

Jurisprudência da Quinta Turma

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 12.072 – PR

(Registro n. 2001.0158102-3)

Relator: Ministro Felix Fischer
Embargante: Maurício Sagboni Montanha Teixeira
Advogado: Maurício Sagboni Montanha Teixeira
Embargado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Paciente: Carlos Eduardo Jung

EMENTA: Processual Penal – Recurso ordinário em **habeas corpus** – Embargos declaratórios – Omissão – Refis – Suspensão da pretensão punitiva.

Não há omissão a ser sanada se a questão suscitada pelo recorrente, quanto à aplicação dos princípios da isonomia e da retroatividade da lei penal mais benéfica ao agente, foi devidamente examinada na decisão, embora não tenham sido citados nominalmente aqueles princípios.

Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 16 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 3.6.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de embargos declaratórios opostos contra acórdão que negou provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus**, não reconhecendo a suspensão da pretensão punitiva do Estado na

ação penal movida contra os réus Carlos Eduardo Jung e Roberto Luiz Jung, na qual são acusados da prática do crime do art. 95, letra **d**, da Lei n. 8.212/1991.

Eis a ementa do julgado:

“Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Nulidade. Omissão. Apropriação indébita previdenciária. Refis. Suspensão da pretensão punitiva. Parcelamento. Extinção da punibilidade. Art. 34 da Lei n. 9.249/1995. Conduta omissiva. Elemento subjetivo.

I – Se a matéria objeto dos embargos declaratórios já havia sido suficientemente apreciada quando do julgamento do *writ*, não há que se reconhecer nulidade por reiterada omissão do órgão julgador.

II – A instauração de ação penal contra os Pacientes antes mesmo do início da vigência da Lei n. 9.964/2000 impede seja a eles deferido o benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado (art. 15), cujo pressuposto é exatamente a inclusão da pessoa jurídica no Refis *antes* do recebimento da denúncia.

III – A simples obtenção de parcelamento da *dívida após o recebimento da denúncia* não pode ser considerada como causa extintiva de punibilidade, nos termos do art. 34 da Lei n. 9.249/1995.

IV – No crime de não-recolhimento de contribuição previdenciária descontada dos empregados, previsto no art. 95, letra **d**, da Lei n. 8.212/1991, o tipo subjetivo se esgota no dolo, não havendo exigência para que se comprove especial fim de agir (**v.g., animus rem sibi habendi**).

Recurso desprovido.” (fl. 159).

Alega o Embargante que a decisão quedou-se omissa em dois pontos: *primeiro*, não se pronunciou sobre a aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu; *segundo*, não abordou a questão referente à quebra do princípio da isonomia.

Requer o acolhimento dos embargos com efeitos modificativos, para que seja provido o recurso e suspensa a ação penal até o final cumprimento das obrigações pecuniárias decorrentes da indigitada Lei n. 9.964/2000, com posterior extinção da punibilidade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A questão da inaplicabilidade da Lei n. 9.964/2000 aos Pacientes foi devidamente examinada no julgamento do recurso, donde não se pode acoiar de omissio o acórdão.

Destaco, a seguir, trecho do voto:

“Quanto à pretendida aplicação retroativa da lei criadora do Refis, melhor sorte não merece o recurso.

O art. 15 da Lei n. 9.964/2000 reza o seguinte:

‘Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1º. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º. O disposto neste artigo aplica-se, também:

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§ 3º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.’

Conforme se observa no dispositivo legal acima transcrito, a suspensão da pretensão punitiva somente pode ocorrer se a pessoa jurídica for incluída no Refis *antes do recebimento da denúncia criminal*.

Ora, como bem observou o voto-condutor do v. acórdão reprovado, se antes do advento da Lei n. 9.964/2000 já estava em curso

ação penal contra a empresa, não há como se estender aos Pacientes a benesse prevista no já citado art. 15.

O Refis foi criado para ‘promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos’ (art. 1^a da Lei n. 9.964/2000).

Para se obter o benefício do art. 15 da Lei n. 9.964/2000, faz-se indispensável que a empresa tenha aderido ao programa (e isso somente é possível, logicamente, após o advento desse diploma legal), bem como que essa adesão tenha ocorrido *antes* do recebimento da denúncia criminal. Esses requisitos, no entanto, não se verificam **in casu**, pois a denúncia contra os Pacientes foi recebida em 24.2.2000 (fl. 27), sendo que a Lei n. 9.964/2000 foi publicada no DOU de 11.4.2000.” (fls. 149/150).

Como visto, a questão sobre a aplicação retroativa da Lei n. 9.964/2000 foi expressamente examinada no julgamento do recurso. O simples fato de não se ter citado nominalmente o princípio da isonomia e o da retroatividade da lei mais benéfica, por si só, não serve para caracterizar a omissão no julgamento, eis que a **quaestio** foi decidida.

Pelo exposto, voto para que sejam rejeitados os embargos.

HABEAS CORPUS N. 12.921 – RJ

(Registro n. 2000.0036860-1)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Sérgio Geraldo Moreira Rodrigues Júnior
Impetrada: Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Pacientes: Roberto Monzo, Eduardo Ferrini Matuscello, José Antero Raposo do Rêgo, Areski Silva Santiago e Augusto Canizza

EMENTA: Processual Penal – **Habeas corpus** – Crimes falimentares – Inquérito judicial – Contraditório – Fundamentação – Inépcia da denúncia.

I – Eventual lapso ou vício do inquérito judicial não anula a ação penal (*precedentes STF e STJ*).

II – Não se exige fundamentação de decisão que denega a produção de provas requeridas pela defesa em fase de inquérito.

III – É inepta a denúncia que apresenta imputação vaga e incompleta que não enseja a adequação típica.

Habeas corpus parcialmente concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem para declarar a inépcia formal da denúncia. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Edson Vidigal e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 7 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 13.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário impetrado contra o v. acórdão da colenda Sétima Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro denegatório de *writ*.

Depreende-se dos autos que os ora pacientes foram denunciados pela prática, em tese, dos crimes previstos nos artigos 186, VI, e 188, VII e VIII, ambos do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (Lei de Falências).

A defesa, inconformada, impetrou **habeas corpus** alegando inépcia da denúncia e nulidade em fase do inquérito judicial.

O egrégio Tribunal **a quo** denegou a ordem em acórdão assim ementado:

“Inquérito judicial. Rito da Lei das Falências. Inexistência de obrigatoriedade do contraditório. Nulidade não presente.” (fl. 73).

Daí o presente *writ*, em que se alega violação ao direito dos Réus à ampla defesa, uma vez que o Promotor de Justiça signatário da denúncia teria diligenciado e ouvido em seu próprio gabinete uma testemunha, cujo depoimento lhe serviu para formar a **opinio delicti**, e que tal depoimento não teria sido submetido ao contraditório.

Aduz, ainda, o Impetrante ausência de fundamentação no despacho que indeferiu diligências requeridas pela defesa, bem como inépcia da peça exordial, tendo em vista falta de individualização das condutas.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): *Inicialmente*, há que se destacar que, de regra, as eventuais irregularidades na fase de inquérito não ensejam a nulidade do processo. Assim como no inquérito policial, o inquérito judicial é mera peça informativa, cujos defeitos não se prestam a viciar a ação penal.

Assim tem decidido esta Corte:

“Penal. Processual. Crime falimentar. Inquérito judicial. Nulidade. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. **Habeas corpus**. Recurso.

1. O inquérito judicial, para apuração de crime falimentar, é mera peça informativa, desprovida de rito formal. Eventual vício ou defeito não contamina a ação penal.

2. Não se tranca ação penal por falta de justa causa, se baseada em denúncia que contém indícios de autoria e materialidade. As provas, em **habeas corpus**, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes.

3. Recurso a que se nega provimento.” (RHC n. 9.104-SP, Quinta Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 1.8.2000).

“Processual Penal. Crime falimentar. Inquérito judicial. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Recebimento da denúncia. Decisão fundamentada.

– Em tema de crime falimentar, o inquérito judicial é, como o inquérito policial comum, peça meramente informativa, cujos eventuais defeitos não consubstanciam nulidade capaz de invalidar a ação penal já instaurada.

– A jurisprudência deste Tribunal já consagrou o entendimento de que o prazo do art. 106 da Lei de Falências corre em cartório, independentemente de intimação pessoal.

– Não merece reparo decisão judicial que, ao receber a denúncia por crime falimentar, expende longa fundamentação, susceptível de pleno exercício do direito de defesa.

– Recurso ordinário desprovido.” (RHC n. 6.285-SP, Sexta Turma, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 26.5.1997).

“**Habeas corpus**. Nulidade da ação penal. Crime falimentar. Inquérito.

Vícios do inquérito, mera peça informativa, não se projetam para a ação penal já instaurada, mesmo tratando-se de falência.

Recurso em **habeas corpus** a que se nega provimento.” (RHC n. 4.837-SP, Quinta Turma, rel. Min. Assis Toledo, DJU de 20.11.1995).

Outro não é o entendimento do *Pretório Excelso*:

“**Habeas corpus**. Crime falimentar. Justa causa. Falta de intimação. Prescrição.

I – Alegação de falta de justa causa indemonstrada.

II – Falta de intimação que não acarreta nulidade, ante a natureza inquisitória do inquérito judicial. Precedentes do STF.

III – Inocorrência da prescrição apontada.

Recurso improvido.” (RHC n. 67.106-SP, Segunda Turma, rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 10.3.1989).

“Inquérito judicial para apurar crime falimentar. Trata-se de peça informativa, destinada a servir de base a possível ação penal (art. 106 da Lei de Falências).

Recurso em **habeas corpus** a que se nega provimento.” (RHC n. 67.024-SP, Segunda Turma, rel. Min. Djaci Falcão, DJU de 9.12.1988).

Vale, ainda, neste ponto, citar a obra de **Waldo Fazzio Júnior** (Lei de Falências e Concordatas Comentada, Editora Atlas, 1999, p. 225):

“Se, nos delitos comuns, a fase investigatória da persecução penal é incumbência da autoridade policial, nos crimes falimentares, o período informativo da **persecutio poenalis** se desenvolve em juízo.

É o inquérito judicial um procedimento tendente à apuração de crime falimentar e sua autoria, visando alicerçar a inicial penal (denúncia ou queixa).

O inquérito judicial tem importância fundamental no processo falimentar, pois define um quadro de todas as vicissitudes que explicam a quebra, desde os desmandos e equívocos da conduta comercial do falido até a própria incidência penal, individualizando, nesse caso, os responsáveis e especificando os eventuais crimes ocorridos.

Sobre sua natureza jurídica, a doutrina majoritária entende que o inquérito judicial é procedimento meramente informativo e inquisitivo, enquanto para **José Frederico Marques** (1962, v. 3: 348), o inquérito judicial é a atividade jurisdicional que, conquanto preparatória da ação penal, subordina-se às garantias do contraditório.”

E também o comentário de **Fernando da Costa Tourinho Filho**, in *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, **Alberto Silva Franco** e outros, Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., São Paulo, 1997, p. 1.452:

“Embora o inquérito seja mera peça informativa, em se tratando de inquérito judicial, a própria lei exige o contraditório. (...) Se a lei exige possa o falido contestar as arguições contidas nos autos de inquérito, se preterida tal formalidade, que é essencial, não pode vingar a relação processual que já traz um vício de origem. *Hoje o entendimento é de que o inquérito falimentar pode ser contraditório. Não o é, necessariamente.* Explica-se: o prazo de cinco dias que o art. 106 confere ao falido para a contestação corre em cartório, nos termos do art. 204 do estatuto falitário. Se o falido vier a ter ciência, poderá contestar. Do contrário, não. A lei não exige sua intimação, nesse sentido, RTJ 82/103, 90/851, 106/533, e RT 577/472, 599/313, 602/443.” (**Tourinho Filho**, *Processo Penal*, Saraiva, ed. 1990, p. 98). (grifei).

No que tange ao indeferimento das provas requeridas pela defesa, cumpre assinalar que há diferença entre diligências requeridas em fase anterior à ação penal e aquelas pleiteadas na fase propriamente judicial. No caso de

inquérito judicial, a decisão, neste tópico, prescinde de fundamentação. Fri-se-se que esta questão não guarda semelhança com a fundamentação do despacho que recebe a denúncia no caso de crimes falimentares. É tópico diverso.

Todavia, quanto à alegada inépcia da denúncia, entendo que a ordem há que ser concedida. Diz a inicial:

“O *Ministério Público do Rio de Janeiro*, pela Curadora de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, vem oferecer

Denúncia

em face de *Roberto Monzo, Eduardo Ferrini Matuscello, José Antero Raposo do Rêgo, Areski Silva Santiago e Augusto Cannizza*, respectivamente Presidente, Diretor de Desenvolvimento, Diretor Industrial, Diretor Adjunto Administrativo/Financeiro e Administrador da Belprato S/A, já qualificados nos autos do inquérito judicial que acompanha a presente, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

Em período não determinado, porém, compreendido entre o ano de 1995 e 9.9.1996, data da decretação da falência da referida empresa Belprato S/A, os denunciados *incorreram em atraso na escrituração do Livro-Diário*, registrando tão-somente até 31.10.1995 operações efetuadas pela referida sociedade. Ademais, *omitiram na escrituração o lançamento da quitação de débitos*, efetuada por clientes. Outrossim, *suprimiram da empresa os seguintes livros obrigatórios: Atas de Assembléias Gerais, Atas de Reuniões de Diretoria, Atas de Reuniões do Conselho de Administração, Atas e Pareceres do Conselho Fiscal e Presença de Acionistas*.

Assim agindo, estão os denunciados incursos nas penas dos artigos 186, VI; 188, VII e VIII, do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (Lei de Falências).

Isto posto, requer o Ministério Público o recebimento da presente e a citação dos Réus para que respondam às imputações que lhe são feitas, sob pena de revelia, sendo, afinal, condenados nos termos da denúncia.” (fls. 18/19).

Conforme se vê, a peça não descreve a relação de cada acusado com as imputações. A eventual dispensa de especificações nos delitos societários

não implica em prescindir da vinculação entre a conduta e o resultado. Seria necessário que, no mínimo, a denúncia tivesse descrito qual a atribuição de cada um dos ora pacientes na empresa.

Assim, ante a inobservância do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, entendo que a denúncia é formalmente inepta.

Assim tem decidido esta Corte:

“Habeas corpus. Crime societário. Sonegação fiscal. Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal.

– Inepta é a denúncia que não expõe o fato tido como criminoso, em todas as suas circunstâncias, apresentando-se de forma sumária, em caráter genérico, e em desacordo com o art. 41, CPP.

– Inadmissível a inclusão do nome do paciente na peça acusatória, apenas por ser sócio acionista da empresa.

– Em se tratando de autoria coletiva, é indispensável que descreva, ainda que resumidamente, a conduta delituosa de cada participante, de modo a possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa. Todavia, a referida atenuação ao rigorismo do art. 41, CPP, não significa que a peça inicial acusatória instauradora da ação penal, fique dispensada de demonstrar a existência de nexo de causalidade entre o resultado danoso e a participação dos agentes na prática do ato ou da omissão ou de qualquer elemento indiciário de culpabilidade.

– Ordem concedida.” (HC n. 4.805-MA, Quinta Turma, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJU de 18.11.1996).

“Habeas corpus. Processual Penal. Delito societário. Denúncia inepta.

A impossibilidade concreta de serem indicados detalhes da conduta dos agentes, acontecimento comum dos delitos plurissubjetivos e eventualmente plurissubjetivos, não desobriga a acusação de apresentar, na narrativa, a descrição do vínculo entre a conduta do envolvido e o resultado.

Writ deferido.” (HC n. 5.531-RJ, Quinta Turma, DJU de 5.5.1997).

“HC. Penal. Processual Penal. Denúncia. Requisitos.

– A denúncia deve satisfazer duas condições: *formal* – descrição do fato com todas as suas circunstâncias; *material* – evidência fática,

no âmbito do juízo de probabilidade, de a imputação poder ser reconhecida, no juízo de mérito. Tais exigências não fazem distinção quanto à natureza da infração penal. Envolve, portanto, os crimes societários, de pluralidade subjetiva e de co-autoria. Exigência constitucional para efetivar os princípios do contraditório e da defesa plena. Para ser incluído na denúncia, não basta ser sócio de pessoa jurídica, ou, nela, exercer atividade de administração. Fundamental é evidenciar (juízo de probabilidade) haver praticado a conduta (comissiva ou omissiva), penalmente relevante.” (HC n. 8.394-SP, Sexta Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 21.6.1999).

“Penal. Processual. Crime societário. Ação penal. **Habeas corpus**. Trancamento. Denúncia inepta. Recurso especial.

1. Nos chamados crimes societários é imprescindível que a denúncia descreva, ao menos sucintamente, a participação de cada pessoa no evento criminoso.

2. A invocação da condição de sócio ou diretor, sem a individualização das condutas, não é suficiente para viabilizar a ação penal, por impedir o exercício do contraditório e da ampla defesa.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 135.264-GO, Quinta Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 17.8.1998).

Observe-se que, segundo orientação do colendo Supremo Tribunal Federal, não há óbice na declaração de inépcia da denúncia após a sentença condenatória, se a alegação foi levantada em **habeas corpus** impetrado antes da condenação. Senão, vejamos:

“I – Ministério Público: legitimidade **ad processum** para o oferecimento da denúncia de Promotores designados previamente para compor grupo especial de acompanhamento de investigações e promoção da ação penal relativas a determinados crimes.

1. Sendo a denúncia anterior à Lei n. 8.625/1993 – segundo a maioria do STF, firmada no HC n. 67.759 (vencido, no ponto, o relator) – não se poderia opor-lhe à validade o chamado princípio do promotor natural, pois, à falta de legislação que se reputou necessária à sua eficácia, estaria em pleno vigor o art. 70, V, Lei Complementar n. 40/1981, que conferia ao Procurador-Geral amplo poder de substituição para, ‘mesmo no curso do processo, designar outro membro do

Ministério Público para prosseguir na ação penal, dando-lhe orientação que for cabível no caso concreto’.

2. De qualquer modo, ainda para os que, como o relator, opuseram temperamento à recepção integral da legislação anterior, a Constituição vigente não veda a designação, no Ministério Público, de grupos especializados por matéria ou para o acompanhamento, desde as investigações policiais, da repressão penal de certos fatos, na medida em que a atribuição aos seus componentes da condução dos processos respectivos implica a prévia subtração deles da esfera de atuação do Promotor genericamente incumbido de atuar perante determinado juízo.

II – Denúncia: inépcia: preclusão inexistente, quando argüida antes da sentença. A jurisprudência predominante do STF entende coberta pela preclusão a questão da inépcia da denúncia, quando só aventada após a sentença condenatória (precedentes); a orientação não se aplica, porém, se a sentença é proferida na pendência de **habeas corpus** contra o recebimento da denúncia alegadamente inepta.

III – Denúncia: quadrilha: imputação idônea.

1. Ao dispor a lei que a denúncia conterá ‘a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias’ (Código de Processo Penal, art. 41) – além daquelas necessárias à verificação da punibilidade do fato e à determinação da competência para o processo – o que se exige sobretudo é que a imputação descreva concretamente os elementos essenciais à realização do tipo cogitado.

2. O crime de quadrilha se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quanto àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, no momento da adesão de cada qual; crime formal, nem depende, a formação consumada de quadrilha, da realização ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas, nem, conseqüentemente, a imputação do crime coletivo a cada um dos partícipes da organização reclama que se lhe possa atribuir participação concreta na comissão de algum dos crimes-fim da associação.

3. Segue-se que à aptidão da denúncia por quadrilha bastará, a rigor, a afirmativa de o denunciado se ter associado à organização formada de mais de três elementos e destinada à prática ulterior de crimes;

para que se repute idônea a imputação a alguém da participação no bando não é necessário, pois, que se lhe irroque a cooperação na prática dos delitos a que se destine a associação, aos quais se refira a denúncia, a título de evidências da sua formação anteriormente consumada.” (HC n. 70.290-RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 13.6.1997).

Há, também, neste sentido, precedente desta Corte:

“Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Lei de Imprensa. Ofensa à honra. Preclusão. Inépcia. Nulidades. Justa causa.

I – A preclusão acerca dos defeitos da denúncia só ocorre quando não argüida antes da sentença condenatória; se esta última é proferida na pendência de *writ*, nada obsta a apreciação do alegado no remédio heróico (precedentes do Pretório Excelso).

II – Se a queixa, fundada em elementos suficientes, permite a adequação típica, ela não é inepta e nem peca pela falta de justa causa.

III – Se a verificação do **animus injuriandi** ou **diffamandi** exige o cotejo do material cognitivo, então, a questão escapa aos limites do remédio heróico.

IV – A falta do pedido de citação, suprida pelo *Parquet*, a par de não ser exigência do art. 41 do CPP, ensejaria, **in casu**, a incidência do art. 563 do CPP.

V – A alegada falta de *legitimidade ativa*, em princípio, não condiz com os dados apresentados, visto que a ofensa imputada na inicial parece dirigida à condição de advogado e não de funcionário.

VI – Se a ofensa delineada na exordial acusatória deixa claro quem é o ofendido, prescindível é a indicação do seu nome.

Recurso desprovido.” (RHC n. 7.641-SP, Quinta Turma, DJU de 19.10.1998).

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem para declarar a inépcia formal da denúncia.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 18.397 – SP

(Registro n. 2001.0109037-2)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrante: Helena Rosa Rodrigues Costa (Defensora Pública)
Impetrada: Quinta Câmara Criminal de Janeiro/2001 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Avelino Bernardo Filho (preso)

EMENTA: **Habeas corpus** – Porte ilegal de arma de fogo – Art. 10, § 3º, inciso IV, da Lei n. 9.437/1997 – **Novatio legis in pejus** – Inocorrência – **Bis in idem** na aplicação da pena – Somente delitos cometidos com uso de violência ou grave ameaça à pessoa justificam a incidência da qualificadora do inciso IV – Outros antecedentes poderão ser utilizados na forma do art. 59 do CP – Falha na dosimetria da pena, com inobservância do critério trifásico disposto no art. 68 do CP.

“Se a conduta delituosa do porte não autorizado de armas ocorreu sob a égide da Lei n. 9.437/1997, torna-se irrelevante a circunstância de que a condenação por crime contra o patrimônio seja anterior à vigência da nova lei.” (HC n. 11.887-SP, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 4.9.2000).

Possibilidade de que os maus antecedentes que não sejam considerados para a incidência da qualificadora presente no inciso IV, § 3º, art. 10 da Lei n. 9.437/1997, eis que sem a utilização de violência ou grave ameaça à pessoa, sejam observados na forma do art. 59 do CP na fixação da pena-base.

Inobservância, porém, do critério trifásico obrigatório quando da dosimetria da pena (art. 68, CP), tendo em vista que os maus antecedentes do réu foram considerados após fixada a pena-base.

Ordem parcialmente provida para suprimir da condenação o acréscimo de 1/4 referente à existência de maus antecedentes que deveriam ter sido observados quando da fixação da pena-base.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente

a ordem para suprimir da condenação o acréscimo de 1/4 sobre a pena-base proveniente da existência de maus antecedentes, eis que tais circunstâncias judiciais deveriam ter sido consideradas quando da fixação da pena-base e não após, em flagrante afronta ao critério trifásico da dosimetria da pena (art. 68 do CP). Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 4 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 4.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de **habeas corpus** impetrado pela Procuradora do Estado de São Paulo Helena Rosa Rodrigues Costa em favor de Avelino Bernardo Filho, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, em votação unânime, negou provimento à apelação interposta (fls. 23 e segs.).

Depreende-se dos autos ter sido o Paciente condenado à pena de dois anos e seis meses de reclusão em regime fechado por incurso no art. 10, § 3º, inciso IV, da Lei n. 9.437/1997.

Insurge-se a impetração alegando, em síntese: a) ser incabível considerar condenação anterior à lei de porte de armas para servir de causa de aumento de pena, na forma do art. 10, § 3º, inciso IV, da supracitada lei, pois restaria configurada hipótese de **novatio legis in pejus**; b) que “sua vida pregressa foi valorada duas vezes, não cumprindo, para prejudicá-lo, distinguir entre condenação anterior que serve de base para a qualificadora e o que o julgado chamou de ‘maus antecedentes’, aliás, não devidamente apontados em que consistiriam” (fl. 5).

Pugnou o *Parquet* Federal pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Acolho, por judiciosas, as considerações exaradas pelo Subprocurador-Geral da República Eduardo Antônio Dantas Nobre, **verbis** (fls. 137/141):

“O § 3º, IV, artigo 10 da Lei n. 9.437, de 1997, estabelece, **verbis**:

‘Art. 10.

...

§ 2º. A pena é de reclusão de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.

§ 3º. Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem:

...

IV – possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.’

Com efeito, tem-se, como certo, que com o referido dispositivo legal, o legislador, na tentativa de desestimular o cometimento de outros delitos praticados com o emprego de arma de fogo, e sabedor da maior periculosidade do agente que, por outro delito, já havia sido condenado, decidiu agravar, com a criação da figura qualificada, a pena da infração descrita no artigo 10, **caput**, da Lei n. 9.437, de 1997, vinculando a conduta do porte ilegal de arma a uma circunstância pessoal do agente: a condenação por crime anterior, cometido mediante violência ou grave ameaça.

Assim, não há que se falar em **novatio legis in pejus**, vez que o fato-crime anterior revela, tão-somente, a característica da personalidade do réu que, voltado para a reiteração da delinquência, necessita de maior reprovação social.

Nesse sentido, trago à baila o seguinte aresto:

‘Penal. Porte ilegal de arma. Lei n. 9.437/1997, art. 10, § 3º, IV. Figura qualificada. Princípio da tipicidade. Desclassificação. Impossibilidade. Pena. Individualização. Circunstância atenuante. Incidência obrigatória. Fixação abaixo do mínimo legal.

– Em Direito Penal tem exponencial relevo o princípio da tipicidade, que preconiza ser imperativo que a conduta reprovável se encase no modelo descrito na lei penal vigente na data da ação ou da omissão.

– A Lei n. 9.437/1997, que elevou à categoria de crime o porte não autorizado de armas, considerou, em seu artigo 10, § 3º, como qualificadoras, a condenação anterior por crimes contra a pessoa, contra o patrimônio ou por tráfico ilícito de entorpecentes.

– Se a conduta delituosa do porte não autorizado de armas ocorreu sob a égide da Lei n. 9.437/1997, torna-se irrelevante a circunstância de que a condenação por crime contra o patrimônio seja anterior à vigência da nova lei.

– 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.’ (grifos acrescentados) (HC n. 11.877-SP, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 4.9.2000, p. 199).

Destarte, não merece prosperar tal argumentação.

Quanto à alegação de a pena ter sido duplamente exasperada, creio que razão assiste ao Impetrante.

Conforme já proferido anteriormente, é plenamente viável a aplicação do § 3º, IV, do art. 10 da Lei n. 9.437, de 1997, mesmo na hipótese de a condenação ter ocorrido anteriormente à vigência do mencionado dispositivo legal. Contudo, verifica-se que, **in casu**, o MM. Magistrado não obedeceu ao critério trifásico estabelecido pelo legislador pátrio na aplicação da reprimenda.

Dispõe a sentença:

‘...

Fixo a pena-base privativa de liberdade em 2 (dois) anos de reclusão, porquanto o Réu já possui condenação anterior em crime contra o patrimônio. Atento aos maus antecedentes do acusado, que já praticou outros crimes com sentença condenatória transitada em julgado, aumento-a em 1/4 (um quarto), perfazendo um total de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, que torno definitiva, por não haver outros elementos que justifiquem aumento ou diminuição.

...’ (fls. 12/13).

Ora, da parte transcrita, verifica-se que o MM. Magistrado fixou

a pena-base no mínimo legal, aumentando-a, posteriormente, em razão dos maus antecedentes. Porém, em conformidade com a exegese permitida pelo artigo 59 do Código Penal, as circunstâncias judiciais devem ser consideradas na fixação inicial da pena-base a ser imposta ao acusado de qualquer delito.

Com efeito, ao fixar a pena-base no mínimo legal, o MM. Magistrado já descartou, de pronto, os maus antecedentes, não podendo, em outra fase, considerá-los.

Imperioso registrar, nesse passo, que não haveria qualquer óbice na incidência da circunstância judicial de maus antecedentes, aplicada em decorrência dos outros crimes praticados pelo ora paciente. Porém, o que se discute, neste desiderato, não é a forma desta aplicação, mas, sim, a fixação da pena-base, em desacordo com os critérios estatuídos no diploma penal pátrio.”

Tem razão o douto membro do Ministério Público Federal. A falha não está na consideração dos antecedentes, já que somente delitos praticados com o uso de violência ou grave ameaça à pessoa ensejam a incidência da qualificadora prevista no art. 10, § 3º, inciso IV, da Lei n. 9.437/1997. A propósito:

“Penal. **Habeas corpus**. Porte ilegal de arma de fogo. Existência de condenação anterior por crime contra o patrimônio. Incidência da qualificadora prevista no art. 10, § 3º, IV, da Lei n. 9.437/1997.

A condenação anterior pela prática do crime de estelionato, por si, não deve ser considerada circunstância suficiente para a aplicação da qualificadora prevista no art. 10, § 3º, inciso IV, da Lei n. 9.437/1997, pois tal exasperação da pena deve ser aplicada quando o delito anterior, contra o patrimônio, tenha sido praticado com o uso de violência ou grave ameaça à pessoa, circunstâncias que revelariam a periculosidade do agente ou uma fundada suspeita de novo delito.

Writ indeferido.” (HC n. 14.917-SP, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 4.6.2001).

De fato, a falha está na dosimetria da pena, eis que os maus antecedentes são fixados após a fixação da pena-base, desrespeitando o critério trifásico de aplicação da pena. Os antecedentes deveriam ter sido fixados quando da quantificação da pena-base, já que constitui um dos elementos presentes no art. 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais). Diz o art. 68 do CP:

“Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

(...).”

Confirmam-se:

“**Habeas corpus**. Sentença. Nulidade.

1. A observância do critério trifásico é obrigatória **ex vi** do art. 68 do Código Penal.

2. **Habeas corpus** concedido de ofício para que outra sentença seja proferida.” (HC n. 7.401-RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 8.9.1998).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Fixação da pena. Fundamentação.

I – A redução da pena, a mudança de regime e a concessão do *sursis*, no caso, exigiriam um exame de provas incabível em sede de **habeas corpus**.

II – É parcialmente nulo o acórdão que inobserva o critério trifásico e não apresenta fundamentação concreta.

Writ concedido, de ofício, para anular parcialmente o acórdão.” (HC n. 8.977-SP, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 14.6.1999).

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para suprimir da condenação o acréscimo de 1/4 sobre a pena-base proveniente da existência de maus antecedentes, eis que tais circunstâncias judiciais deveriam ter sido consideradas quando da fixação da pena-base e não após, em flagrante afronta ao critério trifásico da dosimetria da pena (art. 68 do CP).

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 18.745 – ES

(Registro n. 2001.0125592-3)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Impetrante: Luiz Carlos Mathias Soares
Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
Paciente: Marcos Antônio Barbosa (preso)

EMENTA: Penal e Processual Penal – Homicídio qualificado – Pronúncia – Exclusão de qualificadoras – Impossibilidade.

– Conforme entendimento desta Corte, as qualificadoras do homicídio só devem ser rejeitadas, na pronúncia, quando manifestamente improcedentes. Havendo indícios da imputação, devem ser mantidas.

– Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 7 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 2.9.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de **habeas corpus**, impetrado por Luiz Carlos Mathias Soares, em benefício de Marcos Antônio Barbosa, contra o v. acórdão proferido pela egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que, à unanimidade, denegou a ordem ali impetrada, nos termos da seguinte ementa (fl. 5), **verbis**:

“**Habeas corpus**. Pronúncia. Qualificadoras. Fundamentação. Linguagem compatível com o momento processual. Custódia cautelar. Necessidade de se manter a medida. Denegação da ordem.

Ao juiz-pronunciante cabe, no momento da decisão, ater-se a uma linguagem comedida sob pena de invadir indevidamente a competência do juiz natural da causa, qual seja, o Conselho de Sentença. Essa sobriedade é perfeitamente válida, também, no que concerne às qualificadoras imputadas na denúncia, de sorte que, basta para tanto, que o magistrado se convença da existência do crime qualificado e de indícios suficientes de autoria, sem adentrar em pormenores, para tornar a sentença plenamente válida.

Presentes os motivos da manutenção da custódia cautelar, deve o Réu ser mantido na prisão que se encontra, **ex vi** do art. 408, § 1º, do Código de Processo Penal.

Ordem denegada, à unanimidade.”

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado como incurso no *art. 121, § 2º, II e IV, c.c. art. 14, inciso II, duas vezes, ambos do Código Penal*, porque, após uma discussão entre a sua esposa e a vítima, envolvendo seus respectivos filhos, com 10 e 5 anos de idade, efetuou cinco disparos contra a vítima, logrando atingi-lo por três vezes, deixando-o paraplégico, atingindo também outra pessoa por duas vezes.

Devidamente processado, o Paciente foi pronunciado. Inconformada com a r. sentença de pronúncia, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal **a quo**. A ordem restou denegada nos termos supramencionados.

Daí, o presente *writ*, no qual o Impetrante pleiteia a exclusão das qualificadoras consideradas na pronúncia, bem como a revogação da prisão preventiva do Paciente.

Liminar indeferida à fl. 79.

Sem pedido de informações.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 81/88, opina pela denegação da ordem, sob o fundamento de que, sendo a pronúncia mero juízo de admissibilidade, na dúvida acerca da ocorrência ou não das qualificadoras, o magistrado deve pronunciar o Réu. Por outro lado, salienta a necessidade da prisão processual.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado,

o Impetrante pretende, com o presente *writ*, a exclusão das qualificadoras consideradas na pronúncia, sob o argumento de ausência de fundamentação, bem como a revogação da prisão preventiva.

É cediço que a decisão de pronúncia encerra conteúdo meramente declaratório (v.g. **José Frederico Marques**, in *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. III, p. 723, e **Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco**, in *Teoria e Prática do Júri*, 6ª ed., pp. 218/219, *entre outros*). Assim sendo, cabe ao magistrado utilizar-se de prudência, evitando manifestação própria quanto ao mérito da acusação, restringindo-se, somente, à verificação de admissibilidade. Sob essa ótica, tem-se que as qualificadoras só poderão ser excluídas em casos excepcionalíssimos, quando, de forma incontroversa, mostrarem-se totalmente improcedentes ou infundadas.

Neste diapasão, é firme a jurisprudência desta Corte, da qual permito-me destacar:

“Penal e Processual Penal. Homicídio qualificado. Júri. Exclusão da qualificadora.

I – As qualificadoras do homicídio só devem ser rejeitadas, na pronúncia, quando manifestamente improcedentes (precedentes). Havendo indícios da imputação, é de se manter a qualificadora no **iudicium accusationis**.

II – No caso de dúvida, em fase de pronúncia, esta corre em desfavor do réu por força do princípio do **in dubio pro societate**.

Ordem denegada.” (HC n. 16. 273-PR, rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 29.10.2001).

Destarte, na dúvida, a qualificadora deve ser incluída na pronúncia, o que, acertadamente, fez o magistrado de 1ª grau.

De outro lado, o pedido de revogação da prisão preventiva já foi objeto de exame por esta Corte, quando do julgamento do *HC n. 15.498-ES*, de *minha relatoria*. Na oportunidade, salientei:

“Compulsando os autos, observo que o acusado permaneceu sob cárcere durante toda a instrução criminal.

Na pronúncia, o magistrado local manteve a constrição do acusado, sob o fundamento de que persistiam os motivos que fundamentaram o decreto de prisão preventiva, salientando sua permanência em

cárcere durante toda a instrução criminal. O r. **decisum** censurado foi proferido, na parte que interessa, nos seguintes termos:

‘Mantenho o acusado preso face à sua periculosidade e no resguardo da própria sociedade, recomendando-o na cadeia onde se encontra.’

Esta Corte, reiteradamente, tem proclamado que, *inexistindo fato novo a ensejar a soltura do réu, tem-se como desnecessária a fundamentação, na oportunidade da pronúncia, para que seja mantida a custódia de quem já se encontrava preso durante a instrução. Esse é o caso dos autos*: o acusado foi preso preventivamente pela prática de homicídio qualificado, tendo assim permanecido até a sentença de pronúncia, que manteve a sua prisão, sem que qualquer fato novo viesse abonar a conduta do Réu.

Outrossim, a primariedade e a ausência de antecedentes criminais são circunstâncias que, isoladamente, não inviabilizam a manutenção da custódia, se há outros elementos que a recomendem.

Nessa esteira, à guisa de ilustração, destaco os seguintes precedentes:

‘**Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Tentativa de homicídio qualificado. Réu que permaneceu preso preventivamente no curso da instrução criminal. Pronúncia. Manutenção da custódia. Excesso de linguagem. Inocorrência.

Inexistindo fato a ensejar a soltura do réu, tem-se como desnecessária nova fundamentação, quando da pronúncia, para que seja mantida a custódia de quem já se encontrava preso durante a instrução. Não obstante, a segregação cautelar do paciente foi mantida fundamentadamente, tendo o magistrado assinalado a subsistência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar.

Primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita. Circunstâncias que, isoladamente, não inviabilizam a custódia preventiva, quando fundada nos requisitos do artigo 312 do CPP.

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

Ordem denegada.’ (HC n. 12.830-SP, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 9.10.2000).

‘Processual Penal. RHC. Prisão preventiva. Falta de fundamentação. Inexistência. Ordem pública. Pronúncia. Crime hediondo.

1. Não há falar em insubsistência do decreto de prisão preventiva, tendo sido demonstrados, inclusive, a materialidade do delito e indícios de autoria. Além do mais, não traz a impetração nenhum fundamento capaz de ensejar a revogação ou anulação da medida constritoria.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de modo uniforme, inclina-se no sentido de que não há maltrato à presunção de inocência e nem representa ilegal constrangimento, a recomendação na prisão em que se achar o acusado, pela sentença de pronúncia, uma vez subsistentes os motivos e fundamentos ensejadores do decreto de preventiva, com apoio na manutenção da ordem pública, em face do clamor geral, representado pela gravidade do delito, além de tratar a espécie de crime hediondo, insusceptível, em princípio, de liberdade provisória. A manutenção da custódia nestas circunstâncias visa, sobretudo, impedir ou mesmo desestimular a prática de novos crimes.

3. A circunstância de se encontrar o réu preso preventivamente, mediante decisão fundamentada e, nesta condição, haver se desenrolado todo o sumário de culpa, recomenda, salvo a ocorrência de fato novo modificativo da situação, a manutenção da medida restritiva de liberdade, **ut** § 1º do art. 408 do Código de Processo Penal.

4. RHC improvido.’ (RHC n. 10.008-RN, rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 21.8.2000).”

Por tais fundamentos, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 19.302 – MG

(Registro n. 2001.0164053-9)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrantes: Gustavo Oliveira Chalfun e outro
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Paciente: Roberto Edmar Urias (preso)

EMENTA: Criminal – HC – Estupro com lesões corporais seguidas de morte – Trancamento de ação penal – Laudo de DNA excluindo o paciente da autoria do crime – Flagrante constrangimento ilegal – Falta de justa causa para a ação penal – Ordem concedida – Trancamento determinado.

I – Com a superveniência de laudo de DNA, excluindo o paciente da autoria do crime de estupro com lesões corporais seguidas de morte, pelo qual restou condenado à pena de 6 anos de reclusão, sobressai flagrante constrangimento ilegal, tornando-se mister o pronto trancamento do feito.

II – A falta de justa causa para a ação penal deve ser reconhecida quando evidenciar-se, de pronto, a falta de indícios a fundamentarem a acusação.

III – Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal movida contra o ora paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para determinar o trancamento da ação penal movida contra o ora paciente. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 21 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 29.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial

provimento à apelação criminal interposta contra decisão monocrática que condenara o Paciente nas sanções dos arts. 213 e 223, c.c. o art. 129, § 3º, todos do Código Penal.

A impetração sustenta que o Paciente restou condenado pela prática do delito de estupro seguido de morte, tendo a instrução criminal prosseguido sem que fosse deferida, em qualquer momento, nem mesmo na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, a possibilidade de produção e juntada aos autos de exame de DNA, a ser procedido na vítima e nos pertences relacionados ao crime.

Não obstante, o Paciente foi condenado a 21 anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Da decisão condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação, sob a alegação preliminar, dentre outras, de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, eis que o juízo de 1ª grau não teria permitido a produção da prova de DNA.

O egrégio Tribunal **a quo**, contudo, rejeitou a preliminar levantada, com base na prova testemunhal e na confissão levada a efeito diante da autoridade policial. Em decorrência, o acórdão ora impugnado, com fulcro na inaplicabilidade da Lei n. 8.072/1990 ao crime em comento, reduziu a reprimenda em 5 (cinco) anos, mantendo os demais termos da sentença condenatória.

Interposto recurso especial, o Paciente obteve o resultado do exame de DNA, cuja conclusão afasta inteiramente a autoria do delito a ele imputado.

Face a tal prova nova, impetrou-se **habeas corpus** perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual declinou de sua competência para esta Corte, assim como impetrou o presente *writ*, através do qual pleiteia-se, liminarmente, a soltura do Paciente e o trancamento da ação penal, até posterior julgamento de revisão criminal.

A medida liminar foi indeferida.

Formulado pedido de reconsideração, através do qual o Impetrante ressaltou a apresentação de prova a caracterizar a existência de laudo técnico corroborando, em princípio, a tese negativa de autoria sustentada, foi deferida a liminar para determinar a imediata soltura do Paciente, mediante condições, permitindo-lhe que aguardasse em liberdade até o julgamento do mérito do presente *writ*.

Prestadas as informações, a douta Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** visando ao pronto trancamento da ação penal a que responde o Paciente, com base em tese negativa de autoria, apoiada em laudo técnico (exame de DNA).

A defesa sustentou, perante o egrégio Tribunal **a quo**, a nulidade do feito por cerceamento de defesa, eis que não teria sido oportunizada a produção de prova de DNA. Entretanto, o Tribunal de 2ª grau manteve a condenação do Paciente com base na prova testemunhal e na confissão procedida na fase policial, do que resultou a pena de 6 anos de reclusão, sendo que o Paciente ficou encarcerado por mais de 2 anos na Cadeia Pública de Varginha-MG.

Quando do trâmite do recurso especial interposto, o Paciente obteve o resultado do exame de DNA levado a efeito, o qual afastou inteiramente a autoria do delito de estupro com lesões corporais seguidas de morte, imputado ao Paciente.

Diante da nova prova, foi impetrado o presente *writ*.

Merece prosperar a irresignação.

O Laudo de DNA n. 45/2000, cuja cópia encontra-se juntada às fls. 63/68, teve por fim determinar o perfil genético do material enviado a exame, qual seja, uma calcinha, dois preservativos, um cotal com pingente, um tubo contendo amostra sangüínea da vítima e, outro, com amostra sangüínea do ora paciente, uma calça feminina, um pedaço de bambu, um *blazer*, uma camisa masculina e outra feminina.

As r. amostras foram submetidas a diversos métodos de extração para obtenção do DNA genômico e o laudo foi conclusivo quanto à exclusão do Paciente como produtor do material genético presente na calcinha e nos preservativos, em relação aos quais consignou-se, expressamente, os seguintes termos:

“As pessoas que contribuíram com material genético para produção destas misturas foram a vítima e outra(s) pessoa(s) desconhecida(s), cujo perfil genético difere daquele identificado na amostra colhida do

suspeito, estabelecendo a condição de exclusão desta pessoa como produtora, junto com a vítima, destas amostras.” (fl. 67).

Desta forma, tem-se que a prova técnica colhida após a sentença condenatória afasta a autoria do delito imputado ao Paciente, corroborando a tese negativa de autoria sustentada pela impetração.

Dessarte, sobressaindo, nos autos, a não-comprovação da autoria do delito, resta evidenciado o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o Paciente, tornando-se mister o pronto trancamento do feito.

A falta de justa causa para a ação penal deve ser reconhecida sempre que se evidenciar, de pronto, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação.

Diante do exposto, concedo a ordem para determinar o trancamento da ação penal movida contra o ora paciente.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 19.478 – SC

(Registro n. 2001.0176425-3)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Impetrante: Adriana Maria Gottardi
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Paciente: Idacir Francisco Batista (preso)

EMENTA: Criminal – HC – Atentado violento ao pudor – Violência presumida – Delito hediondo – Regime integralmente fechado de cumprimento da pena – Lei n. 8.072/1990 – Vedação legal à progressão – Ordem denegada.

I – O estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que cometidos em sua forma simples e mesmo com violência presumida, são considerados crimes hediondos. Precedente do STF.

II – A condenação por delito elencado ou equiparado a hediondo pela Lei n. 8.072/1990, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

III – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, denegou a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 19 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 29.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 41/48, **in verbis**:

“Trata-se de **habeas corpus** originário impetrado por Adriana Maria Gottardi em favor de Idacir Francisco Batista, contra v. acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que não conheceu do **Habeas Corpus** n. 2001.012300-2 formulado naquele grau de jurisdição.

Sustenta-se, na exordial do *writ*, que o delito praticado pelo Paciente (art. 213, **caput**, c.c. arts. 224 e 226, II, do Código Penal) não é hediondo, requerendo sejam afastadas as conseqüências que restaram aplicadas em face da errônea ilação adotada em sentido oposto pelo juízo de 1^a grau. Juntou documentos, às fls. 9/31.

Sem pleito de concessão de medida liminar, foram solicitadas informações, à fl. 36, que restaram prestadas, às fls. 38/39, ocasião em que não foram juntados documentos.

Em ressunta, é o relatório”.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 48).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** impetrado visando ao reconhecimento do direito à progressão de regime prisional em condenação por estupro com violência presumida e agravado pela condição de ascendente, do Réu.

Postula-se, em síntese, pelo direito à progressão de regime prisional, uma vez que o estupro e o atentado violento ao pudor só seriam considerados crimes hediondos quando resultassem violência real ou morte da vítima.

Sempre firmei entendimento no sentido de que o estupro ou o atentado violento ao pudor são considerados crimes hediondos, mesmo se deles não resultarem morte ou lesões corporais de natureza grave.

Da mesma forma, venho repensando a nossa jurisprudência sobre a violência ficta, ou seja, aquela que é presumida pelas circunstâncias do art. 224 do Código Penal: quando a vítima não é maior de 14 anos, quando é alienada ou débil mental – e o agente tinha conhecimento de tal circunstância, ou, ainda, quando a vítima não pode, por qualquer circunstância, oferecer resistência.

Sobre tais aspectos, há alentados estudos de ordem jurídica, social e psicológica, demonstrando que, em inúmeros casos, o trauma psicológico causado em crianças pequenas, por exemplo, que tenham sido obrigadas a manter relações sexuais, geralmente com pessoas integrantes da mesma família, são irreversíveis e, muitas vezes, consubstancia-se em trauma pior do que a violência física praticada, acompanhando a vítima pelo resto de sua vida.

Penso que a violência presumida também não pode mais ser afastada dos crimes hediondos. De um lado, cabe a ressalva de que há casos de violência ficta, nos quais o Ministério Público – justamente por se tratar de violência que já se presume pela própria idade da vítima, por exemplo – abstém-se da descrição de eventual violência real também ocorrida. Igualmente em relação ao juiz, que muitas vezes condena pela violência presumida em função da idade, por exemplo – e não pela física também vislumbrada.

Por outro lado, a violência, em tais tipos de delito, não é apenas física, é também moral. A violência psicológica é, quase sempre, muito mais grave que a lesão física.

Desta forma, tenho que o estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples e com violência presumida, são hediondos.

Por fim, cabe ressaltar a recente decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal, nos termos do Informativo n. 255, que tem o seguinte teor:

“Concluindo o julgamento de **habeas corpus** afetado ao Plenário pela Segunda Turma (v. Informativos n. 251 e 252), o Tribunal, por maioria, decidiu que o crime de estupro é hediondo, ainda que dele não resulte lesão corporal grave ou morte. Com esse entendimento, o Tribunal indeferiu **habeas corpus** em que se pretendia o reconhecimento do direito de condenado por estupro contra descendentes, do qual não resultou lesão corporal grave ou morte, à comutação da pena com base em decreto presidencial que excluiu de seu âmbito os crimes hediondos.

Vencidos os Ministros Maurício Corrêa, relator, Sepúlveda Perence, Néri da Silveira e Marco Aurélio, que deferiam a ordem para assegurar ao Paciente a comutação da pena, por considerarem que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor só se caracterizariam como hediondos se deles resultar lesão corporal grave ou morte (Lei n. 8.072/1990, art. 1º: ‘São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: ... V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único). (HC n. 81.288-SC, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, red. p/ acórdão Min. Carlos Velloso).”

O voto proferido pelo eminente Ministro Carlos Velloso, no r. julgamento, esclarece com precisão a controvérsia, **in verbis**:

“Abrindo o debate, esclareça-se que a Lei n. 8.072/1990, art. 1º, definiu o estupro como crime hediondo. Posteriormente, essa classificação foi ratificada pelo art. 1º da Lei n. 8.930, de 6.9.1994, que deu nova redação ao citado art. 1º da Lei n. 8.072/1990.

Dispõe o art. 1º, V e VI, da Lei n. 8.072/1990, com redação da Lei n. 8.930/1994:

‘Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7.12.1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único).’

Por isso, porque o art. 1^a da Lei n. 8.072/1990, com a redação da Lei n. 8.930/1994, reza que são considerados crimes hediondos os crimes de estupro, ‘art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único’, e atentado violento ao pudor, ‘art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único’, há quem sustente que somente se caracterizam como hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor quando cometidos mediante violência real ou, noutras palavras, seriam hediondos somente quando da violência resultar morte ou lesão corporal de natureza grave, na forma do disposto no art. 223 do Código Penal. Então, somente seriam hediondos os tais crimes estupro e atentado violento ao pudor quando praticados mediante violência real e desde que resultasse dessa violência lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 223 e seu parágrafo único), afastada, em consequência, a presunção de violência do art. 224 do Código Penal.

Perfilha esse entendimento, de que o estupro e o atentado violento ao pudor nas suas formas simples não são hediondos, **Alberto Silva Franco**, Crimes Hediondos, São Paulo, RT, 4^a ed., 2000, p. 235.

Em sentido contrário, vale dizer, no sentido de que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor na forma simples, são também hediondos, o registro é de **Damásio de Jesus** e dos seguintes doutrinadores: **Delmanto**, Código Penal Comentado, Renovar, 5^a ed., 2000, pp. 412 e 417; **Paulo José da Costa Júnior**, Curso de Direito Penal, Parte Especial, Saraiva, 1991, III, 4 e 5; **Alberto Zacharias Toron**, Crimes Hediondos, São Paulo, RT, 1996, p. 99; **Luiz Régis Prado** e **Cezar Roberto Bitencourt**, Código Penal Anotado, RT, 2^a ed., 1999, p. 694 (parte anotada por **Cezar Roberto Bitencourt**); **Mirabete**, Código Penal Interpretado, Atlas, 2000, p. 1.268, n. 214.5 (referindo-se ao atentado violento ao pudor); **Mirabete**, Manual de Direito Penal, Parte Geral, São Paulo, Atlas, 1998, 1:135, n. 3.6.22; **João José Leal**, Crimes Hediondos, São Paulo, Atlas, 1996, pp. 24 e 76; **Antônio Scarance Fernandes**, Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos, São Paulo, 1993, p. 70, nota 2; **Antônio José Miguel Feu Rosa**, Direito Penal, Parte Especial, RT, 1995, p. 545 (**Damásio de Jesus**, Estupro e Atentado Violento ao Pudor nas Formas Típicas Simples, são

Hediondos, in RT 789/506 e www.damasio.com.br, fevereiro/2001). O próprio **Damásio** deixa expresso que essa é a sua posição (Código Penal Anotado, São Paulo, Saraiva, 10ª ed., 2000, p. 700), lecionando que a Lei n. 8.072/1990 é clara ao fazer referência aos nomes dos delitos e respectivos dispositivos: crimes de estupro e atentado violento ao pudor, previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal. Lembrou-se o legislador das formas qualificadas pelo resultado do art. 223, **caput** e parágrafo único. Por isso, depois de indicar o **nomem juris** e o número das disposições incriminadoras, mencionou as figuras qualificadas. Não diz, por exemplo, 'estupro em sua combinação com o art. 223', mas 'estupro e sua combinação' (destaque nosso). Quer dizer, crime de estupro simples e qualificado. (ob. e loc. cit.).

Estou em que a razão está com a maioria dos doutrinadores: os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples, *Código Penal, arts. 213 e 214, quanto na qualificada, Código Penal, art. 223, caput e parágrafo único, são hediondos, ex vi do disposto na Lei n. 8.072/1990, art. 1ª, V e VI.*

O que *deve* ser considerado é que tais crimes são tratados, na Lei n. 8.072/1990, art. 1ª, V e VI, com a redação da Lei n. 8.930/1994 nas suas *formas simples e qualificadas*, com caráter autônomo.

Saliente-se, por primeiro, que a conjunção 'e' estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput**), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput**) conjunção coordenativa aditiva dá a idéia de soma, acréscimo, assim de termos autônomos. No caso, o que *está na lei é isto*: são crimes *hediondos o estupro tipificado no art. 213 do Código Penal e sua combinação com o art. 223, vale dizer, e o estupro qualificado, o mesmo devendo ser dito relativamente ao atentado violento ao pudor.*

Dir-se-á: para que o acréscimo, dado que, se considerados hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor nas suas formas simples, **a fortiori**, as suas formas qualificadas também o seriam?

É que, em Direito Penal, tem vigência o princípio da reserva legal, princípio esse que, na ordem jurídica brasileira, tem **status** constitucional: CF, art. 5ª, XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. Em tema de crime e de pena não é condenável, portanto, o excesso na tipificação.

O entendimento que sustentamos mais se reforça se combinarmos o art. 1ª, V e VI, com o art. 6ª, ambos da Lei n. 8.072/1990. É que o

art. 6^o majorou as penas dos crimes nela tipificados, assim dos crimes de que cuidamos, tanto nas suas formas simples quanto qualificadas, Código Penal, arts. 213, 214 e 223, sem distingui-los, a indicar que, na verdade, a utilização, nos incisos V e VI do art. 1^o, da conjunção coordenativa ‘e’, tem o sentido de adição, soma, acréscimo. É dizer, são hediondos os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor nas suas formas simples e nas suas formas qualificadas: art. 213 e sua combinação com o art. 223 ... art. 214 e sua combinação com o art. 223 ...

Deve ser considerado, ademais, que o núcleo do tipo objetivo do crime de estupro, Código Penal, art. 213, é constranger a mulher à conjunção carnal, ou seja, forçar mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. No atentado violento ao pudor, o mesmo pode ser dito relativamente a alguém, vale dizer, constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com esse alguém se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal (Código Penal, art. 214).

No tipo objetivo de ambos os crimes, estupro e atentado violento ao pudor, está presente a violência ou a grave ameaça, a deixarem na vítima seqüelas morais graves. Escrevendo sobre o crime de estupro, lecionou a Desembargadora **Maria Berenice Dias**, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que ‘a hediondez do estupro está na sua prática e não nas seqüelas de ordem física que possa ter provocado na vítima. Trata-se de delito complexo que, além de atentar contra a liberdade sexual da mulher, agride sua integridade física, emocional e mental. A essência do crime é o uso da violência na prática do ato sexual indesejado, não havendo a possibilidade de se ter como qualificativo de maior ou menor hediondez a ocorrência de lesões corporais ou a morte’. E acrescenta: ‘Ora, não são meras conseqüências de ordem física que caracterizam o estupro como crime hediondo, mas, sim, as seqüelas de ordem psíquica e emocional que marcam a mulher para o resto da vida, ainda que de forma invisível’ (**Maria Berenice Dias**, Estupro, Crime Duplamente Hediondo, Correio Braziliense, Caderno Direito e Justiça, 27.8.2001).

No julgamento do HC n. 77.480, por mim relatado, decidi a Segunda Turma:

‘Ementa: Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor: crime hediondo. Lei n. 8.072/1990, art. 1^o, VI.

I – A hipótese cuida de atentado violento ao pudor contra menor de três anos de idade, considerado crime hediondo, nos termos do art. 1º, VI, da Lei n. 8.072/1990.

II – Para a aplicação da majorante prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, nos casos de atentado violento ao pudor, não se exige a ocorrência de lesão grave ou morte (HC n. 74.780-RJ, Min. Ilmar Galvão, DJ de 19.5.1998).

III – HC indeferido (RTJ 169/993).²

No meu voto, invoquei o decidido pela Primeira Turma no HC n. 76.004-RJ, relator o Ministro Ilmar Galvão.

Do exposto, com a vênia do Sr. Ministro-Relator, indefiro o *writ*.”

No mesmo julgamento, a Ministra Ellen Gracie fez as seguintes ressalvas:

“(…)

A violação do corpo humano tem, como se viu, altíssimo potencial de provocar um sem-número de graves moléstias físicas, disfunções orgânicas e traumas emocionais.

De tudo, é possível concluir que não fora a expressa inclusão do delito, em sua forma simples, entre os que o artigo 1º da Lei n. 8.072/1990 reputou hediondos, como procurei demonstrar no início deste voto, e, ainda assim, seria viável afirmar que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave.”

Assim, tenho que a condenação por crime elencado ou equiparado a hediondo, pela Lei n. 8.072/1990, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, **ex vi** do § 1º do art. 2º da r. lei – que não admite a indigitada progressão, excepcionando-se, exclusivamente, os delitos de tortura, que foram beneficiados com o advento da Lei n. 9.455/1997 (HC n. 6.659-SP (97.0090889-5), rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJ de 15.6.1998; HC n. 7.226-SP (98.0020549-7), rel. Min. Felix Fischer, DJ de 22.6.1998; HC n. 7.383-DF (98.0028802-3), rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 31.8.1998).

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 19.636 – GO

(Registro n. 2001.0183960-3)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Impetrantes: Amauri Serralvo e outro
Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Paciente: Luiz Fernando Rocha Ramalho Azevedo
Sustentação oral: José Gomes de Matos Filho (pelo paciente)

EMENTA: Criminal – HC – Estupro – Trancamento de ação penal – Laudo de DNA realizado nos autos de ação cível de investigação de paternidade – Independência quanto à autoria do delito de estupro – Necessidade de instrução criminal – Ausência de justa causa não evidenciada de plano – Impropriedade do *writ* para exame da negativa de autoria – Ordem denegada.

I – O fato de o paciente não ter sido apontado, no exame de DNA realizado nos autos da *ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos*, como pai biológico da criança concebida à época dos fatos narrados na denúncia, independe inteiramente da possibilidade do acusado ter sido o autor do crime de estupro praticado contra a vítima.

II – Alegação que só poderá ser apurada no transcorrer da instrução criminal, tendo em vista o cotejo de fatos e provas que se faz necessário para tal análise – o que é vedado na via eleita.

III – A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

IV – O *writ* não se presta para o trancamento de feito por falta de justa causa, se, para análise da alegação, é necessário aprofundado exame acerca da tese negativa de autoria.

V – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima

indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, denegou a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 21 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 29.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 250/254, *in verbis*:

“Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de Luiz Fernando Rocha Ramalho Azevedo, em face do v. acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Luiz Fernando Rocha Ramalho Azevedo fora denunciado perante o MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Luziânia, no Estado de Goiás, como incurso no art. 213 do Código Penal brasileiro, sob a acusação de haver, no dia quatro de novembro de 1999, estuprado Tatiane Gonçalves da Silva nas dependências do Hospital Regional de Luziânia, quando a atendia numa consulta médica, tendo esta, em decorrência disto, dado à luz a filha Ana Clara, em data de 1.6.2000.

Após recebida a denúncia, foi decretada a prisão preventiva do Paciente, posteriormente revogada pela concessão da liminar, confirmada pela Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em anterior impetração.

Requerem os Impetrantes, nesta oportunidade, o trancamento da ação penal em trâmite, alegando, em síntese, não haver justa causa a sustentá-la, tendo em vista, dentre outras razões, a prova obtida em ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos excluindo Luiz Fernando Rocha Ramalho Azevedo como possível genitor de Ana Clara da Silva, filha da aludida vítima, gerada na mesma época da prática delituosa imputada ao ora paciente.

A medida liminar foi indeferida às fls. 225/226.

É o sucinto relatório.”

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 254).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que denegou ordem originariamente impetrada visando ao trancamento da ação penal a que responde o Paciente, acusado de ter, em 4.11.1999, nas dependências do Hospital Regional de Luziânia, estuprado Tatiane Gonçalves da Silva, quando a atendida em uma consulta médica.

Em razões, a impetração reitera a falta de justa causa para o feito, com base em tese negativa de autoria, tendo em vista, basicamente, a prova obtida em ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, que excluiu o Paciente como possível genitor de Ana Clara da Silva, filha da r. vítima, gerada na mesma época da prática delituosa imputada ao Paciente.

Contudo, não merece prosperar a argumentação.

Pelo exame dos autos, verifica-se que a impetração limitou-se a afirmar que Luiz Fernando Rocha Ramalho Azevedo não seria o autor do delito de estupro praticado, em tese, contra Tatiane Gonçalves da Silva, tendo em vista a existência de laudo pericial que não reconhece o Paciente como pai biológico da criança concebida no mesmo período do suposto estupro.

Entretanto, como bem ressaltado em sede de parecer ministerial, o fato de o Paciente não ter sido apontado, no exame de DNA realizado nos autos da *ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos*, como pai biológico da criança concebida à época dos fatos narrados na denúncia, independe inteiramente da possibilidade do acusado ter sido o autor do crime de estupro praticado.

Tal alegação só poderá ser apurada no transcorrer da instrução criminal, tendo em vista o cotejo de fatos e provas que se faz necessário para tal análise – o que é vedado na via eleita.

Dessarte, é cediço que a falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas **in casu**.

O *writ* não se presta para o trancamento de feito por falta de justa causa se, para o exame da alegação, é necessária aprofundada análise das provas, a fim de corroborar tese negativa de autoria, pois é sabido que a via estreita do *writ* é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inc. LXVIII).

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 21.442 – SP

(Registro n. 2002.0036514-1)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Impetrante: Alberto Zacharias Toron
Impetrado: Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Paulo Marcelo Mansueto Moreira

EMENTA: Processo Penal – Acidente automobilístico – Perdão judicial – Morte do irmão e amigo do réu – Concessão – Benefício que aproveita a todos.

– Sendo o perdão judicial uma das causas de extinção de punibilidade (art. 107, inciso IX, do CP), se analisado conjuntamente com o art. 51 do Código de Processo Penal (“o perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos ...”), deduz-se que o benefício deve ser aplicado a todos os efeitos causados por uma única ação delitiva. O que é reforçado pela interpretação do art. 70 do Código Penal brasileiro, ao tratar do concurso formal, que determina

a unificação das penas, quando o agente, mediante uma única ação, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não.

– Considerando-se, ainda, que o instituto do perdão judicial é admitido toda vez que as conseqüências do fato afetem o respectivo autor, de forma tão grave que a aplicação da pena não teria sentido, injustificável se torna sua cisão.

– Precedentes.

– Ordem concedida para que seja estendido o perdão judicial em relação à vítima Rodrigo Antônio de Medeiros, amigo do paciente, declarando-se extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IX, do CP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conceder a ordem para que seja estendido o perdão judicial em relação à vítima Rodrigo Antônio de Medeiros, amigo do paciente, declarando-se extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IX, do CP. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 7 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 9.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Alberto Zacharias Toron, em benefício de Paulo Marcelo Mansueto Moreira, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, além da suspensão da habilitação para dirigir veículos pelo mesmo período, tendo sido sua pena substituída por duas restritivas de direito.

Irresignada, a defesa apelou pleiteando a absolvição do Paciente e, alternativamente, a concessão do perdão judicial, ante o argumento de também ter sido vítima do acidente e ter como uma das vítimas fatais o seu irmão e, a outra, um amigo. O egrégio Tribunal **a quo**, por maioria, deu parcial provimento ao apelo, concedendo o perdão judicial, apenas, pelo homicídio culposo praticado contra o seu irmão.

Daí, o presente *writ*, no qual o Impetrante aduz não ser possível a aplicação parcial do perdão judicial, pretendendo a aplicação do perdão judicial também com relação à morte de seu amigo.

Liminar deferida para sobrestar o andamento do processo às fls. 93/94. Informações às fls. 100/101.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 152/154, opina pela concessão da ordem, estribado em entendimento desta Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, o Paciente envolveu-se em acidente automobilístico do qual resultou a morte de seu irmão e de um amigo. O magistrado de 1ª grau, ao examinar o caso, condenou-o como incurso nas sanções do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, além da suspensão da habilitação para dirigir veículos pelo mesmo período, tendo sido sua pena substituída por duas restritivas de direito.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso obtido parcial êxito, no sentido de se conceder o perdão judicial pelo homicídio culposo causado ao seu irmão, mantendo-se a condenação, entretanto, quanto ao seu amigo.

O writ procede.

O Paciente, em seu veículo, sem qualquer motivo aparente, desgovernou-se, chocando-se contra uma árvore. Em conseqüência, ocorreu a morte de Rodrigo Antônio Medeiros (irmão do Paciente) e Marco Aurélio M. Moreira, configurando-se concurso formal, pois, numa única ação, o Paciente deu causa ao duplo homicídio culposo, conforme entendeu o magistrado de 1ª grau. O Tribunal **a quo** concedeu o perdão judicial somente em relação ao irmão do Réu.

Sendo o perdão judicial uma das causas de extinção de punibilidade (art. 107, inciso IX, do CP), se analisado conjuntamente com o art. 51 do Código de Processo Penal (“o perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos ...”), deduz-se que o benefício deve ser aplicado a todos os efeitos causados por uma única ação delitiva. O que é reforçado pela interpretação do art. 70 do Código Penal brasileiro, ao tratar do concurso formal, que determina a unificação das penas, quando o agente, mediante uma única ação, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não.

Considerando-se, ainda, que o instituto do perdão judicial é admitido toda vez que as conseqüências do fato afetem o respectivo autor, de forma tão grave que a aplicação da pena não teria sentido, *injustificável se torna sua cisão*. Nesse diapasão, têm decidido os Tribunais:

“Perdão judicial. Havendo concurso formal, não se concede o perdão judicial somente em relação a um dos crimes, vez que o sofrimento do agente não diz respeito apenas ao resultado, mas decorre da ação praticada geradora do evento. Por tratar-se de uma única ação é que o benefício deverá estender-se ao todo, ou seja, ao resultado da ação.” (TAMG, AC, rel. Fábio Chaves, RJTAMG 21/417).

“Como o que se analisa na esfera criminal é a ação delituosa praticada, no concurso formal de infrações, o perdão judicial, quando cabível, não pode ser concedido parcialmente, mas deve ser estendido à totalidade do resultado alcançado com aquela ação única do réu” (TJSC, AC, rel. Gaspar Rubick, JC 59/332).

“Perante um concurso formal de infrações, o perdão não pode ser aplicado apenas em parte, mas para o todo. O padecimento sofrido pelo condenado e reconhecido pelo sentenciador não diz respeito somente ao resultado, mas em razão da ação praticada que produziu tal resultado. Ora, se a ação foi uma só, tanto que reconhecido o concurso formal, o perdão deve ser aplicado ao todo, isto é, ao resultado da ação.” (TACrim-SP, AC, rel. Walter Swensson, Jutacrim 94/328).

“Não há como cindir-se o perdão para deixar de aplicar a pena apenas quanto a uma das mortes, pois o comportamento culposos que deu causa a ambas é o mesmo e se esse comportamento já está suficientemente punido pela própria gravidade das conseqüências para o agente, de uma das mortes, não se aplica pena também pela outra.” (TACrim-SP, AC, rel. Barreto Fonseca, Jutacrim 85/366).

Assim sendo, não há sentido em se conceder o perdão relativamente ao irmão do Paciente e manter a condenação em relação ao seu amigo. Aliás, em outra oportunidade, analisando caso semelhante, decidi:

“Processo Penal. Acidente automobilístico. Perdão judicial. Concessão. Benefício que aproveita a todos.

– Sendo o perdão judicial uma das causas de extinção de punibilidade (art. 107, inciso IX, do CP), se analisado conjuntamente com o art. 51 do Código de Processo Penal, que preceitua que ‘o perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos ...’, deduz-se que o benefício deve ser aplicado a todos os efeitos causados por uma única ação delitiva. O que é reforçado pela interpretação do art. 70 do Código Penal brasileiro, ao tratar do concurso formal, que determina a unificação das penas, quando o agente, mediante uma única ação, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não.

– Considerando-se, ainda, que o instituto do perdão judicial é admitido toda vez que as conseqüências do fato afetem o respectivo autor, de forma tão grave que a aplicação da pena não teria sentido, injustificável se torna sua cisão.

– Ordem concedida para restabelecer a decisão de 1ª grau.” (HC n. 14.348-SP).

Por tais fundamentos, *concedo a ordem para que seja estendido o perdão judicial em relação à vítima Rodrigo Antônio de Medeiros, declarando-se extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IX, do CP.*

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.990 – DF

(Registro n. 2000.0047052-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Impetrados: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal

Recorrida: União

EMENTA: Recurso em mandado de segurança – Administrativo – Magistrado – Reprovação em estágio probatório – Vitaliciedade adquirida por falta de **quorum** qualificado – Decisões discrepantes – Efetivo exercício superior a dois anos – Vitaliciedade adquirida.

Em uma mesma decisão, o Tribunal **a quo** decidiu pela não-aprovação do magistrado no estágio probatório, mas, por outro lado, pela ausência do **quorum** qualificado, considerou-o vitalício.

Conforme precedentes jurisprudenciais, basta o transcurso do prazo estipulado na norma constitucional (art. 95, I, CF) para que o magistrado goze da garantia de vitaliciedade. No caso, são passados quase oito anos da decisão impugnada, com o magistrado no efetivo exercício do cargo por todo esse tempo.

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, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília-DF, 27 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 25.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios,

contra decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça, em autos de mandado de segurança, assim ementada (fl. 237):

“Mandado de segurança. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Decisão administrativa do Plenário do TJDFT. Estágio probatório e vitaliciedade de magistrado. Legalidade do decisório.

Revelando-se a decisão da sessão plenária administrativa do TJDFT pela não-aprovação do magistrado no estágio probatório, majoritariamente contrária, mas não suficientemente majoritária para impedir o vitaliciamento do juiz, inexistente motivo a justificar o afastamento do magistrado de suas funções judicantes.

Ordem denegada. Maioria.”

Alega o *Parquet*-recorrente que as normas que regulamentam a vitaliciedade dos juízes, além das constitucionais, são as previstas na Lei Complementar n. 35/1979, que devem prevalecer sobre quaisquer outras que regem a matéria, por isso teria o **decisum** violado os arts. 17, § 2º; 22, § 1º, e 27, § 8º, da Lei Complementar n. 35/1979, e 93, X, da Constituição Federal, ao considerar vitalício o juiz pela simples razão de “não ter alcançado o **quorum** mínimo de 12 votos”, e que a não-aprovação do estágio probatório implica exoneração.

A União apresentou suas contra-razões (fls. 294 e segs.).

O Ministério Público Federal, em parecer, opina pelo desprovimento do recurso, alegando que todo o procedimento deveria ser anulado, ou, caso assim não se entenda, pelo parcial provimento do recurso, com a manutenção dos atos praticados pelo magistrado enquanto não invalidada a aquisição da vitaliciedade.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Com o *writ* pretendia o Ministério Público do Distrito Federal, ora recorrente, o afastamento do Dr. Vilmar Pinheiro da vara na qual estivesse exercendo a magistratura, pois, em sua argumentação, o faria ilegalmente, considerando que teria sido reprovado no estágio probatório, mas fora reconhecido seu vitaliciamento, por não ter alcançado o **quorum** mínimo de 12 votos, maioria absoluta dos 23 desembargadores.

É do seguinte teor a decisão hostilizada:

“A Corte, por maioria, fixou entendimento no sentido de que a decisão contrária ao vitaliciamento se toma pela maioria dos membros do Tribunal, na conformidade do disposto no art. 93, X, da Constituição Federal. Julgada prejudicada a exceção de incompetência e afastada a preliminar, tudo à unanimidade, de mérito, por maioria, decidiu-se pela não-aprovação do estágio probatório. Não alcançando o **quorum** mínimo de doze votos, considera-se vitalício o juiz.” (fl. 24).

O acórdão recorrido, invocando a Loman, o Regimento Interno daquela Corte e a Constituição Federal concluiu:

“Por final, diante das disposições constitucionais atinentes à garantia do magistrado, não se poderia compreender que em tema de simples advertência ou censura, a exigir o **quorum** de maioria absoluta, viesse a perda do próprio cargo, questão de muito mais relevância ainda que pela não-aprovação em estágio probatório, se dar pela maioria simples dos membros efetivos do Tribunal.

Daí porque não se vislumbra ilegalidade no ato que ora se questiona e se conclui pela denegação da ordem ...” (fl. 247).

A situação é realmente peculiar e, para ressaltá-la, louvo-me nas seguintes explanações feitas pelo ilustre representante do Ministério Público Federal, Dr. Antônio Augusto César, Subprocurador-Geral da República, **verbis**:

“No mérito, o ato em debate no **mandamus** consiste na decisão administrativa do Tribunal **a quo**, que, embora concluindo pela não-aprovação do Recorrido no estágio probatório a que vinha sendo submetido, resultou na aquisição de vitaliciedade com sua conseqüente manutenção na judicatura ...” (fl. 306).

...

“Sem dúvida, a aprovação no estágio probatório é condição de aquisição de vitaliciedade. Raciocínio que não corroborasse tal entendimento terminaria por conduzir à conclusão de que não existe efeito prático no estágio probatório, a não ser a mera constatação relativa a ter sido, ou não, o candidato, aprovado, sem que a resposta num

ou noutro sentido tivesse o condão de afetar a realidade, o que repugna à lógica ..." (fl. 307).

...

"Bem de ver, portanto, que as decisões as quais envolviam o ora recorrido estavam atreladas uma à outra, de modo que a reprovação no estágio probatório conduziu ao não-reconhecimento da vitaliciedade e, via de consequência, à perda do cargo e, vice-versa, a aprovação no estágio probatório conduziu à vitaliciedade, ambas conformando, destarte, um ato administrativo resultante ..." (fl. 308).

...

"Eis que, segundo o Tribunal **a quo**, a maioria a considerar para a aprovação no estágio probatório seria absoluta, enquanto, para a vitaliciedade, seria qualificada (de 2/3). No caso do Recorrido, teria sido reprovado pela maioria absoluta dos integrantes do tribunal, número que, entretanto, não atingiu aquele necessário para a aquisição da vitaliciedade ..." (fl. 308).

...

"Inobstante, o Tribunal **a quo**, no momento de rejeitar vitaliciedade ao Recorrido, agiu como se já de ocupante de cargo vitalício se tratasse, caso em que, nos exatos termos da Constituição Federal e da lei, só poderia ser afastado com o **quorum** de 2/3 dos integrantes da Corte ..." (fl. 309).

...

"(...) não fica claro, nos autos, fosse da vontade da maioria, ainda que absoluta, a decretação da perda do cargo. Houve, sim, deliberação reprovando, por maioria absoluta, o juiz-substituto, no estágio probatório. Mas, naquele mesmo momento, tantos quantos foram os desembargadores que votaram nesse sentido, igualmente *acataram a interpretação segundo a qual a perda do cargo dependeria de maioria qualificada*, para a qual não se encontravam habilitados. Tudo indica que concordaram com o fato de que o juiz adquiriria, apesar da reprovação no estágio probatório, a vitaliciedade, mesmo porque não consta, destes autos, qualquer manifestação contrária a essa postura (diga-se, **sui generis**). Mas também não consta, observe, deliberação positiva no sentido de que o Recorrido devesse adquirir a vitaliciedade ..." (fl. 312).

...

“Mas se as decisões, como de início ressaltai, estão tão intrinsecamente relacionadas, o choque verificado não passaria de um defeito formal no procedimento. Poder-se-ia argumentar que prevalece a segunda deliberação, já que *o tribunal, embora não tenha se posicionado de forma positiva, aceitou a vitaliciedade do Recorrido*, não tendo valia a reprovação no estágio probatório, assim como se pode afirmar – como faz o Recorrente – que a reprovação no estágio probatório condicionava a segunda decisão, impondo-se a perda do cargo ...” (fl. 312, grifei).

Entendo que aí, neste último parágrafo, encontra-se o cerne da controvérsia. Sabe-se que, nos termos do disposto na Loman, e até mesmo por jurisprudência do egrégio STF, os juízes em estágio probatório não são titulares da garantia da vitaliciedade (Rcl n. 417-RR, DJ de 16.4.1993, rel. Min. Carlos Velloso).

Acontece que, por outro lado, farta é a jurisprudência no sentido de que, não tendo sido afastado o magistrado do cargo, no respectivo período, automaticamente adquire a vitaliciedade.

Vejamos alguns dos precedentes:

“... No caso concreto, não tendo o Tribunal afastado o juiz de sua atividade judicante e lhe aplicado pena menor (censura), encerrado ficou seu direito de punir ...” (RMS n. 4.012-MG, DJ de 19.12.1994, rel. Min. Adhemar Maciel).

“... Continuidade do exercício das funções de Juiz de Direito por mais de 4 anos, período no qual atuou, proferindo despachos e sentenças, obtendo até promoção.

7. O prazo de 2 anos previsto para o estágio probatório é de efetivo exercício e, em razão da própria natureza desse instituto, uma vez cumprido esse período, adquirida está a estabilidade ou a vitaliciedade ...” (EDcl nos EDcl no RMS n. 10.080-RR, DJ de 13.9.1999, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca).

No caso, em dezembro do ano em curso, completar-se-ão oito anos do ato impugnado (fl. 24), sem notícia de que o Magistrado-recorrido tivesse sido afastado do cargo em momento algum, e é provável ter sido até promovido.

Assim, ainda que a hipótese se apresente bastante **sui generis**, considerando que o Recorrido teve o efetivo exercício pelo período necessário à conclusão do estágio probatório (e até bem mais), entendendo precluso o direito ou a faculdade de se lhe negar a vitaliciedade que, **in casu**, realmente dependeria do **quorum** qualificado (art. 95, I, CF).

Do exposto, voto pelo desprovimento do presente recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 326.085 – PE

(Registro n. 2001.0071730-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Mona Lisa Duarte Abdo Aziz Ismail e outros
Recorrida: Eliane de Carvalho Lima Cantarelli
Advogado: José Gomes da Rocha

EMENTA: Recurso especial – Administrativo – Servidor do INSS – Médico – Jornada dupla de trabalho – Recebimento em dobro – Incidência sobre os vencimentos básicos – Conceituação legal – Lei n. 9.436/1997 – Incidência sobre o PCCS – Impossibilidade – Lei n. 7.686/1988.

A Lei n. 9.436/1997 é clara, em seu texto e anexo, ao dispor sobre a incidência do pagamento em dobro, para jornada dupla de trabalho de médico, somente sobre os vencimentos básicos dos servidores, que têm sua conceituação perfeita no art. 40 da Lei n. 8.112/1990.

A verba intitulada PCCS que a impetrante recebe por meio de decisão judicial, garantida em seu valor simples, não pode ser recebida em dobro, não só pelo que dispõe a supracitada lei, como também pela expressa vedação da Lei n. 7.686/1988, que legalizou o pagamento de tal vantagem.

Recurso provido, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima

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

Brasília-DF, 9 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: O INSS interpôs o presente recurso especial, fulcrado na alínea **a** do respectivo autorizador constitucional, visando ao acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fl. 118):

“Administrativo. Servidor público. Médico do INSS. Jornada de trabalho dupla. Lei n. 9.436/1997. Pagamento das parcelas em dobro, com exceção do adicional por tempo de serviço.

O servidor que optar pelo regime de quarenta horas semanais de trabalho, ao invés da jornada de quatro horas, nos termos da Lei n. 9.436/1997, fará jus à percepção das parcelas remuneratórias em dobro, salvo quanto ao adicional por tempo de serviço, em função do que dispõe o § 3º do art. 1º do referido diploma legal.

Apelação e remessa oficial improvidas.”

No presente inconformismo, o Recorrente afirma que o **decisum** teria violado o art. 1º e seus §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.436/1997, já que há menção expressa quanto à opção pela jornada de trabalho em dobro equivalente a um cargo efetivo, observados, para o fim do pagamento em dobro, os valores de vencimentos básicos, ou seja, alega que deve ser considerado apenas o vencimento básico e a gratificação por atividade executiva para o efeito do acréscimo em comento.

As contra-razões restaram oferecidas às fls. 130 e segs. e o apelo foi regularmente admitido na origem (fl. 136).

Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do recurso, ou, de outra forma, por seu desprovimento (fls. 140 e segs.).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): O pedido veio assim consignado na ação mandamental:

“... que V. Ex.^a declare incidentalmente o seu direito de permanecer recebendo os seus vencimentos, nos valores que lhe vêm sendo pagos com habitualidade, como já demonstrado com os anexos contra-recibos de pagamento, deferindo a segurança ora requerida, para que a autoridade aqui apontada como coatora não promova qualquer redução salarial nem tampouco quaisquer descontos em seus vencimentos, até o julgamento deste **mandamus** e, uma vez restando reconhecido o seu direito líquido e certo ao recebimento dos valores que lhe vêm sendo pagos, seja deferida a segurança, ora requerida ...” (fl. 7).

Os dispositivos apontados pelo Recorrente como violados pelo **decisum** têm o seguinte teor:

“Art. 1º. A jornada de trabalho de quatro horas diárias dos servidores ocupantes de cargos efetivos integrantes das categorias funcionais de Médico, Médico de Saúde Pública, Médico do Trabalho e Médico Veterinário, de qualquer órgão da Administração Pública Federal Direta, das autarquias e das fundações públicas federais, corresponde aos vencimentos básicos fixados na tabela constante do anexo a esta lei.

§ 1º. Os ocupantes dos cargos efetivos integrantes das categorias funcionais de que trata este artigo poderão, mediante opção funcional, exercer suas atividades em jornada de oito horas diárias, observada a disponibilidade orçamentária e financeira.

§ 2º. A opção pelo regime de quarenta horas semanais de trabalho corresponde a um cargo efetivo com duas jornadas de vinte horas semanais de trabalho, observados, para este fim, os valores de vencimentos básicos fixados na tabela constante do anexo a esta lei, assegurada aposentadoria integral aos seus exercentes.”

Na verdade, a grande discussão está centrada na possibilidade, ou não, de que a verba denominada PCCS seja também dobrada em razão da nova jornada de trabalho.

Em recente ocasião, quando do julgamento do REsp n. 248.062-CE, no qual o INSS também era recorrente e eu Ministro-Relator, tive a oportunidade em bem discutir a questão sobre o alcance do conceito de “vencimentos básicos”, assim o fazendo:

“... Como claramente se observa, o decreto-lei instituidor da referida representação mensal, o fazia, inicialmente, aos Procuradores da República de 1ª e 2ª categorias, no percentual de 60%, a ser calculada sobre os respectivos vencimentos.

Entendo, sem sombra de dúvidas, que ao utilizar o vocábulo ‘vencimentos’, certamente o legislador o fez, como constata o Recorrente, por motivo de flexão verbal, uma vez que se cuidava de duas espécies de Procuradores.

Vejamos o que diz **Maria Silvia Zanella Di Pietro** a respeito da conceituação de ‘vencimento’:

‘A legislação ordinária emprega, com sentidos precisos, os vocábulos *vencimento* e *remuneração*, usados indiferentemente na Constituição. Na lei federal, *vencimento* é a retribuição pecuniária pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei (art. 40 da Lei n. 8.112/1990) e *remuneração* é o vencimento e mais as vantagens pecuniárias atribuídas em lei (art. 41) ...’ (in *Direito Administrativo*, 12ª ed., 1999, p. 470).

Os dispositivos citados acima são absolutamente claros:

“Art. 40. Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei.”

...

“Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.”

De todo o exposto, tenho que a irrisignação merece total amparo, pois de forma alguma a legislação em comento pretendeu que o referido benefício fosse calculado sobre todas as parcelas, inclusive

como pretendido, sobre outras gratificações, se não, teria utilizado o termo 'remuneração', em sua melhor adequação.

Assim, voto pelo provimento do presente apelo." (REsp julgado na sessão do dia 11.9.2001).

A questão aqui não é diferente. Veja que o legislador, claramente, dispôs para fins de recebimento dobrado: "... os valores de vencimentos básicos fixados na tabela constante do anexo a esta lei ..." (§ 2º, art. 1º). Este caso é ainda mais específico, pois manda observar os valores constantes do anexo que apenas dispõe, como não poderia ser de outra forma, sobre os vencimentos básicos inerentes aos cargos, silenciando acerca de valores de quaisquer gratificações ou benefícios equivalentes.

Entendeu o acórdão recorrido que o § 3º daquele mesmo artigo, ao fazer a ressalva somente quanto ao adicional por tempo de serviço, teria, assim, incluído automaticamente qualquer outra vantagem no vencimento dobrado.

Com a devida vênia, essa não é a exegese do dispositivo, pois tal vantagem tem forma de cálculo específica, motivo pelo qual houve tal diferenciação na lei, nada mais.

Com os olhos voltados para uma justa decisão, tenho que merece análise a natureza do PCCS que, segundo o Recorrente, é "... parte integrante do vencimento básico ..." (fl. 133).

Esta Corte, por inúmeras vezes, já consignou que a Lei n. 7.686/1988, que legitimou o pagamento do PCCS, não teria efeito retroativo para alcançar o pagamento feito administrativamente, a tal título, no período de janeiro/1988 a outubro/1988 (EREsp n. 155.684-PE, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 14.2.2000; EREsp n. 152.163-MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 1.7.1999, entre tantos outros).

O Recorrente, segundo afirma, teria garantido a verba PCCS por meio de decisão judicial. Tal não lhe vai ser retirado, mas, porém, entendo que, por não se tratar de vencimento básico, na real exegese da lei, não pode ser pago em dobro.

Da própria inicial do **mandamus** colhe-se:

"Por força de decisão judicial transitada em julgado obtive o direito ao recebimento de uma vantagem remuneratória mais conhecida

como '*adiantamento do PCCS*' incidente sobre os seus vencimentos e que atualmente é paga no valor correspondente a 100% (cem por cento) dos vencimentos da *Impetrante* (aí compreendidos o vencimento básico e demais vantagens), mediante a rubrica '*RT n. 490 – PCCS – Ativo ...*'" (fl. 4, grifei).

Ademais, da legislação já citada colhemos:

"*Art. 8º. O adiantamento pecuniário concedido, em janeiro de 1988, aos servidores do Ministério da Previdência e Assistência Social, do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, do Instituto Nacional de Previdência Social e do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social continuará a ser pago àqueles servidores que a ele façam jus na data da vigência desta lei, considerando os valores nominais percebidos em janeiro de 1988.*

§ 1º. A partir do mês de novembro de 1988, o adiantamento pecuniário será reajustado nos termos do art. 8º do Decreto-Lei n. 2.335, de 1987, após a aplicação da antecipação salarial a que se refere o art. 1º desta lei.

§ 2º. O adiantamento pecuniário incorpora-se aos proventos de aposentadoria.

§ 3º. *Ao adiantamento pecuniário aplica-se o disposto no parágrafo único, itens I e II, do artigo anterior.*" (grifei).

Têm o seguinte teor tais itens:

"art. 7º. ...

...

I – *não servirá de base de cálculo de qualquer vantagem ou parcela remuneratória;*

II – *servirá de base de cálculo das pensões civis e militares devidas em decorrência do falecimento de funcionários federais;*" (grifei).

Ora, assim, não só a Lei n. 9.436/1997 não permite que sejam dobradas outras parcelas, em razão da dupla jornada de trabalho, por especificar

que o mesmo somente ocorre com os vencimentos básicos, como também a Lei n. 7.686/1988, que dispõe sobre a parcela intitulada PCCS, é clara ao estabelecer que ela não servirá de base de cálculo de qualquer vantagem ou parcela remuneratória.

Dessa forma, o recurso merece ser provido, nos termos do pedido, com inversão dos ônus de sucumbência.

É como voto.

