer momento posterior à denúncia e antes da sentença é admissível o *sursis processual*.” E, também, **Luiz Flávio Gomes** (Suspensão Condicional do Processo Penal, 1995, RT, p. 147), a saber: “O marco fundamental é a pena mínima cominada (pena em abstrato). Por isso, não vale o raciocínio de que, no final, diante da tentativa, por exemplo, já se sabe que a pena a ser “aplicada” será inferior a um ano. A admissibilidade ou não da suspensão depende da pena cominada em abstrato, não da pena em concreto (em perspectiva). Mesmo que já se vislumbre a hipótese de que no final haverá *sursis*, mesmo assim, se em abstrato o mínimo excede de um ano, não é possível a suspensão do processo.” Posição esta repetida na obra Juizados Especiais Criminais (de **Ada P. Grinover**, **Antônio Magalhães**



**Gomes Filho, Antônio Scaranca Fernandes e Luiz Flávio Gomes**, 2ª ed., RT), p.p. 234/235, ou seja: “De outro lado, mesmo que já se vislumbre a hipótese de que no final haverá *sursis* (caso de pena mínima cominada de dois anos, por exemplo), mesmo assim, se em abstrato o mínimo excede de um ano, não é possível a suspensão do processo.”

*Na jurisprudência*, merece destaque, como precedente, o v. acórdão no HC n. 10.211-SP (Sexta Turma, STJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 14.2.2000), assim ementado:

“Processual Penal. Desclassificação da conduta em sede de apelação. Suspensão condicional do processo. Lei n. 9.099/1995. Impossibilidade.

1. Se existente sentença condenatória, inviável se afigura aplicar a Lei n. 9.099/1995, depois de desclassificada a conduta, em sede de apelação criminal, porquanto já ultrapassado o momento processual próprio (denúncia), notadamente se, como na espécie, está o paciente beneficiado com *sursis*.

2. Ordem denegada.”

Não conheço, pois, do recurso.

É o voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 205.775 – GO

(Registro n. 99.0018309-6)

Relator: Ministro Felix Fischer  
Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás  
Recorrido: Adriano Carlos da Silva  
Advogado: Waterloo Araújo

**EMENTA:** Processual Penal – Recurso especial – Júri – Pronúncia – Qualificadora.

– A qualificadora do homicídio para ser admitida na pronúncia

exige a existência de indícios e sobre eles, sucintamente, deve manifestar-se o magistrado. A vingança, por si só, sem outras circunstâncias, não caracteriza o motivo torpe (*precedente*).

Recurso desprovido.

### 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, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezini e José Arnaldo da Fonseca. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 8 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

---

Publicado no DJ de 14.8.2000.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público de Goiás, com fulcro no art. 105, III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra v. acórdão da Terceira Turma da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que proveu o recurso defensivo para afastar a qualificadora constante da sentença de pronúncia.

Narram os autos que o Recorrido foi denunciado por infração ao artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. artigo 14, inciso II, do Código Penal. Realizada a instrução, o Recorrido foi pronunciado como incurso no artigo 121, § 2º, inciso I, c.c. artigo 14, inciso II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso em sentido estrito, pleiteando a absolvição sumária, ou, alternativamente, o afastamento da qualificadora, e, finalmente, o direito de recorrer em liberdade. O egrégio Tribunal **a quo** deu provimento parcial ao recurso para afastar a qualificadora constante da sentença de pronúncia, em v. acórdão ementado nos seguintes termos, **in verbis**:

“Pronúncia. Absolvição sumária. Impossibilidade. Qualificadoras. Exclusão. Constatada a materialidade e autoria do crime, não se pode excluir a responsabilidade penal do acusado no momento da pronúncia, se não constarem nos autos provas que excluam a ilicitude ou isenta de pena. A vingança nem sempre caracteriza a qualificadora do motivo torpe.”

Daí o presente recurso especial, em que o Ministério o Público Estadual requer a reforma do v. acórdão, para ser restabelecida a r. sentença de pronúncia.

Não foram apresentadas contra-razões.

O recurso foi admitido na Instância **a quo**.

A douta Subprocuradoria Geral da República ofereceu parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): De acordo com o art. 408 do CPP, ao final da primeira fase procedimental, o magistrado proclama um juízo de admissibilidade da acusação (**judicium accusationis**) e este juízo, *nestes limites, do plausível*, tem que ser fundamentado. Nem mais, nem menos. Se a imputação versa sobre homicídio simples, o magistrado, ao pronunciar, deve dizer das razões da *admissibilidade* do crime e da autoria. Se a imputação versa sobre homicídio qualificado a motivação da *admissibilidade* deve ser, também, sobre a qualificadora que integra o delito. Para tanto, em regra, no que se refere às qualificadoras do homicídio, basta que existam indícios daquilo que, como tal, consta da imputação. Existindo, a pronúncia tem que ser ampla; não existindo os indícios, então, com a devida vênia, a qualificadora, atribuída precipitada ou erroneamente, não pode integrar o juízo de pronúncia. Tem que ser afastada. Da mesma forma, a equivocada valoração jurídica, o lapso de adequação, tudo isto, pode ensejar, já na pronúncia, o afastamento de uma qualificadora. Portanto, se, por um lado, bastam os indícios para o **judicium accusationis** acerca da qualificadora, por outro, é indispensável que eles, de fato, existam e que o magistrado, de forma concisa, se manifeste. O art. 93, IX, 2ª parte da **lex fundamentalis**, para evitar abusos, deixa claro que os atos judiciais relevantes devem ser fundamentados nos limites de sua incidência. No **judicium accusationis**,

a fundamentação é indispensável mas não deve, e não pode, ir além da *mera admissibilidade*. Caso contrário, a pronúncia não retrataria uma admissibilidade da acusação mas, sem nenhum sentido, uma simples homologação de toda e qualquer denúncia. E, este entendimento está alicerçado em decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, a saber:

“A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes.

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

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

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

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

Pois bem, *superado este ponto*, no caso, a qualificadora do motivo torpe

foi afastada pelo egrégio Tribunal **a quo** porquanto restou considerado que a *vingança*, por si, ainda que reprovável, não seria, automaticamente, um motivo abjeto. O v. acórdão apenas descartou a equiparação motivo torpe-vingança. Não falou em **in dubio pro reo** e nem fez maiores considerações. Colhe-se do voto-condutor do v. acórdão o seguinte trecho:

“Em se tratando da qualificadora do motivo torpe, a vingança nem sempre o caracteriza, dependendo, sobretudo do que o tenha provocado.

Consta dos autos que a irmã do acusado foi morta pelo irmão da vítima.

Ainda que restasse comprovado ter sido a vingança a causa propulsora do crime, não possibilita a adoção da qualificadora para o delito em espécie.” (fl. 128).

Portanto, não houve violação ao art. 408 do CPP. Afastou-se, no v. acórdão, uma qualificadora que fora produto de equivocada adequação. Não houve exame detalhado do material cognitivo e nem recusa de indícios acerca de *situação fática imputada*. Entendeu-se, tão-só, que a vingança, de **per si**, não configura, de pronto, o *motivo torpe*.

Não houve, por igual, violação ao art. 121, § 2º, inciso I, do CP, porquanto não há como identificar, de imediato, vingança e *motivo torpe*.

Neste sentido, vale destacar julgado desta Corte:

“**Habeas corpus**. Homicídio. Exacerbação da denúncia. Lei dos Crimes Hediondos.

I – A verificação da exacerbação na prefacial acusatória, com reflexos no **ius libertatis**, só pode ser feita se prescindir do cotejo analítico do material cognitivo.

II – A vingança, por si, isoladamente, não é motivo torpe.

III – A troca de tiros, em princípio, sem outros dados, afasta a qualificadora do inciso IV do art. 121, § 2º, do Código Penal.

IV – Se, inequivocamente, sem qualquer discussão, a **imputatio facti** não apresenta situação típica própria de homicídio qualificado, os efeitos processuais da Lei n. 8.072/1990 devem ser, ainda que provisoriamente, afastados.

V – Conseqüentemente, inexistindo motivos para a segregação **ad cautelam**, deve o acusado aguardar o julgamento em liberdade.

**Habeas corpus** deferido.” (HC n. 5.356-PR, Quinta Turma, DJ de 25.8.1997).

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 208.037 – SP

(Registro n. 99.0022890-1)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca  
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo  
Recorridos: Marcos Roberto Alves Sacoman ou Marcos Roberto Alves Sacomam  
Advogada: Maristela de Souza Torres Curci (defensora pública)  
Recorrido: José Jovenal da Silva  
Advogado: Ércio Lacerda de Resende  
Recorrido: Nivaldo Gomes de Azevedo  
Advogados: André Luiz Algodoal Podesta (defensor público), Cláudia Lopes (defensora pública) e Maria Elisabete S. Bastos de Oliveira

**EMENTA:** Recurso especial – Penal – Processo Penal – Jogo do bicho – Intermediador – Súmula n. 51 do STJ – Restabelecimento da sentença de 1º grau – Prescrição.

“A punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do apostador ou do banqueiro.” (Súmula n. 51-STJ).

Decretada a extinção da punibilidade, tendo em vista a prescrição (arts. 109, VI; e 110, § 1º, do CP).

Recurso conhecido e provido, mas decretada a extinção da punibilidade.

## ACÓRDÃO

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

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

Brasília-DF, 8 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

---

Publicado no DJ de 18.9.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: O Ministério Público do Estado de São Paulo, com remissão à alínea **c**, da previsão constitucional, interpõe recurso especial, contra acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Alçada Criminal daquele Estado, que, ao conhecer da apelação interposta pelos Recorridos, entendeu não ser possível a condenação de simples intermediadores do chamado “jogo do bicho”.

O Recorrente alega dissídio interpretativo, trazendo a cotejo arestos proferidos por este Superior Tribunal de Justiça.

Parecer ministerial pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 346/347).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A matéria não enseja maiores controvérsias, pois encontra-se pacificada pela Súmula n. 51 deste Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

“A punição de intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do ‘apostador’ ou do ‘banqueiro’.”

Confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes:

“Penal. Recurso especial. Súmula n. 51-STJ.

I – ‘A punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do apostador ou do banqueiro.’ (Súmula n. 51-STJ).

II – Decretada a extinção da punibilidade, tendo em vista a prescrição, arts. 109, VI; e 110, § 1<sup>o</sup>, do CP.

III – Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 24.090-SP, Rel. Min. Pedro Acioli, DJ de 18.4.1994).

“Penal. Contravenção. Intermediação de loteria conhecida por ‘jogo do bicho’ (art. 58, § 1<sup>o</sup>, b, do Decreto-Lei n. 6.259/1944). Punibilidade. Aplicação da Súmula n. 51-STJ.

– A falta de identificação do ‘banqueiro’ ou do apostador não tem a virtude de deixar na impunidade quem é encontrado na posse de farto material destinado à prática do chamado ‘jogo do bicho’. A punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do ‘apostador’ ou do ‘banqueiro’ (Súmula n. 51-STJ).

– Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença condenatória.” (REsp n. 25.105-SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 3.5.1993).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença de 1<sup>o</sup> grau.

Entretanto, tendo sido a maior pena fixada em 8 meses de prisão simples e multa, prolatada em 29 de abril de 1997, transitando em julgado para o Ministério Público – fl. 250, está extinta a punibilidade, porquanto até a presente data fluíram mais de 2 anos – arts. 109, VI; e 110, § 1<sup>o</sup>, do Código Penal.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 217.624 – RJ

(Registro n. 99.0047855-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca  
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro  
Recorridos: André Luiz Fernandes, Cid da Conceição José, Alexandre dos Santos e Marco Antônio Joaquim Rodrigues da Silva  
Advogado: José Carlos Tortima



EMENTA: Recurso especial – Penal – Roubo qualificado em continuidade delitiva – Dosimetria da pena – Fixação da pena-base no mínimo legal – Atenuante reconhecida (confissão espontânea) – Súmula n. 231-STJ.

“Súmula n. 231-STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

O critério trifásico de aplicação de pena previsto no art. 68 do Código Penal não permite seja considerada circunstância atenuante após a fase de aplicação das causas de diminuição e aumento de pena.

Recurso conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 8 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

---

Publicado no DJ de 18.9.2000.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpõe o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, que deu parcial provimento à apelação interposta pela defesa, reduzindo a pena imposta aos ora recorridos, de seis anos e dois meses de reclusão para cinco anos e dois meses de reclusão, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2<sup>a</sup>, incisos I e II, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

Eis a ementa do aresto hostilizado (fl. 245):

*“Roubo qualificado. Crime continuado. Confissão. Pena.*

Se a pena-base é fixada no mínimo, a redução pela atenuante da confissão pode dar-se em outra fase, após os aumentos pelas qualificadoras e pela continuidade delitiva, atendendo-se ao princípio da individualização da pena.

Recurso provido em parte.”

Em face dessa decisão opôs o *Parquet* embargos de declaração, os quais foram rejeitados (fls. 255/256), ao argumento de que inexistia omissão ou obscuridade no julgado.

Daí a interposição do presente recurso, em que o Ministério Público Estadual alega, em síntese, contrariedade ao artigo 68 do Código Penal, sustentando não ser possível a circunstância atenuante conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Aduz, ainda, que as circunstâncias legais genéricas (atenuantes e agravantes) não podem incidir depois das causas de aumento ou diminuição da pena, sob pena de ofensa ao critério trifásico inserto no mencionado art. 68.

Pleiteia, por conseguinte, a reforma do v. acórdão guerreado, a fim de que “... seja desconsiderada a atenuante da confissão espontânea dos Apelantes (ora recorridos), em face da fixação da pena-base no mínimo legal”.

Aponta dissídio jurisprudencial com julgados de diversos tribunais.

Contra-arrazoado às fls. 274/277, o recurso foi admitido por ambas as alíneas, por decisão de fls. 279/280.

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

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): O recurso merece prosperar.

Com efeito, da leitura da sentença condenatória de 1<sup>a</sup> grau, encartada às fls. 202/204, constata-se que a pena-base foi fixada no seu mínimo legal (quatro anos de reclusão), sendo posteriormente exasperada em 1/3 em razão das qualificadoras e, ao final, acrescida de 1/6 em razão da continuidade delitiva.

Assim, fixada a pena-base no mínimo legal, não poderia o Tribunal de Apelação levar em consideração a atenuante da confissão espontânea para reduzir a pena imposta. Assim decidindo, discrepou da pacífica orientação desta Corte, cristalizada no enunciado da Súmula n. 231, deste teor:

“Súmula n. 231-STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

Por outro lado, equivocou-se o acórdão impugnado quando fez incidir a atenuante em comento após a última fase da dosimetria da pena, após a consideração das causas de aumento ou diminuição da pena. Com isso, violou o critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal para a fixação da pena, segundo o qual deve o juiz, após a fixação da pena-base, nos moldes do art. 59 do mesmo diploma legal, fazer incidir as circunstâncias legais, atenuantes e agravantes, e apenas por último as causas de diminuição e aumento de pena.

A propósito, já decidiram esta Corte e o Excelso Pretório:

“Penal. Apelação. Pena. Individualização. Circunstância atenuante. Incidência obrigatória. Fixação abaixo do mínimo legal.

– No processo de individualização da pena, deve o juiz observar os cânones inscritos nos arts. 59 e 68 do Código Penal, fixando a pena-base dentro das balizas delimitadas pelo legislador, observando para tanto as circunstâncias judiciais, fazendo incidir, depois, as circunstâncias legais – atenuantes ou agravantes – e complementar a operação com a aplicação das especiais de aumento ou de diminuição de pena.

– Fixada a pena-base no mínimo legal, descabe a redução por força do reconhecimento de circunstâncias atenuantes, que, de outra parte, não se compensam com causas especiais de aumento de pena.

– Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 223.360-SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 3.4.2000, p. 171).

“Pena. Fixação. Atenuante e agravante. Base de incidência. Atenuante e agravante incidem sobre o mesmo quantitativo, ou seja, a pena-base, não havendo como considerar a agravante e, sobre o resultado, fazer incidir a percentagem alusiva à atenuante. Por isso, concorrendo ambas, é comum chegar-se à compensação, de resto inafastável

quando adotada a mesma percentagem. Descabe introduzir no artigo 68 do Código Penal mais uma fase. O critério trifásico é revelado pela fixação da pena-base, em seguida à consideração das circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, a encerrar a terceira fase, o cômputo das causas de diminuição e de aumento.” (HC n. 74.741-GO, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 25.4.1997).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar o acórdão impugnado e restabelecer o **quantum** de pena fixado em 1<sup>a</sup> grau.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 234.308 – RS

(Registro n. 99.0092831-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca  
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul  
Recorridos: Marcelo de Souza Pinto, Ariomar Rodrigues da Silva e Alex Sandro Oliveira da Silva  
Advogado: Olivo Bearzi

**EMENTA:** Penal – Crime hediondo – Estupro – Regime prisional fechado – Progressão de regime prisional em face da Lei n. 9.455/1997 – Impossibilidade – Lei n. 8.072/1990, art. 2<sup>a</sup>, § 1<sup>a</sup>.

Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o fechado, descabendo progressão. Preceito legal declarado compatível com a atual Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal (HC n. 69.603).

De outra parte, a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que “A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais mantém-se a vedação à progressão de regime”. (EREsp n. 170.841-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 28.2.2000). Precedente do STF.

Recurso conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido, estabelecendo o regime prisional integralmente fechado para o cumprimento das penas impostas aos recorridos. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 16 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 19.6.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso especial fundamentado nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, contra acórdão do Tribunal de Justiça local, que, em sede de apelação, manteve juízo de condenação dos ora recorridos por infringência ao art. 213, **caput** (três vezes) c.c. os arts. 29, 226, inciso I; e 71, todos do Código Penal, admitindo, contudo, a progressão de regime prisional, ao argumento de ser inconstitucional a regra inserta no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (fls. 194/206).

No presente recurso especial, alega o Recorrente contrariedade ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sustentando que a pena por crime hediondo deve ser cumprida integralmente em regime fechado, não comportando progressão. Aduz ainda dissídio jurisprudencial com julgados de outros tribunais.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido e nesta Instância manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): O recurso merece provimento.

O acórdão recorrido fixou o regime prisional *inicialmente fechado* para o cumprimento da pena imposta a autor de crime de tráfico de entorpecentes, permitindo-lhe futura progressão, ao argumento de ser inconstitucional a regra inserta no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Tal entendimento, contudo, não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte e do colendo Supremo Tribunal Federal, que pacificaram a orientação segundo a qual a condenação por crime hediondo ou a este equiparado impõe cumprimento da pena necessariamente em regime *integralmente fechado*, sendo vedada a progressão, consoante o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, reputado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, no julgamento do HC n. 69.657-1, Rel. Min. Francisco Rezek, cuja ementa se transcreve:

“Ementa: **Habeas corpus**. Lei dos Crimes Hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072.

Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072, dos Crimes Hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que, o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser *progressivo* o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo, tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.

**Habeas corpus** indeferido por maioria.” (STF, HC n. 69.657-1-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 18.6.1993, p. 12.111).

De outro lado, não prospera o argumento segundo o qual a Lei n. 9.455/1997, que trata especificamente do crime de tortura, teria derogado, por extensão, o citado § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

Com efeito, após profundas divergências entre a Quinta e a Sexta Turmas desta Corte em torno da questão, a egrégia Terceira Seção, em assentada de 13 de dezembro último, veio a pacificar a matéria, prevalecendo o entendimento de que tal derrogação não ocorreu. Confirma-se a ementa do acórdão:

“Criminal. Embargos de divergência. Execução. Crime hediondo.

Progressão de regime. Lei n. 8.072/1990 e 9.455/1997. Embargos acolhidos.

I – A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais mantém-se a vedação à progressão de regime.

II – Embargos acolhidos.” (EREsp n. 170.841-PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, acórdão publicado no DJ de 28.2.2000).

Ademais, esse é o entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal que, em sessão plenária de 25.3.1998, no julgamento do HC n. 76.371, concluiu que a Lei n. 9.455/1997, no que tange à execução da pena, não derogou a Lei n. 8.072/1990.

Conclui-se, portanto, que o aresto hostilizado negou vigência ao comando inserto no § 1<sup>a</sup> do art. 2<sup>a</sup> da Lei n. 8.072/1990, pelo que merece reforma.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido, estabelecendo o regime prisional *integralmente fechado* para o cumprimento das penas impostas.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 246.116 – RS

(Registro n. 2000.0006251-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp  
Recorrente: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – Ipergs  
Advogados: Ronal Justo Maggi e outros  
Recorridos: Luiza Salles Bertolino e outros  
Advogados: João Manuel Menna Barreto e outro

**EMENTA:** Processual Civil – Recurso especial – Requisitos de admissibilidade - Prequestionamento – Cotejo analítico – Honorários advocatícios – Ipergs – Autarquia – Lei n. 7.672/1982 – Aplicação

do art. 20, § 4º, do CPC – Exercício do juízo de equidade e proporcionalidade – Desatendimento às alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC.

1. Não se conhece de recurso especial invocando violação a diversos dispositivos infraconstitucionais, quando os mesmos não restarem devidamente prequestionados no Tribunal originário, sendo ônus da parte opor os devidos embargos declaratórios para ventilar a matéria. Aplicação das Súmulas n. 282 e 356-STF. Da mesma forma, o conhecimento do recurso especial calcado na alínea c prescinde do cotejo analítico viabilizador do dissenso jurisprudencial, oportunidade em que os acórdãos devem ser confrontados para verificação da similitude fático-jurídica, tudo em atendimento ao disposto no art. 255, § 2º, do RISTJ.

2. Conforme disciplina a Lei n. 7.672/1982, o Ipergs é autarquia estadual, fazendo jus ao disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, já que goza dos privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública.

3. Desta forma, o percentual apurado a título de honorários advocatícios deve se pautar no § 4º do art. 20 do CPC, ou seja, torna-se indispensável o juízo de equidade e proporcionalidade a ser realizado pelo magistrado, atendendo-se às normas delineadas nas alíneas a, b e c do § 3º do mesmo artigo.

4. Verificando-se que a redução do valor ou percentual apurado não se demonstra plausível, em face do atendimento ao dispositivo legal, onde o juiz demonstrou escorreta mensuração, deve o especial ser provido, tão-somente para alterar a capitulação escolhida, mantendo-se, contudo, o percentual arbitrado, sob pena de incursão na seara fático-probatória, acarretando patente violação ao disposto na Súmula n. 7-STJ. Precedentes: REsps n. 229.818-RS, 237.246-RS e 245.622-RS.

5. No caso dos autos, há significativo pormenor, pois o percentual de 15% (quinze por cento) foi apurado sem a observância do exercício de equidade e proporcionalidade prescrito nas alíneas a, b e c do artigo 20, § 3º, do CPC. Precedente: REsp n. 238.563-RS.

6. Recurso parcialmente conhecido e provido, para determinar a remessa dos autos à Corte Estadual, a fim de que arbitre a verba honorária, atendendo-se aos critérios previstos no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.



## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 8 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

---

Publicado no DJ de 1.8.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – Ipergs, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que manteve o percentual de 15% (quinze por cento) na condenação da verba honorária entendendo aplicável à espécie o disposto no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil. A ementa sintetizou o julgado ao seguinte teor:

“Previdência pública. Pensão. Ipergs.

A pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos percebidos pelo segurado, se vivo fosse, inclusive no que pertine às chamadas vantagens pessoais. Art. 40, § 5º, da Constituição Federal: regra de aplicação imediata, conforme pacífico entendimento da Suprema Corte. Implantação imediata do benefício com relação às parcelas vincendas. Legalidade do desconto previdenciário. Prescindibilidade da criação de fonte de custeio, tratando-se de benefício criado pela própria Constituição Federal. Verba honorária. É de ser mantida a honorária fixada, pois, de acordo com as diretrizes do § 3º do art. 20 do CPC.

Apelo improvido, mantida a sentença em reexame necessário” (fl. 100).

Foram opostos embargos de declaração com caráter infringente, restando os mesmos desacolhidos (fls. 115/120).

Em sede especial, o Recorrente aduz maltrato aos arts. 20, § 4º; 213, 282, 461, § 3º; 580, 589, 598 e 632, todos do CPC, apontando, ainda, divergência jurisprudencial. Insurge-se, ainda, quanto à implantação da aludida pensão por intermédio de ofício, assim como, contra o critério utilizado na fixação dos honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento).

Contra-razões (fls. 145/155).

Recurso admitido somente pela alínea **a**, no que diz respeito ao dispositivo legal utilizado para arbitramento da verba honorária. (fls. 165/171).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): No tocante à admissibilidade do apelo, venho entendendo que não se conhece de recurso especial invocando violação a diversos dispositivos infraconstitucionais, quando os mesmos não restarem devidamente prequestionados no Órgão originário, sendo ônus da parte opor os devidos embargos declaratórios para ventilar a matéria. Aplicação das Súmulas n. 282 e 356-STF. Da mesma forma, o conhecimento do especial calcado na alínea **c** prescinde do cotejo analítico viabilizador do dissenso jurisprudencial, oportunidade em que os acórdãos devem ser confrontados para verificação da similitude fático-jurídica, tudo em atendimento ao disposto no art. 255, § 2º, do RISTJ.

Compatibilizando-se o raciocínio acima esposado e a prelibação realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, não há outra solução a não ser o parcial conhecimento, somente quanto à violação do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ultrapassada a preliminar, esclareço que a mesma **quaestio iuris** já foi enfrentada anteriormente, quando relatei os Recursos Especiais n. 233.169-RS, DJ de 6.12.1999; 246.126-RS, DJ de 17.4.2000; 245.370, DJ de 10.4.2000, e 244.788-RS, DJ de 10.4.2000. Todos restaram ementados ao seguinte teor:

“REsp. Processual Civil. Honorários advocatícios. Ipergs. Autarquia. Lei n. 7.672/1982. Aplicação do art. 20, § 4º, do CPC. Súmula n. 7-STJ.

1. Conforme disciplina a Lei n. 7.672/1982, o Ipergs é autarquia estadual, fazendo jus ao disposto no artigo 20, § 4<sup>a</sup>, do Código de Processo Civil, já que goza dos privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública.

2. No caso dos autos, a redução do índice apurado não se demonstra plausível, em face das peculiaridades aferidas no processo, que demonstram escorreta mensuração do percentual de 10% (dez por cento). Qualquer incursão nesta seara caracterizará violação à Súmula n. 7-STJ.

3. Recurso conhecido, mas desprovido.”

Quando dos julgamentos, explanei raciocínio, que nos termos da Lei Estadual n. 7.672/1982, o Ipergs se constitui em uma autarquia estadual usufruindo, portanto, de todos os privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública.

Seguindo o mesmo posicionamento, em situações idênticas, esta Turma vem dando provimento aos recursos, especificamente para alterar a capitulação utilizada no arbitramento da verba honorária, restando mantido o percentual apurado, desde que respeitadas as alíneas **a**, **b** e **c** do § 3<sup>a</sup> do art. 20, respeitando, assim, a Súmula n. 7-STJ. A esse respeito, colaciono acórdão elucidativo do eminente Min. Jorge Scartezini, **verbis**:

“Processo Civil. Recurso especial. Servidor. Instituto de previdência estadual. Autarquia. Honorários advocatícios. Negativa de vigência existente. Art. 20, § 4<sup>a</sup>, do CPC. **Quantum**. Súmula n. 7-STJ.

1. Nega vigência à lei federal não só a decisão que afirma não estar a mesma em vigor, mas, também, aquela que deixa de aplicá-la. Inteligência ao art. 105, III, **a**, da Constituição Federal.

2. As prerrogativas processuais atinentes ao órgão fazendário estende-se, na maioria das vezes, aos entes autárquicos. Desta forma, sendo o Instituto de Previdência Estadual uma autarquia, está ele incluído no conceito de Fazenda Pública e os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com o art. 20, § 4<sup>a</sup>, do Código de Processo Civil.

3. Precedentes (REsps n. 46.797-RJ e 55.698-PR e Ag n. 19.349-PE).

4. Contudo, cabe ao órgão colegiado **a quo**, verificado o grau de

zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, sua natureza, seu trabalho, o tempo exigido e a importância da causa, fixar o **quantum** devido (alíneas **a**, **b** e **c** do § 3º do art. 20, CPC), não se cogitando, nesta via estreita do recurso especial, acerca destes valores, porquanto, nos termos do enunciado Sumular n. 7 desta Corte, é vedado o reexame das questões de ordem fático-probatórias.

5. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, apenas determinar ao Tribunal **a quo** que observe, na fixação dos honorários advocatícios, os critérios previstos no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.” (REsp n. 229.818-RS, DJ de 2.5.2000).

No mesmo sentido: REsp n. 237.246-RS e 245.622-RS.

Com base neste contexto, vem se entendendo que a constatação da violação ao art. 20, § 4º, do CPC, não importa em necessária redução do percentual apurado, quando no julgado se faz clara explicitação sobre a peculiaridade do caso concreto, demonstrando que a aplicação do percentual apurado se mostrou justa, moderada e correta, mediante apreciação equitativa e proporcional do juiz ao analisar as situações fáticas do caso concreto.

Somente para não discrepar da orientação firmada nesta Turma, esclareço que a **questio** em testilha distingue-se das anteriores, ao passo que o egrégio Tribunal **a quo** manteve a fixação da verba honorária no percentual de 15% (*quinze por cento*), levando em consideração, única e exclusivamente, o disposto no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, afastando-se da mensuração equitativa e proporcional prescrita nas alíneas do mesmo artigo e parágrafo. A fundamentação é concisa ao afirmar, **verbis**:

“A verba honorária há de ser mantida porquanto fixada *de acordo com as diretrizes do § 3º do art. 20 do CPC. A fixação no percentual de 15% atende à relativa simplicidade da causa e qualidade do ente sucumbente.*” (fls. 104/105).

Da leitura do excerto, conclui-se assistir plena razão ao Recorrente, pois não há como aplicar ao caso concreto o mesmo raciocínio anteriormente proclamado, qual seja, manter o percentual arbitrado, *nos moldes em que foi pautado*. Em igual sentido decidiu o eminente Ministro Felix Fischer, ao relatar o Recurso Especial n. 238.563-RS, DJ de 2.5.2000, sumariado aos exatos termos:

“Processual Civil. Honorários advocatícios. Ipergs. Autarquia estadual. Fazenda Pública. Art. 20, § 4º, do CPC.

I – O Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, como autarquia estadual, inclui-se no conceito de Fazenda Pública, e portanto, goza dos privilégios processuais concernentes a essa condição.

II – Desse modo, a fixação de honorários advocatícios deve observar o disposto no § 4º do art. 20 do CPC – apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas contidas no § 3º do mesmo artigo.

III – Recurso conhecido e provido.”

Conclui-se, assim, que havendo adequada avaliação do magistrado quanto ao percentual apurado, oportunidade em que deverá fixá-lo “consoante apreciação eqüitativa”, o julgado deve ser mantido alterando-se tão-somente a capitulação aplicada. Não havendo o juízo de eqüidade e proporcionalidade, não há como aproveitar o **decisum**.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e dou-lhe provimento para determinar a remessa dos autos à Corte Estadual, a fim de que arbitre a verba honorária, atendendo-se aos critérios previstos no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

É como voto.

