



Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 18.870 — SP (2001/0130029-9)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Impetrante: Francisco Lobo da Costa Ruiz

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Edmon Cauby França

EMENTA

Habeas corpus — Execução penal — Roubo qualificado — Réu condenado ao cumprimento de pena em regime semi-aberto — Inexistência de vaga em estabelecimento adequado — Prisão domiciliar.

— Consubstancia-se constrangimento ilegal a manutenção do paciente em regime fechado, quando este foi condenado ao cumprimento de pena em regime semi-aberto. Ante a inexistência de vaga no estabelecimento adequado, impõe-se a transferência, até que surja vaga, para estabelecimento de regime aberto e na sua ausência, para prisão domiciliar.

— Precedentes.

— Ordem concedida para que o paciente seja transferido, até que surja vaga no estabelecimento compatível com o regime semi-aberto, para casa de albergado e na sua ausência, para prisão domiciliar.

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 o paciente seja transferido, até que surja vaga no estabelecimento compatível com o regime semi-aberto, para casa de albergado e na sua ausência, para prisão domiciliar. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

Publicado no DJ de 24.03.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de

recurso ordinário, impetrado por Francisco Lobo da Costa Ruiz, em benefício de Edmon Cauby França, contra v. acórdão proferido pela Décima Segunda Câmara do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que *denegou a ordem ali impetrada*, nos termos da seguinte ementa:

“**Habeas corpus** — Réu condenado ao regime semi-aberto — Ordem visando garantir o cumprimento da pena no regime fixado ou o aguardo de vaga em regime mais favorável — Constrangimento ilegal — Inexistência — Inviável a utilização de **habeas corpus** para garantir que o condenado venha a cumprir, desde o início, pena no regime semi-aberto, ante eventual inexistência de vaga, ou aguarde esta no sistema aberto. Não há lei ou artigo constitucional em nosso País a admitir seja colocado em liberdade (e o regime aberto o é) pessoa condenada, por decisão passada em julgado, a cumprir pena inicial em regime segregacional (fechado ou semi-aberto).” (Fl. 89).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, além de 13 (treze) dias-multa, transitando em julgado em 16.02.1996.

Cumprido o mandado de prisão foi o paciente recolhido junto ao 9º Distrito Policial, em 27.07.2001.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus**, perante o egrégio Tribunal **a quo**, postulando fosse concedida ao paciente a prisão-albergue domiciliar, ante a inexistência de vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena no regime semi-aberto.

O pedido de liminar foi indeferido à fl. 103.

Solicitadas as informações de praxe, as mesmas vieram aos autos às fls. 49/50.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 112/116, manifesta-se pela concessão da ordem, para assegurar ao paciente, em caráter provisório e excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto ou, na falta de casa de albergado, em regime domiciliar, até o surgimento de uma vaga em estabelecimento adequado às exigências do regime intermediário.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, no presente *writ*,

pretende-se que se reconheça ao paciente o direito ao recolhimento em regime aberto domiciliar, enquanto não houver vaga no regime estabelecido na respeitável sentença, cassando o v. acórdão objurgado.

Ao paciente foi imposto o regime semi-aberto de cumprimento de suas reprimendas. Estando preso junto ao 9º Distrito Policial, em regime fechado, alega ofensa ao art. 91, da Lei de Execuções Penais, e aos arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal.

O art. 91, da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984) preceitua:

“Art. 91. A colônia agrícola, industrial ou similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.”

O colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 77.399/SP, de relatoria do eminente Ministro *Maurício Corrêa*, “...Entendo, Senhor Presidente, que *a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, o sentenciado adquire o direito subjetivo de cumprir a pena nos exatos termos da condenação*. Permitir o agravamento do que foi estabelecido na sentença implica desprestígio ao Poder Judiciário, ainda que a este não caiba a responsabilidade pela inexistência de vagas nos estabelecimentos prisionais.

Dadas as peculiaridades que se apresentam no presente caso, retornar o paciente ao regime fechado, inscrevendo-o numa longa lista de espera até que se dê vaga em estabelecimento adequado, configura constrangimento ilegal. Por outro lado, a permanência do paciente provisoriamente no regime aberto, também com seu nome constando da relação dos que esperam pelo cumprimento da pena no regime semi-aberto, não é a solução ideal, mas a que menos afronta o nosso ordenamento jurídico.

Diante do exposto, concedo a ordem a fim de, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão de primeiro grau, no sentido de que o paciente continue a cumprir pena em regime aberto, na modalidade de prisão-albergue, até que sobrevenha vaga em estabelecimento prisional compatível com o regime semi-aberto.” (Grifei).

Nesta esteira, esta Corte de Justiça, *amparando o direito subjetivo do réu*, tem entendido que o Estado não pode manter o réu em regime mais gravoso ao imposto na condenação. Tal circunstância, restará plenamente observada quando os pacientes encontrarem-se condignamente instalados em estabelecimento prisional adequado. Na sua impossibilidade, contudo, admite-se que, provisoriamente, permaneça em regime aberto ou domiciliar (c.f. *REsp n. 325.881/SP*, Rel. Ministro *Felix Fischer*, entre outros).

Ora, sendo inadequado o 9º Distrito Policial impõe-se que o paciente seja reconduzido a estabelecimento que satisfaça tal condição. A prisão domiciliar será, então, admissível quando restar incontroversa a inexistência de estabelecimento adequado. Inexistindo, pois, vaga no albergue local é de se permitir a prisão domiciliar.

Este entendimento espelha a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior, como do Pretório excelso que assentou, em demais oportunidades, acerca do tema, “... *Compreendo, todavia, que o paciente, condenado à pena de seis anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto, não poderá ser mantido, em regime fechado, mesmo que o seja até se resolvam dificuldades para recolher o paciente no regime semi-aberto, objeto da sentença condenatória* (HC n. 74.732/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 23.10.1998).”

No mesmo sentido, ementa da egrégia Sexta Turma, assim vazada:

“Execução penal. Inobservância do regime prisional da sentença. Regime mais severo. Constrangimento ilegal. Substituição de pena privativa de direito por restritiva de liberdade. CP, art. 44. Apreciação.

— *Condenados os réu a cumprirem pena em regime prisional semi-aberto, não podem os mesmos serem mantidos em regime fechado, enquanto esperam vaga no estabelecimento adequado, resultando em constrangimento ilegal.*

— O debate sobre a possibilidade de substituição da pena detentiva por pena restritiva de direito, nos termos da nova moldura do art. 44, do Código Penal, não foi objeto de debate no acórdão recorrido, nem agitado nas razões da apelação, o que afasta o seu exame no âmbito de **habeas corpus** originário de competência desta Corte.

— **Habeas corpus** parcialmente concedido.” (HC n. 13.526/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 19.02.2001). — Grifei.

Por tais fundamentos, *concedo a ordem, para que o paciente seja transferido para um estabelecimento prisional próprio ao regime semi-aberto e, no caso de este não possuir vaga, que possa o paciente aguardar em prisão domiciliar.*

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 22.539 — SC (2002/0060469-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Valdir de Andrade

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Nicésio Ávila dos Santos Filho

EMENTA

Habeas corpus. Revisões criminais indeferidas pela corte estadual. Justificações criminais. Reiteração de parte do pedido anterior. Inadmissibilidade. Alegação de inocência. Novas provas. Apontada falsidade de depoimento. Matéria fático-probatória controvertida. Impropriedade da via.

1. É inadmissível a mera reiteração do pedido revisional, mormente se balizada em justificação criminal, que já havia sido apreciada na primeira revisão e considerada insuficiente para alterar a conclusão do julgamento. Precedentes do STJ.

2. O Tribunal **a quo**, ao indeferir o pedido revisional, procedeu ao devido exame e cotejo do material cognitivo, sendo inviável a pretendida reforma do acórdão, porquanto, como é cediço, é vedado, na angusta via do **habeas corpus**, a incursão aprofundada na seara probatória. Incidência da Súmula n. 07 do STJ.

3. **Habeas corpus** conhecido em parte e, nessa parte, denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 20 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Nicésio Ávila dos Santos Filho em face de acórdão das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que conheceu em parte da segunda revisão criminal ajuizada e indeferiu o pedido.

O ora Paciente foi condenado em primeiro grau a sete anos e sete meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 214, c.c. o art. 224, alínea **a**, e art. 71, todos do Código Penal, e no art. 1^a, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990, tendo sido a sentença confirmada pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal local.

Transitada em julgado a decisão, foi ajuizada a Revisão Criminal n. 98.013211-8, que restou indeferida pela Corte Estadual, nos termos da seguinte ementa:

“Revisão criminal. Prova nova produzida através de justificação judicial, que não elide a robusta prova condenatória, devidamente sopesada na sentença e no acórdão que a confirmou. No máximo, gera dúvida, o que não permite o deferimento do pedido, eis que em sede revisional vige o princípio do **in dubio pro societate**. Pedido indeferido.

“Em sede revisional, cabe ao interessado demonstrar, incontestavelmente, a injustiça da decisão revidada, não lhe sendo útil para desconstituir a coisa julgada invocar a existência de mera dúvida probatória” (RT 686/341).” (Fl. 130)

Insistiu-se noutro pedido revisional, autuado sob o n. 01.024918-9, que foi conhecido em parte, mas novamente indeferido, em acórdão assim ementado:

“Revisão criminal.

Reexame de prova objetivando a absolvição. Não se conhece de pedido de revisão criminal, quando se trata de reiteração de anterior. Inteligência e aplicação do parágrafo único do art. 622 do CPP. Pedido não conhecido nessa parte.

Reexame de prova objetivando a absolvição. Inadmissibilidade. Conjunto probatório que aponta o acerto da decisão impugnada. Sentença mantida na íntegra. Pedido indeferido.” (Fl. 271)

No presente **habeas corpus**, depois de extensa narrativa da versão dos fatos que pretendia fosse acatada no pedido revisional, alega o Impetrante que “ficou perfeitamente demonstrada a existência de prova nova que autoriza a absolvição do revisionando, mesmo levando em conta o princípio consagrado que na revisão criminal a dúvida é em favor da sociedade, o que não é o caso em tela [...]” (fls. 14/15), devendo incidir o comando do art. 621, inciso III, do CPP.

Outrossim, argúi a falsidade do depoimento prestado por Osvaldo Jorgelino Antão, o que permitiria a revisão com base no art. 621, inciso II, do CPP. Assevera que “a retratação das vítimas é prova fundamental de que o revisionando não praticou os delitos a ele imputados” (fl. 16).

Enfatiza, ainda, que o fundamento do pedido “não é somente aquele previsto no inciso III do art. 621 do Código de Processo Penal e sim também aqueles preceituados nos incisos I e II. A revisão não se funda em ‘prova nova’ e sim em decisão contrária ao texto expresso de lei (art. 386) e a ‘evidência dos autos’” (fl. 18).

Prestadas as informações às fls. 167/170, solicitadas pelo então Relator do feito, a liminar foi indeferida pela Vice-Presidência desta Corte durante o recesso forense (decisão de fl.177).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 179/182, opinando pela denegação da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa:

“1. **Habeas corpus**. Penal. Processual Penal.

2. Se a revisão criminal reitera fundamentação de outra ação da mesma espécie, houve acerto no acórdão que não a conheceu.

3. Se o acórdão entendeu que a prova apontava em sentido diverso daquele sustentado pelo paciente, não há ilegalidade a ser proclamada na via estreita do remédio heróico, que não comporta dilação probatória.

4. Conhecimento e denegação do *writ*.” (Fl. 170)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O pleito não merece acolhida.

Com efeito, o Tribunal **a quo**, ao indeferir o pedido revisional, procedeu ao devido exame e cotejo do material cognitivo, conforme se depreende dos seguintes excertos extraídos do voto condutor do aresto proferido por ocasião do julgamento da segunda revisão criminal, **in verbis**:

“Quanto à cópia da prova produzida através dos autos da primeira Justificação Criminal de n. 797002289-3 (fls. 90/92), oriunda da Comarca de Biguaçu, não há como conhecê-la. Trata-se de depoimentos prestados pelas duas vítimas do episódio pelo qual restou condenado o Requerente, além do pai de uma delas, onde retificam os depoimentos prestados na polícia e em juízo.

O parágrafo único do artigo 622 do CPP é taxativo, **verbis**:

“*Parágrafo único. Não será admissível a reiteração de pedido, salvo se fundado em novas provas*”.

Assim, estamos diante de reiteração de pedido revisional, pois dita justificação instruiu a primeira revisão criminal, que teve como resumo de sua decisão a seguinte ementa:

(...)

Assim, não se conhece da prova relativa à primeira justificação, referente à Revisão Criminal n. 98.013211-8.

No que tange à prova constituída para este pedido revisional, melhor sorte não socorre o Requerente.

O contido na Justificação n. 007.00.001008-8, realizada em dezembro de 2000, ou seja, cinco anos após os fatos, não tem o condão de modificar o entendimento anterior.

O depoimento prestado por Ivo Sérgio de Espíndola Filho (fl. 184), não altera, *em absolutamente nada*, o que este já havia declarado na instrução do processo-crime, tanto na fase policial (fl. 287) quanto na fase judicial (fl. 352).

A testemunha Cátia também não acrescenta nada à prova dos autos principais. Na justificação criminal que instrui o feito, apenas repetiu o que já havia declarado na polícia (fl. 285) e em juízo (fl. 353). Percebe-se claramente que não trouxe nenhum fato novo, apenas voltou a afirmar o que já havia declarado em juízo (fl. 353).

As provas levadas em conta para a condenação, ou seja, as declarações das vítimas Cláudio Adão Barbosa Grabosky (fl. 84) e Daiana Lopes (fl. 273), os depoimentos de Osvaldo Jorgelino Antão (fl. 332), da menor Juliana Gorges (fl. 334) e de Neuzeli Camilo (fls. 348/349), restaram inalterados.

Assim, as declarações prestadas na justificação judicial não suscitam dúvida alguma, não demonstrando poder nenhum de alterar a substância da sentença.” (Fls. 172/174)

Verifica-se, pois, que se mostra irreprochável o acórdão ora atacado, destituído de qualquer ilegalidade, porquanto a primeira justificação, que já havia sido apreciada na primeira revisão criminal e considerada insuficiente para alterar a conclusão do julgamento, não foi conhecida quando juntada ao segundo pedido revisional, tendo sido corretamente rechaçada por consubstanciar reiteração do pleito anterior; a segunda justificação, trazida à apreciação do Tribunal no segundo pedido revisional, da mesma forma, foi tida como insubsistente, na medida em que nada acrescentava àqueles depoimentos anteriormente colhidos e examinados.

No mesmo diapasão da decisão objurgada, os seguintes precedentes desta Corte:

“**Habeas corpus**. Revisão criminal. Extorsão mediante seqüestro. Reiteração de pedido. Impossibilidade.

1. É inadmissível a reiteração do pedido de revisão criminal, salvo se fundado em novas provas (artigo 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

2. *Ordem denegada.*” (HC n. 10.410/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 13.08.2001)

“**Habeas corpus** — Pedido de revisão — Reiteração de pedido sem novas provas — Inadmissibilidade.

— Inadmissível a mera reiteração de pedido de revisão criminal que não venha fundamentado em novas provas.

— Inteligência do art. 622, parágrafo único, CPP

— *Ordem conhecida e indeferida.*” (HC n. 1.743/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ de 03.05.1993, RT 702/392)

De outro lado, a pretendida reforma do acórdão, reavaliando todo o conjunto fático-probatório, para a absolvição do ora Paciente não é possível, porquanto, como é cediço, as provas colacionadas, na angusta via do **habeas corpus**, devem ser incontrovertidas, e os fatos, convergentes. É vedado, portanto, a incursão na seara probatória, consoante o Verbete Sumular n. 07 deste Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, confira-se:

Penal e Processual Penal. **Habeas corpus** contra decisão monocrática que indefere de plano revisão criminal. Dilação probatória incompatível com a via eleita. Falta dos pressupostos contidos no art. 621 e incisos, do CPP.

1. Da leitura do art. 621 e incisos, do CPP, constata-se das expressões (“evidência dos autos”, “depoimentos, exames ou documentos”, “novas provas”, etc) contidas no elenco autorizativo da revisão criminal, está todo ele arrimado em elementos fáticos-probatórios, razão pela qual qualquer juízo acerca dos motivos que levam ao indeferimento de plano do feito revisional, esbarram na assertiva de que e intento que refoge ao âmbito angusto da via eleita.

2. De outra parte, ainda que assim não fosse, conforme se extrai dos documentos acostados às informações, não há se falar em cerceamento de defesa, porquanto, para a propositura de revisão criminal, não é suficiente mero pedido de retificação da sentença condenatória, mas demonstração inequívoca das hipóteses contidas no art. 621 e incisos, do CPP.

3. *Ordem denegada.*” (HC n. 5.868/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 20.10.1997, RDJTJDFT 51/263)

“Criminal. HC. Extorsão. Desclassificação para infração prevista no Có-

digo de Defesa do Consumidor. Pedido rejeitado em sede de revisão criminal. Questões controvertidas. Dilação probatória. Impropriedade do meio eleito. Ordem denegada.

É descabido o pleito de desclassificação do delito de extorsão para a infração prevista no art. 71 do Código de Defesa do Consumidor, especialmente se já decidido, em sede de revisão criminal, face à inexistência de fato novo a amparar a irrisignação.

O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório — como o apontado equívoco na tipificação do crime pelo qual foram os pacientes condenados.

Necessidade de dilação probatória, incabível na via eleita.

Ordem denegada.” (HC n. 21.752/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 22.04.2003)

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado. Latrocínio. Alegação de inocência e falta de provas a corroborar a condenação. Dilação probatória inviável na via eleita.

Inviável, na via estreita do **habeas corpus**, reexame profundo das provas carreadas de forma a atestar a inocência do paciente ou a ausência de provas suficientes a corroborar a condenação, tendo em vista que tais circunstâncias não se afiguram flagrantes nos autos, mormente havendo pedido de revisão criminal indeferido pelo Tribunal **a quo**.

Ordem denegada.” (HC n. 20.320/SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 13.05.2002)

“Penal. **Habeas corpus**. Inocência. Revolvimento probatório. Impossibilidade na via eleita. Revisão criminal. Demora. Inexistência. Constrangimento ilegal. Não-ocorrência. Expedição de alvará de soltura. Descabimento.

1. Tecer argumentos acerca da eventual inocência do Paciente, é matéria não condizente com a via eleita, angusta por excelência, onde não tem cabimento a dilação probatória, imprescindível para a resolução de intentos deste jaez.

2. Estando o paciente condenado a 04 anos de reclusão, com trânsito em julgado, não há razão para expedição de alvará de soltura. A simples possibilidade de êxito, na revisão criminal, não tem esta força, ainda que por demora no julgamento da revisional que, ao que tudo indica, inexistente na espécie, em razão da tramitação normal da demanda.

3. Ordem denegada.” (HC n. 9.191/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 13.09.1999)

Ante o exposto, conheço em parte do **habeas corpus** e, nessa parte, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 23.493 — RS (2002/0083988-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrantes: Eduardo A. L. Ferrão e outro

Impetrada: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Pacientes: Glênio Lorentz de Araújo, Joceli Gianluppi, Ildo Rossato

EMENTA

Penal. **Habeas corpus**. Aditamento da denúncia. Retificação de circunstâncias fáticas. Prescrição. Interrupção. Extinção da punibilidade.

O aditamento da denúncia não se constitui em causa interruptiva da prescrição quando se circunscreve a retificar lapso verificado por ocasião do oferecimento da exordial, consistente, apenas, na descrição de circunstâncias fáticas já conhecidas em momento anterior ao início da ação penal.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem para declarar extinta a punibilidade dos pacientes em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente: Dr. Leandro B. Rodrigues (p/pacte). Usou da palavra o Subprocurador-Geral da República.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

Publicado no DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Glênio Lorentz de Araújo, sentenciado pela prática do delito previsto no art. 95, **d**, da Lei 8.212/1991, contra acórdão proferido pela egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região no julgamento da Apelação Criminal n. 2001.04.01.071723-0.

No voto condutor do julgado recorrido restou consignado que não se afigurava viável a declaração da extinção da punibilidade do ora paciente em razão da ocorrência da prescrição. Para tanto, ficou esclarecido que "... a prescrição da pretensão punitiva pela pena aplicada, **in casu**, conta-se do recebimento do aditamento da denúncia, em 22.08.1997, e não da denúncia, em 12.07.1996, pois o aditamento referiu-se a fato novo — não-recolhimento da contribuição sobre a comercialização de produtos agrícolas e não dos salários dos empregados (TACrSP, Julgados 79/294; RT 393/361 — "Código Penal Comentado" — **Celso Delmanto**, 3ª ed., p. 193)" (Fl. 897).

Nas razões do *writ*, buscam demonstrar os impetrantes que o recebimento do aditamento da denúncia não consta no rol taxativo dos casos de interrupção de prescrição inscritos no art. 117 do CP. Alegam, ainda, que equiparar o instituto jurídico penal da denúncia ao mero aditamento constitui-se em analogia **in malam partem**, procedimento vedado no ordenamento jurídico penal, bem como em afronta ao princípio **nula poena sine praevia lege**.

Aduzem, também, que, a teor da orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, a emenda na exordial acusatória somente pode atribuir força interruptiva à prescrição quando tem por função alterar substancialmente os fatos relatados. Sustentam, contudo, que a emenda promovida na denúncia não tem o condão de interromper o lapso prescricional, pois se cuida, apenas, da correção de um mero equívoco cometido pelo representante do Ministério Público, não trazendo qualquer elemento novo que possa alterar o contexto fático em que sucedeu o delito.

Requerem, assim, a concessão da ordem para declarar a prescrição da pretensão punitiva pelo decurso do prazo de 4 (quatro) anos entre o recebimento da denúncia e a sentença de primeiro grau, contados a partir da data do despacho de recebimento da peça inaugural acusatória.

A liminar pleiteada no âmbito desta Corte foi deferida à fl. 877.

As informações foram prestadas às fls. 882/883.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 901/905, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Antes da análise do objeto do *writ*, convém destacar alguns aspectos que envolvem a denominação *aditamento*, denominação esta que denota situações por vezes totalmente díspares em sede de natureza e conseqüências jurídicas (*comparativamente*: **Marcellus Polastri in** “O Aditamento à Denúncia”, no “Livro de Estudos Jurídicos”, n. 2, pp. 319/335 e em “Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal”, pp. 125/142; **Júlio César Ribas in** “O Aditamento no Processo Penal”, RT 464/295 - 318 e em “O Aditamento no Processo Penal”, Saraiva, com **Jacques Camargo Penteado e Clóvis Almir Vital de Uzeda**; verbete “Aditamento da denúncia” na Enciclopédia Savaiva de Direito).

Primeiro, o aditamento pode ocorrer em várias hipóteses, a saber: em relação à denúncia, à queixa, ao libelo e à prova etc. *Segundo*, ele pode ser (quanto à denúncia, **punctum saliens**, do caso) *espontâneo* (que deveria ser, na prática, a regra, mormente em relação ao *Parquet* que é o **dominus litis**, merecendo destaque o insculpido no art. 129, inciso I da Carta Magna) ou *provocado* (v.g. arts. 384 parágrafo único, 408, § 5º e 410 do CPP). *Terceiro*, ele pode, *aí*, ser *próprio* (acrescentando dados de cunho *real* ou de cunho *pessoal*) ou *impróprio* (v.g., retificação, suprimento ou esclarecimento da inicial). O *próprio pessoal*, como o nome indica, caracteriza-se pela inclusão, no feito, de outros réus. O *próprio real* pode ser *legal* (acrescentando dispositivos legais) ou *material* (adicionando aspectos fáticos). E, é de se atentar, neste particular, que o aditamento próprio decorre, a par de outros aspectos, do *princípio da congruência* (**ne procedat iudex ex officio**) entre a **causa petendi** e o fato decidido (ou a ser decidido). Disto tudo, percebe-se, surgem inúmeras situações que não podem ser todas equiparadas. *Por exemplo*, a inclusão, via aditamento, de *crime conexo* é tema polêmico quando se trata de *aditamento provocado* (v.g. arts. 40 e 384, parágrafo único do CPP). Tal óbice, no entanto, segundo dicção de boa parte da doutrina, inexistente quando o aditamento é *espontâneo* (observados, é claro, os arts. 76, 77, 79 e 80 do CPP). E, diante de tal contexto de hipóteses fáticas e jurídicas — afora outras — o *aditamento* (pelo seu recebimento) *pode, ou não*, (a par da **questio** em torno do inserido no art. 117

§ 1^a do CP), interromper o prazo prescricional **ex vi art. 117, inciso I do Código Penal**. Interrompe, sim, quando sob tal denominação a *peça acusatória adicional apresenta o caráter, propriamente, de denúncia*. Fora daí a alteração pode, conforme o caso, *modificar o referido prazo mas não tem o condão de interrompê-lo*. A *mera retificação* decorrente de lapso ou obscuridade fática na exteriorização da **imputatio** e calçada, principalmente, em dados previamente conhecidos se insere na modalidade de *aditamento impróprio* que não deve ter força interruptiva.

Por um lado, a prescrição é de ordem pública, não ficando, unilateralmente, à mercê do Ministério Público. *Por outro*, mesmo em sede de **mutatio libelli**, não se pode olvidar que o texto legal diz “a possibilidade de nova definição” (art. 384, **caput** do CPP), o que impede, assim, com observância ao *art. 117, inciso I do Código Penal*, o reconhecimento de *duas causas de interrupção* em tópico no qual a lei somente prevê a incidência de uma (a denúncia *ou* o aditamento *como se denúncia fosse*). E não é só! Em situação mais grave que a presente, ou seja, da **mutatio libelli**, a doutrina deixa claro que o aditamento pode *alterar o prazo prescricional mas não o interrompe* (cf.: **Antonio Rodrigues Porto in** “Da Prescrição Penal”, 5^a ed., RT, p. 68; **Damásio E. de Jesus in** “Prescrição Penal”, 12^a ed., Saraiva, p. 79; **José Júlio Lozano Jr. in** “Prescrição Penal”, Saraiva, p. 121; **Andrei Zenkner Schmidt in** “Da Prescrição Penal”, Liv. do Adv. Editora, pp. 108/109). *Dessarte, a fortiori, a mera retificação de lapso não pode, repito, interromper o prazo enfocado.*

Desse modo, a prescrição para todos os réus (art. 580 do CPP), no que não é de cunho pessoal, deve ser calculado do fato à denúncia e desta à sentença (art. 5^a da **Lex Maxima**). No feito em tela, a exordial foi recebida em 12.07.1996 (fl. 86) e a r. sentença se tornou pública em 16.05.2001 (fl. 766). Portanto, extinta está a punibilidade pela prescrição retroativa (art. 110 §§ 1^a e 2^a c.c. o art. 109, inciso V do CP) em relação aos pacientes, condenados a dois anos de reclusão (afastado o acréscimo da continuidade delitiva **ex vi art. 119 do CP e Súmula n. 497/STF**).

Ante o exposto, concedo a ordem para declarar extinta a punibilidade dos pacientes em razão da ocorrência da prescrição retroativa (pretensão punitiva).

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 25.157 — SP (2002/0142548-4)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Miguel Viana Santos Neto

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

Paciente: Adriano Aparecido Ribeiro Duarte (Preso)

Sustentação oral: Miguel Viana Santos Neto, pelo Paciente

EMENTA

Criminal. *HC*. Porte ilegal de arma e crime de quadrilha qualificado pelo uso de arma. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade. Condutas autônomas. Ordem denegada.

I - O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

II - Evidenciado, na hipótese, que os crimes de porte ilegal de armas e de quadrilha, qualificados pelo uso de armas, se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção, devendo o réu responder por ambas as condutas.

III - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça “Proseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, denegou a ordem.” Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 15 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 09.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor

de Adriano Aparecido Ribeiro Duarte, em face de acórdão proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Órgão Ministerial do Estado de São Paulo.

Denunciado, o paciente, por crime de porte ilegal de armas e formação de quadrilha qualificado por uso de armas, foi o mesmo condenado como incurso no art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437 e no **caput** do art. 288 do Código Penal.

Mediante provocação do Ministério Público do Estado de São Paulo, o Tribunal **a quo** reconheceu a incidência da circunstância qualificadora prevista no parágrafo único, do art. 288 do Código Penal, e determinou a elevação da pena que foi atribuída ao paciente, em primeiro grau de jurisdição.

O acórdão recorrido se encontra às fls. 317/324.

Sustenta-se, na presente impetração, em suma, que o porte ilegal de armas seria apenas um meio para a consumação do crime de quadrilha qualificado pelo uso de armas, pretendendo-se, assim, anulação da condenação do paciente pelo crime do art. 10 da Lei n. 9.437/1997.

A Subprocuradoria Geral da República opinou, preliminarmente, pelo não-conhecimento da impetração e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 359/352).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Adriano Aparecido Ribeiro Duarte, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, para condenar o paciente pelo crime de quadrilha, em sua modalidade qualificada pelo uso de armas.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado, juntamente com outros treze co-réus, como incurso nas penas do art. 10, § 2º da Lei n. 9.437/1997 e do art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

Proferida a sentença pelo juiz monocrático, o paciente restou condenado à pena de 02 (dois) anos de reclusão, pelo porte de armas e à pena de 01 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 288, **caput**, do Código Penal, por entender que a aplicação da qualificadora do crime de quadrilha ou bando seria incompatível com a condenação pelo delito de porte de armas.

Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação, pretendendo a condenação do paciente, nos termos em que fora denunciado.

O Tribunal **a quo**, por sua vez, deu provimento ao recurso ministerial, para condenar o paciente como incurso no art.10, § 2º, Lei n. 9.437/1997 e art. 288, parágrafo único do Código Penal, c.c. os arts. 29 e 69, também do CP.

Cumprе ressaltar que foi interposto recurso de apelação também pela defesa do paciente. Contudo, constatado que o mesmo teria se evadido do estabelecimento penal no qual se encontrava recolhido, o referido apelo foi julgado deserto (fl. 339).

Irresignada, a defesa impetrou o presente **habeas corpus** objetivando a anulação da condenação do paciente pelo crime do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, argumentando que o porte ilegal de armas seria apenas um meio para a consumação do crime de quadrilha qualificado pelo uso de armas. Desta forma, entende que deveria ser aplicado o princípio da consunção.

Não assiste razão ao impetrante.

A decisão que se pretende desconstituir está firmada nas seguintes bases (fls. 323/324):

“Não há incompatibilidade entre o crime do art. 10, § 2º da Lei n. 9.437/1997, e a qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal.

Inexiste progressividade entre o crime de porte ilegal de arma de fogo e o delito de quadrilha ou bando armado, de modo a fazer com que o primeiro absorva a qualificadora do segundo. Tratam-se de crimes distintos e autônomos, com objetos jurídicos diversos: o primeiro atinge a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadãos, enquanto que o segundo visa proteger a paz pública. Por essa razão, não há **bis in idem** na cumulação do primeiro delito com a qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal.

É o mesmo o que ocorre com a cumulação entre o crime de quadrilha ou bando armado com o roubo qualificado pelo emprego de arma, com relação à qual o colendo Supremo Tribunal Federal já decidiu:

‘São suscetíveis de acumulação a qualificadora do roubo relativo a emprego de arma com a figura qualificada da quadrilha armada. Precedente do STF’ (RTJ 138/801).”

De acordo com o princípio da consunção, existindo mais de um ilícito penal, em que um deles — menos grave — represente apenas o meio para a consecução do delito mais nocivo, o agente será responsabilizado apenas por este último. Assim, é necessária a existência de um nexo de dependência das condutas para que se possa verificar a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

Entretanto, o que se infere, na hipótese, é que os crimes de porte ilegal de armas e quadrilha qualificados pelo uso de armas se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo tal relação de subordinação entre as condutas.

Ressalte-se, ainda, que o tipo de quadrilha ou bando se caracteriza simplesmente pela reunião de agentes com o objetivo de cometimento de crimes e que a circunstância de estar este grupo de pessoas armado é apenas qualificadora do crime e, não, sua elementar. Ou seja, a ocorrência do crime de quadrilha ou bando independe da condição de estarem, ou não, armados os seus integrantes. Contudo, constatado o armamento da quadrilha — que não necessita, inclusive, ser ilegal — a pena deve ser agravada, conforme decidido pelo acórdão recorrido.

Nesse sentido, reproduzo as considerações da Subprocuradoria Geral da República (fls. 351/352):

“11. A punição, tanto do crime de quadrilha qualificada como o de porte ilegal de arma de fogo, visa à tutela da paz ou da incolumidade pública. No entanto, os delitos são autônomos, pois seus tipos penais definem condutas diversas entre si, quais sejam, a associação em quadrilha para o fim de cometer crimes, e o portar armas de fogo.

12. Nesse diapasão, inexistente consunção entre os crimes citados, pois não se verifica a necessidade de portar armas para a consecução do crime de quadrilha, já que os agentes poderiam associar-se para cometer crime contra o sistema financeiro, por exemplo, sem o uso de armas, não constituindo obrigatoriamente uma fase de execução o referido porte.

13. Ademais, o tipo penal descrito no art. 10, § 2º da Lei n. 9.437/1997, tem por fim não somente reprimir o uso ilegal de arma de fogo, mas censurar, com maior rigor, o porte da arma ou acessórios *de uso proibido ou restrito*.

14. Como se vê, o recorrente pretende a aplicação do princípio da consunção com o intuito de ver o paciente impune em um dos delitos perpetrados. Ora, a finalidade da categoria jurídica (consunção) é minimizar os rigores do concurso material, e não possibilitar, através de artifícios silogísticos, a impunibilidade do delinqüente.”

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Laurita Vaz: A Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação, reformou a sentença de primeiro

grau para condenar o ora Paciente à pena de quatro anos de reclusão, como incurso no art. 10, § 2^o da Lei n. 9.437/1997 e art. 288, parágrafo único, c.c. arts. 29 e 69, do Código Penal.

Destacou o voto condutor do aresto ora impugnado, **litteris**:

“Inexiste progressividade entre o crime de porte ilegal de arma de fogo e o delito de quadrilha ou bando armado, de modo a fazer com que o primeiro absorva a qualificadora do segundo. Tratam-se de crimes distintos e autônomos, com objetivos jurídicos diversos: o primeiro atinge a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadãos, enquanto o segundo visa proteger a paz pública. Por essa razão, não há **bis in idem** na cumulação do primeiro delito com a qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal.” (Fl. 329)

Não houve interposição de recurso, tendo o acórdão transitado em julgado.

Seguiu-se o presente *writ*, onde o Impetrante pretende o desfazimento dessa decisão para retirar a condenação do Paciente pelo crime de porte ilegal de armas, sustentando, em suma, que este seria um meio para consumação do crime de quadrilha ou bando qualificado pelo emprego de armas, razão pela qual defende a incidência do princípio da consunção.

O Relator, Ministro Gilson Dipp, acolhendo, no mérito, o parecer ministerial, ratificou o entendimento esposado no acórdão vergastado e denegou a ordem, no que foi acompanhado pelo Ministro Jorge Scartezzini.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão.

Adiro ao entendimento consignado nos doutos votos predecessores.

O insigne Impetrante assevera que “o delito de porte ilegal de arma é meio necessário para que se qualifique o crime maior, de quadrilha ou bando, portanto, deve aquele ser necessariamente absorvido por este” (fl. 16).

Malgrado o esforço do combativo Advogado, não se me afigura ser essa a melhor interpretação. Com efeito, são crimes distintos e autônomos, cuja coexistência é perfeitamente admitida.

Apenas à guisa de reforço dos argumentos já expendidos, acrescento: vê-se que é possível, por exemplo, que os agentes integrantes de uma quadrilha ou bando, eventualmente, utilizem as chamadas “armas impróprias” (faca, canivete, barras de ferro etc.); ou mesmo detenham autorização legal para portar a arma de fogo empregada.

Nesses casos, as condutas delituosas subsumiriam no tipo qualificado previsto no parágrafo único do art. 288 do CP, restando afastada a incidência do art. 10, **caput**, da Lei n. 9.437/1997.

Assim, sanciona-se o crime de quadrilha ou bando; e com maior rigor se “a quadrilha ou bando é *armado*” (art. 288, parágrafo único, do CP). Se essas armas são *de fogo* e estão sendo empregadas “sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (art. 10, **caput**, da Lei n. 9.437/1997, **in fine**), maior ainda deve ser a reprimenda, já que os bens jurídicos tutelados são diversos, conforme explicitado alhures, sem que haja **bis in idem**.

Na hipótese dos autos, a conduta delituosa subsume-se naquela tipificada no § 2º do referido dispositivo legal extravagante, onde há um *plus*, qual seja, *a arma de fogo* não é apenas portada sem autorização e em desacordo com a lei, também *é de uso proibido ou restrito*, evidenciando um acréscimo na agressão (efetiva ou potencial) ao bem jurídico tutelado, motivo pelo qual há, ainda, mais um aumento no grau de reprovabilidade da conduta.

Destarte, o crime previsto no art. 10, § 2º da Lei n. 9.437/1997 — *porte ilegal de arma proibida* — merece sanção autônoma e distinta daquele tipificado no art. 288, parágrafo único do Código Penal.

Não subsiste, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, acompanhando os votos proferidos, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 26.744 — RJ (2003/0012504-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Darcio Gonçalves Cabral

Impetrada: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Márcio Geovane de Oliveira (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Latrocínio. Alegada desconsideração da atenuante da primariedade. Questão não debatida pelo Tribunal de origem. Exame pelo STJ. Inadmissibilidade. Supressão de instância. Crime hediondo. Regime prisional integralmente fechado.

1. A questão referente à argüida desconsideração da atenuante da primariedade por ocasião da fixação da reprimenda imposta não merece sequer ser conhecida, porquanto não foi debatida perante a Corte de

origem, razão pela qual não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

2. O regime prisional integralmente fechado para o cumprimento da pena por crime hediondo (latrocínio) foi estabelecido, de maneira escorreita, pela sentença e ratificada pelo aresto da Corte Estadual, consoante dispositivo expresso do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo excelso Supremo Tribunal Federal.

3. **Habeas corpus** conhecido em parte e, nessa parte, denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 20 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Márcio Geovane de Oliveira (Preso) em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em sede de apelação, manteve a sentença, condenando o Paciente, como incurso no art. 157, § 3º, do CP, à pena de vinte e quatro anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por força do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, e de cinquenta e dois dias-multa.

Sustenta o Impetrante, em síntese, a ilegalidade e a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, no que se refere ao regime prisional, pleiteando a modificação da sua condenação do integral para o inicialmente fechado, com a aplicação do art. 2º, parágrafo único, do CP, c.c. art. 10 da Lei n. 9.034/1995.

Alega, outrossim, que a atenuante inominada da primariedade não foi considerada na fixação do **quantum** da pena, razão pela qual requer a reforma da sentença nesse ponto.

As informações foram prestadas à fl. 21, com a juntada das peças processuais pertinentes.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 42/43, opinando pelo conhecimento e denegação do presente *writ*.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, como bem observou o Digno representante do Ministério Público Federal, quanto à argüida desconsideração da atenuante da primariedade por ocasião da fixação da reprimenda imposta, a questão não merece sequer ser conhecida, porquanto não foi debatida perante a Corte de origem, razão pela qual não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

No que se refere ao regime prisional, o integralmente fechado para o cumprimento da pena por crime hediondo (latrocínio) foi estabelecido, de maneira escorreita, pela sentença e ratificada pelo aresto da Corte Estadual, consoante dispositivo expresso do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo excelso Supremo Tribunal Federal.

Destarte, conheço apenas em parte do presente **habeas corpus** e, nessa parte, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 26.773 — SP (2003/0013567-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrantes: Danilo D'addio Chammas e outro

Impetrado: Juiz Relator da Apelação n. 1324209 do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Cássio Paganelli Santos (Preso)

EMENTA

Penal. **Habeas corpus**. Regime inicial fechado de cumprimento de pena. Imposição de regime mais gravoso, fundamentado, unicamente, na gravidade do delito. Inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º do Código Penal. Ordem concedida.

1. Consoante assentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a gravidade genérica do delito, *per si*, não justifica a imposição do regime inicial fechado, quando a individualização da pena permite a aplicação do regime menos gravoso, tendo sido consideradas, no momento da fixação da pena-base imposta ao réu, as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal.

2. Ordem concedida para estabelecer ao paciente o regime inicial semi-aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem pretendida para estabelecer ao ora paciente o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 20 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Cássio Paganeli Santos, condenado à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e multa, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal.

Em sede de apelação, o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo manteve o regime inicial fechado para o cumprimento de pena, razão pela qual houve a impetração do presente *writ*.

Sustentam os Impetrantes que o Paciente é primário e portador de bons antecedentes, conforme reconhecido pelo juízo de primeira instância na sentença, que entendeu como favoráveis as suas condições pessoais, fixando a pena-base no mínimo legal.

Entendem, assim, que é direito público subjetivo do Paciente o cumprimento inicial da pena em regime semi-aberto, já que preenche os requisitos do art. 33, §§ 2º, **b**, e 3º, do Código Penal. Aduzem, ainda, que “o Paciente encontra-se privado de liberdade há mais de quinze meses, já podendo ser beneficiário da progressão do regime” (fl. 06).

Requerem, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena imposta ao Paciente.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado. Gravidade do delito. Regime prisional inicial. Pela concessão da ordem.

— A gravidade do delito, por si só, não justifica a imposição do regime inicial fechado quando a dosagem da pena permite a aplicação do regime menos gravoso. (Precedentes do STJ).

— Pela concessão da ordem” (fl. 85).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, no qual os Impetrantes objetivam, em síntese, que seja reconhecido ao ora Paciente o direito de cumprir a pena, desde o início, em regime semi-aberto, já que satisfaz todos os requisitos do art. 33, §§ 2º, **b**, e 3º do Código Penal.

A ordem merece ser concedida.

Conforme se denota da sentença de primeiro grau, o ora Paciente é primário, de bons antecedentes e preenche as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, razão pela qual a pena-base foi fixada no mínimo legal. No entanto, o Magistrado entendeu por bem fixar o regime prisional fechado, para o início do cumprimento da pena definitiva de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

O Tribunal **a quo**, ao analisar o recurso de apelação interposto, manteve a imposição do regime inicial mais gravoso, apresentando, para tanto, os seguintes fundamentos:

“c) Quanto ao regime.

Ora, tratando-se de crime de roubo à mão armada, o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena traduz-se no meio mais eficaz

e corresponde a uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade violenta (RJDTACRIM vol. 10/119 — Rel. Hélio de Freitas). O regime fechado é o único compatível com esse tipo de infração (RJDTACRIM vol. 16/145 — Rel. José Habice). Em se tratando de roubo ‘aqueles que insistem em praticá-lo demonstram conduta social afrontosa ao clamor público e personalidade distorcida. Por isso, o regime mais rigoroso é o que mais se recomenda.’ (RJDTACRIM vol. 16/141 — Rel. Afonso Faro).

(...)

Afora a natureza do delito, a intimidação armada e o concurso de agentes, circunstâncias do fato tais como ter sido ele cometido em pleno dia, na via pública, aproveitando-se de parada desnecessária do motorista, estão a justificar a fundamentada (fls. 153/154) opção pelo mais gravoso.” (Fls. 81/82)

Embora reconheça ser uma discricionariedade do julgador a imposição do regime prisional mais rigoroso, quando presentes circunstâncias de fato e de direito que justifiquem tal fixação, é necessário que tais motivos se encontrem claramente demonstrados na decisão.

Como se vê, **in casu**, a imposição do regime mais gravoso foi respaldada tão-somente na gravidade do delito, sem apresentar fundamentação diversa capaz de justificar a não-concessão do regime mais benéfico.

Há de se ressaltar, que a referida hipótese não se enquadra dentro daquelas que a lei expressamente dispõe ser a gravidade do crime, por si só, causa para o cumprimento da pena em regime fechado, como ocorre, por exemplo, nos crimes hediondos.

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

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

...**omissis**...

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

...**omissis**...

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

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

Portanto, sendo o condenado primário e não havendo alusão à existência de maus antecedentes, a decisão que lhe impôs o regime inicial fechado de cumprimento de pena há de ser reformada, pois, consideradas as condições favoráveis do paciente, a individualização da sanção criminal deverá respeitar o disposto no citado texto legal.

A propósito, confira-se a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

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

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

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

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

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

Não se tratando de crimes hediondos, a sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que aquele que o condenado teria, em tese, direito, exige fundamentação adequada, sob pena de nulidade. A gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição de regime mais grave. Precedentes.

Ordem concedida.” (HC n. 21.560/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 07.04.2003)

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias judiciais totalmente favoráveis. Regime prisional.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semi-aberto.

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, **b**, e § 3º do CP.

Writ concedido.” (HC n. 24.982/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 24.03.2003)

Ante o todo exposto, concedo a ordem pretendida para estabelecer ao ora Paciente o regime inicial semi-aberto para o cumprimento de sua pena.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 28.158 — RJ (2003/0066049-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Relator p/ o acórdão: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Maria Lúcia Parisi dos Santos — Defensora Pública

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Marcos Antônio Souza Siqueira (Preso)

EMENTA

Processual Penal. **Habeas corpus**. Crime contra o patrimônio. Apelação. Aplicação analógica, *em segundo grau*, do art. 557 do CPC. Nulidade.

I - A analogia é recurso de auto-integração (*art. 4º da LICC*) e não instrumento de derrogação de texto ou procedimento legal. Incabível a sua aplicação em situação legalmente regulamentada.

II - *Em segundo grau*, não se pode aplicar, no julgamento da apelação criminal, o disposto no *art. 557 do CPC* já que a inovação limitaria a amplitude de atuação das partes tal como prevista no CPP. A regra geral do *art. 38 da Lei n. 8.038/1990* diz com os Tribunais Superiores cuja atuação tem, a rigor, conotação diversa daquela estabelecida para os Tribunais de segundo grau. (Precedente).

III - Além do mais, nem toda alteração do CPC implica em modificação daquilo que está estabelecido no CPP.

IV - No caso concreto, o julgamento monocrático, analisando questões fáticas e peculiares, ultrapassou, inclusive, os próprios limites fixados no *art. 557 do CPC*.

Habeas corpus concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conceder a ordem, para anular o julgamento, a fim de que o Tribunal **a quo** examine o recurso de apelação, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrou o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer, os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Laurita Vaz. Votou parcialmente vencido o Sr. Ministro José Arnaldo, quanto ao caso em concreto, concedendo parcialmente a ordem. Votou vencido o Sr. Ministro-Relator que denegou a ordem.

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

Ministro Felix Fischer, Relator

Publicado no DJ de 06.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** visando à concessão da ordem a fim de que seja determinado o exame do recurso de apelação, interposto em favor de Marcos Antônio Souza Siqueira, por Órgão Colegiado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime semi-aberto, além de multa, pela prática do crime de tentativa de roubo simples.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, visando, em preliminar, à nulidade do processo criminal por vício de citação e, no mérito, à absolvição do paciente, ou, à desclassificação para tentativa de furto, com a mudança do regime prisional para o aberto.

O eminente Desembargador-Relator do apelo proferiu decisão monocrática, por aplicação analógica do art. 557 do Código de Processo Civil, negando provimento ao recurso (fls. 26/27).

O defensor do paciente interpôs agravo regimental contra o mencionado **decisum**, o qual foi desprovido pela Primeira Câmara do Tribunal **a quo**.

Daí a presente impetração, na qual se sustenta que o julgamento monocrático do apelo teria impedido o exercício da ampla defesa, eis que teria subtraído o direito de apreciação do recurso pelo Órgão Colegiado, bem como a oportunidade de sustentação oral pelo defensor.

Aduz-se, ainda, que a aplicação de analogia, em direito penal, só seria possível em casos de lacunas da lei, o que não ocorreria no caso em tela.

Por fim, requer-se a concessão da ordem a fim de que seja determinado o exame do recurso de apelação pelo Órgão Colegiado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

As informações foram prestadas às fls. 40/41.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 54).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** visando à concessão da ordem a fim de que seja determinado o exame do recurso de apelação, interposto em favor de Marcos Antônio Souza Siqueira, por Órgão Colegiado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O Paciente foi condenado pela prática de tentativa de roubo. A defesa apelou, tendo sido o recurso decidido monocraticamente. Inconformado, o Paciente interpôs agravo regimental, que restou desprovido.

Na presente impetração, pretende-se o deferimento do *writ* para que o Órgão Colegiado da Corte Estadual aprecie a apelação defensiva.

Não merece prosperar a irresignação.

Esta Corte firmou posicionamento de que é possível a aplicação analógica, no processo penal, do art. 557 do Código de Processo Civil, ensejando julgamento monocrático no Tribunal de origem, desde que se trate de matéria pacificada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A esse respeito, trago à colação os seguintes julgados desta Corte:

“Processual Penal e Penal. **Habeas corpus**. Crime de tráfico de entorpecentes. Comutação de pena. Vedação pela lei dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990). Julgamento por decisão do Relator. Possibilidade. Art. 557 do CPC. Ordem denegada.

A comutação de pena, na qualidade de indulto parcial, é vedada pela Lei n. 8.072/1990, o que retira do condenado por tráfico de entorpecentes o direito ao benefício.

Por se tratar de assunto por demais conhecido do Tribunal de origem, bem como deste Tribunal, nada obstava que a pretensão fosse julgada por decisão do próprio Relator, a teor do art. 557 do Código de Processo Civil.

Ordem denegada.”

(HC n. 23.356/RJ, Min. José Arnaldo, DJ de 16.12.2002).

“**Habeas corpus**. Tráfico ilícito de entorpecentes. Comutação de pena. Incabimento. Jurisprudência pacificada. Decisão monocrática de Relator de agravo em execução. Constrangimento inexistente.

*1. Induvidosa a aplicação subsidiária do artigo 557 do Código de Processo Civil ao processo penal, não há falar em nulidade do **decisum** monocrático fundado na jurisprudência dos tribunais superiores. Precedente do STF*

2. Ordem denegada.”

(HC n. 22.634/RJ, Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 23.06.2003).

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“Agravo regimental. Recurso extraordinário. Lei processual civil. Aplicação ao processo penal (art. 3º CPP). Provimento do RE por decisão monocrática. Possibilidade. Progressão de regime. Lei de tortura (Lei n. 9.455/1997). Crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990). Inaplicabilidade.

1) A Lei n. 9.756/1998 ao alterar o CPC, art. 557, previu a possibilidade de o Relator dar provimento a recurso, se a decisão estiver em manifesto desacordo com a jurisprudência do Tribunal. O Código de Processo Penal é omissivo a respeito do tema. Igualmente a Lei n. 8.038/1990. A lei processual civil é aplicável

ao processo penal por interpretação extensiva e aplicação analógica (CPP, art. 3^a). É possível ao Relator dar provimento a REsp, em matéria criminal, por despacho. Precedentes.

2) *A decisão agravada que deu provimento ao recurso extraordinário enfrentou as teses da recorrida — ora agravante —, para não admiti-las, tendo em vista a orientação firmada no Tribunal.* A progressão de regime prevista para o crime de tortura (Lei n. 9.455/1997) não se aplica aos crimes hediondos. Precedentes.

3) *Decisão mantida.*”

(AgRg no REsp 256.157/GO, Min. Nelson Jobim, DJ de 03.05.2002)

Por outro lado, a douta autoridade indigitada coatora informou que, por ocasião do julgamento de agravo regimental contra a decisão monocrática que negou seguimento à apelação do paciente, a Primeira Câmara da Corte Estadual manteve o **decisum** por seus próprios fundamentos, não tendo sido lavrado acórdão (fl. 41).

Verifica-se, então, que as questões deduzidas no apelo defensivo já foram apreciadas pelo Órgão Colegiado do Tribunal **a quo**.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Felix Fischer: Como está dito no relatório, o réu-paciente, condenado em primeiro grau, apelou, objetivando o reconhecimento de **error in procedendo** ou, ainda, a absolvição, e por fim, a desclassificação via atipia relativa, com mudança de regime prisional. O Relator, *monocraticamente*, negou seguimento ao reclamo.

Diz a ementa do v. decisório:

“Não há nulidade processual por falta de citação, quando o preso é requisitado com antecedência suficiente para a preparação de sua defesa. Aliás, a defesa material foi tão bem concebida, que inspirou a douta Defensoria Pública na formulação da tese recursal. Preliminar rejeitada.

Comete roubo tentado o agente que, após derrubar a vítima da bicicleta, entra em luta com ela, desfere um soco em seu estômago e se põe em fuga na própria bicicleta, mas, alcançado é preso em flagrante.

O quantitativo das penas e o regime de cumprimento da reclusão guardam proporcionalidade com a ousadia do apelante.

Recurso a que se nega seguimento, em face de sua manifesta improcedência (CPC, art. 557, c.c. o art. 3º do CPP, Regimento Interno TJRJ, art. 31, VIII; Enunciado n. 1 aprovado no Encontro dos Desembargadores deste Tribunal, realizado em Angra dos Reis, de 24 a 26 de agosto de 2001).” (Fl. 26)

No corpo do r. ato consta:

“Do relatório, passo a decidir com fundamento na delegação do egrégio Colegiado ao Relator, defluente do art. 557 do Código de Processo Civil, combinado com o art. 3º do Código de Processo Penal, e nos termos do art. 31, VIII, do Regimento Interno deste Tribunal, a que adito o entendimento firmado no I Encontro de Desembargadores — CEDES, em Angra dos Reis, de 24 a 26 de agosto de 2001, e consolidado no Enunciado 1: “Aplica-se ao Processo Penal, por analogia, o disposto no art. 557 do Código de Processo Civil.”

Rejeito a preliminar, eis que a requisição, datada de 26 de fevereiro de 2002, com antecedência suficiente, deu ao apelante conhecimento da propositura da ação penal, possibilitando-lhe um adequado exercício da autodefesa e da defesa técnica. Basta ver que, no interrogatório, realizado em 11 de março, fls. 27/28, procurou descaracterizar o roubo para furto com tamanha precisão, que chegou a inspirar as razões recursais elaboradas pela douta Defensoria Pública.

No mérito, também não assiste razão ao apelante.

A absolvição é inviável, tendo em vista que o próprio apelante, interrogado, explicou ter tentado subtrair a bicicleta, para o que teve até de entrar em luta corporal com o proprietário, versão que, no particular, está em consonância com a narrativa da vítima. Esta, a seu turno, fl. 40, relatou que, quando ia entrar no túnel, o recorrente, de forma repentina, o empurrou, derrubando-o com a bicicleta. Trouxe-se uma luta entre os dois. Porém, quase perdeu os sentidos, quando recebeu um soco na boca do estômago. Aproveitando-se do ensejo, o apelante fugiu na bicicleta pelo túnel. Recuperado, correu em perseguição ao fugitivo e, para dominá-lo, recebeu ajuda de um taxista, sendo certo que, naquela oportunidade, o recorrente, colocando a mão sob a camisa, para dar a entender estivesse armado, gritou: “Vou te matar! Vou te matar!”

Isto é roubo tentado, pelo que também impossível a desclassificação.

Ademais, o quantitativo das penas e o regime de cumprimento da reclusão guardam proporcionalidade com a ousadia do apelante, externada em sua conduta.

Por estas razões, acrescidas, para minha honra, daquelas constantes da r. sentença do eminente Juiz de Direito Antonio Jayme Boente, inevitável é constatar a manifesta improcedência do recurso de Marcos Antônio Souza Siqueira, pelo que lhe nego seguimento, nos termos legais e regimentais.” (Fl. 27)

Foi, então, interposto agravo que restou rejeitado em v. acórdão pelos mesmos fundamentos do r. **decisum** increpado, como se vê das informações do eminente Desembargador Presidente do egrégio Tribunal de Justiça, a saber:

“Inconformada, a Defesa interpôs agravo regimental, que, após manutenção do **decisum** em sede de retratação, restou rejeitado à unanimidade pela colenda Primeira Câmara, que adotou os próprios fundamentos da decisão impugnada.

Foi o que deu azo à presente impetração.

Remeto em anexo, para conferência, cópia das decisões monocráticas acima referidas, ressaltando que, na forma do artigo 200, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, não se lavrou o acórdão do agravo.” (Fl. 41)

Entendo, pois, inequívoco o cerceamento à parte por indevida aplicação da analogia em matéria legalmente regulada.

Em primeiro lugar, o procedimento recursal, na esfera penal, deve ser analisado — em virtude das profundas alterações no CPC e na Lei n. 8.038/1990 — sob dois enfoques. *De um lado*, ocorreram modificações processuais, com abrangência no campo processual penal, no que se refere à relatoria nos *Tribunais Superiores* (**ex vi** do art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e alterações oriundas, v.g. da Lei n. 9.756/1998). *De outro*, as inovações, pertinentes à instância comum, dizem, *tão-só*, com o próprio CPC. É que inexistente, *para as Cortes de segundo grau* (em razão de ser diversa dos *Tribunais Superiores*), regra geral nos moldes do já citado art. 38 (que pode, eventualmente, nos *Tribunais Superiores*, ter a sua incidência ampliada através de outras regras), visto que, vale sublinhar, a Lei n. 8.038/1990 é aplicável à segunda instância, *tão-só* no que se refere aos arts. 1ª a 12 (v. art. 1ª da Lei n. 8.658/1993). Tem mais. A Lei n. 9.756/1998, a par das alterações no CPC, *explicitamente*, modificou a *Consolidação das Leis do Trabalho* (v. art. 2ª da Lei n. 9.756/1998). *Quanto ao CPP, nada ficou dito!*

Em segundo lugar, o emprego da analogia — instrumento de auto-integração **ex vi** do art. 4º da LICC — em matéria regulada, com alteração (*profunda*) de normas pertinentes e não derogadas, configura solução que refoge ao que sempre foi sustentado na doutrina e na jurisprudência. Cumpre, assim, lembrar **Carlos Maximiliano** (na sua clássica “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, Forense, p. 208), para quem “a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”. Mais adiante, ainda: “Pressupõe: 1ª) uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de interpretação extensiva; 2ª) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3ª) este elemento não pode ser qualquer, e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao

dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, semelhança formal; exige-se a real, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e noutro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a idéia geradora tanto da regra existente como da que se busca. A hipótese nova e a que se compara com ela, precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir em ambas a mesma razão de decidir. Evitem-se as semelhanças aparentes, sobre pontos secundários. O processo é perfeito, em sua relatividade, quando a frase jurídica existente e a que da mesma se infere deparam como entrosadas as mesmas idéias fundamentais.” (p. 212). E, finalmente: “Não é lícito pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico. Quantas vezes se não verifica o nenhum cabimento do emprego de um preceito fixado para o comércio, e transplantado afoitamente para os domínios da legislação civil, ou da criminal, possibilidade esta mais duvidosa ainda!” Na mesma linha, **Miguel Reale** (in “Lições Preliminares de Direito”, p. 296, 27^a ed., Saraiva): “A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões.” Por igual, **Tércio Sampaio Ferraz Júnior** (in “Introdução ao Estudo do Direito”, 3^a ed., Atlas, p. 296) diz: “Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna.” Discorrendo sobre a denominada integração da norma jurídica, assevera **Francisco Amaral** (in “Direito Civil Introdução”, 5^a ed., Renovar, 2003, p. 91): “São pressupostos da analogia legal: a) o caso deve ser absolutamente não previsto em lei; b) deve existir, pelo menos, um elemento de identidade entre o caso previsto e o não previsto; c) a identidade entre os dois casos deve atender à **ratio legis**.” E, **Maria Helena Diniz** diz que: “Para integrar lacunas o juiz recorre, preliminarmente, à analogia, que consiste em aplicar, a um caso não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma e não na identidade do fato.” (**Maria Helena Diniz** in “As Lacunas do Direito”, 2^a ed. 1989, pp. 142/143, Saraiva). Conseqüentemente, o uso da analogia não se presta para a derrogação de textos e nem para alterar procedimentos expressamente regulados.

“Analogia é integração. Parte da doutrina entende que existe a plenitude do ordenamento jurídico e, por isso, não se pode cuidar de reintegrá-lo. A maioria, entretanto, entende que o ordenamento jurídico apresenta *lacunas*, vazios. E tais vazios, tais meatos devem ser preenchidos, e o processo usado para o preenchimento, para inteirar, para completar, para integrar o ordenamento jurídico chama-se analogia.

Analogia é um princípio jurídico segundo o qual a lei estabelecida para um determinado fato a outro se aplica, embora por ela não regulado, dada a semelhança em relação ao primeiro. Supõe, como diz **Maggiore**: a) *a falta de uma disposição precisa no caso a decidir*; b) a igualdade de essência entre o caso a decidir e o caso já regulado (cf. Derecho, cit., p. 177).”

(**Fernando da Costa Tourinho Filho**, in “Processo Penal”, vol. 1, 21ª ed., p. 173, Saraiva).

“Analogia, ou **analogia legis**, é o processo de integração da norma jurídica escrita por meio do qual, *diante do silêncio da lei* sobre determinada situação, se utiliza outro preceito legal que rege situação semelhante.”

(**Carlos Frederico Coelho Nogueira**, in “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. 1, p. 112, Edipro).

“Dar-se-á a analogia quando houver *lacuna involuntária da lei*, podendo, assim, se aplicar ao fato um dispositivo semelhante. *Portanto, só será possível a aplicação se a lacuna for involuntária, não sendo cabível em caso de norma taxativa.*”

(**Marcellus Polastri Lima** in “Curso de Processo Penal”, vol. 1, 2ª ed., p. 65, Lumen Juris, 2003).

Em terceiro lugar, é inolvidável que, no processo penal, a busca pela verdade judicial, prática e processualmente válida (no dizer de **Figueiredo Dias** in “Direito Processual Penal”, Coimbra Editora Ltda), envolvendo interesses de inigualável relevância jurídica, é feita com extrema amplitude (v.g., o **habeas corpus** de ofício e os arts. 156, in fine e 616 do CPP), através, inclusive, de reconstituição que, de regra, escapa ou pode escapar da vontade das partes (cf. se vê de **Eberhard Schmidt** in “Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Ed. Bib. Argentina). Incabível, pois, se me afigura *alterar procedimento criminal* (no **punctum crucis**, com restrição às partes), através de modificações feitas em *normas de procedimento extrapenal*. E, de analogia, **data venia**, não há que se falar. O CPP, em seus recursos, indica um regramento mais amplo que aquele decorrente do pragmatismo insculpido na Lei n. 9.756/1998. A derrogação deve ser *explícita* (tal como a referência à Consolidação das Leis do Trabalho no art. 2ª da Lei n. 9.756/1998). Portanto, a ampliação da competência atribuída aos relatores, *em sede processual penal*, está limitada aos Tribunais Superiores (em decorrência, basicamente, *da amplitude do art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e seus desdobramentos*).

No caso concreto, por exemplo, como ficaria, então, a possibilidade de sustentação oral, da simples possibilidade de distribuição de memoriais, da atuação

do revisor, **ex vi** do art. 613 do CPP, etc.? Esses aspectos não poderiam *jamaiz* ter sido afetados pelo *emprego da analogia* (art. 3^a do CPP). Caso contrário, poder-se-ia imaginar que *todas* as alterações do CPC teriam aplicação imediata no CPP com revogação, diga-se, via teoricamente inadequada analogia. Seria, **ad argumentandum tantum**, sem nenhum juízo crítico acerca do CPC, o mesmo que introduzir, no CPP, o julgamento conforme o estado do processo, o recurso retido, a revisão **pro societate** (já que a rescisória não traz restrição quanto à parte), os embargos de divergência contra o réu, etc. *No fundo, o CPP seria secundário e até despicando* (exemplo típico de tratamento diferenciado, v.g., é o do agravo de instrumento na hipótese de inadmissãõ, em segundo grau, do recurso especial ou do recurso extraordinário).

E não é só!

Pelo que se vê do v. decisório reprochado, a amplitude da apreciação ultrapassou os limites do art. 557 do CPC. Analisou-se a **quaestio facti** acerca da **imputatio**, a reivindicação da desclassificação, o nível da resposta penal e o regime prisional. *Tudo isso, monocraticamente*. A violação dos limites da norma supra também restou evidenciada.

O pragmatismo deve ser visto sempre com cautelas, mormente em matéria criminal. Apenas para alertar, vale a informação de **Cândido Rangel Dinamarco** (in “Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/1998”, RT, p. 130) de que a *Itália, na Reforma de 1990*, optou, em sentido contrário ao nosso, pela “rigorosa colegialità del processo d’appello en ogni sua fase”. Merece igual destaque a crítica e a preocupação do **eminente Ministro Francisco Peçanha Martins** (in “Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo”, ano 3, n. 5, sob o título “A Reforma no art. 557 do CPC — Inconstitucionalidade e Ilegalidade”) para quem, *em geral*, a inovação prática é questionável, a saber:

“Restringiu-se o julgamento coletivo em apelação?”

É da tradição do direito processual brasileiro o duplo grau de jurisdição e o julgamento coletivo nos tribunais. No primeiro grau, prevaleceu sempre o juízo singular; no segundo, o coletivo.

Frederico Marques positiva que “o princípio que domina e rege todo o Direito Processual pátrio, em matéria de recurso, é o princípio da colegialidade do juízo **ad quem** (“Instituições de Direito Processual Civil”, ed. atual., rev. e compl. por **Ovídio Rocha Barros Sandoval**. Campinas: Millennium, 2000, vol. IV, tópico 859, p. 6).

E o CPC estabelece mesmo a obrigatoriedade da revisão das sentenças nas hipóteses que enumera no art. 475:

“Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito se não depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

I - que anular o casamento;

II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo poderá o presidente do tribunal avocá-las.”

Alcides de Mendonça Lima noticia que “acompanhando a esteira dos demais povos, o direito comum brasileiro, após o advento do Código de Processo Civil de 1939 (e do Código de Processo Penal, de 1940), somente admite órgãos recursórios colegiados”. A hipótese do juízo **ad quem** singular, admitido na Justiça do Trabalho — nas execuções (art. 682, I, c.c. o art. 897, § 2º, da CLT) — foi revogada pela Lei 5.442, de 24.05.1968 (ob. cit. p. 143), persistindo apenas nos embargos infringentes em execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 ORTN’s (art. 34 da LEF), numa restrição injusta à ampla defesa.

O duplo grau e a revisão coletiva das sentenças figuram dentre as maiores conquistas da humanidade, alcançadas após memoráveis embates com sacrifício de vidas incontáveis. A história da ciência processual o revela como aspiração dos povos mais primitivos, na ânsia e sede por justiça. E o Brasil os conhece desde a colônia, sob o império das leis portuguesas, as célebres ordenações, substituídas em grande parte pelo regulamento baixado pelo Decreto n. 737, fonte principal das instituições processuais brasileiras.

É verdade que o Regimento Interno do STF, legislando em torno da admissibilidade do agravo de instrumento utilizado contra despacho negatório de seguimento do recurso extraordinário pelo Presidente do Tribunal **a quo**, confere, faz muito, ao Ministro-Relator a prerrogativa de julgar monocraticamente negando-lhe até o seguimento. O RISTJ também assim permite, na esteira, aliás, das normas processuais expressas nos art. 544, § 2º, e 557, parágrafo único, na sua primitiva redação. Mas neles se discute apenas matéria de direito.

Examinemos a norma legal vigente em confronto com as regras disciplina-doras dos recursos, tratadas no Título X do CPC.

Na definição do art. 496, “são cabíveis os seguintes recursos:

I - apelação;

- II - agravo;
- III - embargos infringentes;
- IV - embargos de declaração;
- V - recurso ordinário;
- VI - recurso especial;
- VII - recurso extraordinário;
- VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.”

O recurso de apelação, assecuratório do duplo grau, devolverá ao Tribunal o conhecimento de matéria impugnada (art. 515/CPC), ficando também submetidas ao Tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas (art. 516, CPC), podendo, ainda, ser suscitadas questões de fato não propostas no juízo inferior, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior (art. 517, CPC), sem falar no reexame necessário pelo Tribunal, imposto pelo art. 475 nos casos enumerados nos seus incisos:

“Art. 475: Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito se não depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

I - que anular casamento;

II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o Presidente do Tribunal avocá-los.”

Os tribunais, órgãos de composição coletiva (onze Ministros no STF; 33 no STJ; 132 Desembargadores no Tribunal de Justiça de São Paulo) organizam os seus serviços na conformidade com os seus regimentos internos, compondo Turmas ou Câmaras, Grupos ou Seções, de modo a rever, coletivamente, as sentenças de qualquer natureza. A matéria é disciplinada pelo art. 110 da Lei Complementar n. 35, de 14.03.1979, **in verbis**:

“Art. 101. Os tribunais compor-se-ão de Câmaras ou Turmas especializadas ou equipadas em seções especializadas. A composição e competência das Câmaras ou Turmas serão fixadas na lei e no regimento interno.”

E nos parágrafos primeiro e segundo, disciplinando o número mínimo de componentes (3) das Câmaras ou Turmas e a composição das Seções, consagra o julgamento coletivo. Trata-se, vale repetir, de lei complementar à Constituição.

E a regra do art. 530 do CPC o confirma:

“Art. 530 Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.”

O julgamento da apelação há que se processar coletivamente. Se assim não fosse, não se justificariam as regras dos arts. 549 e parágrafo único, 551, 552, 554, 555 e 556 do CPC e os embargos infringentes.

De notar-se que o parágrafo único do art. 518, introduzido pela Lei n. 8.950, de 13.12.1994, confere ao juiz a faculdade de reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso após a apresentação da resposta pelo apelado, cabendo agravo contra o juízo de retratação.

A questão ganha relevo quando se a examina no Tribunal. Será possível o julgamento da admissibilidade da apelação pelo Relator?

Trata-se de matéria restrita ao exame dos pressupostos recursais — tempestividade, preparo, regularidade da representação processual do recorrente, cabimento do recurso, razões do pedido de reforma da sentença (arts. 514, II, 524, II, 541, III), e as hipóteses previstas no art. 267, IV, V, e VI.

Ocorre que tais matérias enfrentam sérias discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Pode-se mesmo afirmar que a polêmica lavra na jurisprudência dos tribunais superiores em torno de cada um dos pressupostos enumerados. Veja-se, por exemplo, a questão da regularidade da representação processual. Aplica-se a norma do art. 13 ou do art. 37 quando o advogado do recorrente não tem procuração nos autos (Súmula n. 115, STJ)? É requisito da existência do recurso a assinatura do advogado? Sim (STF, Primeira Turma, REsp n. 105.138-8 — EDcl/PR, Rel. Min. Moreira Alves); não, desde que lançado o recurso em papel com seu timbre (STF — RT 546/243; RSTJ 102/495). Ocorrendo o encerramento do expediente da secretaria do tribunal e da agência bancária às 17 horas, é válido e tempestivo o preparo e a entrega do recurso no dia seguinte? E quanto às questões tormentosas registradas pela jurisprudência dos tribunais em torno das matérias tratadas pelo art. 267, IV, V e VI? O que dizer, por exemplo, quanto à legitimidade do depositário judicial, ou banco que exerça tal função para recorrer? Pode o oponente recorrer como terceiro prejudicado? Pode o sócio, que teve seus bens penhorados em ação movida contra a sociedade, apelar como terceiro prejudicado? Enfim, poder-se-ia elencar milhares de julgados conflitantes em torno dos pressupostos de admissibilidade recursal. O fato é que, em se tratando de matérias polêmicas, ca-

racterizadas por intensa divergência jurisprudencial, o exame monocrático, na hipótese, redundaria no sepultamento dos embargos infringentes. Dir-se-á que a decisão monocrática caberá agravo. Ocorre, porém, que os embargos infringentes não cabem das decisões prolatadas em agravo (art. 530 do CPC). De notar-se que a jurisprudência do STJ impõe a interposição de embargos infringentes, quando não unânime a decisão exarada em apelação, como condição de admissibilidade do recurso especial (Súmula n. 207, STJ).

Demais disso, as regras dos arts. 549 e parágrafo único, 551, 552, 554, 555 e 556 do CPC continuam vigendo. E todos consagram o julgamento coletivo da apelação, embargos infringentes e de ação rescisória, por isso mesmo que, após a exposição, pelo Relator, dos pontos controvertidos versados no recurso (art. 549 e parágrafo único), os autos serão conclusos ao Revisor (art. 551) e apresentados ao presidente para designação de dia para o julgamento, mediante publicação da pauta no órgão oficial (art. 552), observando-se, no julgamento, o direito das partes de sustentarem, por 15 minutos para cada uma, as razões e contra-razões do recurso (art. 554).

E a jurisprudência do STJ já assentou:

“É nulo o julgamento sem revisão, nos casos em que exigida em lei — CPC, art. 551, § 2º” (STJ — Quarta Turma, REsp n. 24.218-0/RS, Rel. Min. Athos Carneiro, j. 08.09.1992, deram provimento, **v.u.**, DJ de 28.09.1992, p. 16.433). Neste sentido: RTJ 69/134.

Por esse motivo, é ilegal a norma de regimento interno de tribunal que autoriza o Relator a levar os autos em mesa, independentemente de revisão, para julgamento de apelação, embora manifestamente incabível (STJ — Quarta Turma, REsp n. 50.135-0/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 29.06.1994, deram provimento, **v.u.**, DJU de 15.08.1994, p. 20.340).

V. também art. 552, nota 9 (in **Theotônio Negrão**, 31. ed. p. 601).

Como se vê, é impossível o julgamento monocrático da apelação, embargos infringentes e ação rescisória, impondo-se concluir que a regra do art. 557 não se aplica a tais recursos. O Judiciário não pode revogar lei vigente e constitucional.

Em face a esses óbices é incabível a admissão de decisão de Relator no recurso de apelação.

O exame das novas regras até aqui se restringiu à matéria processual. Não consideramos a possibilidade de decisão monocrática deferitória da apelação nos termos da hipótese legal prevista no § 1º - A do art. 557 do CPC. É que se nos

afigura inconstitucional a vedação do reexame apelatório coletivo da sentença confrontante com súmula ou jurisprudência dominante, enquanto não estabelecido, na Constituição, o caráter vinculante da súmula. É que sabemos das dificuldades de emolduramento do direito face às circunstâncias fáticas da causa. Por isso mesmo vemos sempre repetido pelos magistrados o adágio “cada caso é um caso”. E a apelação se caracteriza pelo reexame de todas as questões de fato e de direito discutidas no processo. Ora, se é difícil a reprodução fática das causas e não temos por vinculante as súmulas editadas, como admitir possam os colegiados substituir-se por julgador monocrático no exame das questões contidas nos recursos apelatórios? Vamos involuir no capítulo da justiça das decisões? Quem quer se deixe encantar no estudo da história dos povos há de observar a fundamental importância dos julgamentos, da prestação de justiça na vida dos povos. A *Bíblia* nos dá conta. O direito romano regula a **appelatio** e a evolução ao julgamento coletivo marca e caracteriza os tempos modernos e distingue a contemporaneidade democrática. A revisão das sentenças mediante apelação não se pode processar por juízo monocrático. O direito divino dos reis é coisa do passado. Se assim se fizer estar-se-á procedendo contra o devido processo legal, pois eliminar-se-á o recurso de embargos infringentes e a defesa oral pelos advogados em detrimento da ampla defesa. O devido processo legal brasileiro foi construído sobre o pilar dos julgamentos coletivos em segunda instância. Rui Barbosa os defendeu até na primeira. O julgamento monocrático, pelo Relator, elimina o julgamento coletivo em todos os segmentos recursais da apelação, absolutamente necessário dentro da sistemática recursal do CPC e suprime a defesa oral restringindo a ampla defesa, princípio consagrado na CF/1988, art. 5º, LV.

De notar-se que a regra inserida no art. 557, com a redação dada pela Lei 9.139, de 30.11.1995, consagra normas regimentais do Pretório excelso e do STJ, art. 34, XIII, que entendo cabível nas esferas dos recursos especial e extraordinário. É que neles não se rediscute a prova dos autos, mas o direito aplicável à interpretação da Constituição e das leis federais violadas ou de aplicação negada. Discute-se só e exclusivamente matéria de direito. Nestas hipóteses, possível o julgamento monocrático no juízo de admissibilidade. No juízo de mérito, porém, tenho dúvidas quanto à aplicação do § 1.º-A do art. 557. E as dúvidas se devem às regras legais e regimentais que regem os recursos especial e extraordinário.

Examinamos a hipótese. Da decisão monocrática do Relator caberá o recurso de agravo, cabível originariamente nas decisões interlocutórias e não de mérito. Ora, nos agravos não se admite a defesa oral. E assim sendo não mais será ampla a defesa.

Disso resulta que, em se concretizando o julgamento monocrático pelo

Relator, o advogado não terá a oportunidade de promover a defesa oral. O julgamento do agravo se fará com a apresentação do processo em mesa, proferindo voto: “provido o agravo, o recurso terá seguimento”. A primeira questão diz respeito a saber-se a que hipótese se aplica o § 1º do citado art. 557: ao artigo ou à regra do § 1º-A? ou a ambos? Se ao disposto, não haverá maior dificuldade na interpretação, por isso dispõe sobre o Juízo de admissibilidade dos recursos. A dificuldade maior reside quanto à matéria a ser discutida no agravo interposto contra a decisão de mérito prevista no § 1º-A: “Provido o agravo, o recurso terá seguimento” — Ora, isso significa dizer que o recurso especial deverá ser rejuizado pela Turma, provido o agravo. Indagar-se-á: qual a matéria cabível no agravo? Penso que a impugnação deverá ser total, ou seja, abrangendo inclusive o mérito. Se é assim, ao menos se imporá restabelecer a oportunidade da defesa oral. De qualquer sorte, o julgamento do agravo não corresponderá ao rejuízo do recurso especial, pois, “provido”, “o recurso terá seguimento”. Se assim não for, ter-se-á de interpretar a parte final do disposto no § 1º como indicativa de rejuízo do recurso especial pela Turma em sede de agravo, cabendo do respectivo acórdão o recurso de embargos de divergência. Impõe-se, então, a alteração do RISTJ para se o admitir. Tal interpretação, a meu ver, não é a correta. É que o recurso que terá seguimento não pode ser o agravo, por isso mesmo que, provido, terá cumprido com a sua finalidade e se extinguirá com o acórdão que dará seguimento ao recurso denegado pela decisão monocrática, ou seja, o recurso especial, cujo julgamento só poderá ocorrer com a inserção em pauta, para conhecimento prévio das partes e exercício da defesa oral, direito a elas assegurado.

Assim pensando, devo concluir que poucos serão os benefícios para imprimir maior celeridade aos julgamentos dos recursos especiais. Em verdade, vamos conhecer uma avalanche de agravos contra as decisões monocráticas, mesmo com a ameaça constante no § 2º, até porque, com relação ao agravo, a inadmissibilidade e a falta de fundamentação não serão de fácil configuração.

De qualquer modo, o prejuízo à defesa, com a supressão do uso da tribuna pelos advogados, afeta a prestação de justiça. A presença dos advogados na tribuna conduz, não raro, ao reexame de votos pré-elaborados pelos relatores e, sobretudo, a um melhor exame pelos componentes da Turma ou Seção. Não foram poucas as vezes que tive de proferir novo voto ou de emendá-lo diante das ponderações tribúncias do advogado. E não há negar da atenção maior dos julgadores quando na tribuna o causídico. Demais disso, a jurisprudência não é imutável. A inteligência dos advogados, promotores e magistrados conduz invariavelmente à descoberta de facetas antes desconhecidas e mesmo ignoradas nas hipóteses julgadas formadoras das súmulas. A interpretação das leis deve se submeter aos reclamos do tempo e

das circunstâncias sociais. Não fora isso, e, por certo, faz muito já teríamos a súmula vinculante e imperativa, da jurisprudência do STF e de todos os tribunais superiores.

Essas, em resumo, as dúvidas e a opinião que firmei em torno da nova redação do art. 557 e parágrafos, imposta pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998.

Impõe-se dizer que a crítica é construtiva e reflete o propósito de colaborar para a concretização do ideal da justiça para todos, no mais breve espaço de tempo possível. E dou testemunho do empenho e esforços extraordinários dedicados pelos processualistas empenhados na reforma dos processos civil e penal brasileiros. Penso, contudo, que ela não se pode concretizar exitosamente com ligeiras modificações nos vãos e desvãos da catedral. Creio deva promover-se radical reforma que imprima funcionalidade ao processo civil. A possibilidade de vários procedimentos, por exemplo, deve ser revista. Dentro em breve estarão inviabilizados os juizados especiais e os juízos comuns tenderão a ser reservados à elite, quando ré, para valer-se da morosidade cansativa e destruidora das esperanças dos sedentos de justiça. E digo quando ré, pois, na condição de autor, preferirá o juizado arbitral e até os especiais. Num país que ostenta as mais aberrantes estatísticas do mundo civilizado, mas que cultua a igualdade dentre os pródomos da nacionalidade, não vejo como se possa distinguir os procedimentos judiciais de acordo com a grandeza econômica dos interesses. A lei civil não o faz. O direito comum das gentes repele as distinções. E não deve ser o processo civil o dique contensor das aspirações de justiça.

Os juizados especiais revelam estatísticas notáveis de encaminhamento e solução dos conflitos. Em confronto, os juizados comuns, submetidos às formas procedimentais ordinárias e mesmo sumaríssimas continuam emperrados, desatendendo as necessidades mínimas de justiça.

O sistema recursal brasileiro é um verdadeiro labirinto, onde têm êxito os melhores espadachins do direito. Não é possível, contudo, modificá-lo substancialmente arrombando paredes.” (Fls. 53/59)

Quanto à transposição do *art. 557 do CPC* para julgamentos penais em segundo grau, já existe precedente nesta Corte, ou seja:

“Processo Penal. **Habeas corpus**. Agravo em execução. Rito. Recurso em sentido estrito. Aplicação analógica do art. 557 do CPC. Nulidade.

Tendo em vista que o trâmite do recurso de agravo em execução segue o rito do recurso em sentido estrito, deve o seu julgamento ser realizado por um

órgão colegiado, **ex vi** os arts. 609 e seguintes do CPP, afigurando-se nulo, a teor do art. 564, IV, do CPP, o seu desprovimento por juízo monocrático, com base na aplicação analógica do art. 557 do CPC.

Writ concedido.”

(*STJ*, HC n. 22.645/RJ, *Quinta Turma*, de minha relatoria, DJ de 16.12.2002).

Portanto, concedo a ordem para anular o julgamento da apelação.

É o voto.

VOTO-VENCIDO (Em Parte)

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Sr. Presidente, tratando-se de hipótese em que é tema de direito, não vacilaria em aplicar o art. 557. Porém, o Sr. Ministro-Relator, entrando na hipótese de fatos, julgou solitariamente, sem tratar de questão de direito pacificada.

Não concordo, todavia, com a questão do cerceamento de defesa, **data venia**, porque, desse modo, jamais se aplicaria o art. 557 nos recursos extraordinário e especial, porque todos são monocraticamente decididos. Tenho entendimento intermediário que diz que há a possibilidade da aplicação do art. 557 nas hipóteses expressamente nele previstas. Acompanho parcialmente o voto do Sr. Ministro Felix Fischer, concedendo a ordem de **habeas corpus**.

HABEAS CORPUS N. 28.830 — SP (2003/0100717-0)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Luiz Fernando da Silva Ramos

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

Paciente: Edjalma Vicente da Silva

EMENTA

Processual penal. **Habeas corpus**. Art. 157, § 3º do Código Penal. Anulação do processo a partir da citação editalícia. Reaproveitamento de provas testemunhais colhidas na primeira instrução para embasar a nova condenação. Nulidade. Ocorrência.

I - A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência, a teor do art. 573, § 1º do CPP. (Precedentes).

II - A princípio, a declaração da nulidade do processo a partir da citação editalícia, acarreta a nulidade, *por derivação*, de todos os atos processuais subseqüentes. (Precedentes).

Writ concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem para declarar a nulidade da r. sentença condenatória exarada nos autos da Ação Penal n. 2.333/1983 da Primeira Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos — SP, determinando que novo provimento jurisdicional seja proferido, em observância ao disposto no art. 573, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Felix Fischer, Relator

Publicado no DJ de 19.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de ordem de **habeas corpus** impetrada em favor de Edjalma Vicente da Silva, em face de v. acórdão exarado pela colenda Quarta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento à Apelação Criminal n. 290.595-3/7-00, manejada em benefício do Paciente.

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado em 17.01.1984, pela suposta prática de latrocínio mediante concurso de pessoas. Em 10.04.1984, o Paciente foi absolvido nos termos do art. 386, VI do Código de Processo Penal. Irresignado, o *Parquet* estadual interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado provimento em 26.11.1984, para condenar o Paciente às penas de quinze anos de reclusão e seis mil cruzeiros de multa. Em 03.03.1998, o *Pretório excelso*, nos autos do *Writ* n. 76.034-3, declarou a nulidade do feito (Ação Penal n. 2.333/1983 — Comarca de

São José dos Campos) a partir da citação editalícia, determinando ainda a expedição de alvará de soltura clausulado.

Renovada a Ação Penal n. 2.333/1983, foi o Paciente condenado em 25.04.1999, às penas de quinze anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de dez dias-multa, no piso mínimo. A defesa, apelou da r. sentença, tendo o recurso sido desprovido em 19.11.2002.

Daí o presente **mandamus**, através do qual o Impetrante busca a anulação do v. acórdão reprochado, bem como da r. sentença penal condenatória, com a determinação de que nova sentença seja proferida. Para tanto, alega que em primeira instância foram utilizadas, para a mencionada condenação, provas colhidas durante a primeira instrução, as quais não poderiam ter sido aproveitadas em razão da anulação do feito a partir da citação editalícia, sendo conseqüentemente nulas.

Informações juntadas às fls. 41/42, acompanhadas dos documentos de fls. 42/82.

A liminar foi deferida à fl. 84, para suspender a execução até o julgamento final da presente ordem.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela concessão do *writ*, com a conseqüente anulação das decisões fustigadas (fls. 96/99).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Edjalma Vicente da Silva, atacando v. acórdão prolatado pela colenda Quarta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento à Apelação Criminal n. 290.595-3/7-00.

A irresignação merece ser acolhida.

Em suas razões, o impetrante sustenta que após a renovação do feito a partir da citação editalícia, por conseqüência de sua anulação pelo *Pretório excelso*, o magistrado, considerando a segunda instrução prejudicada, tendo em vista ter sido realizada após mais de quinze anos da ocorrência dos fatos, decidiu reaproveitar a primeira instrução, entendendo que as provas dela oriundas, não padeciam de nulidade, por terem sido colhidas sob o crivo do contraditório. Por essa razão, requer a anulação do v. acórdão prolatado nos autos da Apelação Criminal n. 290.595-3/7-00, bem como da r. sentença penal condenatória exarada nos autos da Ação Penal n. 2.333/1983 — 1ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos — SP, com a determinação de que nova sentença seja proferida, em observância os artigos 563, 564, IV, 573, §§ 1ª e 2ª, 647, 648, VI e 652 do Código de Processo Penal.

Da análise dos autos, depreende-se que o feito ao qual respondeu o Paciente foi anulado pelo *Pretório Excelso*, em acórdão que trouxe a seguinte ementa:

“**Habeas corpus**. Latrocínio. Alegações de nulidades da citação editalícia: paciente procurado em endereço diverso do que foi por ele indicado na polícia, ausência de cópia do edital nos autos e edital com o prazo de 14 dias, e não de 15, como previsto no art. 361 do CPP.

1. O Paciente foi procurado pela Oficiala de Justiça no endereço que consta em diversas peças dos autos; o endereço fornecido à polícia só aparece nos autos após a qualificação e o interrogatório, ocorridos em data posterior à sentença absolutória e anterior ao acórdão condenatório, portanto, depois da citação; ademais, a informação de que o Paciente se encontrava em lugar incerto foi dada pelo seu pai.

2. Não há comprovação de que não consta cópia do edital de citação nos autos, providência que também não é exigida pelo parágrafo único do art. 365 do CPP; além disso, o impetrante reconhece que o edital foi afixado no local de costume e não aponta qualquer nulidade no seu teor.

3. Os prazos previstos no Código Penal são contados de forma que o dia do começo se inclui no cômputo (CP, art. 10). Os do Código de Processo Penal são contados de forma que não se computará o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento (CPP, art. 798, § 1º). É da antiga jurisprudência deste Tribunal que o prazo de quinze dias do edital de citação, referido no art. 361 do CPP, é de Direito Processual, de forma que na sua contagem não se considera o dia do início, e inclui-se o do vencimento. Precedentes.

4. **Habeas corpus** conhecido e deferido para anular o processo desde a citação editalícia.”

(STF, HC n. 76.037-3/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 30.04.1998).

Após a renovação do processo, foi proferida r. sentença (fls. 23/25), entendendo ser possível o reaproveitamento de provas testemunhais colhidas ao longo da primeira instrução, confira-se:

“(…)

O pedido é julgado procedente quanto a Edjalma Vicente da Silva, ora em segundo julgamento.

Sou de entendimento idêntico ao da colenda Câmara.

Nada obstante não tenha sido Edjalma Vicente reconhecido como um dos assaltantes, esteve ele procurando o vigia morto, Jeová, propondo a este que aderisse à empreitada criminosa.

Este fato foi informado pela viúva da vítima fatal e confirmado por José Faustino (fl. 103).

Ora, como o próprio réu admitiu (fl. 283), não conhece ele Maria da Conceição, de modo que, então, não teria ela qualquer razão para incriminá-lo falsamente.

Ademais, Jeová foi, estranhamente, executado, o que, de fato, demonstrou um certo “rancor” dos assaltantes com aquele vigia, quiçá, realmente, porque Jeová se recusara a fazer parte do assalto à firma.

É certo que — como registrou o Promotor de Justiça — esta causa está sendo rejuugada, em parte, há mais de quinze anos após os fatos, razão pela qual ficou prejudicada a segunda instrução.

Acontece que a primeira instrução pode ser reaproveitada, porque, nada obstante o achado vício de citação de Edjalma, aquelas provas foram colhidas sob o crivo do contraditório.

As testemunhas de defesa não depuseram sobre fatos que pudessem alterar essa realidade incriminatória de Edjalma.

(...).”

Dos fundamentos ora transcritos, é possível constatar-se que o convencimento a embasar a condenação foi lastreado pelas provas colhidas durante a primeira instrução criminal, as quais o magistrado reputou explicitamente como válidas, sob o entendimento de que foram colhidas sob o crivo do contraditório.

Com efeito, a existência dos atos processuais não se verifica de forma isolada, ao contrário, são estes entrelaçados em uma cadeia lógica que terá por fim a prestação jurisdicional, pondo fim ao litígio e reestabelecendo-se a paz social. Em razão deste vínculo, torna-se, algumas vezes, dificultoso delimitar a extensão da eficácia da declaração da nulidade de determinado ato processual, quanto aos demais que a ele se entrelaçam, ou que dele derivam.

No que pertine a tal peculiaridade, **Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho**, in “As Nulidades no Processo Penal” (6ª ed., Revista dos Tribunais, p. 29), asseveram que “cabe ao juiz, portanto, ao reconhecer a invalidade de determinado ato processual, verificar se a atipicidade não se propagou a outros atos do procedimento, relacionados ao primeiro, hipótese em que os últimos também deverão ser considerados nulos.

Normalmente, sendo os vários atos processuais ordenados cronologicamente, a decretação da nulidade acarreta o recuo do procedimento ao momento em que se constatou o vício de forma, decorrendo daí a necessidade de se ordenar a renovação do processo a partir do ato originariamente nulo, ou, segundo a praxe judiciária, desde determinada página dos autos, onde o ato está documentado.

Todavia, nem sempre a invalidação dos atos subseqüentes ao anulado é automática; segundo o CPP, somente os atos diretamente dependentes ou que sejam consequência do viciado serão atingidos; afirma-se, com razão, que a nulidade dos atos da fase postulatória do processo se propaga sempre para os demais atos enquanto a invalidade dos atos de instrução, via de regra, não contamina os outros atos de aquisição da prova validamente realizados.

Nessa linha de raciocínio, a nulidade da denúncia, do despacho de recebimento, da citação, interrogatório e defesa prévia contamina necessariamente os atos posteriores. Já em relação à instrução, não existe, em geral, nexo de dependência entre os vários atos de aquisição da prova; nestes, o vínculo deve ser encarado sob o prisma do contraditório, pois não pode haver inversão na ordem da produção da prova testemunhal da acusação e da defesa, ou no oferecimento das alegações. A sentença, como ato final do procedimento, será sempre atingida pela invalidade dos atos que a antecedem, sejam da fase postulatória, sejam instrutórios, a não ser que estes últimos não tenham exercido qualquer influência na decisão (...).” (Grifei).

Na verdade, a vedação ao reaproveitamento das mencionadas provas testemunhais advém da nulidade do feito declarada pelo *Pretório Excelso*, a partir da citação editalícia. Em razão do vício ocorrido na citação editalícia, os atos subseqüentes, tornaram-se *nulos por derivação*, tendo o v. acórdão da augusta Corte anulado o feito a partir da citação, sem excepcionar qualquer ato subseqüente.

Este é também o entendimento de **Antônio Alcir Breda**, in “MP — Órgão Oficial do Ministério Público do Estado do Paraná” (ano IX, n. 9, 1980, p. 180), **verbis**:

“8. A citação inicial do acusado é outro requisito indispensável à validade do processo. A falta de citação regular (nem se argumente com o comparecimento espontâneo do réu, o qual torna irrelevante o vício), de consequência, torna o processo nulo. Declarada a nulidade, por falta de citação ou por vício desse ato processual, daí por diante todos os demais atos são nulos, inclusive até a sentença, se for o caso. Em tal hipótese, a declaração de nulidade só não atinge a denúncia (ou queixa) e o despacho liminar.”

Desta forma, a eficácia da declaração da nulidade do feito a partir da citação editalícia se estendeu, *por derivação*, a todos os atos subseqüentes, sendo, por via de consequência, desfeito o *reaproveitamento* dos mesmos. Por conseguinte, é imperioso declarar, em observância ao que foi já mencionado e ao disposto no art. 573, § 1º do Código de Processo Penal, a nulidade da r. decisão condenatória, uma vez que teve por base conjunto probatório eivado de nulidade *por derivação*.

Colaciono, oportunamente, precedentes desta Corte que respaldam este entendimento:

“Recurso especial — Processo penal — Nulidade processual — Ocorrência.

— A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência, a teor do art. 573, parágrafo 1º do CPP.

— **In casu**, a nulidade decretada a partir da citação, obriga a renovação de todos os atos processuais posteriores, inclusive a presença do réu, sob pena de nulidade, por cerceamento da defesa.

— Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 32.566/PA, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Cid Flaquer Scartezzini*, DJ de 03.05.1993).

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Teoria das nulidades. Recurso em sentido estrito. Juízo de retratação. Ausência da intimação para a apresentação de contra-razões. Nulidade absoluta. Princípio da causalidade dos atos processuais. Precedentes do STJ. Ordem concedida.

1. A nulidade de um ato processual, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependem ou sejam conseqüência (art. 573, § 1º, do CPP).

2. Na hipótese, ocorreu prejuízo insanável em desfavor da defesa, pela não-invalidação dos atos processuais decorrentes do primeiro ato processual declarado nulo.

3. **Habeas corpus** concedido.”

(HC n. 20.786, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Laurita Vaz*, DJ de 16.06.2003).

Ao final, faz-se oportuno trazer à colação trecho da bem lançada manifestação do culto Subprocurador-Geral da República, Dr. *Arx Tourinho*, a qual passo a transcrever:

“(…)

11. Tanto a sentença como o acórdão estão contaminados pela nulidade.

12. Decretada a nulidade da citação editalícia, todos os demais atos que se seguirem são invalidados.

13. Este é o comando que emerge do art. 573, § 1º, do CPP

14. Doutrina **Magalhães Noronha**:

“Claro que anulado o ato, nulos estão os que dependerem ou lhe forem conseqüências **quod nullum est, nullus effectum producit**. Conseqüentemente, o que permanece válido é a parte não contaminada pelo ato nulo”. (In, “Curso de Direito Processual Penal”, Ed. Saraiva, 28ª edição — 2002, p. 449)” (fl. 99).

Por todo o exposto, concedo a ordem para declarar a nulidade da r. sentença condenatória exarada nos autos da Ação Penal n. 2.333/1983 da Primeira Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos — SP, determinando que novo provimento jurisdicional seja proferido, em observância ao disposto no art. 573, § 1º, do Código de Processo Penal.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 13.195 — RS (2002/0094306-1)**

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Olinda Rosa Grazziotin Machado

Advogada: Olinda Rosa Grazziotin Machado

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Jorge Adriano Bonotto Machado

EMENTA

RHC — Processual Penal — Crimes falimentares — Alegação de ausência de justa causa — Inépcia da denúncia — Inocorrência.

— No âmbito deste Colegiado, tem-se consagrado que o trançamento de ação penal por falta de justa causa, pela via estreita do *writ*, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente. Hipótese não ocorrente.

— Por outro lado, nos crimes societários, desde que a denúncia narre o fato delituoso de forma clara, propiciando o exercício da ampla defesa, é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada sócio. Precedentes.

— 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, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

Publicado no DJ de 24.03.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto por Olinda Rosa Grazziotin Machado, em benefício de Jorge Adriano Bonotto Machado, contra decisão proferida pela egrégia Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *denegatória de ordem ali impetrada*, nos termos da seguinte ementa:

“**Habeas corpus**. Crime falimentar. Trancamento da ação penal.

O trancamento de ação penal é medida excepcional, só podendo ser deferido, em sede de **habeas corpus**, diante da evidente falta de justa causa para o processo-crime.

Habeas denegado.” (Fl. 124)

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado, juntamente com outros sete indiciados, como incurso nas sanções dos arts. 186, inciso VI (*deixar de apresentar livros obrigatórios*); 187 (*ato fraudulento que resulte prejuízo aos credores, consistente em simular negócio jurídico para impedir arrecadação de bens móveis e imóveis da falida*), por duas vezes; 188, incisos III (*desvio de bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda*), por cinco vezes, VI (*falsificação material da escrituração obrigatória*) e VII (*lançamento falso*), todos do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Recebida a denúncia, a defesa impetrou **habeas corpus**, requerendo o trancamento da ação por falta de justa causa, ao fundamento de que o réu não praticou nenhuma das ações ditas criminosas, pois, à época, não era responsável pelos atos de gestão da empresa a qualquer título, figurando tão-somente como sócio cotista.

No presente recurso, o Recorrente reitera os argumentos já apresentados, sustentando que não houve alteração da cláusula contratual submetendo a gerência da sociedade ao Paciente, como afirmou o v. acórdão objurgado. Por fim, alega a inépcia da denúncia ante a falta de individualização da conduta de cada acusado.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 152/154, opina pelo desprovimento do recurso.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Senhor Presidente, o recorrente pretende o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Para tanto, aduz que o réu não praticou nenhuma das ações ditas criminosas, pois, à época, não era responsável pelos atos de gestão da empresa a qualquer título, figurando tão-somente como sócio cotista. Ao final, sustenta que não houve alteração da cláusula contratual submetendo a gerência da sociedade ao Paciente, como afirmou o v. acórdão objurgado e alega a inépcia da denúncia ante a falta de individualização da conduta de cada acusado.

A **imputatio facti** descrita na exordial acusatória encontra-se assim exteriorizada (fls. 94/100), **in verbis**:

“(omissis)

1ª Fato:

No período anterior ao dia 31 de julho de 1997, data em que foi acolhido o pedido de autofalência, para ser decretada a quebra da empresa Granja Três Pinheiros Ltda (Processo n. 11.244 desta Comarca), os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, sócios da empresa falida, em comunhão de desígnios, não mantiveram os livros obrigatórios exigidos por lei, quais seja, o Livro de Registro de Duplicatas (exigido pelo art. 19 da Lei n. 5.474/1968); o Livro Diário, no período de 1957 a 1967 (exigido pelo art. 10 do Código Comercial); bem como os livros fiscais de Apuração do Lucro Real, nos anos de 1992 e 1993; de Registros e Entradas, nos anos de 1992 a 1995; Registro de Saídas, nos anos de 1992 a 1995; de Registro de Apuração do ICMS, nos anos de 1992 a 1995; de Razão Auxiliar em UFIRs, nos anos de 1992 a 1994 (livros exigidos pelos arts. 206 do Decreto n. 1.041/1994 e 8º do Decreto-Lei n. 1.598/1977), tudo conforme os laudos periciais, às fls. 69, 70 e 4.151 do inquérito judicial, e certidão dos livros arrecadados pelo síndico e oficial de justiça às fls. 16 e 17.

2ª Fato:

Em período próximo e anterior à decretação da falência, os denunciados

Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado, Adriana Bonotto Machado e Marta Accorsi, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, realizaram lançamentos falsos na escrituração contábil da empresa Granja Três Pinheiros Ltda e alteraram a escrituração contábil verdadeira, ao procederem a ajustes contábeis fraudulentos, ou seja, lançamentos efetuados na contabilidade da empresa sem a documentação suporte (conforme explicado no Laudo Pericial n. 02, às fls. 4.172 e 4.173 do inquérito judicial, e cópias de lançamentos, extraídas dos livros societários, anexas à denúncia e entregues aos falidos — documentos ns. 01 a 09), com o objetivo de dificultar o acesso aos verdadeiros saldos contábeis da empresa e remontar a contabilidade de exercícios anteriores, para permitir a distribuição disfarçada dos lucros para os sócios, com isso lesando os credores.

Esses procedimentos fraudulentos evidenciam-se no fato de que os termos de abertura e encerramento dos Livros Diários, referentes ao período de 1993 a julho de 1997, somente foram encaminhados a registro na Junta Comercial em 29 de julho de 1997, na iminência do pedido de autofalência (conforme documentos ns. 10 a 19, anexos à denúncia e entregues aos falidos). A retenção dos Livros Diários, sem o devido registro, possibilitou os ajustes irregulares acima apontados. Outro indício está no fato de que os livros fiscais apresentam termo de encerramento em aberto (conforme documentos ns. 20 a 23, anexos à denúncia e entregues aos falidos).

3ª Fato:

No dia 07 de julho de 1997, na iminência da decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado, Adriana Bonotto Machado e Gilberto Mazucco, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, praticaram, antes da falência, com o fim de criar e assegurar injusta vantagem para si, ato fraudulento do qual pode resultar prejuízo aos credores, consistente no fato de simular contrato de arrendamento rural de 620 ha (seiscentos e vinte hectares) de terra, máquinas agrícolas, silos e armazéns pertencentes à empresa falida, em prol do sócio Adriano Botelho Machado, pelo preço de R\$ 20.250,00 (vinte mil e duzentos e cinquenta reais) anuais (fls. 47 a 51 do inquérito), para, em seguida, confeccionar novo contrato simulando posterior subarrendamento desses mesmos bens à Agropecuária Lagoa Azul Ltda, empresa sem existência fática ou jurídica, representada pelo sócio Gilberto Mazucco, pelo valor de R\$ 40.500,00 (quarenta mil e quinhentos reais) anuais (às fls. 53 a 56 do inquérito), empresa esta criada especial-

mente para o objetivo ilícito de permitir a continuidade da exploração dos bens da empresa falida, à revelia do Juízo da Falência, conforme depoimentos das denunciadas Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, além de testemunhas, às fls. 3.604 e verso, 3.605 e verso, e 3.607 deste inquérito judicial (cópia do processo da ação revocatória desses contratos às fls. 3.443 a 3.609 do inquérito judicial).

O estratagema consistiu em simular um negócio jurídico, para assegurar que, no caso da preparada autofalência, os bens da empresa estivessem em nome de terceira pessoa, com isso, impedindo o arrolamento, e, se fossem arrecadados pela massa falida, resultaria em indenização pelos prejuízos da arrecadação. Os indícios dessa simulação estão em várias circunstâncias: ambos os contratos, o primeiro em 1995 e o segundo em 1997, guardam a mesma estrutura e redação, apenas sofrendo a alteração no tamanho da letra; o reconhecimento das assinaturas das partes ocorreu num único dia, em 04.07.1997 (fls. 51 e 56), e o das testemunhas ocorreu em 07.07.1997 (fls. 51 e 56), datas iminentes ao ajuizamento do pedido de autofalência; a empresa falida, na iminência da quebra, desfez-se de bens próprios à exploração agrícola, sua atividade principal; nas datas apontadas no primeiro contrato, como sendo de 1995, o sócio Adriano Botelho Machado não dispunha de funcionários para desempenhar a atividade agrícola, evidenciando que a exploração foi exercida pela empresa falida; Gilberto Mazucco, representante da empresa subarrendatária, é companheiro da sócia Adriana Botelho Machado, indicando o conluio.

4º Fato:

No dia 20 de julho de 1997, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado e Solange Maria Bonotto, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, praticaram, com o fim de criar e assegurar injusta vantagem para si, ato fraudulento do qual pode resultar prejuízo aos credores, consistente no fato de simular um contrato de locação de máquinas e implementos entre a empresa falida e a denunciada Solange Maria Bonotto, cuja data consta 24.03.1997, mas a autenticação das assinaturas registra o dia 20.07.1997, data iminente ao pedido de falência (fls. 57 e 58 do inquérito), valendo-se, assim, de interposta pessoa, para assegurar a exclusão desses bens da arrecadação falencial, e possibilitar sua exploração pelas denunciados no curso da falência.

Os indícios da fraude estão no fato de a empresa falida repassar equipamentos essenciais à sua atividade, pelo prazo de três anos, em detrimento de

seu empreendimento. Ainda, a locatária exerce a advocacia, função que não guardaria nenhuma afinidade com a locação de equipamentos típicos para exploração agrícola.

5ª Fato:

Em período anterior à decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, desviaram bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda, representados por receitas de venda efetuadas pela pessoa jurídica, no montante de R\$ 567.984,17 (quinhentos e sessenta e sete mil e novecentos e oitenta e quatro reais e dezessete centavos) (fl. 4.174), onde os recursos provenientes dos pagamentos foram depositados diretamente na conta bancária particular da sócia Alzira Bonotto Machado (laudo pericial às fls. 80, 81 e 4.174 do inquérito, a exemplo dos comprovantes de depósitos às fls. 313 a 355 e 4.235 e 4.244 do inquérito), criando um passivo comercial e omitindo as rendas, tudo para diminuir a garantia que o ativo da empresa oferecia aos credores.

6ª Fato:

Em período anterior à decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, desviaram bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda, representados por receitas de vendas efetuadas pela pessoa jurídica, no montante de R\$ 14.950,00 (catorze mil e novecentos e cinquenta reais), onde os recursos provenientes dos pagamentos foram depositados diretamente na conta bancária particular da sócia Adriana Bonotto Machado (laudo pericial às fls. 81 e 4.174 do inquérito, conforme cópia do Livro Razão da empresa Osmar A. Ferlin à fl. 3.431 do inquérito e cheque n. 101820 do Banco do Brasil à fl. 3.421), criando um passivo comercial e omitindo as rendas, tudo para diminuir a garantia que o ativo da empresa oferecia aos credores.

7ª Fato:

Em período anterior à decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado, Adriana Bonotto Machado e Gilberto Mazzuco, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, desviaram bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda, representados por receitas de venda

efetuadas pela pessoa jurídica, no montante de R\$ 13.400,00 (treze mil e quatrocentos reais), onde os recursos provenientes dos pagamentos foram depositados diretamente na conta bancária particular do denunciado Gilberto Mazucco (laudo pericial às fls. 81 e 4.174 do inquérito, conforme recibo de depósito à fl. 3.420 e cópia do Livro Razão da empresa Osmar A. Ferlin à fl. 3.430), criando um passivo comercial e omitindo as rendas, tudo para diminuir a garantia que o ativo da empresa oferecia aos credores.

8ª Fato:

Em data anterior à decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, desviaram bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda, consistente na remessa de produtos agrícolas à empresa Três Pinheiros Trading SRL, localizada na Ruta Internacional, 7, Km 3,5, em Ciudad del Este, no Paraguai (conforme as notas fiscais, guias de ICMS e depósitos bancários juntados às fls. 4.140 a 4.147), sem os respectivos registros contábeis dessas operações, bem como da existência dessa empresa coligada (laudo pericial à fl. 4.175), expediente fraudulento empregado pelos denunciados para diminuir a garantia que o ativo da empresa oferecia aos credores.

9ª Fato:

Em data anterior à decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, desviaram bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda, ao efetuarem amortização de empréstimo contratado pelas pessoas físicas Adriano Botelho Machado e Alzira Lurdes Bonotto Machado (contrato de financiamento n. 9.966, formalizado em 28.10.1988, às fls. 4.155 a 4.170), consistente em pagamentos do montante equivalente a U\$ 389.410,68 da época, ao BRDE (Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul), conforme demonstrativo da perícia (fls. 4.152 e 4.153) e cópias dos lançamentos contábeis nos Livros Diário e Razão da empresa falida (documentos ns. 24 a 37, anexos à denúncia e entregues aos falidos).”

Como se verifica, pela leitura do trecho transcrito da peça vestibular, a conduta, como descrita na denúncia, é, em tese, penalmente típica, não se podendo analisar, na via estreita escolhida, a existência ou não de alteração contratual dispondo acerca da gerência da empresa, diante do vedado exame de provas em sede de **habeas corpus**.

O colendo Supremo Tribunal Federal, discorrendo acerca do tema da falta de justa causa na ação penal, em voto do eminente Ministro *Sepúlveda Pertence*, no HC n. 80.161/RJ, com precisão, asseverou:

“Creio ser de **Carnelutti** a observação acerca de dramático paradoxo do processo penal: para saber se deve aplicar a pena, é necessário o processo, mas o processo, pelo estigma que acarreta e os constrangimentos que gera já é, em si mesmo, uma pena: assim, com o processo, começa-se por punir aquele de quem se pretende saber se merece ser punido.

O paradoxo é quase sempre inevitável, pela impossibilidade de reclamar-se do acusador, para a instauração do processo, a certeza do crime e da responsabilidade do acusado, que só para a sentença condenatória é dado exigir.

Nem por isso é possível contentar-se com a aptidão formal da denúncia — ou seja, que nela se contenha imputação ao denunciado da comissão de um fato penalmente típico, ainda quando, por exemplo, haja prova inequívoca da inexistência do fato ou da autoria de que a afirmação de uma ou de outra sejam mera “*criação mental da acusação*”, na expressão sempre recordada do **Orozimbo Nonato** (HC n. 32.203, RFor 150/393).

A base de preciosa análise de jurisprudência, **Victor Nunes**, em acórdão célebre (HC n. 42.697, 13.10.1965, RTJ 35/517), alinhou numerosos casos nos quais foi possível ao Tribunal explorar as potencialidades da cláusula da *falta de justa causa para a ação penal* — que, até por imperativo da Constituição, há de abranger tanto a ilegalidade **stricto sensu** quanto ao abuso de poder — para remediar pelo **habeas corpus** a indevida instauração de processos penais originários não apenas de denúncias formalmente ineptas, mas também de denúncias arbitrárias ou abusivas, porque manifestamente despidas do mínimo necessário de suporte informativo.

Certo, na maioria das vezes — dado o caráter sumário e documental do processo — não será fácil demarcar o âmbito das possibilidades do **habeas corpus** para verificar a ausência de qualquer base empírica para a denúncia da esfera da análise ponderada de provas controversas, que nele não se comporta.”

No caso presente, além de haver indícios da materialidade, não sendo possível, na via singela deste *writ*, reexaminá-la com profundidade, a exordial aponta, em princípio, descrição típica e há efetivos indícios de envolvimento do acusado na prática do suposto delito, como bem salientou o em. Desembargador ao proferir o voto condutor do v. acórdão objurgado, que ressaltou ainda ter sido o Paciente sócio-gerente em 1999, ano em que foi formalizada a denúncia, **verbis**:

“É sempre difícil o trancamento de ação penal, via **habeas corpus**. Para tanto, é necessária ampla comprovação, acerca da ausência de crime, ou evidência da impertinência da ação penal, relativamente ao Paciente.

Não é o caso dos autos. São nove fatos delituosos, tipificados no Decreto-Lei n. 7.661/1946. Em crimes societários, é natural que se faça narrativa genérica, permitindo a instrução a devida individualização de condutas. Não há prejuízos à defesa, sobretudo porque está clara a imputação nos moldes de participação criminosa.

O paciente nega atos de gerência, mas isso não basta, por si só, e em tese, para afastar a possibilidade de concorrência nos atos delituosos. Como diz o ilustrado Procurador de Justiça, em seu parecer, nada impede que, não figurando o paciente no contrato social, como sócio-gerente, pudesse o Paciente atuar nas fraudes apuradas, visando ao proveito próprio em detrimento dos credores. A empresa tem caráter nitidamente familiar, como assinalado pelo síndico no relatório da falência (fl. 33). Ademais, consta da denúncia que o paciente era sócio-gerente, segundo alteração da cláusula 4ª do contrato social, no ano de 1999, em que foi formalizada a denúncia.” (Fl. 126)

Por outro lado, a alegação de que o Paciente não participava da administração ou gerência da empresa falida, por si só, não é suficiente para caracterizar a alegada ausência de justa causa capaz de, nesta oportunidade, determinar o trancamento da ação penal.

Há que restar demonstrado que o sócio não atuante no gerenciamento, não tenha efetivamente participado dos fatos, o que só se poderá constatar com o exame das provas a serem produzidas no decorrer da instrução, o que é impossível na via eleita do remédio heróico. Ainda mais, no caso **sub judice**, em que a empresa falida possuía caráter familiar.

Ademais, a orientação desta egrégia Corte de Uniformização tem sido no sentido de que o trancamento da ação penal somente é possível quando se constata, **prima facie**, a atipicidade de conduta, incidência de causa de extinção da punibilidade, ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, ou, ainda, a indiscutível deficiência da peça vestibular. Tais hipóteses não se encaixam no caso **sub examen**.

Neste diapasão, os precedentes assim ementados:

“RHC. Trancamento da ação. Inépcia da denúncia. Requisitos do art. 41 do CPP. Ausência de justa causa não-evidenciada. Inquérito policial. Prescindibilidade. Violação ao princípio da indivisibilidade. Inocorrência. Recurso desprovido.

I - Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação e em flagrante prejuízo à defesa do réu.

II - *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.*

III - ...**(omissis)**...

IV - ...**(omissis)**...

V. Recurso desprovido.” (RHC n. 8.866/PR, Rel. Min. *Wilson Dipp*, DJ de 22.11.1999) — grifei.

“**Habeas corpus**. Denúncia. Inépcia. Ausência de justa causa. Trancamento da ação penal. Supressão de instância. Excesso de prazo.

*Narrando a denúncia fatos revestidos, em tese, de ilicitude penal, com observância do disposto no art. 41, do CPP, incabível é a concessão de **habeas corpus** para o trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa. ...**(omissis)**...*

(HC n. 8.731/SP, Rel. Min. *José Arnaldo da Fonseca*, DJ de 16.08.1999) — grifei.

A denúncia, no presente caso, reveste-se de todas as formalidades exigidas no art. 41, do Código de Processo Penal, ao expor os fatos e circunstâncias de forma clara e detalhada, com a qualificação completa do acusado.

A respeito da alegada *falta de individualização da conduta*, melhor sorte não assiste ao Paciente.

É firme a jurisprudência no sentido de que a descrição fática contida na peça vestibular, em crimes dessa natureza, não necessita da individualização minuciosa do comportamento de cada acusado. Em tais delitos, de autoria coletiva, é grande a dificuldade de discriminação **in initio litis** da conduta de cada indivíduo. Nesta linha, tem decidido o Supremo Tribunal Federal, bem como esta egrégia Corte (c.f. *RTJ*, 168/216, 168/926; *RSTJ*, 119/640-641).

Em inúmeras oportunidades, esta Turma, ao julgar caso semelhante, entendeu ser desnecessária a pormenorização da conduta de cada sujeito na prática delituosa em sociedade.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso*.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 13.458 — PR (2002/0133318-6)**

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrentes: Sonito Bonfim Santana e outro

Advogado: Diogo Antônio Maciel Bello

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Pacientes: Sonito Bonfim Santana (Preso), Clair Roque Dias Amaral (Preso)

EMENTA

RHC — Processual Penal — Estelionato e formação de quadrilha — Prisão preventiva — Necessidade — Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal — Ofensa ao princípio da presunção de inocência — Inocorrência — Excesso de prazo — Justificado.

— A prisão preventiva é necessária para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. No caso, foi apreendido em poder dos pacientes, acusados pela prática de estelionato e formação de quadrilha, farta documentação inidônea, a indicar a possibilidade de continuarem a infringir a lei penal, além de estarem os mesmos, no momento de suas prisões, preparados para fugir do distrito da culpa. A constrição, portanto, é medida que se impõe.

— A medida constritiva em questão não viola o princípio da presunção de inocência que, em verdade, não impede a tutela cautelar.

— A complexidade do feito que envolve mais de um réu, bem como a necessidade de expedição de precatórias, justificam o excesso de prazo ocorrido.

— 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, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto por Diogo Antônio Maciel Bello, em favor de Sonito Bonfim Santana e Clair Roque Dias Amaral, contra v. acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que *denegou a ordem ali impetrada*, nos termos da seguinte ementa:

“**Habeas corpus**. Crimes de formação de quadrilha e estelionato. Decreto de prisão preventiva. Alegação de excesso de prazo para conclusão da instrução criminal. Inocorrência. Eventual delonga que se justifica pela complexidade do feito. Ausência dos fundamentos necessários à custódia cautelar. Improcedência. Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Ordem denegada.” (Fl. 346).

Consta dos autos que os pacientes, presos em flagrante delito em 09.04.2002, foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 288, **caput**, e 171, **caput**, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Recebida a denúncia, as prisões dos acusados foram relaxadas, tendo sido decretada a prisão preventiva dos mesmos.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus**, perante o egrégio Tribunal **a quo**, objetivando a revogação do decreto de prisão preventiva, sob o argumento de ausência de fundamentação jurídica a justificar sua necessidade. Aduziu, ainda, ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Por fim, argumentou excesso de prazo para a formação da culpa.

No presente recurso, o impetrante repisa os argumentos já apresentados.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer às fls. 384/388, opina pela denegação da ordem.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o Paciente pleiteia a revogação do decreto constritivo, sob a alegação de que não há motivos para sua prisão, constituindo esta ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Reclama, ainda, o excesso de prazo para a formação da culpa.

Cabe registrar, que é consagrado no nosso ordenamento constitucional, o prestígio à liberdade individual, antes do trânsito em julgado. Assim, o direito de ir

e vir, na fase processual, somente pode ser coarctado mediante decisão judicial fundamentada, em que se demonstre, concretamente, a necessidade da medida (neste sentido: **Ada Pelegrini Grinover**, in “As Nulidades no Processo Penal”; **Helene Fragoso**, in “Jurisprudência Criminal”; **Tourinho Filho**, in “Processo Penal”; *entre outros*).

Outrossim, segundo lições de **Carrara**, secundado por **Weber M. Batista**, in “Liberdade Provisória”, a *prisão preventiva*, matéria objeto desta impetração, “responde a três necessidades: de justiça, para impedir a fuga do acusado; de verdade, para impedir que atrapalhe as indagações da autoridade, que destrua a prova do delito e intimide as testemunhas; de defesa pública, para impedir a *ciertos facinorosos*, que durante o processo continuem os ataques ao direito alheio.”

O decreto construtivo restou assim fundamentado, **in verbis**:

“Quanto aos réus *Sonito Bonfim Santana e Clair Roque Dias Amaral*, verifica-se do enredo fático apontado nos autos, que a materialidade do crime está representada pelo Boletim de Ocorrência de fl. 32; termo de declarações de fls. 34/35; e auto de apreensão de fls. 20/22.

Além disso, há indícios de autoria que alicerçam a decretação da medida, considerando o teor dos depoimentos prestados pelas vítimas Timoteo Panizio e Moisés Panizio, ao indicar os representados em destaque como os autores do estelionato perpetrado contra o estabelecimento comercial. É o que consta das declarações de fls. 34/35, 36/37.

Vale salientar que as informações e provas contidas nos autos caracterizam a necessidade da custódia preventiva dos representados, seja como garantia da ordem pública, ante a farta documentação inidônea apreendida em poder dos réus, dando evidência de que possam novamente infringir a lei penal, como por necessidade de assegurar a instrução criminal, tendo em vista que quando da prisão em flagrante encontravam-se preparados para fugir do distrito da culpa.

Posto isso, com supedâneo no art. 312 do Código de Processo Penal, *decreto a prisão preventiva de Sonito Bonfim Santana e Clair Roque Dias Amaral*, atendendo à representação do Ministério Público.” (Fls. 256/257)

Restando, portanto, a prisão preventiva concretamente fundamentada como garantia da ordem pública e para assegurar eventual aplicação da lei penal, ressaltando-se o fato de ter sido apreendida farta documentação inidônea em poder dos pacientes e de estarem os mesmos, no momento da prisão em flagrante, preparados para fugir do distrito da culpa.

Quanto a este último argumento registro, à guisa de ilustração, o seguinte precedente:

“Habeas corpus. Crime contra a paz pública. Prisão preventiva. Fundamento legal. Existência.

1. A probabilidade de evasão, subjetiva e objetiva, até porque materializada antes, e o controle do processo em favor dos pacientes, evidentes e diversos da mera conjectura, justificam a custódia cautelar, determinando-a, como determina a lei, em se fazendo necessária à garantia da aplicação da lei penal (Código de Processo Penal, artigo 312).

2. Ordem denegada.” (HC n. 16.336/SP, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, Rel. p/ o acórdão Ministro *Hamilton Carvalhido*, DJ de 13.08.2001)

Em conseqüência do exposto, a medida constritiva em questão não viola o princípio da presunção de inocência que, em verdade, não impede a tutela cautelar. Sob esse prisma, **Hélio Tornaghi**, in “Compêndio de Processo Penal”, Tomo III, pp. 1.037/1.038, com precisão esclareceu:

“A situação do réu durante o processo está ligada, não propriamente a qualquer presunção, de inocência ou de culpa, mas ao convencimento que o juiz vai haurindo da prova, à medida que essa vai sendo feita. Pode o juiz, a princípio, suspeitar que o réu é culpado, ou que é perigoso, ou que se prepara para fugir, ou qualquer outra coisa, e depois verificar que a suspeita era infundada. Ou, ao contrário, pode vir a convencer-se de fatos que militem contra o réu e que a princípio lhe tenham passado despercebidos. No sistema das provas legais essa contínua e permanente avaliação da prova era feita segundo cânones preestabelecidos em lei. O que deve ser regulado não é propriamente a presunção de inocência ou de culpabilidade, pois onde entra a prova já não há que falar em mera presunção. Regulada deve ser a situação do acusado, ou melhor, os câmbios de situação e dos direitos, deveres, faculdades, poderes e encargos decorrentes de cada um.”

Quanto ao *excesso de prazo*, como é cediço, a existência de processo complexo, com mais de um réu e verificada a necessidade de expedição de cartas precatórias ensejam a observância menos rigorosa do prazo de 81 dias para o encerramento da instrução, valendo-se para tanto da razoabilidade. Tal, amolda-se ao caso **sub judice**. Pela complexidade e quantidade de pessoas envolvidas no crime é razoável certo excesso de prazo. Neste sentido:

“Processual Penal. Sumário de culpa. Prazo. Excesso. Razoabilidade.
Habeas corpus. Constrangimento.

— A construção jurisprudencial que estabeleceu o prazo de 81 dias para a formação do sumário de culpa na hipótese de réu submetido a prisão processual deve ser concebida sem rigor, sendo admissível o excesso de tempo em circunstâncias razoavelmente justificadas.

— Recurso ordinário desprovido.” (STJ — RHC n. 6.486/RJ — Sexta Turma, Rel. Ministro *Vicente Leal*, DJ de 12.08.1997, p. 36.282)

“RHC — Crimes graves atribuídos a uma perigosa quadrilha — Denúncia contra quinze réus — Demora na tramitação do processo devidamente justificada — Excesso de prazo que não se reconhece. 1. A existência de um número elevado de réus, alargando as providências judiciais, justifica o trâmite mais demorado da ação, reconhecendo-se o esforço do magistrado de primeiro grau em dar andamento rápido ao processo. 2. Só a desídia, o descaso, a morosidade inexplicável é que caracteriza o constrangimento ilegal, não o atraso decorrente de circunstâncias próprias da causa, que o legitimam plenamente. 3. Recurso improvido.” (STJ — RHC n. 7.313/PB — Sexta Turma, Rel. Ministro *Anselmo Santiago*, DJ 18.05.1998, p.151)

Ante o exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.687 — MG (2002/0047569-9)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Vantuil Rosa Martins

Advogado: Derci Schuína Filho

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Impetrado: Secretário de Recursos Humanos e Administração do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor estadual designado. Dispensa. Ocupante de função pública. Irregularidades. Verificação por procedimento administrativo regular. Vícios não constatados.

Não se verificam as apontadas irregularidades, nem na portaria de instauração, nem no mandado, que, de forma sucinta, cuidaram de informar o necessário ao impetrante, que teve o contraditório e a ampla defesa devidamente assegurados, inclusive com a habilitação de advogado constituído.

O ato atacado encontra-se motivado, na medida em que derivado do regular procedimento administrativo apuratório, onde se constatou o cometimento das referidas irregularidades.

Tratando-se de servidor designado, ocupante apenas de função pública, é possível até mesmo sua dispensa **ad nutum**.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 09.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b** do permissivo constitucional, visando acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. O **r. decisum** restou assim definido (fl. 487):

“Mandado de segurança — Detentor de função pública — Dispensa — Situação dentro da administração pública — Artigo 10, § 5º da Lei n. 10.254/1990 — Estabilidade — Atributos do cargo — Ausência de efetividade — Critérios da Administração — Oportunidade e conveniência — Interesse público — Processo administrativo — Ausência de ilegalidade — Aspectos formais respeitados — Segurança denegada. Uma vez que detentores de função pública não são servidores estáveis, podem ser dispensados independente de instauração

de processo administrativo. Analisar e decidir acerca do momento apropriado para a dispensa do ocupante de função pública, é critério da autoridade competente e não do mérito da atuação jurisdicional. A conclusão é da discricionariedade da Administração competente. Não se revestindo o processo administrativo instaurado de qualquer nulidade, há que ser denegada a segurança.”

Dessa decisão foram opostos embargos declaratórios (fls. 501/502), restando os mesmos rejeitados (fl. 506).

Assevera o recorrente que a Portaria inaugural de n. 669/1999, de 08.09.1999, que determinou a instauração do processo administrativo disciplinar, é nula de pleno direito, por ser extremamente genérica e não conter os requisitos legais que a fundamentam, além de não descrever os fatos com clareza, não delimitando o objeto da controvérsia e impossibilitando a ampla defesa e o contraditório.

Alega que a decisão final do processo administrativo é nula, uma vez que não foram observadas as razões do recorrente na apresentação da defesa e, ainda, que foi ferido o princípio da isonomia, ao se aplicar ao recorrente pena de dispensa do serviço público, enquanto que para a co-autora foi imposta somente pena de suspensão de 15 (quinze) dias do serviço, mesmo tendo ambos infringido os mesmos dispositivos legais.

Não houve oferecimento de contra-razões (fl. 539), e, em sua manifestação, opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento do presente recurso (fl. 553).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): O impetrante, na qualidade de servidor designado para ocupar o cargo de professor da rede de ensino público do Estado de Minas Gerais, respondeu a processo administrativo disciplinar, o qual visava apurar irregularidades na administração da Caixa Escolar Sebastiana Alves de Souza, da Escola Estadual Frei Inocêncio, naquele Município.

As alegações recursais não merecem prosperar.

Ratifico os seguintes argumentos expendidos pelo il. representante do Ministério Público Estadual (fls. 480/482):

“Com efeito, colhe-se dos autos que a instauração e o desenrolar do processo disciplinar obedeceram às normas da publicidade, ampla defesa e contraditório, tendo sido deferida ao servidor a oportunidade de fazer-se representar por procurador legalmente habilitado, acompanhando os trabalhos da

comissão processante, oferecendo e inquirindo testemunhas, bem como apresentando razões de defesa, sem qualquer eiva de nulidade ou abuso de poder a contaminar referidos trabalhos.

Conquanto tenha sido extrapolado o prazo legal previsto para a espécie, é de se consignar que tal fato não acarretou qualquer prejuízo ao impetrante.

Ao contrário, mesmo tendo o Estado a faculdade de rescindir automaticamente o contrato de trabalho, dado o término do prazo previsto — *art. 10, § 5º, da Lei n. 10.254/1990* —, optou-se por mantê-lo no cargo, renovando-se as designações e garantindo sua retribuição pecuniária.

Portanto, não há se falar em nulidade do procedimento administrativo, e, além disso, tais prazos não têm conteúdo decadencial e a ultrapassagem mínima destes não gera nulidade alguma.

Da mesma forma, não se configurou o cerceamento de defesa em face da Portaria n. 669/1999 no que pertine à descrição dos fatos (fl. 22), uma vez que se cuidou de cientificar o investigado de todas as acusações a ele imputadas, consoante se colhe das razões de defesa colacionadas à fl. 328.

Dessarte, mostra-se totalmente legítimo o ato editado pela autoridade coatora consistente na aplicação da dispensa ao impetrante, visto tratar-se de procedimento inserido em sua esfera de *competência delegada*, consoante estabelece o Decreto estadual n. 37.794/1996.

Há que se distinguir entre a demissão e a dispensa para efeito de se aferir a competência para a edição do ato. Na primeira, somente o Governador do Estado, após regular processo administrativo, é que detém a prerrogativa de desvincular o servidor *estável* do cargo público. Na segunda, o servidor não ocupa cargo público, mas mera função pública de vínculo precário com a Administração, razão pela qual é lícita a delegação de poderes para a lavratura da dispensa quando inexistir a conveniência da manutenção deste.

O ato administrativo, então, originou-se de autoridade administrativa competente.

Não há se falar, **in casu**, em nulidade do ato administrativo, por *ausência de motivação*.

É pela motivação do ato que a Administração expõe as razões de fato e de direito pelas quais adotou determinada postura, ou seja, é a forma pela qual “o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática” (**Hely Lopes Meirelles**, “Direito Administrativo Brasileiro”, 24ª ed., 1999, p. 181).

Desta forma, nada obsta que a autoridade competente fundamente seu ato nos trabalhos de comissão processante e acolha sua sugestão, “hipótese em que o relatório correspondera à motivação” (**Maria Sylvia Zanella di Pietro**, “Direito Administrativo”, 11ª ed., 1999, p. 498).

No mesmo sentido, doutrina **Hely Lopes Meirelles** que “no julgamento a autoridade competente deverá sempre fundamentar sua decisão, com motivação própria ou adoção dos fundamentos do relatório, tanto para condenação como para absolvição” (ob. cit., p. 625).

Assim, tendo a autoridade coatora motivado seu ato nas “conclusões da Superintendência Central de Correição Administrativa no Processo Disciplinar n. 669/1999, *mostra-se válida e legal a pena de dispensa aplicada ao servidor pois que insere no critério de discricionariedade e conveniência afeto ao administrador público.*”

No tocante à alegação de que a portaria de instauração não conteria os requisitos legais, lembro firme jurisprudência desta Corte que se aplica à espécie:

“...Portaria que, sucintamente, descreve os fatos pelos quais responderá o servidor, permitindo-lhe defender-se amplamente, não pode ser acoimada de nula...”

(RMS n. 9.532/RO, DJ de 04.09.2000, Rel. Min. Fernando Gonçalves)

“...A ‘citação prévia’ do impetrante supriu qualquer eventual irregularidade da portaria instauradora do processo administrativo disciplinar, já que lhe possibilitou o exercício de defesa, identificando o acusado e os fatos a serem apurados, sendo certo, ainda, que a descrição minuciosa dos fatos, com a tipificação da falta cometida, tem momento próprio, qual seja, o do indiciamento do servidor...”

(MS n. 7.074/DF, DJ de 07.10.2002, Rel. Min. Hamilton Carvalhido)

Tanto assim que o impetrante se valeu de defesa escrita por advogado regularmente constituído, como se pode constatar de fls. 376 e segs., rebatendo um por um os argumentos apresentados.

Comprovando tal argumento, extraímos do Relatório do respectivo procedimento:

“Da defesa

Constituída pelos indiciados, com procurações nos autos (fls. 246 e 247), substituindo o procurador anteriormente indicado pelos mesmos, Dr. Nelson Raimundo da Costa (fls. 106), compareceu à audiência previamente marcada por esta Comissão, a Dra. Ely das Dores Drumond Rabêlo (...).

Assim, apresentou a ilustre Advogada a sua defesa, distribuída nos seguintes tópicos (fls. 293 a 312)..."

(fl. 376)

(...)

"Já tivemos na brilhante defesa apresentada pela ilustre Advogada constituída (fls. 293 a 312) o momento em que ela expõe e tenta descaracterizar as imputações, artigo por artigo..."

(fl. 378)

(...)

"Pois bem, é aí que ousamos discordar de alguns posicionamentos da defesa..."

(fl. 379)

A alegação de que o mandado de citação não teria explicitado com precisão os fatos também não merece qualquer amparo. Tal instrumento tem a finalidade de levar a conhecimento da parte investigada a existência do procedimento administrativo, tanto assim que especifica:

"...O presidente da Comissão de Processos Administrativos Disciplinares, designada pelas Portarias n. 669/1999 e 716/1999, do Senhor Corregedor, publicadas no "Minas Gerais" de 09.09.1999 e 14.09.1999, respectivamente, cita pelo presente mandado: Vantuil Rosa Martins, Controle n. 809512-7, para comparecer à Escola Estadual Frei Inocêncio (...) *podendo pessoalmente e assistido por procurador habilitado, acompanhar os atos do referido Processo, indicar testemunhas, requerer provas e o mais que julgar necessário, a fim de assegurar-lhe ampla e total defesa até final julgamento...*"

(fl. 133, grifei)

Totalmente impertinente, também, é o argumento do recorrente de que não teriam sido apreciadas as razões por ele elencadas em sua defesa, pois, conforme já transcritos, houve rebate de um a um.

Muito menos deve prosperar a alegação de falta de motivação do ato atacado. Conforme se comprova dos autos, houve o respectivo procedimento administrativo, no qual apuraram-se, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, as irregularidades apontadas, concluindo-se pela constatação de sua existência.

Por fim, não há qualquer malferimento ao princípio da isonomia, tendo em conta que à servidora Maria Cristina Silva Passos, investigada juntamente com o impetrante, teria sido aplicada tão-somente a pena de suspensão.

Nesse aspecto, cabe relembrar que as situações dos dois acusados eram distintas, sendo absolutamente precária a situação do impetrante, por ser apenas ocupante de função pública, e teve como fundamento outro dispositivo da lei estadual de regência. Ratifico, assim, os seguintes argumentos do acórdão recorrido:

“É exatamente neste ensejo que surge a Lei n. 10.254, de 20 de julho de 1990, que em seu artigo 10, **caput**, estabelece: “Para suprir a comprovada necessidade de pessoal, poderá haver designação para o exercício de função pública, nos casos de ...”. Vale ressaltar que o referido dispositivo de lei trata, clara e expressamente, do exercício de “função pública”, a qual foi amplamente dissecada acima nas palavras do saudoso mestre administrativista brasileiro. Singela é a conclusão de que os que foram designados para função pública não poderiam ter estabilidade. Aliás, o próprio artigo da lei citada, em seu parágrafo 5º, assim preceitua:

“(...)

§ 5º - A dispensa do ocupante de função pública de que trata este artigo dar-se-á automaticamente quando expirar o prazo ou cessar o motivo da designação, estabelecido no ato correspondente, ou a critério da autoridade competente, por ato motivado, antes da ocorrência desses pressupostos.”

(fl. 490)

(...)

“Ora, a situação do Impetrante é de detentor de função pública e não de ocupante de cargo público. Daí, ser plenamente cabível a resilição do vínculo, bastando para isso, que se depare com o motivo ensejador da dispensa...”

(fl. 491)

Dessa forma, por não vislumbrar as apontadas irregularidades no procedimento administrativo, nego provimento ao presente recurso.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 15.943 — RJ (2003/0027712-9)**

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado do Rio de Janeiro

Advogados: Mário Ani Cury Filho e outros

T. Origem: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Impetrado: Juízo Federal da 40ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro — RJ

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Processual Civil. Mandado de segurança preventivo. Casos futuros. Impossibilidade.

Inviável, mesmo a título de impetração de natureza preventiva, pretender que a autoridade coatora se abstenha de adotar entendimento em relação aos honorários, contrário ao que defende a recorrente.

“Segurança preventiva é a que se concede para impedir a consumação de uma ameaça a direito individual *em determinado caso...*”
(Hely Lopes Meirelles).

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 07 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil, com supedâneo no art. 105, inciso II, letra **b**, da Constituição Federal, com o fito de impugnar acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, em autos de agravo interno em mandado de segurança, restou assim ementado (fl. 49):

“Agravo interno. Mandado de segurança. Indeferimento da inicial (art. 8º da Lei n. 1.533/1951).

I - Se entende a agravante que o posicionamento externado pela MMA. Juíza impetrada acerca da verba sucumbencial é contrário à lei, deve se valer do recurso cabível em cada um dos processos em que tal entendimento for adotado, pois o mandado de segurança não pode ser utilizado como substitutivo de recurso (art. 5º, inciso II da Lei n. 1.533/1951), não sendo possível, outrossim, conferir-lhe caráter preventivo, como pretende, para proi-

bir a autoridade impetrada de praticar o ato impugnado em processos futuros, exigindo que S. Ex^a. se posicione sempre de forma contrária ao seu livre convencimento;

II - Mantida a decisão, que indeferiu a inicial do *writ*, com base no art. 8º da Lei n. 1.533/1951;

III - Agravo desprovido.”

Afirma que a autoridade apontada como coatora equivocou-se ao pretender conjugar a interpretação do art. 20, do CPC, com os artigos 22, 23 e 24 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil; uma vez que o CPC, além de ser lei anterior ao referido Estatuto (“lei posterior revoga anterior”), contém normas aplicáveis ao processo e à Lei n. 8.906/1994 regula os direitos e deveres do advogado.

Sustenta-se, ainda, que o § 4º, do art. 20 do CPC, dispõe sobre honorários contratuais e não quanto aos honorários advocatícios, tendo a autoridade coatora se equivocado quanto à sua interpretação.

Cita, a título de reforçar a tese esposada, julgados desta Corte nos quais restou decidido que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado e não à parte vencedora (fls. 70/73).

Não houve oferecimento de contra-razões (fl. 79v) e a manifestação do Ministério Público Federal é no sentido do não-conhecimento do presente recurso (fls. 83/86).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A recorrente impetrou mandado de segurança visando impugnar ato da MMA. Juíza Federal da 4ª Vara/RJ, que estabeleceu entendimento no sentido de que os honorários sucumbenciais pertenceriam ao vencedor da demanda e não ao advogado que patrocinou o vencedor. Afirmava que, com tal decisão, teria sido afrontada disposição contida no art. 49, da Lei n. 8.906/1996.

A inicial foi indeferida (fls. 30/31) sob a seguinte conclusão (fl. 31):

“Com a máxima vênia, duas impropriedades ressaltam de imediato: a primeira diz respeito à tentativa de obrigar um Juiz a externar entendimento contrário ao seu convencimento. A outra impropriedade reside na circunstância de que o mandado de segurança se presta a atacar ato, ou prevenir o Impetrante contra ato a ser praticado por autoridade e que seja eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

Na espécie, o que se pretende, com o presente *writ*, é a criação de uma norma de comportamento.

Ora, sabido é que tanto a jurisprudência como a doutrina repelem a chamada segurança normativa, que não se confunde com a preventiva.

Isto posto, com base no art. 8º da Lei n. 1.533/1951, indefiro a inicial.º

Tal entendimento foi mantido após o julgamento do agravo ajuizado, cuja decisão ora se combate.

A impetração está assim redigida no tocante a seu objeto (fl. 16):

“Daí a gravidade dos efeitos do ato impugnado, os quais atingem a toda uma classe que, antes de tudo, serve à sociedade, e os efeitos do ato estão a causar graves prejuízos ao exercício da Advocacia, razão pela qual requer a impetrante a concessão **in limine et inaudita altera pars**, para determinar que a autoridade coatora se abstenha de adotar o entendimento de que os honorários sucumbenciais não pertencem aos advogados, determinando ainda que expeça alvará em nome dos advogados para levantamento dos honorários sucumbenciais, toda vez que requerido, sem que seja exigida a juntada de contrato de honorários, até o trânsito em julgado desta impetração.”

A decisão hostilizada não merece censura, devendo ser ratificada em seus argumentos.

Em relação à ação mandamental de natureza preventiva, já ensina o mestre

Hely Lopes Meirelles:

“Segurança preventiva é a que se concede para impedir a consumação de uma ameaça a direito individual em determinado caso (...) A Justiça comum não dispõe do poder de fixar normas de conduta, nem lhe é permitido estender a casos futuros a decisão proferida no caso presente, ainda que ocorra a mesma razão de decidir em ambas as hipóteses. Embora se reitere a ilegalidade em casos idênticos, haverá sempre necessidade de uma decisão para cada caso, sem que os efeitos da sentença anterior se convertam em regra para as situações futuras. E assim é porque a sentença concessiva da segurança apenas invalida o ato impugnado, deixando intacta a norma tida por ilegal ou inconstitucional até que outra norma de categoria igual ou superior a revogue...”

(In “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**, 13ª ed., p. 65).

Em razão do exposto, nego provimento ao presente recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 373.641 — DF (2001/0127747-9)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: André Luis de Carvalho

Advogado: David Sérgio da Silva Brito — Defensor Público

EMENTA

Criminal. Recurso especial. Roubo qualificado e corrupção de menores. Reincidência comprovada por Folha de Antecedentes Criminais expedida pelo Instituto Nacional de Identificação da Polícia Federal. Validade. Precedentes. Recurso conhecido e provido.

I - A certidão expedida pelo Instituto Nacional de Identificação é instrumento hábil para a comprovação da reincidência, por conter todas as informações necessárias a este fim.

II - Precedentes da Turma.

III - Merece ser provido o recurso, para cassar o acórdão e determinar que outra decisão seja proferida, somente em relação à caracterização da reincidência, ante à validade da certidão do INI para sua comprovação.

IV - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 11 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 28.04.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Minis-

tério Público do Distrito Federal, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que deu parcial provimento ao recurso da defesa, nos termos da seguinte ementa (fl. 144):

“Apelação criminal. Crime de roubo. Tentativa. Corrupção de menores. Agravante da reincidência.

— Afasta-se a consumação do delito quando o réu foi avistado pelos policiais no momento em que acabava de praticar o roubo, sendo imediatamente perseguido, capturado, face à rápida intervenção policial, possibilitando a recuperação da **res furtiva**.

— Indiscutível a existência de crime de corrupção de menores quando o adolescente não contava com qualquer registro anterior, não partiu dele a iniciativa do crime e, ainda, a arma empregada no delito não estava em seu poder.

— Não há como considerar a agravante da reincidência se dos autos não consta certidão cartorária, sendo as informações constantes na folha do INI insuficientes para a sua comprovação.”

Em razões, alega-se negativa de vigência ao art. 61, inciso I e ao art. 63, ambos do Código Penal e ao art. 616 do Código de Processo Penal. Indica-se, ainda, divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e outra do Supremo Tribunal Federal.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 188/196 verso).

Admitido o recurso por ambas as alíneas (fls. 202/203), a Subprocuradoria Geral da República opina por seu conhecimento e provimento (fls. 207/211).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão proferido pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, reconhecendo a prática do delito em sua forma tentada e excluindo, da condenação, o aumento de pena pela reincidência.

Consta dos autos que o recorrido foi denunciado e condenado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal — recebendo uma pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, que foi aumentada em 06 (seis) meses pela reincidência e em 1 (um) ano e 06 (seis) meses pelas causas de aumento — perfa-

zendo um total de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 54 (cinquenta e quatro) dias-multa. Foi denunciado e condenado, ainda, como incurso no art. 1º, da Lei n. 2.252/1954, ao qual foi atribuída uma reprimenda de 02 (dois) anos de reclusão, aumentada em 04 (quatro) meses, pela reincidência, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Ressalte-se que ambas as sanções foram aumentadas em razão da reincidência do recorrido, considerada, pelo Magistrado sentenciante, a partir das informações constantes da Folha de Antecedentes Criminais expedida pelo Instituto Nacional de Identificação.

Inconformado, o réu apelou, pretendendo sua absolvição, quanto ao crime de corrupção de menores, além da diminuição da pena relativa ao roubo.

O Tribunal **a quo**, por sua vez, manteve a condenação do réu. Entretanto, entendeu que restou configurada apenas a tentativa do crime de roubo, além de excluir o aumento relativo à reincidência, sob o argumento de que a Folha de Antecedentes Criminais expedida pelo INI não seria suficiente à comprovação da reincidência, fazendo-se indispensável a existência, nos autos, de certidão do Diretor da Vara em que ocorreu a condenação anterior, dando conta de seu trânsito em julgado.

Da decisão, foram opostos embargos de declaração, rejeitados às fls. 167/171.

Diante disso, interpôs o *Parquet* o presente recurso especial, através do qual, sustentando negativa de vigência ao art. 61, inciso I e ao art. 63, ambos do Código Penal e ao art. 616 do Código de Processo Penal, além de indicar divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e outra do Supremo Tribunal Federal, pretende seja firmada a validade das informações prestadas pelo INI, para efeitos de reincidência, requerendo o restabelecimento da sentença de primeiro grau.

O recurso foi admitido, por ambas as alíneas.

Conheço do recurso, porque satisfeitos os seus requisitos de admissibilidade, merecendo prosperar a sua argumentação.

O cerne da questão restringe-se à definição da validade da certidão emitida pelo Instituto Nacional de Identificação para a caracterização da reincidência.

Percebe-se, às fls. 58/59 dos autos, que da referida certidão podem ser extraídas as seguintes informações: nome do réu, fato que lhe foi imputado, número do processo, Juízo que prolatou a decisão, a pena que lhe foi imposta, a data da sentença e o trânsito em julgado da condenação.

Desta forma, penso que o documento acostado aos autos contém os elementos necessários à avaliação de ocorrência, ou não, da reincidência do recorrido, não se podendo negar sua validade para tal finalidade.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

“Recurso especial. Penal. Reincidência. Folha de Antecedentes Criminais expedida pelo Instituto Nacional de Identificação da Polícia Federal. Idoneidade documental. Fixação de regime prisional.

A Folha de Antecedentes Criminais expedida pelo Instituto Nacional de Identificação (INI) da Polícia Federal é meio idôneo para a comprovação de reincidência, quando explicitada a data do trânsito em julgado da condenação.

Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 254.005/DF; Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 06.05.2002)

“Criminal. Recurso especial. Estelionato privilegiado. Certidão expedida pelo Instituto Nacional de Identificação. Comprovação da reincidência. Afastamento da figura do privilégio. Recurso provido.

I - A certidão expedida pelo Instituto Nacional de Identificação é instrumento hábil para a caracterização da reincidência, por conter todas as informações necessárias a este fim.

II - Por expressa disposição do § 1º do art. 171 do Código Penal, a figura do privilégio não pode ser aplicada aos réus reincidentes.

III - Recurso provido, restabelecendo-se a sentença monocrática.” (REsp n. 232.368/DF, de minha relatoria, DJ de 25.03.2002)

Assim, merece ser provido o recurso, para cassar o acórdão e determinar que outra decisão seja proferida, somente em relação à caracterização da reincidência, ante à validade da certidão do INI para sua comprovação.

Diante do exposto, conheço e dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 447.745 — RJ (2002/0086457-4)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrentes: Valnir Alves Lisboa Pegas e outros

Advogados: Greice Frederica N. Leal e outros

Recorrida: União

EMENTA

Recurso especial. Administrativo. Militar. Licenciamento. Decisão concessiva. Suspensão. Reintegração. Prazo ultrapassado por força da decisão judicial. Precedentes.

Após a decisão monocrática que suspendeu o ato de licenciamento dos recorrentes-militares e determinou a reintegração dos mesmos na Força, ultrapassou-se o prazo estipulado pela Lei n. 6.880/1980, culminando com a estabilidade almejada.

Precedentes.

Recurso provido com o restabelecimento da decisão de primeira instância.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 25.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, em face de acórdão do colendo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado **verbis** (fl. 339):

“Administrativo. Militar temporário. Licenciamento. Legalidade.

I- É legítima a exclusão de cabo da Aeronáutica, ainda que tenha integrado os quadros da FAB por oito anos.

II- Hipótese em que os autores foram licenciados em 1992 e não permaneceram no serviço ativo.

III- Apelação e remessa oficial providas para julgar improcedente o pedido, invertendo-se os ônus da sucumbência.”

Em suas razões a parte recorrente alega que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 3º, § 1º, **a**, I e § 2º da Lei n. 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), que esclarecem que os cabos são militares de carreira e não temporários; e, ainda, ao art. 50, IV, **a**, do mesmo Estatuto, onde é assegurada aos cabos a estabilidade, desde que preenchidos os requisitos para tanto. Aponta como igualmente violados os arts. 43, do Decreto n. 92.577/1986, 3º da Lei n. 6.924/1981, e finalmente os arts. 22 e 24 do Decreto n. 86.325/1981.

Suscita, ao final, dissídio jurisprudencial, colacionando julgados desta Corte para demonstrá-lo.

Foram oferecidas contra-razões (fls. 399/403) e o recurso, inadmitido na origem (fls. 406/407), veio por força do provimento ao agravo de instrumento interposto.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Inicialmente saliento que o alegado dissídio não restou comprovado nos termos do art. 255 do RISTJ.

No que diz respeito à afronta de legislação federal, tenho que o apelo merece ser conhecido.

No caso, os recorrentes propuseram medida cautelar na qual requeriam a suspensão do ato que lhes teria licenciado do serviço militar, antes de completarem os dez anos de efetivo exercício.

A decisão de primeira instância julgou procedente a cautelar, tendo suspenso o ato de licenciamento e determinado a reintegração ao serviço ativo (fl. 298).

Ao dar provimento à apelação interposta pela União, a decisão foi reformada pelo egrégio TRF da 2ª Região, que é objeto do presente apelo.

A hipótese se subsume a outros dois casos por mim já relatados, que receberam as seguintes ementas:

“Recurso especial. Administrativo. Militar temporário. Reintegração. Promoção. Reexame de prova. Decurso de 10 anos obtido por meio de liminar.

Os respectivos militares temporários acabaram permanecendo por mais de 10 anos no serviço castrense (tempo exigido pela Lei n. 6.880/1980, art. 50), em razão da liminar obtida no Judiciário.

Por outro lado, o acórdão recorrido, para conceder o direito pretendido, calcou-se no fato de que os autores teriam sido promovidos a cabo. A discussão acerca da existência ou não de tal promoção, como pretende a recorrente, esbarra na vedação do enunciado da Súmula n. 7 desta Corte.

Recurso desprovido.”

(REsp n. 252.619/CE, DJ de 23.10.2000)

“Recurso especial. Administrativo. Militar temporário. Licenciamento. Decurso de 10 anos. Decisão judicial.

O recorrente, por meio de decisão judicial obtida na cautelar ajuizada, conseguiu a suspensão do ato de licenciamento e conseqüente reintegração, estando na ativa até então, ultrapassando-se, dessa forma, o decurso do prazo de 10 anos necessários à estabilidade almejada.

Situação peculiar.

Precedente.

Recurso provido.”

(REsp n. 328.685/RJ, DJ de 05.11.2001)

Neste último precedente, consignei:

“Realmente esta Corte tem entendimento no sentido de que, “o ato de reengajamento de praça é discricionário da Administração (...) não se podendo por isso reconhecer violação ao direito do militar que, às vésperas de completar o decênio para a estabilidade, é licenciado **ex officio**, em virtude do término da última prorrogação de tempo de serviço...” (REsp n. 198.389/RJ, DJ de 14.02.2000, Rel. Min. Felix Fischer).

Acontece que a hipótese dos autos apresenta a peculiaridade de que o recorrente, encontrando-se no serviço ativo até hoje, ultrapassa os dez anos de serviço necessários à estabilidade almejada.

É exatamente a situação vivida pelos recorrentes, que até hoje se encontram no serviço ativo da Aeronáutica, perfazendo muito mais do que os dez anos necessários à estabilidade, sendo válidos os seguintes argumentos por eles expendidos (fl. 352):

“Isso porque foram reintegrados ao serviço ativo da FAB, por força da sentença prolatada pelo r. Juízo da 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro que suspendeu a eficácia do ato que os licenciou, reintegrando-os e mantendo-os em seu posto e função, sem prejuízo do conteúdo laboral e remuneratório, este a ser retomado a partir da reintegração.

Assim é que os recorrentes já contam bem mais de 10 anos de efetivo serviço ativo.

Ora, o ato de licenciamento dos recorrentes foi suspenso pela decisão acima mencionada, e, levando-se em consideração o fato de que possuíam mais de 8 anos de serviço ativo quando do licenciamento das fileiras da FAB, e hoje, beneficiado pelo r. **decisum** já ultrapassaram, em muito, os 10 anos de serviço ativo, dúvidas não restam quanto à mencionada estabilidade.”

Assim sendo, dou provimento ao presente recurso, com o conseqüente restabelecimento da decisão singular de fls. 294/298.

É como voto.
