

JURISPRUDÊNCIA DA QUINTA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 6.090 — TO

(Registro nº 97.0054618-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Impetrante: *Diógenes de Oliveira Frazão*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins*

Pacientes: *Graciomar Viana Santana e Cleomar Viana Gomes*

EMENTA: HC — Reaforamento — Júri — Irregularidades — Preclusão — Reformatio in pejus — Soberania dos veredictos.

— Com a criação do Estado do Tocantins, o Poder Judiciário do Estado de Goiás tornou-se incompetente para julgar processos feitos à nova unidade federativa.

— Se os defensores dos réus tomaram ciência do reaforamento, através do Termo de Aditamento de Julgamento, im procedem as alegações de nulidade processual por cerceamento de defesa.

— A parte que se sentir prejudicada por nulidade em plenário, porventura existente deve manifestar seu inconformismo logo após a ocorrência, sob pena de preclusão. Entendimento do artigo 571, VIII, do CPP.

— O Júri é soberano, de modo que pode responder aos quesitos diferentemente da série anterior, e se isto obriga o presidente do júri a cominar pena mais grave do que a contida na sentença anulada, não implica na vedação da chamada reformatio in pejus.

— Ordem de habeas corpus que se indefere.

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, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo, Felix Fischer, Edson Vidigal e José Dantas.

Brasília, 24 de março de 1998
(data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 15-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso constitucional em favor de Graciomar Viana Santana e Cleomar Viana Gomes, contra acórdão da e. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, que denegou a ordem originária.

Os pacientes foram condenados a 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos de prisão, respectivamente, por terem, no interior do Bar Mocambo, na cidade de Palmeirópolis/TO, causado à vítima Antônio de Araújo Caldas lesões que lhe resultaram a morte, restando incursos no artigo 121, § 2º, III, c/c artigo 61, h, do Código Penal.

Inconformados com a sentença, apelaram alegando, em síntese: a) nulidade do termo de compromisso dos peritos e, conseqüentemente, nulidade do laudo de exame cadavérico; b) nulidade do processo à míngua de citação dos réus; c) nulidade do julgamento por erro na formulação dos quesitos.

O apelo foi provido, sendo determinada a submissão dos acusados a outro julgamento, em acórdão assim ementado:

“Ementa — Apelação, Júri. Primeiro Quesito. Agravantes. As circunstâncias agravantes não podem figurar no primeiro quesito, que deve se referir, exclusivamente, ao tipo fundamental, sob pena de nulidade do julgamento. Recurso provido.”

Submetidos a novo julgamento, restaram condenados por crime de rixa e julgada extinta a punibilidade, em razão da ocorrência da prescrição, motivando apelação do órgão ministerial que foi provida ao fundamento de que a desclassificação afrontou, manifestamente à prova dos autos (fls. 102).

Inconformados recorreram extraordinariamente à Suprema Corte, sem êxito (fls. 88) o que acarretou a interposição de agravo de instrumento, não conhecido por ser extemporâneo (fls. 95).

Posteriormente, o Ministério Público requereu a remessa do feito ao Estado do Tocantins, eis que o delito ocorreu em Palmeirópolis, que, antes, integrava a unidade federativa do Estado de Goiás, só que com o novo contorno geopolítico brasileiro, a jurisdição de Goiás não tem legitimidade para alcançar tais fatos, tendo em vista a criação do Tocantins.

Julgados pelo Tribunal do Júri de Palmeirópolis, Graciomar e Cleomar foram condenados, respectivamente, a 15 e 18 anos de reclusão, como incursos, o primeiro, nas sanções do art. 121, § 2º, III, c/c art. 61, II, h, e art. 29, todos do Código Penal, e o segundo, nas penas do artigo

121, § 2º, III, c/c artigos 61, II, c e h e 29, também do Estatuto Repressivo, vedado o direito de apelar em liberdade.

Impetraram, sem êxito, **habeas corpus**, ao mesmo tempo em que apelaram do r. **decisum** condenatório, que restou não sendo conhecido, sobrevivendo recurso especial, inadmitido na origem (fls. 106) e agravo de instrumento, negado por esta E. Corte (fls. 112).

Transitada em julgado a sentença condenatória, foi expedida carta precatória de prisão e remoção dos pacientes para cumprimento da pena imposta pelo Tribunal do Júri, motivando a impetração de novo **habeas corpus**, permitindo-se que aguardassem o julgamento do apelo em liberdade.

A apelação não foi conhecida (fls. 157), sobrevivendo, mais uma vez, recurso especial, inadmitido na origem (fls. 159), e, conseqüentemente, agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento (fls. 166).

Finalmente, impetraram **habeas corpus**, denegado, por unanimidade, cuja ementa assim está redigida:

“Habeas corpus — Júri — Reaforamento da comarca de Goiânia para a de Palmeirópolis — Incompetência daquela, tendo em vista a criação do Estado de Tocantins — Ciência dos defensores dos réus.

— Com a criação do Estado do Tocantins, a comarca de Goiânia, capital do Estado de Goiás, tor-

na-se incompetente para julgar processos afeitos à nova unidade federativa. Tendo os defensores dos réus tomado ciência do reaforamento, através do Termo de Aditamento de Julgamento, im-procedem as alegações de que não foram notificados do mesmo.

Habeas corpus — Júri — Alegações de irregularidades ocorridas em Plenário — Momento de argüi-las — Preclusão — Aplicação do artigo 571 do CPP.

— Havendo nulidades em plenário, a parte prejudicada deve manifestar seu inconformismo logo após a ocorrência, ao teor do que dispõe o inciso VIII do artigo 571 do Código de Processo Penal, sob pena de preclusão.

Habeas corpus — Júri — Soberania dos veredictos — Reforma-tio in pejus — Hipótese não con-figurada — Não impedimento do conselho popular de responder aos quesitos diferentemente da série anterior — Aplicação, pelo presidente do júri, de sanção mais grave do que a contida na sentença anulada, em recurso exclusivo do réu — Denegação.

— A vedação da chamada **reformatio in pejus**, por decorrer de norma processual ordinária, não tem a forma e o alcance para limitar a soberania do Júri, de preceito constitucional de modo a impedir o Tribunal Popular de responder aos quesitos diferentemente da série anterior obrigando o presidente do júri a impor sanção mais grave do que a con-

tida na sentença anulada, em recurso exclusivo do réu.

Habeas corpus denegado.”

Tal decisão motivou a interposição de recurso ordinário, onde se alega cerceamento de defesa eis que: a) foi autorizado o reaforçamento do julgamento sem que a defesa fosse ouvida; b) os quesitos foram formulados de modo que era difícil a sua compreensão pelos jurados; c) as respostas eram induzidas, prejudicando a defesa; d) houve **reformatio in pejus**, posto que na aplicação da pena foi fixado prazo superior à pena anterior; e) as agravantes afastadas na sentença de pronúncia foram recolocadas no libelo e serviram para exacerbar as penas aplicadas, ferindo a coisa julgada e o contraditório; e f) composição do júri popular por pessoas impedidas.

Após, foram os autos à vista da douta Subprocuradoria Geral da República que opinou pela denegação do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, adoto como razões de decidir o parecer do Dr. Jair Brandão de Souza Meira, digno Subprocurador Geral da República, que por sua percuciência e juridicidade, merece ser transcrito.

Ei-lo:

“**In casu**, verifica-se um verdadeiro tumulto processual ocasionado pela interposição de diversas peças recursais principalmente pela defesa, onde muitas delas sequer foram conhecidas, além de terem sido necessários três julgamentos para que então ocorresse a prestação jurisdicional estatal.

O fato é que o Juízo do Estado de Goiás não mais era competente para processar e julgar o feito, tendo em vista o novo contorno geopolítico brasileiro, eis que fora criado o Estado do Tocantins, razão pela qual ocorreu o reaforçamento, tendo os defensores tomado ciência através do Termo de Aditamento do Julgamento (fls. 40).

Com relação às nulidades ocorridas no plenário do Tribunal do Júri, o artigo 571, VIII, do Código de Processo Penal, determina a arguição, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de verificadas a sua ocorrência, devendo a suspeição de jurado ser alegada em plenário, sendo consideradas sanadas se não forem argüidas no momento oportuno.

E mais. Após a sentença condenatória, os pacientes interpuseram apelação pretendendo a anulação do julgamento, que não foi conhecida ao fundamento de que o artigo 593, § 3º, do CPP veda a segunda apelação fundada no mesmo motivo da anterior, ainda que a primeira tenha sido interposta pela parte contrária.

Como se vê, desde o início a intenção do impetrante era recorrer de todas as decisões, ainda que não tivesse amparo legal. Tanto que passados 17 anos do fato delituoso continua o impetrante argüindo nulidade da sentença proferida pelo Tribunal do Júri, quando a mesma já transitou em julgado, tendo sido todos os meios recursais esgotados, fato este que se comprova diante das várias peças interpostas, até mesmo agravos de instrumento onde se pretendia a subida do extraordinário e especial, obstados na origem. Ressalte-se que o primeiro julgamento foi por diversas vezes adiado face a ausência de um dos acusados, ou até mesmo do advogado.

Embora o primeiro julgamento tenha condenado os pacientes a 12 anos de reclusão, o segundo tenha desclassificado o crime para rixa e o terceiro fixado a pena em 15 e 18 anos de reclusão não há que se falar em **reformatio in pejus**. A uma, porque este

princípio não se aplica aos julgamentos proferidos pelo Tribunal do Júri face à soberania de suas decisões, decorrentes de preceito constitucional. A duas, porque não se pode levar em consideração a pena fixada nos julgamentos anteriores, eis que foram anulados, não mais existindo no mundo jurídico.

Conclui-se, então, que não há que se falar em anulação do julgamento realizado pelo Júri Popular, em razão da **reformatio in pejus**, nem tampouco em cerceamento de defesa face ao impedimento de jurado e má formulação de quesitos, eis que as supostas nulidades não foram argüidas no momento oportuno, restando, assim, sanadas.”

Com razão a douta Subprocuradoria Geral da República, merecendo integral acolhimento o parecer exarado pelo ilustre Subprocurador-Geral, razão por que, me reportando a seus termos, indefiro a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 6.566 — SP

(Registro nº 97.0084123-5)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Impetrantes: *Areobaldo Espinola de Oliveira Lima Filho e outros*

Impetrada: *Décima Pimeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*

Paciente: *Benedito Quintino*

EMENTA: Processual Penal. Transação penal. Lei 9.099/95, art. 76.

— Habeas corpus. Seu deferimento, em face da proposta de transação formulada oportunamente pelo Ministério Público, inclusive com requerimento de nova audiência preliminar, antecipada ao recebimento da denúncia.

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, deferir o pedido, de forma que se proceda à audiência de transação, oportunamente proposta pelo Ministério Público, nos autos da ação penal. Votaram com o Relator os Ministros Cid Flaquer Scartezzini, José Arnaldo, Felix Fischer e Edson Vidigal.

Brasília, 10 de fevereiro de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

Publicado no DJ de 16-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de pedido originário, substitutivo do recurso ordinário, interposto de acórdão denegatório assim esclarecedoramente ementado:

“**Habeas Corpus.** Pleito de nulidade de recepção de denúncia, por falta de anterior audiência vi-

sando a eventual aceitação de proposta de pena antecipada. Caso em que, lançada aos autos a proposta, várias vezes interveio nos autos o ora paciente e seu defensor, sem placitar a sugestão ministerial. Denegação do *writ*.” — fls. 167.

Nesta instância, o parecer do Subprocurador-Geral José Flaubert é pela concessão da ordem, conforme ementa:

“**Processual Penal. Habeas Corpus** substitutivo de recurso ordinário. Infração de menor potencial lesivo. Lei 9.099/95. Juiz que não consultou o MP e o autor do fato sobre a possibilidade de transação. Ordem que deve ser concedida.” — fls. 166.

Deferi a liminar, para suspender a tramitação da ação.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, denunciado pela contravenção de direção perigosa, insiste o paciente em obter a chamada transação penal cuidada no art. 76 da Lei 9.099/95.

Nesse mister, sem desmerecimento da motivação denegatória do *writ*, tem razão o denunciado, conforme as particularidades do caso, bem assinaladas neste trecho do parecer:

“Verifica-se que, em 24/2/97, foi realizada a segunda audiência preliminar, na qual o ora Paciente recusou-se a fazer o acordo, por não ter sido juntado o laudo pericial. Assim sendo, o Juiz de 1º grau deu vista ao Ministério Público, fl. 110.

Em 6/5/97, foi juntado o laudo, fls. 113/118.

O Ministério Público, fl. 120, requereu a designação de nova audiência preliminar.

Em 8/7/97, assim que a audiência foi aberta, o Juiz se pronunciou no seguinte sentido:

“Tendo em vista o espírito da Lei 9.099/95, que trouxe medidas visando a simplificação da apuração dos fatos, com o que até agora não houve a concordância do acusado, posto que requereu e aguardou a produção da prova pericial, entendo

que o momento da audiência preliminar está superado. Ao MP, para eventual oferecimento de denúncia.”

A vítima não compareceu à audiência, inviabilizando a composição dos danos.

No entanto, o Ministério Público já havia proposto a aplicação de multa, fl. 99, e, posteriormente, requereu a designação de nova audiência preliminar, fl. 120. Dessa forma, entendo que o Juiz deveria ter consultado o MP sobre a renovação da proposta de transação, ou mesmo ter consultado o ora Paciente sobre tal possibilidade, visto que a infração cometida pelo Paciente é considerada pela Lei 9.099/95 de menor potencial lesivo e o Paciente não se enquadra, em princípio, nas exceções contidas no artigo 76 desse diploma legal.” — fls. 167/69.

Pelo exposto, defiro o pedido, de forma que se proceda à audiência de transação oportunamente proposta pelo Ministério Público nos autos da ação penal.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 6.824 — PR

(Registro nº 97.0065904-6)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Rogério Costa*

Advogado: *Dr. Carlos Henrique Kaminski*

Recorrido: *Tribunal de Alçada do Estado do Paraná*

Paciente: *Rogério Costa*

EMENTA: Penal. Denúncia. Crime de usura. Alegação de falta de justa causa.

— Habeas corpus. Incensurabilidade da denegação da ordem, a teor de assertivas assim ementadas: “A Lei de Usura está em vigor, incidindo nas sanções do art. 4º, a, primeira figura, da Lei 1.521, de 1951, aquele que cobra juros em taxa superior à estabelecida pelo Decreto 22.626, de 7.4.1933, ressalvadas as situações previstas na Súmula 596 do STF. 2 — Se o fato narrado na denúncia em tese configura infração penal, não há como agasalhar a assertiva de falta de justa causa para a ação penal”.

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, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Cid Flaquer Scartezzini, José Arnaldo, Felix Fischer e Edson Vidigal.

Brasília, 16 de dezembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

Publicado no DJ de 02-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Eis como foi relatada a espécie, na origem, pelo juiz Wilde Pugliese:

“I — Carlos Henrique Kaminski, advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Paraná, impetra ordem de Habeas Corpus em favor de Rogério Costa, com a finalidade de trancar a ação penal que responde perante o Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba, como incurso nas sanções do art. 4º, letra a, da Lei nº 1.521/51, c.c. o art. 29 do Código Penal.

Fundamenta seu pedido afirmando que a conduta imputada ao paciente não caracteriza a prática de qualquer crime, mesmo em tese, até porque não existem indícios suficientemente idôneos que viessem a amparar a denúncia, faltando-lhe, pois, justa causa.

Sustenta, também, que o crime de usura inclui-se dentre as normas penais em branco, cuja eficácia depende de outra norma

complementadora limitando o máximo permitido na cobrança de juros, de modo a estabelecer o “percentual superior à taxa permitida por lei”, nos termos do tipo apontado como violado.

Por fim, sustenta que não se aplicam à hipótese **sub judice** os termos do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, dada a ausência de lei complementar, não se tratando de norma auto-aplicável.

Com essa argumentação, acompanhada dos documentos de fls. 15 **usque** 76, finaliza com os requerimentos de estilo.

A douta Procuradoria Geral de Justiça exarou o judicioso parecer de fls. 82/90, da lavra do eminente Procurador de Justiça Dr. Danilo de Lima, onde opina pela denegação da ordem.” — fls. 95.

Denegou-se a ordem, segundo fundamentos assim ementados:

“Habeas corpus — Paciente denunciado por crime de usura — Lei n.º 1.521/51 — Art. 4.º, a — Decreto n.º 22.626/1933 — Legislação em vigor — Falta de justa causa inócurrenente — Ordem denegada.

1. A Lei de Usura está em vigor, incidindo nas sanções do art. 4º, a, primeira figura, da Lei nº 1.521, de 1951, aquele que cobra juros em taxa superior à estabelecida pelo Decreto 22.626, de 7.4.1933, ressalvadas as situações previstas na Súmula nº 596, do STF.

2. Se o fato narrado na denúncia em tese configura infração penal, não há como agasalhar a assertiva de falta de justa causa para a ação penal.” — fls. 94.

Daí o presente recurso ordinário, posto na reiteração das razões iniciais — fls. 104/110.

Nesta instância, o parecer da Subprocuradora-Geral Laurita Vaz é contrário ao recurso, na forma desta ementa:

“1. **Habeas Corpus**. Recurso Ordinário. Delito do artigo 4º, a, da Lei n.º 1.521/51, c.c. o artigo 29, **caput**, do Código Penal. Trancamento da ação penal. Argüições de falta de justa causa, dada a atipicidade da conduta do paciente, e também de inexistência de crime de usura, ao argumento de que o artigo 192, § 3º, da Carta Magna teria revogado o artigo 4º da Lei n.º 1.521/51 e o Decreto 22.626/33. Improcedência. Súmula n.º 596 do STF. Apontada inaplicabilidade do dispositivo constitucional à hipótese, ante a falta de necessária legislação complementar, e também por não se tratar de norma auto-aplicável. Questão não examinada pela Corte **a quo**, por ter sido considerada irrelevante. Denúncia bem formulada, nos termos do artigo 41 do CPP. Dilação probatória vedada na via do *writ*. Constrangimento ilegal não configurado.

2. Parecer pelo conhecimento e improvimento do recurso.” — fls. 120/121.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, no tema que se discute, a atipicidade ou não da operação pessoal de empréstimos a juros altos e inexistência do crime de usura, convenha-se que, conforme o acórdão recorrido, procede a resposta negativa a tal pretensão do paciente contra a acusação que lhe foi feita.

Por isso que me reporto aos excelentes adminículos pesquisados pelo Ministério Público oficiante, no campo da jurisprudência e na doutrina, aduzidos deste modo:

“6. De acordo com o que reconheceu o judicioso parecer ministerial de fls. 82/90, a questão a ser analisada nos autos não se atém em saber se o artigo 192, § 3º da Constituição Federal deve ser conceituado como norma de eficácia plena ou norma de eficácia contida ou parcial, matéria essa controvertida na doutrina, mas sim em “definir se a referida norma constitucional revogou ou não o artigo 4º da Lei de Economia Popular, no que se refere ao delito de usura pecuniária, na ausência de lei complementar sobre as taxas de juros.” (fls. 86/87)

7. Assim, tendo-se em vista que a taxa referida no artigo 4º, alínea a da Lei nº 1.521/51 não pode ser superior ao limite de 01% (um por cento) ao mês, conforme dispõe o artigo 5º do Decreto nº 22.626, de 07/04/33, e que as dis-

posições deste Decreto, por sua vez, nos termos da Sumula nº 596 do Excelso Pretório “não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”, sendo que, por outro lado, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o preceito constitucional do artigo 192, § 3º da Constituição Federal, ao dispor sobre o sistema financeiro nacional, tem por objeto a política de instituições bancárias e creditícias, não abrangendo, portanto, as relações e os negócios celebrados entre particulares; pode-se concluir que os objetos são diferentes e que portanto, não houve a revogação do artigo 4º da Lei de Economia Popular pelo referido dispositivo constitucional.

8. O v. acórdão guerreado melhor elucida a questão, *in verbis*:

“Por conseguinte, a conclusão é uma só: as operações celebradas fora do âmbito do sistema financeiro nacional estão subordinadas à taxa de juros moratórios fixada pelo Decreto 22.626, em pleno vigor, com a ressalva da Súmula anteriormente transcrita.

A jurisprudência colacionada pela douta Procuradoria de Justiça em seu judicioso parecer, diz de perto do acerto da ilação:

“Os juros moratórios, de que cogita o Código Civil e a limitação da cobrança dos mesmos a que se refere o Decreto nº 22.626, de 1933, continuam em pleno vigor, não tendo sido esse diploma revogado pela Lei nº 4.595, de 1964, que diz respeito ao sistema financeiro nacional e foi sancionado com o fim específico de dispor sobre a política das instituições bancárias e creditícias, nada tendo a ver, portanto, com os empréstimos particulares” (Ac. do TJMG, in RT 415/372).

Ainda:

“A Lei nº 4.595, de 1964, não revogou o art. 4º da Lei nº 1.521, de 1951, porque a primeira diz respeito específico sobre a política de instituições bancárias e creditícias, no âmbito do sistema financeiro nacional, enquanto a segunda cogita da limitação de juros moratórios cuidados no Decreto nº 22.626, de 1933, para alcançar os empréstimos particulares” (Ac. do TJPR, in RT 469/381).

Conseqüentemente:

“A Lei de Usura está em vigor, incidindo nas sanções do art. 4º, a, primeira figura, da Lei nº 1.521, de 1951, aquele que cobra juros em

taxa superior à estabelecida pelo Decreto 22.626, de 7.4.1933” (Ac. do TJPR, in 489/356).

Por derradeiro, mais uma vez comungando com a opinião esposada no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, que mesmo após o advento da Constituição de 1988, incide em crime contra a economia popular aquele que cobra juros moratórios superiores à taxa legal, trago à colação ensinamento doutrinário da lavra do Prof. **José Afonso da Silva**, em sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 8ª edição, pág. 704, onde afirma:

“As cláusulas contratuais que estipulem juros superiores são nulas. A cobrança acima dos limites estabelecidos, diz o texto, será conceituada como crime de usura, punindo, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei dispuser. Neste particular, parece-nos que *a velha lei de usura (Dec. 22.626/33) ainda está em vigor.*”

Da mesma opinião, comunga o douto **J. Cretella Junior**, em seus “Comentários à Constituição de 1988”, pág. 4.292:

“O Decreto nº 22.626/1933, a chamada lei de usura, está ainda em vigor e, pois, com plena aplicação”.

Por tais razões, e diante da constatação de que a denúncia descreve um crime em tese e contém todos os requisitos elencados no art. 41 do Código de Processo Penal, como, aliás, afirmando por ocasião do seu recebimento pela autoridade apontada como coatora, é de ser denegado o *writ* impetrado.” (fls. 98/100)

9. Quanto à arguição de falta de justa causa para a ação criminal, melhor sorte não socorre o recorrente.

10. Conforme já exposto nos autos, a exordial acusatória de fls. 16/18, além de preencher os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, encontra-se suficientemente amparada na prova colhida durante o inquérito policial (fls. 19/49), que aponta a suposta prática delitiva de crime contra a economia popular pelo paciente, que teria cobrado juros de 50% (cinquenta por cento) sobre um empréstimo de R\$ 300,00 (trezentos reais), sendo que, **a posteriori**, recusou-se a receber o pagamento da dívida, retendo indevidamente um relógio que a vítima deu em garantia, no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

11. Impossível, assim, o pretendido trancamento da ação pe-

nal, eis que no âmbito dessa será feita a análise de todas as provas colhidas ao longo da instrução, o que é vedado na via estrita do presente remédio heróico, conforme entendimento pacífico do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, explicitado na ementa do julgado adiante transcrita, **in verbis**:

“*Ementa*

Ação penal. Trancamento.

Descrevendo a denúncia crime de usura e de extorsão indireta, de modo a ensejar ampla defesa, deve a ação penal prosseguir até sentença final, não sendo viável o seu trancamento na via do **habeas corpus**.

Prescrição. Dúvidas a respeito da data em que se praticaram as cobranças de juros extorsivos. Alegação de prescrição, dependente de aprofundado exame de prova, a ser feito igualmente com a sentença de mérito.

Recurso de **habeas corpus** a que se nega provimento.” (RHC nº 1.538-CE, Relator Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo, **in DJ** de 09/12/91, pág. 18.045) — fls. 123/129.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 6.968 — RJ

(Registro nº 97.0080232-9)

Relator: *O Sr. Ministro José Arnaldo*

Recorrentes: *Jair Leite Pereira e outro*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Paciente: *Maria Helena Gomes (presa)*

Advogados: *Drs. Jair Leite Pereira e outro*

EMENTA: *Recurso em habeas corpus. Lei de Tóxicos. Concurso de agentes. Paciente denunciada pelo art. 14 e condenada pelo art. 12, ambos da Lei 6.368/76; pelo art. 8º, da Lei 8.072/90 cominado com o art. 288, do CP. Emendatio libelli (CPP, art. 383).*

— A acusada se defende dos fatos narrados na peça acusatória e não da definição jurídica dada na denúncia.

— O quantum da pena deverá ser examinado na apelação, porquanto o habeas corpus não comporta exame aprofundado de provas.

— Encontra-se em vigor o art. 14, da Lei de Tóxicos, com a cominação da pena prevista no art. 8º, da Lei dos Crimes Hediondos (Precedentes do STF e do STJ).

— Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Felix Fischer, Edson Vidigal, José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 24 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ ARNALDO, Relator.

Publicado no DJ de 09-03-98.

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO: Condenada com outros três acusados à pena de 28 anos de reclusão pelos crimes previstos no art. 12, da Lei 6.368/76 e no art. 8º, da Lei 8.072/90 c/c o art. 288 e art. 62, I, da lei substantiva penal, Maria Helena Gomes, por seu il. patrono, impetrou **habeas corpus** perante a 3ª Câmara Criminal do TJ/RJ, sustentando, em resumo, cerceamento de defesa, posto sendo a sua conduta tipificada no art. 14, da Lei 6.368/76, resultou apenada com a sanção do art. 12, com inobservância do disposto no parágrafo único, do art. 384, do CPP.

Acrescentou, ainda, que, ao desclassificar-se o crime do art. 14 da Lei de Tóxicos para o do art. 288, do CP, à alegação de que o previsto no art. 14 fora revogado pelo art. 8º, da Lei 8.072/90, malferiu a sentença a lei, a doutrina e a orientação pretoriana.

A Corte estadual denegou a ordem, daí o presente recurso, repisando a argumentação ali desenvolvida.

Nesta instância, oficiou o Dr. Jair Brandão de Souza Meira, pelo Ministério Público Federal, pugnando pela manutenção do aresto recorrido.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): Consta dos autos que a paciente, apelada de “Vovó do pó”, e seus dois filhos “são os maiores, mais temidos e mais perigosos traficantes de entorpecentes de toda a cidade de São Gonçalo, cuja organização criminosa por eles liderada, praticamente detém o monopólio da distribuição e venda de substâncias causadoras de dependência física e química (maconha e cocaína)” (fls. 27).

A irresignação, com vistas a anular o decreto condenatório, resume-se a imputar cerceamento de defesa que consistiria na proferição da sentença, em mudar a tipificação da denúncia do art. 14, da Lei 6.368/76, para condená-la pelo art. 12, com desprezo às recomendações do parágrafo único, do art. 384, do CPP.

Lê-se da peça acusatória às fls. 12/13:

“No dia 13/08/92, em hora não precisamente definida, a Polícia Militar, em operação comandada pelo então capitão Paulo Fernandes de Lima Pacheco, realizou operação de “asfixia” no Morro Menino de Deus, em São Gonçalo, objetivando investigar e reprimir possível tráfico ilícito de entorpecentes noticiado naquele local.

Após a operação, foram apreendidas 1.870 “trouxinhas” da substância vulgarmente conhecida como “maconha”, conforme fls. 17.

Em sede de inquérito policial, referente à apreensão, logrou-se evidenciar a real existência de tráfico organizado no local, apurando-se ser a substância em tela produto da associação permanente da denunciada Maria Helena Gomes e de seu filho Luiz Carlos Gomes Jardim, que, apesar de recolhido no Sistema Penitenciário Estadual, continuava a “comandar”, junto à sua genitora, o “negócio” da família, “negócio” este estendido a outros familiares e diversas pessoas, igualmente denunciados, componentes da referida associação criminosa, além de outros elementos parcialmente identificados, dentre os quais vários ainda sob investigação criminal nos Inquéritos 627/94 e 331/95, ambos da 72 DP, fazendo parte do grupo, e.g., “Bolão”, “Dão” e “De Flash”, já falecidos, “Kiko” e “Abuse e Use”, supostamente

falecidos, além de “Carlinhos”, “Beto”, “Alexandre Bom Bom”, “Denilsinho”, “Jorge Tadeu Buraquito”, “Nalvinho da Covança”, “Beto Russo”, “Paulo Cesar P. C.” e “Beto da Chumbada”, associação que tem o fim de prática reiterada de crimes previstos no artigo 12 da Lei 6.368/76, dentre eles a guarda, o depósito, a aquisição, o transporte e a venda de substância entorpecente ou que determine dependência física sem a devida autorização legal para tal.

Estão Maria Helena Gomes e Luiz Carlos Gomes Jardim, incurso nas penas do artigo 14 da Lei 6.368/76, agravado pelo disposto no artigo 62, I, do CP.

Estão, assim, os demais denunciados, incurso nas penas do artigo 14 da Lei 6.368/76.”

A exordial descreve a prática do ilícito, incumbindo ao juiz dar classificação jurídica diversa na linha do permitido pelo art. 383, do CPP. O que a lei processual codificada e a Constituição asseguram, em garantia ao direito de defesa, é a observância do princípio da correlação entre a imputação e o decreto condenatório. Assim é que a sentença pode levar em conta na classificação do crime preceitos penais distintos dos arrolados na exordial acusatória, ainda que imponha pena maior. O réu, é sabido, defende-se do fato ilícito deduzido na denúncia, não da capitulação jurídico-penal nela contida (Código de Processo Penal Interpretado, 3ª ed., pág. 441, **Júlio F. Mirabete** — STF: RSTF 112/966; 113/153; STJ: RSTJ 42/348).

A propósito, em decisão que versa hipótese idêntica à presente, lê-se a ementa:

“**Habeas corpus**. Tráfico de entorpecentes: concurso de agentes. **Emendatio libelli**: paciente denunciado pelos arts. 12 e 14 da Lei de Tóxicos (nº 6.368/76) e condenado pelos seus arts. 12 e 18. **Flagrante preparado**. **Nulidades**.”

1. Ocorre **emendatio libelli** (CPP, art. 383) e não **mutatio libelli** (CPP, art. 384) quando o réu é denunciado pelo crime de formação de quadrilha e condenado apenas com a agravante do concurso eventual de delinquentes. O art. 14 da Lei de Tóxicos prevê o crime autônomo de quadrilha ou bando, cujo tipo exige associação estável e permanente (**societas delinquendi**) e corresponde ao art. 288 do CP; o art. 18, III, da mesma Lei prevê a agravante no caso de concurso eventual de pessoas (**societas criminis**) e corresponde ao art. 62 do C.P. Ambas as hipóteses contêm explicitamente a circunstância elementar do crime praticado com associação de delinquentes, estável ou eventual. Descrevendo a denúncia pluralidade de agentes, improcede a alegação de surpresa para a defesa, porque o réu deve se defender dos fatos narrados da denúncia e não da capitulação legal que a denúncia deu ao delito.

2. O flagrante preparado, em operação de “venda” de droga, não

anula o processo-crime se a condenação está fundada também na “posse”, preexistente à simulação policial; em face das diversas hipóteses previstas no art. 12 da Lei de Tóxicos, não se aplica a Súmula 145. Precedente.

3. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido. (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 03.5.96, pág. 13.901).”

Afinal, assevera o órgão ministerial às fls. 87:

“No tocante à fixação da pena, o Excelso Pretório já se manifestou no sentido de ser possível a causa de aumento de pena superar o máximo abstrato (HC 63.050). Na hipótese, verifica-se que o **decisum** condenatório obedeceu ao sistema trifásico, justificando a fixação das penas-base, em ambos os delitos, no máximo permitido e, posteriormente, agravando-as, face à incidência do art. 62, I, do Código Penal, resultando um total de 28 anos de reclusão e 460 dias-multa.”

No tocante à parte da sentença que afastou aplicação do art. 14, da Lei 6.368/76, por entender revogado pelo art. 8º, da Lei 8.072/90, mereceria reparo por dissentir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, consoante demonstrado no voto-vista vencedor que proferi no REsp 112.182-SP (5ª Turma), na parte que interessa:

“Relativamente a esta matéria, permitimo-nos transcrever tre-

cho do despacho proferido pelo Ministro Celso de Mello ao apreciar pedido de liminar no HC 74.029-4 (DJ de 4/6/96), **verbis**:

“Observo, quanto à primeira alegação, que a tese exposta pelo impetrante não se ajusta à orientação jurisprudencial firmada por esta Corte Suprema.

Com efeito, a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal tem acentuado que se encontra em vigor o art. 14 da Lei de Tóxicos, com a cominação da pena prevista no art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos (HC nº 68.793-RJ, Rel. p/ o acórdão Min. Moreira Alves, 1ª Turma; HC nº 72.862-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, **v.g.**).

Em recente decisão, a Egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal — apreciando, uma vez mais, essa **quaestio juris** — pronunciou-se no sentido da subsistência da norma inscrita no art. 14 da Lei nº 6.368/76:

*“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Associação para o tráfico de entorpecentes. Lei 6.368/76, art. 14. Lei 8.072/90, art. 8º.*

I — Tratando-se de associação para o tráfico de drogas, prevalece a tipificação do art. 14 da Lei 6.368/76, vale dizer, a associação de duas ou mais pessoas, para praticar, reite-

radamente ou não, o tráfico de drogas, tipifica o delito do art. 14 da Lei 6.368/76. A pena a ser aplicada será a prevista no art. 8º da Lei 8.072/90, isto é, reclusão de três a seis anos. Precedentes do STF (HC nº 73.119-SP, Rel. Min. Carlos Velloso).

A 6ª Turma deste Tribunal vem comungando do mesmo entendimento:

“RHC — Penal — Lei nº 6.368/1976 (art. 14) e CP (art. 288, redação do art. 8º, da Lei nº 8.072/1990) — O crime definido no art. 14, da Lei nº 6.368/1976 não foi revogado pela redação do art. 288, dada pelo art. 8º, da Lei nº 8.072/1990. Ambos os ilícitos levam em conta a participação plural de pessoas, o que facilita o agente consumar a infração penal. Tais leis consideram duas situações jurídicas que não se confundem. Urge, porém, promover a crítica da cominação das penas. O tipo mais grave não pode contemplar sanção menos rigorosa. A individualização (como princípio), mesmo na primeira etapa (definição legal), precisa ser coerente. Impõe-se, então, corrigir a anomalia e considerar o máximo da pena cominada igual ao art. 288, ou seja — reclusão de 6 anos. Precedente do STF (RHC 4.395/95, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 29/10/96, pág. 41.692).

“Penal. Condenação em primeiro grau, por infração aos arts. 12 (tráfico) e 14 (associação para tráfico de entorpecentes) da Lei nº 6.368/76. Absolvição, em segundo grau, quanto ao crime de associação, ao fundamento de que o art. 14 da Lei nº 6.368/76 foi ab-rogado pelo art. 8º da Lei nº 8.072/90. Absolvição: errônea, pois o art. 8º da Lei de Crimes Hediondos não ab-rogou o art. 14 da Lei nº 6.368/76. Houve tão-somente derrogação do dispositivo da Lei de Tóxicos no que tange à pena. Precedentes do STJ e do STF. Recurso especial provido para “restabelecer” a condenação imposta em primeiro grau” (REsp 29.528/92, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 2/9/96, pág. 31.121)”.

A esses extratos jurisprudenciais, acresce-se o publicado no Informativo STF de 14 a 18 de abril, em que ficou consignado:

“Quadrilha para tráfico: Disciplina aplicável.

— Tratando-se de quadrilha destinada à prática de tráfico de entorpecentes, aplica-se o tipo penal previsto no art. 14 da Lei 6.368/76 (“Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei.”) e a pena cominada no art. 8º da Lei 8.072/90 (“Será de três a seis anos

de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código de Processo Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.”). *Com base em precedentes de ambas as Turmas do STF aplicando interpretação corretiva dos referidos dispositivos, a Turma indeferiu **habeas corpus** em que se pretendia ver reconhecida a revogação do referido art. 14 da Lei de Tóxicos pelo art. 8º da Lei*

8.072/90. Precedente citado: HC 73.119-SP (DJU de 19.4.96). HC 75.046-SP, rel. Min. Moreira Alves, 15.4.97.”

Mantenho a condenação contida no art. 14, da Lei 6.368/76.”

Como, porém, o recurso é do réu, e a aplicar-se a sanção do citado artigo 14, da Lei 6.368/76, importaria em aumento da pena e subsequente **reformatio in pejus**, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 7.083 — MG

(Registro nº 97.0091376-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Geraldo Pereira*

Advogado: *Geraldo Pereira*

Recorrido: *Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*

Paciente: *Geraldo Pereira*

EMENTA: *RHC — Apropriação indébita — Trancamento de ação penal — Exame aprofundado de provas — Impossibilidade pela via eleita.*

— O crime de apropriação indébita, in casu, retenção de verbas trabalhistas pelo advogado, de seu cliente, exigem exame aprofundado de provas, posto que de pronto não se pode chegar a uma conclusão sobre a ocorrência, o que impede o trancamento da ação penal através do uso deste remédio heróico, cuja via é angusta.

— Recurso a que se nega provimento.

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, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo, Felix Fischer, Edson Vidigal e José Dantas.

Brasília, 17 de fevereiro de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 15-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso em **habeas corpus** interposto em favor de Geraldo Pereira contra decisão da E. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que denegou a ordem na qual se pretendia o trancamento da ação penal intentada contra o paciente como incurso nas sanções do artigo 168 do Código Penal (Apropriação Indébita).

Entendeu o E. Tribunal que se tratava de matéria de fato, requerendo exame aprofundado de provas, razão por que denegou a ordem, sobreindo o presente recurso onde o recorrente alega que o cliente dera ao paciente recibo de quitação geral, de maneira que não se poderia falar em apropriação indébita. Alega que não houve coação para assi-

natura do referido recibo, nem qualquer alteração ou simulação no mesmo.

Em contra-razões (fls. 66/67), alega-se preliminar de intempestividade e, no mérito, pugna-se pelo improvimento do recurso.

Foram os autos à douta Subprocuradoria Geral da República que entende não haver ocorrido a intempestividade e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, com efeito, pela certidão de fls. 52, o acórdão foi publicado no dia 11.10.97, que caiu num sábado, logo, considerando-se que a intimação se deu no primeiro dia útil (segunda-feira, dia 13), o prazo para a interposição do recurso iniciou-se dia 14. Protocolado o recurso dia 20.10.97 (fls. 54) não há falar em intempestividade.

No mérito, porém, o recurso não merece prosperar.

Historiando os fatos, diz o v. acórdão de fls. 49 que: “alega o paciente haver prestado serviços advocatícios à Sra. Vagna Vidal de Lima, durante oito anos, pugnando por seus direitos trabalhistas contra o ex-empregador e, falecido este, contra seus herdeiros. Ressalta ter conseguido levar as partes a um acordo (fls. 18) repassando à sua constituinte a quantia de R\$ 300,00, fruto des-

se acordo, oportunidade em que lhe fora passado recibo de plena quitação (fls. 09).”

No entanto, nas informações de fls. 30/31, ressalta o MM. Juiz que: “... realmente, juntou o impetrante o recibo de fls. 171, entretanto nele não se fala em valor, não se fala na data da celebração do acordo firmado entre partes, nem datado está o recibo. Ocorre que o recibo está pulverizado pelas declarações da vítima em fls. 173. Por outro lado, confessa o réu que realmente recebeu 500.000,00, tendo repassado somen-

te 80 mil cruzeiros para a vítima, como confessa na fase indiciária...”.

Assim, conforme iterativa jurisprudência deste E. Superior Tribunal, em face da necessidade de exame aprofundado de provas, posto que de pronto não se pode chegar a uma conclusão sobre a ocorrência ou não do crime de apropriação indébita, não se pode, por meio deste remédio, cuja via é angusta, trançar-se a ação penal.

Portanto, conheço do recurso e lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 7.137 — MG

(Registro nº 98.0000518-8)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Felicio Alves de Lima e Silva*

Advogado: *Felicio Alves de Lima e Silva*

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

Paciente: *Felicio Alves de Lima e Silva*

EMENTA: Penal. Processual. Denúnciação caluniosa. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Habeas corpus. Recurso.

1. Somente com o arquivamento do inquérito policial ou absolvição irrecurável em favor do denunciado, é possível qualquer iniciativa no sentido do processo por denúnciação caluniosa.

2. Ausência de justa causa para a persecução penal.

3. Recurso conhecido e provido.

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, dar provimento ao recurso para trancar a ação penal instaurada contra o ora paciente. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas, José Arnaldo e Felix Fischer.

Brasília, 07 de abril de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 04-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: O Ministério Público do Estado de Minas Gerais denunciou Felício Alves de Lima e Silva, sob a acusação de denúncia caluniosa contra Gustavo Adélio Ferreira, Delegado de Polícia de Eugenópolis/MG, e Lauro Sérgio Leal, advogado naquela Comarca.

A Ação Penal foi instaurada, e ele, Felício, quer trancá-la alegando inépcia da denúncia. Diz não ter praticado nenhum ato calunioso em desfavor das alegadas vítimas, e que, mesmo se assim não fosse entendido, as mesmas não se viram indiciadas ou responderam a qualquer inquérito policial ou ação penal, desconfigurando-se a tipicidade da conduta imputada.

O colegiado mineiro não conheceu da impetração. Daí, a interposição de Recurso Ordinário, por mim relatado, no qual ficou ementado:

“Penal. Processual. Denúnciação caluniosa. Ação penal. Trancamento. Atipicidade. Habeas corpus. Recurso.

1. A alegação de atipicidade da conduta, na hipótese de denúncia caluniosa, pode ser apreciada mediante simples consulta a peças do processo.
2. Recurso parcialmente provido para determinar ao Tribunal estadual que aprecie a alegação de atipicidade da conduta.” (RHC 5.312/MG, DJ 26/05/97)

Retornando os autos à instância **a quo**, o Tribunal mineiro agora denegou a ordem, refutando os argumentos de inépcia da denúncia.

Novo Recurso Ordinário, a mim distribuído por prevenção. Reitera as argumentações de que a ação penal pela prática de denúncia caluniosa exige dolo direto, antecedente e provado. A simples dúvida exclui o dolo, pois a figura típica requer que o sujeito tenha plena certeza da inocência da vítima; nem mesmo o dolo eventual autoriza a propositura da Ação Penal.

O Ministério Público Federal, nesta instância, opina pelo provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhores Ministros,

a ação incriminada consiste em fazer movimentar a máquina policial ou judiciária, imputando-se a prática de conduta delituosa contra pessoa de que sabe ser inocente.

Segundo a mais corrente jurisprudência sobre a matéria, sua consumação só se dá com a instauração de investigação policial mesmo que ainda não seja aberto inquérito — ou com a propositura da ação penal contra a vítima. Evidentemente, se o inquérito foi instaurado, somente após o seu arquivamento será possível se imputar a alguém o crime de denunciação caluniosa. O mesmo entendimento há de ser usado com relação à ação penal, pois apenas se configura o delito em apreço após o término, com a absolvição irrecorrível do denunciado, que, por si só, não prejulga o denunciante.

Essa também é a orientação do eminente jurista **Magalhães Noronha**, em seu “Direito Penal”, Sarai-va, 20ª ed., 1995, vol. 4:

“... se foi instaurado procedimento contra o denunciado, a de-

cisão proferida nesse processo (arquivamento do inquérito ou absolvição final do imputado) deve ficar subordinada à relativa ao denunciante. Há perigo de decisões antinômicas e, de qualquer modo, risco de prejuízo para a Justiça. Se assim não for, pode acontecer que, julgado primeiramente o denunciante e sendo absolvido, o denunciado, cujo processo ainda não tocou ao termo, fique prejulgado. Ao contrário, se absolvido o denunciado nem por isso haverá prejulgamento do denunciante, pois, além da inocência daquele, é mister demonstrar-se que o segundo tinha ciência dela.”

Aqui, sequer foi instaurado inquérito policial, nem mesmo oferecida denúncia, não havendo de se cogitar do delito em apreço, justamente por lhe faltar esse elemento objetivo.

Assim, dou provimento ao recurso para trancar a ação penal instaurada contra o ora paciente.

É o voto.

RECURSO EM **HABEAS CORPUS** Nº 7.216 — SP

(Registro nº 98.0004035-8)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Arlindo Joaquim de Souza*

Advogados: *Marco Antonio Volpon*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*

Paciente: *Arlindo Joaquim de Souza*

EMENTA: *Penal. Processual. Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores. Prova lícita. Princípio da proporcionalidade. Habeas corpus. Recurso.*

1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.
2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.
3. Precedentes do STF.
4. Recurso conhecido, mas não provido.

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, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas, José Arnaldo e Felix Fischer.

Brasília, 28 de abril de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 25-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Consta dos autos que Arlindo Joaquim de Souza, advogado de uma instituição financeira em São Paulo, teve sua conversa telefônica gravada pelo outro interlocutor, cujo teor revestia a prática de conduta delituosa.

Representado à autoridade policial, este, de posse das fitas gravadas, determinou a realização de perícia para a degravação das conversas. Esta é a inconformação do ora recorrente. Diz ser ilícita a prova produzida, ferindo direito constitucional de inviolabilidade da comunicação telefônica.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, julgando Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão denegatória de **habeas corpus**, negou-lhe provimento, por entender que a produção da prova mostrou-se lícita, nos moldes da nova Lei 9.296/96.

Agora, vem com este Recurso Ordinário, reiterando as argumentações expendidas na impetração originária.

O MPF, nesta instância, opina pelo não provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhores Ministros,

vou resumir-lhes o fato: o paciente, na condição de representante judicial de uma empresa privada, ajuizou várias ações, relativas a débitos, contra Marcelo Francisco Calil de Oliveira e sua esposa. Ocorre que, no decorrer das lides, houve contato telefônico entre os réus e o advogado da autora, no caso, o paciente, ocasião em que aqueles, sem o consentimento deste, e mais ainda, sem qualquer autorização judicial, gravaram a conversa, cujo teor revestia a prática de ilícito penal.

Quer agora impedir a degravação da fita, ou se já transcrita, proibir sua juntada aos autos, ou ainda, se já juntada, desentranhar e inutilizar a transcrição.

Na vigência do direito anterior a 1988, o art. 153, § 9º não previa nenhuma exceção ao sigilo das comunicações telefônicas. Não fazia, em suma, nenhuma exigência de reserva de lei. Mas como existem os limites imanentes, entendia-se que a interceptação com autorização, nos termos do Código Brasileiro de Telecomunicações, era válida. Agora na CF de 1988, há expressa exigência de reserva legal; mais precisamente, nela está contemplada uma reserva legal qualificada. Logo, sem lei, a interceptação telefônica constitui prova ilícita, inadmissível.

As reiteradas decisões judiciais, principalmente do STF, no sentido de garantir a fiel vontade do poder constituinte, levou o legislador infraconstitucional a dar prioridade ao assunto. Elaborou a Lei 9.296/96, com o propósito de regulamentar o inciso XII, do art. 5º, da CF.

Diz o art. 1º da referida lei:

“Art. 1º — A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do Juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.”

Cabe-nos, agora, definir o termo “interceptação telefônica” em sentido amplo. Para **Luiz Flávio Gomes**, “interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. Na lei, a expressão tem outro sentido, qual seja, o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação” (in “Interceptação Telefônica”, pág. 95).

É da sua essência, no sentido legal, a participação de um terceiro, uma ingerência externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado. Essa ingerência tanto pode ser feita sem o conhecimento dos interlocutores (interceptação telefônica no sentido estrito) ou como com o consentimento de um dos interlocutores (escuta telefônica). Mas uma coisa é certa: ambas, se devidamente autorizadas, nos termos da Lei 9.296/96, constitui prova lícita e admissível; se não autorizada, além de não ser admitida como prova, configura crime.

A problemática surge quando se diz respeito à gravação telefônica, que consiste na captação da comu-

nicação telefônica por um dos comunicadores sem o conhecimento do outro. É indubitável que as gravações telefônicas estão fora da disciplina jurídica da Lei 9.296/96. Daí o fato de a doutrina falar em “gravações clandestinas”.

Existem 02 (duas) correntes jurisprudenciais a respeito da matéria.

A primeira, defendida pelo mesmo **Luiz Flávio Gomes**, entende ilícita a gravação telefônica. Para ele, “a Constituição não apenas veda a interferência de um terceiro nas comunicações, senão que protege de modo inequívoco o direito à intimidade. O que cabe realçar na gravação clandestina é a sua surpresa, o que a torna moralmente reprovável. Uma coisa é expressar o pensamento sem saber da gravação, outra bem distinta quando se toma conhecimento dela.” (pág. 107).

Essa era, aliás, a posição adotada pelo STF. Na Ação Penal nº 307/DF, relator Ministro Ilmar Galvão, em decisão plenária, firmou-se o entendimento da inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica, por ter sido feita com a inobservância do princípio do contraditório e utilizada com violação à privacidade alheia. Na ocasião, salientou o Ministro Celso de Mello que “a gravação de conversa telefônica com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse

procedimento, precisamente por realizar-se de modo sub-reptício, envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio.”

Uma outra corrente, mais recente, seguida, dentre outros, por **Rogério Schietti Cruz**, admite a liceidade da prova obtida por esse meio de gravação telefônica.

Neste STJ, já foi defendida pelo Ministro Eduardo Ribeiro, em voto-vista dado no REsp 9.012/RJ, cuja decisão foi publicada no DJ de 14/04/97:

“Importante frisar que não se trata da interceptação da conversação alheia, hipótese do RE 85.439 de que foi relator o Ministro Xavier de Albuquerque (RTJ 84/609). No caso em exame a prova foi apresentada por um dos interlocutores.

Tenho para mim que inexistente a pretensa ilegitimidade. Ilícita é a gravação de conversa alheia, o que envolve mesmo a prática de crime. Nenhum impedimento existe, entretanto, a que um dos participantes da mesma queira resguardar-se, mediante o registro fonográfico e, salvo justificáveis exceções, dele se utilize como prova.

Dir-se-á que, de um modo ou outro, se estará violando o sigilo garantido às comunicações telefônicas. O argumento que vai lançado, prova, entretanto, demais. A acolhê-la, seria mister reconhecer que vedado aos próprios in-

terlocutores revelar o conteúdo da conversa, o que parece absurdo. Entretanto, se se admite possa um deles transmiti-lo a terceiro, não se vislumbra por que não lhe seja dado demonstrar, mediante o registro feito, que está a dizer a verdade.

(...)

Considero que, em regra, quando alguém mantém determinada conversação, seja pessoalmente, seja com o uso de meios eletrônicos, arrisca-se a ver a mesma divulgada, o que configurará, quando muito, uma inconfidência, cujo grau de censurabilidade não chega a tornar ilícita a prova.

(...)

Em suma, o que não se tolera é a indevida escuta de conversa telefônica alheia, como não se admite a violação de correspondência. Não, a divulgação por quem participou de uma, ou foi destinatário de outra. E se a divulgação, em regra, é tolerável, mais vale se faça de modo a garantir a fidelidade ao que efetivamente ocorre.”

É essa a corrente à qual me filio, seguindo, inclusive, entendimento reformado da Suprema Corte no HC 75.338/RJ, julgado em 11 de março próximo.

Entenderam os ministros do STF que a utilização de fita cassete com gravação de conversa entre duas pessoas, sem o conhecimento de uma das partes, não é interceptação telefônica (que envolveria uma

terceira pessoa e só pode ser realizada mediante autorização judicial), e assim, lícita tal gravação como prova para o processo penal.

O Ministro Nelson Jobim, relator do processo, evocou a questão de não se poder colocar de lado a proteção ao interesse do Estado. E afirma em seu voto, que “a Constituição não trata da privacidade como direito absoluto. E há momentos em que o direito à privacidade se conflita com outros direitos, quer de terceiros, quer do Estado”. Trata-se da subsunção ao Princípio da Proporcionalidade: as normas jurídicas constitucionais se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere detrimento aos direitos por ela conferidos, ou seja, ponderados os direitos em conflito, prevalece aquele mais valorado. E continua, “é inconsistente e fere o senso comum — fonte última da proporcionalidade — falar-se em violação do direito à privacidade quando a própria vítima grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.”

Apesar da perplexidade que possa causar, esse entendimento não é recente. O STF há muito tempo admite as gravações telefônicas como prova criminal. Posso citar o caso em que o Supremo recebeu a denúncia contra o ex-ministro Antônio Rogério Magri, em condições semelhantes. Na ocasião, o relator, Ministro Carlos Velloso, fez uma distinção entre uma gravação efetuada por terceiros, que intercepta uma conversa de duas outras pessoas, da

gravação que se faz para documentar uma conversa entre duas pessoas. Concluiu seu voto, já na época, que poderia haver, em tal caso, violação a preceitos éticos.

Outro dado jurisprudencial que tive acesso foi aquele quando, já no início deste ano, o deputado Maurício Requião divulgou o conteúdo de conversas telefônicas com funcionários do Ministério da Saúde. Nos diálogos, ficava evidente que o Ministério só liberaria recursos do orçamento para emendas de parlamentares que votassem a favor do governo. Nesse caso, a gravação também foi aceita.

Não é diferente do que entende **José Carlos Barbosa Moreira**. Para o jurista, “os interesses e valores que as inspira não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita.” (A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas, Revista da Fundação Escola Superior do MPDFT, Brasília, jul./dez. 1995).

Assim, diante dessas considerações, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 7.223 — SP
(Registro nº 98.0004690-9)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Flávio Américo Frasseto*

Advogado: *Dr. Flávio Américo Frasseto*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *Joelson dos Santos*

EMENTA: Menor infrator. Internação. Art. 122 do ECA.

— Habeas corpus. Incensurabilidade de sua denegação, à míngua da ilegalidade suscitada sobre aplicação da medida a caso outro que não os arrolados naquele dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, desde que aplicada como justificada forma de preservação do próprio menor.

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, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Felix Fischer e Edson Vidigal. Ausente, ocasionalmente, o Ministro José Arnaldo.

Brasília, 16 de abril de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

Publicado no DJ de 18-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Cuida-se de recurso ordinário contra a denegação de **habeas corpus** assim relatada:

“Menor — Ato infracional similar ao tráfico de entorpecentes. Inconformismo quanto à internação em função da primariedade do infrator. Justificada a medida em face da gravidade da infração e circunstâncias pessoais do jovem, que não estuda e nem exerce qualquer atividade lícita. Ordem denegada.

Voto do Relator.

Habeas corpus impetrado pelo advogado Dr. Renato Isnard Khair em benefício do adolescen-

te Joelson dos Santos, internado por determinação do MM. Juiz de Direito da Infância e Juventude da Comarca de Guarulhos.

Alega o impetrante que a primariedade do paciente e a ausência de violência no cometimento do ilícito autorizam a concessão da liberdade.

Prestadas as informações pela autoridade coatora (f. 16), sobreveio decisão denegatória da liminar (f. 13).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 21/22). — fls. 29.

O recorrente reitera as razões da inicial, pelo que, nesta instância, o Subprocurador-Geral Ribeiro de Bonis é de parecer contrário ao recurso, conforme ementa:

*“Ementa: Recurso em **habeas corpus**. Internação de menor. Art. 122 do ECA. O art. 122 do ECA elenca algumas das hipóteses em que a medida sócio-educativa se mostra compulsória, mas não impede sua aplicação a outras situações como forma de preservação do próprio menor.” — fls. 51.*

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, da mesma forma como o parecer se houve em louvores aos fundamen-

tos do v. acórdão atacado, também eu aos mesmos me reporto:

“Conforme asseverou o V. Ares-to recorrido “a internação, prevista no art. 122 do ECA, elenca algumas hipóteses em que a medida se mostra compulsória, *mas não im-pede que seja estendida a outras situações, como forma de preservação do próprio menor*”.

A atacada medida sócio-educativa, adequadamente dosada, considerou a gravidade da infração e, ainda, o fato de que o menor não estuda e nem exerce qualquer atividade laborativa.

Assim, tal como concluiu o V. Julgado da Corte inferior, inócua seria a aplicação de medida mais branda, o que concorreria para estimular a reiteração, já que as condições pessoais do menor e o tipo de infração — tráfico de entorpecentes — estavam a exigir medidas extremas.

Inocorre, pois, a pretendida ofensa ao art. 5º, inc. XXXIX, da Lei Magna. Ao contrário, o sóbrio e regular **Decisum** apoiou-se nos

artigos 99 e 100 do ECA, em proteção à sociedade e ao próprio menor.

Quanto à questão da primariedade do ora Paciente, uma vez mais pedimos **venia** para citar o Venerando Acórdão guerreado, adotando-o como razões de opinar, **verbis**:

“A despeito de sua primariedade concluo, como o magistrado atacado, que a medida de internação é a mais adequada, visando a proteção do jovem, com vistas a assegurar-lhe desenvolvimento sadio, em condições dignas, afastando-o do envolvimento infracional, presupondo a omissão dos pais e conduta desvirtuada (art. 98, II e III, do ECA), exigindo a intervenção do Poder Público para restabelecer as condições em que possa desenvolver-se com dignidade, recebendo a educação necessária a viver em comunidade.” — fls. 30.” — fls. 52/53.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 7.405 — SP

(Registro nº 98.0019764-8)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrentes: *Marcelo Braz Fabiano e outro*

Advogados: *Marcelo Braz Fabiano e outro*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *Silvia Piantino de Oliveira*

EMENTA: *Penal. Processual. Prisão em flagrante. Habeas corpus. Recurso.*

1. O habeas corpus é remédio constitucional que se presta a amparar quem esteja sofrendo violência ou coação em sua liberdade de locomoção, ainda que indiretamente.

2. Não há interesse jurídico àquele que pretende anular o auto de prisão em flagrante, e já foi beneficiado com a liberdade provisória, se existem outras provas veementes de sua autoria.

3. Recurso conhecido e não provido.

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, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas, José Arnaldo e Felix Fischer.

Brasília, 07 de maio de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 01-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Presa em flagrante, após obter vantagem indevida de uma cliente, a pretexto de livrá-la da instauração de inquérito junto a um agente de polícia, Sílvia Piantino de Oliveira, advogada, diz, neste ha-

beas corpus, estar sofrendo constrangimento ilegal.

Sustenta que o auto de prisão em flagrante é ilegal, uma vez que não estava em situação de flagrância, pois o delito de concussão, que consta na nota de culpa, é de natureza formal. Como a consumação ocorreria uma semana antes, ou seja, no momento em que exigiu a indevida vantagem, não poderia ser presa quando recebia o dinheiro de sua cliente. Quer que seja reconhecida a ilegalidade da prisão em flagrante, bem como a anulação do respectivo auto e do ato que arbitrou o pagamento da fiança.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou a ordem, sob o argumento de que, com base nas investigações posteriores, o MP Estadual denunciou a ora paciente, não pelo crime de concussão, mas pelo crime de tráfico de influência (CP, art. 332), já que afastado o envolvimento do funcionário da Delegacia na exigência do dinheiro. Sendo crime material, sua consumação

só se daria com o efetivo recebimento da vantagem indevida, admitindo-se a prisão em flagrante naquele momento.

Vem agora com este Recurso Ordinário, reiterando as argumentações expendidas na impetração originária.

O MPF, nesta instância, opina pelo não provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhores Ministros, a paciente foi presa em flagrante por fatos que, ao que tudo parecia, configurava o crime de concussão (CP, art. 316). Após o pagamento de fiança, obteve o benefício da liberdade provisória.

O **habeas corpus** é remédio constitucional que se presta a amparar quem esteja sofrendo violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Aqui, não me parece esteja a ora paciente sofrendo qualquer espécie de ilegalidade no seu direito de ir, vir e ficar.

Não vislumbro interesse jurídico, por esta via do **habeas corpus**, a anular o auto de prisão. Esse documento, já na esfera da **persecutio criminis in iudicio**, serve, tão-somente, para estabelecer os indícios racionais de autoria, pelo menos em

tese. Ocorre que existem outras provas nos autos que a incriminam, como a degravação de conversa telefônica, juntada às fls. 85/97, e até suas próprias declarações. Então qual seria o interesse da paciente em anular o referido auto de prisão em flagrante? Pelo menos nos autos não consta qualquer prova nesse sentido.

Parece-me que o que se busca, na verdade, tem cunho puramente econômico, pois a anulação do auto de prisão em flagrante, via de consequência, faria anular o ato que arbitrou a fiança em valor consideravelmente elevado, R\$ 3.000,00 (três mil reais); e essa pretensão não tem guarida em sede de **habeas corpus**.

Ademais, apenas para efeito de esclarecimentos, devo dizer que, ao contrário do que sustentam os recorrentes, a legalidade da prisão em flagrante tem apoio na adequação entre a efetiva conduta delituosa e a respectiva possibilidade legal. Por outras palavras, a sua ilegalidade somente se configura quando a real conduta delituosa (aqui, o tráfico de influências), e não aquela presumida pelos agentes que procederam à prisão (no caso, a concussão), não a admite, por qualquer motivo que seja.

Assim, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7.977 — SE

(Registro nº 96.0077248-7)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Relator para acórdão: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Mirena Dantas Fontes Góes*

Advogado: *Marcello Lavenere Machado*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe*

Recorrido: *Estado de Sergipe*

Advogados: *José Alcides Vasconcelos Filho e outros*

Sustentação Oral: *Dr. Marcello Lavenere Machado (p/recte.)*

EMENTA: Administrativo — Magistrado — Representação — Admissibilidade sem observância das formalidades legais — Nulidade.

— A representação visando a disponibilidade de magistrado está condicionada à autorização estabelecida no § 2º, do art. 27, da Lei Complementar nº 35/79, sem o que deve ser anulado o processo desde aquele momento, a fim de que seja cumprida tal formalidade.

— Recurso provido em parte.

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 do recurso e, por maioria, dar-lhe parcial provimento para anular o processo. Os Srs. Ministros José Arnaldo, Felix Fischer e Edson Vidigal votaram com o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini, que lavrou o acórdão. Votou vencido o Sr. Ministro-Relator.

Brasília, 03 de junho de 1997
(data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator para acórdão.

Publicado no DJ de 13-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A espécie assim foi relatada pelo Des. Gilson Gois:

“A doutora Mirena Dantas Fontes de Góes, Juíza de Direito em disponibilidade, alegando direito líquido e certo e mediante argumentações de existência de cerceamento defensivo, vício insanável do v. Acórdão n. 1.026/94, ofensa ao devido processo legal por desrespeito ao princípio da proporcionalidade da pena e de obediência decisória aos termos dos artigos 46 e 27 da LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura) — Lei Complementar n. 35/79, impetrou *mandado de segurança contra ato* do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, requerendo liminarmente a outorga judicial imediata de seu retorno ao exercício da Magistratura na 6ª Vara Criminal desta Capital, e a ratificação desta decisão quando do julgamento final do **mandamus**.

Anexou instrumento de mandado, visto às fls. 10, juntando também documentos de fls. 11 a 78 dos autos.

Às fls. 79, verso dos autos, há despacho desta relatoria não conhecendo do Mandado de Segurança, sob o fundamento de não ser o mesmo cabível contra decisão do Tribunal Pleno, entendendo **a priori**, não conter essa competência dentro da definição estabelecida no artigo 106, inciso I, letras **d** e **e**, da Constituição Estadual.

Desta decisão houve interposição de Agravo Regimental pela impetrante, onde ao examinar amiudamente os termos do arti-

go epigrafado, pode-se constatar que, embora a Constituição Estadual não faça elencar no seu conteúdo a competência do Tribunal Pleno para julgar os Mandados de Segurança contra suas próprias decisões, também assim não o proíbe e nem exaure as hipóteses de cabimento, passando portanto tal competência a ser regulada pelo que dispõe a lei ordinária correspondente, que é justamente o Código de Organização Judiciária, onde o seu artigo 26, inciso XVI, alínea e, viabiliza o seu conhecimento, pelo que foi então proferida decisão, sob exercício do juízo de retratação, tornando insubsistente o despacho anteriormente emitido e passando então a conhecer da segurança impetrada.

Às fls. 83 dos autos há despacho denegativo da liminar pleiteada no presente Mandado de Segurança e determinação para que fosse notificada a autoridade coatora para prestar informações.

Em seguida, a Excelentíssima Senhora Presidenta deste Egrégio Tribunal de Justiça, eminente Desembargadora Clara Leite de Rezende, na representação legal da legitimação passiva do **mandamus**, apresentou informações pertinentes a esta relatoria refutando todas as alegações da impetrante, colacionando documentos do mesmo jaez e requerendo afinal a denegação do *writ*. (conf. fls. 87 a 117).

A douta Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, apre-

sentou parecer da lavra ilustre do doutor Darcilo Melo Costa, que após minuciosa análise, propugnou pelo indeferimento da Segurança requerida.” — fls. 134/35.

Denegou-se a segurança por acórdão com a seguinte ementa:

“Mandado de segurança — Juíza de direito em disponibilidade — Acórdão atacado — Nulidades — Inocorrência — Ratificação decisória.

Denega-se a Segurança impetrada contra Acórdão do E. Tribunal de Justiça que decidiu pela aplicação da pena disciplinar de disponibilidade por motivo de interesse público à Magistrada, quando ausentes quaisquer dos motivos alegados na impetração. Legalidade decisória. Direito líquido e certo inexistente. Denegação do *writ*. Decisão unânime.” fls. 133.

Em seu recurso de fls. 147/158, a impetrante reitera as alegações da inicial, tecendo críticas ao julgado, para afinal concluir:

“De tudo quanto se expôs, a conclusão transparente que resta é a da procedência deste ROMS, por seus fundamentos, devendo ser cassado o acórdão recorrido para se anular o inquérito administrativo **ab initio** e por via de consequência a decisão nele proferida, retornando de imediato a Recorrente ao exercício de suas funções de juíza.

Se V. Exas. decidirem apreciar o mérito, seja julgado procedente este ROMS para ser concedida a segurança impetrada contra a decisão que puniu a Magistrada, sendo a mesma absolvida das acusações que lhe foram imputadas.

Em última hipótese, e, admitindo-se apenas para argumentar, apreciando o mérito da punição aplicada, seja considerada desproporcional a pena de disponibilidade a bem do serviço público, e aplicada outra pena de menor gravidade guardando conformidade com a natureza da falta eventualmente cometida.” — fls. 157/58.

Contra-razões do Estado a fls. 182/84.

Nesta instância, o parecer do Subprocurador-Geral Wagner de Castro é pelo improvimento do recurso, com forro nas informações da autoridade impetrada — fls. 189/92.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, a fazer-se melhor resumo da irrisignação da recorrente, esse consistiria da colação dos dispositivos arrolados sob irrogação de infringidos por cerceamento de defesa, ofensa ao devido processo legal e ao princípio da proporcionalidade da pena (arts. 27 e 46 da Lei Complementar 35/79 LOMAN).

Ao propósito dessa invocação legal, convenha-se que, no quanto foi possível extrair-se da inicial a indicação factual de que consistiriam tais irrogações, a todos os v. acórdãos recorridos responderam pela negativa da ofensa. Confira-se o acerto com que, em boa técnica, o voto condutor exaustivamente o fez:

“Delineados os parâmetros que igualmente acompanho na identificação da certeza e liquidez do direito pleiteado na via mandamental, passo a examinar detidamente os argumentos lançados pela impetrante, sem precedência compulsória de análise de qualquer deles, uma vez que todos giram em torno de um cerne único, ou seja, objetivam a nulidade do venerável Acórdão n. 1.026/94 da emissão deste Egrégio Tribunal, que decidiu majoritariamente pela aplicação da pena de disponibilidade à Magistrada impetrante.

A impetração sustenta a *existência de cerceamento defensivo, vício insanável do referido Acórdão, ofensa ao devido processo legal por desrespeito ao princípio da proporcionalidade da pena e desobediência decisória aos termos dos artigos 46 e 27 da LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura) — Lei Complementar n. 35/79.*

Em sumário histórico indispensável, retorno ao versado para lembrar aos senhores pares que a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Sergipe promoveu sindicância e posteriormen-

te a Representação n. 01/94 contra a Doutora Mirena Dantas Fontes de Góes, Juíza de Direito titular da 6ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju (Auditoria Militar), por grave violação dos seus deveres de Magistrada, restando indevidamente e por muitos anos inúmeros autos de processos, como também pelo descumprimento de determinações emanadas por superiores hierárquicos, na forma do que dispõe o artigo 175, I e II da Lei 2.246/79, que instituiu o Código de Organização Judiciária.

Assim, no julgamento do referido processo de Representação, em sessão plenária restou proferido o venerável Acórdão, ora atacado, que, indeferindo a preliminar de nulidade do processo e rejeitando a prejudicial de prescrição, resolveu no mérito e sob fundamento no que dispõe o artigo 93, inciso VIII, da vigente Constituição da República, aplicar à representada a pena de disponibilidade.

Inicialmente, registre-se por oportuno notar que as alegações que fundamentam o presente **mandamus** são efetivamente genéricas e desprovidas da exigente comprovação de plano, porque a impetrante limitou-se a atacar fatos e procedimentos do julgamento, sem contudo conseguir correlacioná-los com a lei correspondente na demonstração de suposta nulidade, *senão vejamos:*

No que tange à alegação de que o processo estaria viciado por de-

sobediência aos termos dos artigos 27 e 46 da LOMAN; tal assertiva não tem certamente qualquer amparo, estando a merecer transcrição os citados dispositivos, o que mesmo considerando um tanto quanto enfadonho por ser de literalidade conhecida e inclusive já registrado fielmente às fls. 92/3 destes autos pela insigne autoridade impetrada, entendo de necessária repetição neste voto para constatar-se claramente que nenhum procedimento ali exigido foi olvidado ou negligenciado pelos condutores processantes ou julgadores que cancelaram o v. Acórdão, *conforme se vê*:

“Art. 46 — O procedimento para decretação da remoção ou disponibilidade de magistrado obedecerá ao prescrito no artigo 27 desta Lei.”

.....
“Art. 27 — O procedimento para decretação da perda do cargo terá início por determinação do tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º — Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de 15

(quinze) dias, contados da entrega da cópia da teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o presidente do tribunal, mediante ofício, nas 48 (quarenta e oito) horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação.

§ 2º — Findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o presidente, no dia útil imediato, convocará o tribunal ou o seu órgão especial para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do processo, e, caso determinada esta, no mesmo dia distribuirá o feito e fará entregá-lo ao relator.

§ 3º — O tribunal ou seu órgão especial, na sessão que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o magistrado do exercício de suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e vantagens até a decisão final.

§ 4º — As provas requeridas e deferidas, bem como as que o relator determinar de ofício, serão produzidas no prazo de 20 (vinte) dias, cientes o Ministério Público e o magistrado ou o procurador por ele constituído, a fim de que possam delas participar.

§ 5º — Finda a instrução, o Ministério Público e o magistrado ou procurador terão, sucessivamente, vista dos autos por 10 (dez) dias, para razões.

§ 6º — O julgamento será realizado em sessão secreta do tribunal ou de seu órgão especial, depois de relatório oral, e a decisão no sentido da penalização do magistrado só será tomada pelo voto de dois terços dos membros do colegiado, em escrutínio secreto.

§ 7º — Da decisão publicar-se-á somente a conclusão.

§ 8º — Se a decisão concluir pela perda do cargo, será comunicada imediatamente, ao Poder Executivo, para a formalização do ato.”

Diante dos textos epigrafados em cotejo com todo o processamento da representação, onde estaria a “desobediência” indigitada pela impetrante que tivesse o condão de inquinar de nulidade a decisão profligada?

Esta é uma pergunta que nem mesmo a impetrante sabe a resposta, porque simplesmente não existe, tanto que embora lhe competisse, não logrou especificar, uma vez que toda a tramitação foi severa e criteriosamente obedecida no processo em relação ao que mandamenta a legislação, tendo a magistrada sido instada, inclusive por duas oportunidades, para manifestar-se sobre a devoção dos autos, onde ela sim desobedeceu às autoridades hierarquicamente superiores em tal determinação, mesmo assim apresentou defesa prévia, arrolou testemunhas que foram devidamente inquiridas, juntou documentos

*e apresentou razões derradeiras, exercendo plenamente o seu direito defensivo, restando entender tal argumento atacante como uma forma genérica de querer justificar, **permissa venia**, essa absurda impetração.*

Já no que concerne à assertiva de que foi alvo de *cerceamento do direito de defesa*, porque teria sido compelida a ajuizar Mandado de Segurança *para ter vista dos autos*, mais uma vez que desmoronam as alegações da postulante mandamental, *primeiro porque*, como já dito, sua defesa foi ampla e o pedido de vista naquele instante, como bem justificou o ilustre relator Desembargador Artur Oscar de Oliveira Déda, “implicaria em subversão da ordem processual”, posto que o processo estava em fase probatória, sendo ouvidas testemunhas, não cabendo vista à impetrante, mas o que foi feito logo após a referida fase. E *segundo porque*, o Mandado de Segurança n. 22/94, a que se refere a Magistrada, já foi julgado prejudicado, através do v. Acórdão n. 249/94, cuja cópia ela mesma anexou aos autos às fls. 69 a 72, decisão esta que inclusive já transitou em julgado, restando pois em **res judicata**, não podendo seu conteúdo ser reapreciado no Mandado de Segurança ora em julgamento.

Partindo agora ao exame de outra das alegações feitas no Man-

dado de Segurança, ou seja, *a de que há vício insanável do Acórdão n. 1.026/94, por não conter em seu bojo a íntegra do respeitável voto vencido do eminente Desembargador Epaminondas Silva de Andrade e Lima*, tem-se mais uma vez a conclusão de que a Magistrada punida e irresignada procura a todo custo motivos para a impetração, chegando a associar procedimentos normais como irregulares e ilegais, na vã tentativa de nulificar o v. Acórdão; porque efetivamente tal afirmação não procede, posto que o eminente Desembargador, autor do único voto divergente na referida decisão, mesmo com os autos remetidos pelo relator para manifestar-se, exerceu tão-somente a faculdade de não consignar no Acórdão a integralidade do seu voto, não havendo inclusive nenhum ordenamento regimental que imponha tal procedimento, por isso apenas cancelou o instrumento e registrou, *do próprio punho*, o seguinte: “consoante o voto proferido na sessão plenária e devidamente gravado pelo sistema de áudio do pleno deste Egrégio Tribunal de Justiça”, conforme consta do Acórdão às fls. 151 dos autos de Representação, apenso a estes autos de Mandado de Segurança, que também o reproduz às fls. 23.

Outra *alegação também sob a atribuição de “vício insanável”* é de que o v. Acórdão consigna duas faltas para uma só penalidade, entendendo a impetrante que tenha aí ocorrido **bis in idem** e que

na verdade tais faltas giram em torno de um único fato, ou seja, retenção de autos.

Com muita propriedade foi o que disse sobre o assunto o ilustre Procurador de Justiça em seu parecer às fls. 127 destes autos “a assertiva, Egrégio Tribunal, é estarrecedora! ... Considerando a reiteração pela impetrante das constantes retenções indevidas de autos de processo e desobediência a ordens de superiores hierárquicos, foi a mesma punida com disponibilidade. Que tem isso a ver com **bis in idem**.”

Evidente que nada tem a ver, e quanto ao fato único equivocase profundamente a impetrante, porquanto a sua punição resulta não só da retenção de autos, que inclusive é ato gravíssimo, diferentemente do que tenta demonstrar a Magistrada, porque foram inúmeros processos estancados por vários anos, alguns inclusive por quase um decênio fora da esfera cartorária a causar prejuízos às partes, enfim, a todos, sem falar ao próprio Poder Judiciário que deve ter hígidez na prestação jurisdicional e o julgamento está sob sua égide, e tudo isso ocorria por ato isolado, exclusivo e de responsabilidade da Magistrada impetrante; mas também a sua desobediência contumaz e reiterada, quando instada por dois Corregedores-Gerais da Justiça, nos exercícios dos seus mandatos, que tiveram ordens de devolução dos autos visceralmente descumpridas pela relutante Magistrada.

No que pertine à *ofensa ao devido processo legal por inobservância ao princípio da “proporcionalidade da pena”*, argumento lançado sob o entendimento da impetrante de que a pena foi severa demais, e na verdade injusta, porque o que cometeu foi ato corriqueiro e trivial dos Magistrados em todo o país, irresignando-se inclusive a impetrante porque mesmo sem transitar em julgado a decisão já foi logo afastada de suas funções judicantes; são alegações que igualmente não podem prosperar.

Ressalte-se por oportuno que esta não é a única representação feita contra a Magistrada-Impetrante, mas a terceira, onde a primeira n. 04/84 teve proferido Acórdão 31/95 onde a mesma foi julgada absolvida e a segunda Representação tombada sob n. 03/89, teve Acórdão sob o n. 271/95 onde restou a magistrada condenada à pena de censura, sob respaldo na norma ínsita no artigo 189, § 2º, do Código de Organização Judiciária do Estado de Sergipe; tendo a terceira, ora em exame, aplicado a pena de disponibilidade diante da gravidade dos fatos apurados e no interesse da Justiça. (*conf. autos apensos*).

Ora senhores Desembargadores, *a retenção indevida de processos e o descumprimento de determinações emanadas por superiores hierárquicos são faltas disciplinares de enorme gravidade como ocorrida no caso dos autos,*

porque, como já dito em linhas volvidas, não se trata de deixar a Magistrada de proferir alguns despachos, sentenças, ou reter alguns autos por curto espaço temporal, como quer demonstrar, mas simplesmente são inúmeros processos (43), todos da Comarca de Aquidabã, de onde a mesma já havia inclusive saído, e que estavam com quase dez anos de retenção indevida e injustificada, causando prejuízos às partes e maculando evidentemente a imagem e reputação do Poder Judiciário. E a desobediência às ordens superiores existiu efetivamente, porque tanto o então Corregedor-Geral da Justiça, o saudoso Desembargador Rinaldo Costa e Silva, como este relator, quando ocupou igual cargo, assinalaram prazo para que a representada-impetrante devolvesse os referidos autos de processo, tendo sido a mesma citada sob chancela pessoal e não cumpriu a determinação e nem sequer ofereceu qualquer justificativa para assim não proceder, sendo portanto totalmente inobediente aos seus superiores hierárquicos, *merecendo sem dúvida a pena de disponibilidade que lhe foi aplicada, não só porque a penalidade de censura já lhe tinha sido ministrada anteriormente, como pelo fato da pena de remoção lhe ser impossível, vez que, como bem lembrou o relator do v. Acórdão censurado, o problema não estava na Vara ou na Comarca, mas em atos próprios da Magistrada a erigir em qualquer delas.*

E quanto ao fato de logo após a publicação do acórdão ter sido afastada de suas funções judicantes foi na verdade uma deferência do Egrégio Tribunal em mantê-la até tal data, porque na verdade, fulcrado no que prevê o artigo 27, § 3º da LOMAN, inclusive já transcrito neste voto, poderia a mesma ter sido apartada no curso do processo, assim não agindo em seu benefício, pelo que não tem a menor procedência tal argumentação.

Assim, a pena de disponibilidade aplicada à impetrante está perfeitamente coerente com os atos por ela praticados, cuja dosagem não escapou do que demonstrou a prova inequívoca dos autos e o que prevê a legislação na espécie, inexistindo cometimento de qualquer ato injusto ou ilegal dos membros do Pretório aplicador.

Antes de finalizar, importa em registrar nesta oportunidade o que foi objeto recente de informação trazida a estes autos pela Excelentíssima Senhora Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, sobre atitudes da impetrante, onde, mesmo após sua condição de disponibilidade, ainda vem a cometer novos atos reprováveis e de extrema gravidade contra partes processuais e ao próprio Poder Judiciário, ratificando por demais a exigência legal e moral de sua penalidade.

Em resumo, a Vara da Auditoria Militar é alvo de novas ações da impetrante, que inclusive já é

do conhecimento da Corregedoria Geral da Justiça, onde tramita nova Sindicância para apuração de fatos denunciados no ofício 404/95, subscrito pelo Juiz Auditor Substituto Dr. Gilson Félix dos Santos, apontando inúmeras irregularidades cometidas pela impetrante, a exemplo de retenção de processos da Auditoria Militar, lançamento no relatório de outros processos como julgados, quando sentenças dos mesmos não existiam, entrada da impetrante nas dependências internas da Vara, inclusive no Gabinete judicial respectivo, mediante uso das chaves ainda não devolvidas, entre outras irregularidades narradas às fls. 89/91 destes autos.

Diante de tudo isto, é mesmo constrangedora a situação de ver de forma clara e absoluta que a impetrante, uma Juíza de Direito, tenha cometido atos dessa natureza e se imponha renitente em reiterá-los, inclusive com maior gravidade, não havendo como esta Egrégia Corte, que prima pela moralidade, ética e imparcialidade de seus ilustres membros em nome do Poder Judiciário e da Justiça, omitir ou negligenciar o cumprimento da lei." — fls. 136/44.

A partir dessa conferência, cabe concordar-se com o parecer antes referenciado, no quanto se pôs em demonstrar a excelência das informações da autoridade indigitada coatora, **verbis**:

“As informações rebatem detalhadamente a argumentação desenvolvida na impetração, calçada aquela peça em farta documentação a ela acostada, além da que se contém nos apensos, destacando-se dela, apenas para não alongar desnecessariamente este parecer, transcrevendo-se, os excertos que seguem:

“.....

Ora, todo procedimento foi cumprido na forma prescrita nos artigos acima epigrafados, tendo a impetrante apresentado sua defesa prévia, arrolado testemunhas que foram inquiridas, juntando documentos, apresentando razões finais, exercendo a plenitude do seu direito de defesa, poupamo-nos de fazer uma apreciação mais minuciosa, uma vez que não indicou a impetrante como, ou onde, foi desobedecido o procedimento estabelecido, limitando-se a dizer que ‘o procedimento rígido estabelecido, especialmente na sua fase de admissibilidade, se constitui em garantia do magistrado, que o órgão disciplinar não pode desconsiderar. O desatendimento de tais regras, constitui causa de nulidade absoluta do processo disciplinar ...’, o que, **data venia**, já é do conhecimento deste Tribunal.” (fls. 93)

.....

É necessário, a esta altura, fazer alguns esclarecimentos, para que não se pense que este Egrégio Tribunal, aqui repre-

sentado por sua Presidenta, não tenha considerado a gravidade da pena de disponibilidade aplicada à impetrante.

Trata-se da terceira representação feita contra a Dra. Mirena Dantas Fontes de Góes. Na primeira representação, de nº 04/84, onde foi proferido o acórdão 31/95, a representada foi absolvida. Na segunda, Representação nº 03/89, onde foi proferido o acórdão 271/95, a representada foi condenada a pena de censura, com fulcro no art. 189, 2º parágrafo, do Código de Organização Judiciária do Estado. Na Representação nº 01/94, cujo acórdão se pretende desconstituir por via deste *writ*, foi aplicada a pena de disponibilidade, por interesse público, prevista no art. 179, IV, da Lei nº 2.246, 26 de dezembro de 1979 (Código de Organização Judiciária de Sergipe), diante da gravidade dos fatos apurados e no interesse da Justiça, foi aplicada a pena de disponibilidade, até porque não era possível a aplicação da pena de remoção, pois, como bem demonstrado pelo Relator, o problema não era da Vara ou da Comarca, conforme aduzido no acórdão nº 1.026/94.” (fls. 94)” — fls. 190/92.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, cha-

mou-me a atenção nos presentes autos a alegação de inobservância do devido processo legal, ao enfoque de que no feito que teve como consequência a colocação em disponibilidade do impetrante, foi desobedecido o § 2º, do art. 37, da Lei Complementar 35/79 (LOMAN), que reza:

“Findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o presidente, no dia útil imediato, convocará o Tribunal ou seu órgão especial para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do processo, e, caso determinada esta, no mesmo dia distribuirá o feito e fará entregá-lo ao relator.”

Ao exame da representação em anexo, verifico que esta formalidade, indispensável a meu ver, para instauração do processo disciplinar não foi cumprida.

Tinha dúvida se essa questão havia sido levantada na inicial, que resta afastada no seguinte trecho da exordial, **verbis**:

“13 — De saída, se constata que foram frontalmente violados os arts. 46 e 27 da LOMAN, lei complementar que não poderia ter sido posta de lado. O procedimento rígido, ali estabelecido, especialmente a sua fase de admissibilidade, se constitui em garantia ao magistrado, que o órgão disciplinar não pode desconsiderar. O desatendimento a tais regras, constitui causa de nulidade absoluta do processo discipli-

nar, como reiteradamente tem decidido a instância superior.”

No recurso ordinário (fl. 153), foram repisados os argumentos de afronta ao § 2º, do art. 27, da LOMAN, nestes termos:

“c) deixou de realizar o juízo prévio de admissibilidade da representação, previsto no art. 27, § 2º, suprimindo assim uma instância ao processo.

Esse Egrégio STJ tem uniforme entendimento jurisprudencial no sentido de considerar nulos os processos administrativos realizados contra magistrado em desobediência às garantias previstas na LOMAN. A título de exemplo, podem ser mencionados dois acórdãos da lavra do E. Ministro Pedro Acioli, o primeiro prolatado no ROMS 0166, 1989, publicado na RSTJ vol. 10, pág. 196 e o segundo, no MS 3.340-6, Piauí, proc. 93.0021344-0.

Nos autos há prova suficiente pela qual garantias fundamentais da Recorrente lhe foram subtraídas, desde a defesa prévia com prazo reduzido, à negativa permanente de acesso aos autos, culminando com a supressão do juízo de admissibilidade, previsto na LOMAN, perderia a sua importância diante da decisão final do Tribunal em aplicar a pena. Não prospera o argumento. A LOMAN ao estabelecer tal solemnidade impôs uma etapa no procedimento que não pode ser considerada, em nenhuma hipótese,

despicienda. Equivale, **mutatis mutandis**, àquela estabelecida no art. 83 da CF, como garantia ao Presidente da República em casos de processo por crime de responsabilidade.

Ou se segue e se obedece à LOMAN, único diploma normativo legitimado a regular os processos administrativos contra magistrado, ou se dá prevalência ao direito local. Na primeira hipótese, a ausência da sessão para se decidir quanto à admissibilidade da representação é supressão de uma garantia, viciadora de nulidade. Representa uma oportunidade de defesa inafastável, ao magistrado que está sendo acusado em processo.”

Ora, a sessão para admissibilidade da representação é uma formalidade estabelecida em lei, que não pode ser ignorada, o que ocorrendo, como **in casu**, acarreta a nulidade do processo.

Não importam os motivos que levaram o tribunal a aplicar a pena de disponibilidade à Magistrada, pois é questão de mérito, que somente, será analisada após a prefacial.

Data venia, entendo deva ser anulado o processo, desde o momento da instauração da representação

sem a autorização determinada no § 2º do art. 27, da Lei Complementar 35/79, a fim de que seja cumprida tal exigência, qual seja a sessão secreta para que seja decidido sobre a instauração do processo.

Com estas considerações, dou provimento parcial ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO: Com esses esclarecimentos, acompanho, com a devida vênias do Sr. Ministro José Dantas, o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezini.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Sr. Presidente, com a devida vênias do Sr. Ministro José Dantas, acompanho o voto do Ministro Cid Flaquer Scartezini.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhores Ministros, com todas as respeitadas vênias, acompanho o voto do Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezini.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 125.675 — SP

(Registro nº 97.0021660-8)

Relator: *O Sr. Ministro José Arnaldo*

Recorrentes: *Oswaldo Boschezzi e outro*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogado: *Dr. Michel David Askar*

EMENTA: *Habeas corpus. Processo Penal. Sentença prolatada. Suspensão do processo. Art. 89, da Lei 9.099/95. Inviabilidade.*

— **Recurso conhecido, mas desprovido.**

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 maioria, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Votou com o Relator o Sr. Ministro José Dantas. Votou vencido o Sr. Ministro Felix Fischer. Ausente, justificadamente, os Srs. Ministros Edson Vidigal e Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 07 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro JOSÉ ARNALDO, Relator.

Publicado no DJ de 18-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO: *Oswaldo Boschezzi e Wanyr Edson Boschezzi, condenados a 8*

meses e 5 dias e a 7 meses, de prisão simples, respectivamente, por violação do art. 58, do Decreto-Lei 6.259/44, interpuseram apelação para o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, tendo a 11ª Câmara negado provimento ao recurso por maioria.

Apresentados embargos infringentes, resultaram rejeitados, por maioria, advindo a presente irresignação por ofensa ao art. 89, da Lei 9.099/95 e inobservância do inciso XL, do art. 5º da Constituição e do art. 2º, do Código Penal, que determinam a retroatividade da lei penal benéfica.

É que, segundo os recorrentes, com o advento da Lei 9.099/95, art. 89, é inafastável a indispensabilidade de remessa dos autos à comarca de origem para as providências de que trata referido dispositivo.

Contra-arrazoado pelo Parquet estadual, o apelo foi admitido pela letra a do permissivo constitucional, e, nesta instância, pronunciou-se o Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): Os recorrentes foram condenados à pena inferior a 1 ano, nos termos da legislação codificada penal, com o benefício do *sursis*.

Interpuseram, então, apelação para fazer incidir a Lei 9.099, de 26.9.95, não lograram, contudo, êxito, daí ter insuflado esta instância superior, limitada a irresignação a se conferirem os efeitos da retroatividade da suspensão condicional do processo (art. 89).

No REsp 130.775-PR, recorrente o Ministério Público estadual, esta Eg. 5ª Turma, à unanimidade, em sessão de 19.8.97, acolheu o voto que proferi deste teor:

Como se sabe, a Lei 9.099/95 consagra inúmeras medidas não só com o evidente intuito de mitigar a incidência de sanções penais a autores de delitos de menor poder ofensivo, como também de oferecer instrumentos hábeis a fomentar uma política criminal tendente a integrar ou reconduzir esses infratores ao meio social desde que observadas certas condições.

Preceitua o art. 89, do retrodito diploma legal:

“Art 89 — Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei,

o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos...”

Esse texto é claro, o momento adequado para que seja proposta a suspensão do processo é o da oferta da denúncia.

O il. processualista **Júlio F. Mirabete** entende ainda, no silêncio da lei, possível a formulação da proposta em outras duas hipóteses: “quando, após a instrução, nos termos do art. 384 do Código de Processo Penal for a imputação desclassificada para crime que pode ser objeto de suspensão quando, com a denúncia, isso não era possível”; e “no caso de processo que deva ser submetido ao Tribunal do Júri quando a desclassificação ocorre nos termos do art. 410 do citado Estatuto” (in *Juizados Especiais Criminais*, Ed. Atlas, 1997, pág. 156).

No sentido, pois, de que a proposta de suspensão do processo ocorra no momento da apresentação da denúncia, estes julgados do Supremo Tribunal Federal:

“Processo Penal — Suspensão. A incidência da regra prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95 pressupõe não haver sido prolatada, ainda, sentença condenatória. Visa à suspensão do processo e, portanto, a evitar sentença que imponha ao acusado, considerada pena mínima prevista para o tipo igual ou inferior a um ano, pena restritiva

da liberdade (HC 74.848-1, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 27.6.97, pág. 30.230).”

“Incabível a suspensão do processo, reclamada pelo impenetrante com base nas Leis 9.271/96 e 9.099/95, por se tratar de fato apreciado por sentença anterior ao advento das mesmas (HC 75.200-4 — Rel. Min. Ilmar Galvão, Informativo do STF nº 75, de 18.6.97, pág. 3).”

Acena-se, agora, com remissão ao disposto no art. 5º, inc. XL, **in fine**, da Carta Magna, a fim de se fazer incidir o art. 89, da Lei 9.099/95 ao processo em curso, com sentença condenatória mantida em 2º grau, por se constituir em norma mais benigna de direito penal e via de consequência, ter eficácia retroativa.

O art. 89, transcrito, estabelece o momento adequado para que seja proposta a suspensão do processo: o da oferta da peça acusatória.

No art. 90 está dito: “As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada.”

Esses preceitos, frente ao estatuído no inc. XL, do art. 5º, da Constituição, têm provocado acesas discussões e divergências em doutrina e nos tribunais de todo o país. Debatem-se, então, as correntes: uma, dizendo que os citados dispositivos não se aplicam às normas processuais e procedimentais; outra, sem se deter exclusivamente no critério distintivo entre regras processuais e penais de direito material pende

para a aplicação de princípios mais benéficos com vistas a evitar contrariedade à Constituição, pouco importando se as normas são mistas, nesse caso retroagem sempre, atenta ao citado inciso XL: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

A propósito, adverte o penalista **Júlio Mirabete**:

“Preferimos entender que o art. 89 somente se refere às normas exclusivamente processuais pois, em tese, o diploma legal refere-se a procedimentos, embora tenha criado institutos de direito material. Quanto às demais, de caráter substantivo ou misto, devem vigorar as normas de aplicação da lei penal no tempo, o que impõe a aplicação do princípio da lei mais benéfica mencionado, tal como disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal e art. 2º e parágrafo único, do Código Penal” (**in** Juizados Especiais Criminais, Editora Atlas, 1997, pág. 170). E aponta as disposições que não estão alcançadas pelo art. 90: os institutos da composição, transação e suspensão condicional do processo porquanto “permitem, se efetivadas, a extinção da punibilidade, ou seja, a perda do direito subjetivo do Estado de punir (**ius puniendi**), se constituindo, inclusive, forma de “despenalização”, são regras mais benignas de direito penal, dotadas portanto de retroatividade”... (**ibidem**, pág. 170).

O Colendo Supremo Tribunal Federal, no Inquérito nº 1.055-3-AM, rel. Ministro Celso de Mello, DJ 24.05.96, pág. 17.412, Plenário, unânime, fixou a diretriz de que a composição civil (art. 74, parágrafo único), a transação penal (art. 76), a representação nos delitos de lesões corporais culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e a suspensão condicional do processo (art. 89), integram as medidas despenalizadoras e qualificam-se como normas penais benéficas sob o alcance do princípio constitucional que faz observar a **lex mitior**, de aplicação retroativa e incidência imediata, arrematando: “Ao alcançarem, de forma imediata, ou não, a liberdade do réu, ganham contornos penais suficientes a atrair a observância imperativa do disposto no inciso XL do rol das garantias constitucionais.”

Em assentada do dia 11.06.96, a 2ª Turma, do STF, unânime, rel. Ministro Marco Aurélio, no tocante à suspensão condicional do processo previsto na Lei 9.099/95, enfatizou o entendimento de ser regra penal substantiva, e sendo mais favorável é de eficácia imediata e retroativa (HC 73.837-1/GO, DJ 6.9.96, pág. 31.854).

No processo comum, penal ou civil, erigiu-se o princípio da aplicação imediata da lei processual. “Entretanto, preconiza o il. Prof. **Júlio Mirabete**, por disposição expressa da lei, pode-se regular a aplicação da lei processual de modo diverso, ou seja, impedir a aplicação da nova lei aos processos já em curso. Foi essa

opção do legislador quanto à Lei 9.099/95, ao determinar que seus dispositivos não fossem aplicados aos processos penais cuja instrução já estivesse iniciada” (**ibidem**, págs. 168/69).

Atento ao princípio da retroatividade benéfica, e ao preceito limitador da aplicação da suspensão condicional do processo (art. 90, Lei 9.099/95) parece-me, **concessa venia** das autorizadas lições de doutrina e pretorianas em contrário, que até antes de proferida a sentença, mesmo em curso a fase instrutória, possa ser suspenso o processo.

Assim, como para muitos, dentre eles: “o limite natural da aplicação retroativa da suspensão do processo está no trânsito em julgado” (**Luiz Flávio Gomes — in Suspensão Condicional do Processo Penal — 2ª ed., 1997, pág. 270**), para mim o limite é a lavratura da sentença, sem com isso malferir-se o cânon constitucional da retroatividade benéfica.

Acentue-se que a decisão pioneira, do STF, qual anota o Prof. **Júlio Mirabete**, de que foi relator o Em. Min. Celso de Mello, “refere-se não a processo em andamento no início da vigência da Lei 9.099/95, mas a inquérito policial (de nº 1.055/AM), quando ainda não se instaurara a ação penal originária com o recebimento da denúncia” (mesma obra pág. 174).

Com efeito, posteriormente, o STF, pelas suas duas Turmas, HC 74.848-1 — 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio e HC 75.204-4 — 1ª Turma — rel. Min. Ilmar Galvão, em

juulgamentos deste ano, condicionou a incidência do art. 89, da Lei 9.099/95 a não haver sido prolatada sentença condenatória, conforme ementas acima transcritas.

Desse modo, afinado com esse entendimento, desta 5ª Turma e com o do v. acórdão recorrido e outros do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, dentre os quais:

Do 1º): HC 286.754, rel. Damião Cogan, Ap 008.497, rel. Ricardo Dip; Ap 1.006.899, Rel. Pires Neto; Ap 009.355, rel. Ubiratan de Arruda; Ap. 002.771, Rel. Xavier de Aquino; Ap. 003.175, Rel. Luis Ganzerla;

Do Rio Grande do Sul: Ap 296.011.174 — Rel. Constantino Lisboa de Azevedo; Ap 295.066.088, Rel. Luiz Armando Bertanha de Souza Leão; Ap 296.007.784, Rel. Luis Carlos Ávila de Carvalho Leite (todos extraídos do consagrado compêndio do il. penalista e magistrado **Luiz Flávio Gomes**, “Suspensão Condicional do Processo Penal” — 2ª ed., 1997, págs. 250/54) — conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Exmo. Sr. Presidente, o caso em julgamento trata de matéria polêmica, especialmente após a publicação de dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a Lei 9.099/95 não poderia ser

aplicada após a sentença, ainda que não trãnsita em julgado.

Neste Órgão Julgador, já se decidiu, sob a relatoria do Exmo. Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca, assim como sob a minha relatoria, em sentido contrário. Julgou-se, naquelas ocasiões, que a Constituição Federal não permitiria essa limitação imposta pelo Supremo Tribunal Federal. Então, por força do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e do art. 2º, do Código Penal, não havendo trãnsito em julgado, dever-se-ia possibilitar a aplicação daquelas normas mistas, pertinentes a cada caso, da Lei dos Juizados Especiais Criminais, sobrestando-se, assim, os efeitos da decisão aqui atacada.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhores Ministros, com a devida permissão do Sr. Ministro Felix Fischer, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, pois tenho em mãos o último pronunciamento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, que diz o seguinte:

“Suspensão condicional da pena. Lei 9.099/95. Inaplicabilidade se quando se iniciou a vigência da lei que a instituiu já havia sentença condenatória.”

Não se fala em decisão transitada em julgado. É a mais nova publicação, de 10.09.97.

Relator: *O Sr. Ministro José Arnaldo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Romildo de Oliveira (preso)*

Advogado: *Argemiro Rocha de Oliveira Filho — defensor*

EMENTA: *Latrocínio praticado com o concurso de menor. Lei 2.252/54, art. 1º.*

— **Delito de corrupção de menor configurado. Crime de perigo. Presunção decorrente do próprio texto legal. Tutela penal de moralidade dos menores contra a corrupção penal.**

— **Recurso conhecido e provido.**

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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 do recurso e lhe dar provimento para condenar o réu, Romildo de Oliveira, também pelo crime de corrupção de menor, aplicando-lhe a pena de 1 (um) ano de reclusão no mínimo legal, por ser menor de 21 anos e não constarem maus antecedentes, confirmadas as demais cominações. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Edson Vidigal, José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 17 de março de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ ARNALDO, Relator.

Publicado no DJ de 27-04-98.

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO: O Ministério Público do Estado do Paraná, irresignado com a decisão do Tribunal de Justiça que, confirmando a sentença que condenou Romildo de Oliveira à pena de 20 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP), absolveu-o da acusação de corrupção de menor — recorre com base nas alíneas a e c, inc. III, art. 105, da Constituição, sustentando, em resumo, violação ao art. 1º, da Lei 2.252/54 e divergência jurisprudencial, porquanto a “simples associação do adulto a um menor para a prática do delito, é o bastante para caracterizar o fato típico previsto na Lei 2.252, de 1954, porque praticar infração penal na companhia de menor ou induzi-lo a praticá-la já é corrompê-lo.”

Admitido, vieram os autos e aqui, oficiando, o Ministério Público Fe-

deral posicionou-se em favor do provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): A sentença condenatória, mantida pelo aresto recorrido, está vazada, no tópico que importa, nestes termos (fls. 228/29):

“Quanto ao crime de corrupção de menores, por ter o Réu praticado o crime com o adolescente Eloir Vieira, de 16 anos de idade, entendendo, que não se configura.

“O réu possui 18 anos de idade, nasceu em 03 de Dezembro de 1979 — certidão de nascimento de f. 23...

“cumpre reconhecer que o réu com pouco mais de 18 anos e o adolescente Eloir com mais de 16 anos, são praticamente da mesma idade, agiram com equivalência comportamental, ressei dos autos que eram companheiros, andavam juntos, este freqüentava os mesmos lugares que aquele, não dispensou o adolescente a ingestão de bebida etílica e o uso de substância entorpecente (maconha), de modo que, resulta demonstrada sua independência volitiva, (ver depoimento de f. 40 e verso). Mais, o Réu disse que logo de início, ainda na frente do bar, onde encontraram a vítima caída, revistaram seus bolsos, o adolescente subtraiu da vítima um canivete e um pedaço de fumo em corda.

“Argumenta o douto Promotor de Justiça nas alegações finais, com a natureza formal do delito da lei especial. Registra-se, porém, que o Egrégio STJ, ao contrário do Egrégio STF, considera o delito de corrupção de menor essencialmente material. Aqui, veja-se que declarou José Vieira (fl. 14) “na madrugada do dia 19/02/96 — 2ª feira, por volta das 3:30 horas, o depoente encontrava-se em sua casa, quando foi acordado por seu irmão e Romildo, sendo que os mesmos estavam chorando...” Conclui-se, pois, que a reação de ambos à prática do crime foi semelhante. Considero ainda, que o adolescente não possuía passagens pelo Juizado da Infância e Juventude, mas o réu, por igual, é primário, não possui antecedentes desabonadores, consta que sempre trabalhou, incursionaram juntos pela primeira vez pelo mundo do crime. Inclino-me, pois, pela absolvição do réu quanto ao crime do artigo 1º da Lei 2.252/54, por entender que não resultou comprovado à suficiência.” (fls. 108/109).”

Não há dúvida de que o recorrido perpetrou o crime de latrocínio com o adjutório do adolescente, caracterizada aí a conduta ilícita penal descrita no art. 1º, da Lei 2.252/54.

Não se ignora a antiga e inafastada divergência acadêmica e pretoriana acerca da inteligência do referido dispositivo legal. Para uns, trata-se de crime material, ou seja, não comprovado que o menor fora corrompido pelo réu, a conduta deste é atípica sob o ponto de vista enun-

ciado no predito preceito de lei especial. Para outros, é desnecessária a prova de que o menor ainda não estava corrompido anteriormente.

Induvidosamente, a presunção, até prova em contrário, é de que todo menor tem bons costumes. Por outro lado, a Lei 2.252/54 objetiva, essencialmente, proteger os menores, ao estabelecer:

“Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de mil cruzeiros a dez mil cruzeiros, corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la.”

Depreende-se do aí preconizado que o objetivo da tutela penal é a moralidade dos menores na área das condutas delitivas.

No caso em exame, ocorreu o concurso de pessoas, do recorrido com o menor, para a prática da infração penal, o roubo qualificado.

Colhe-se parte do voto do Ministro Costa Lima, no REsp 2.173-PR, em que traz a cotejo a corrente de idéias que adota a orientação no sentido de que “a corrupção por iniciativa ou induzimento dispensa qualquer indagação **post factum**: presume **juris et de jure** a corrupção (fls. 4 a 7):

“Por outro lado, o art. 1º da Lei nº 2.252, de 01/07/54 é norma especial, que não revogou a geral (art. 218, do CP).

E. Magalhães Noronha (Direito Penal, vol. 3, pág. 178, da 18ª ed., 1986), enfatiza:

“É visível que o objeto dessa lei foi prover de maior tutela os interesses do menor, coibindo a prática de delito, em que existe exploração sua, ou melhor, de infrações (crime ou contravenção), em que há intervenção de menor de dezoito anos. Em face dessa lei, quem pratica infração em companhia de menor, além das penas do crime ou da contravenção, cometerá também o delito do art. 1º. Assim, por exemplo, quem furtar, juntamente com menor, não só incidirá nas penas do furto, mas também nas do referido dispositivo, há duas objetividades jurídicas violadas — a posse da coisa móvel e a preservação dos costumes do menor. A regra será a do concurso formal.”

A Lei nº 2.252/54, de forma clara diz que o delito se constitui em “*corromper ou facilitar a corrupção* de pessoa menor de 18 anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la.”

Nelson Hungria (“Comentários, VIII/192) lembra que a corrupção por iniciativa ou induzimento dispensa “qualquer indagação **post factum**: presume **juris et de jure** a corrupção”.

A jurisprudência de vários Tribunais de Justiça se inclina tanto no sentido do acórdão quanto não.

Porém, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento firme sobre o tema como passo a demonstrar:

Corrupção de menores. Código Penal, artigo 218. Tratando-se de delito formal, prescinde-se, para sua configuração, da prova da efetiva corrupção. A conjugação carnal incluindo-se entre os atos de libidinagem compreendidos no alcance da norma; no caso, como um **plus** na corrupção.

Precedentes do STF.

Recurso Extraordinário conhecido e provido. (RECr nº 98.767-PR, Rel. Min. Oscar Corrêa, pub. DJ de 01.07.83, pág. 10.000).

No RECr, do mesmo Estado do Paraná, o Relator Ministro Oscar Corrêa acolheu parecer do professor Assis Toledo, hoje ilustrando esta Turma e este STJ, de onde destaca os seguintes lances:

“Enquanto o acórdão impugnado exige a prova de que o menor não se achava anteriormente corrompido, para ensejar a condenação, os paradigmas presumem a não corrupção do menor, embora admitam a prova de sua anterior corrupção. À primeira vista, parece que os paradigmas, ao condenarem o corruptor, se este não provar que o menor já era corrompido, estejam atentando contra a consagra-

da presunção de inocência que garante o imputado. Mas isto não se dá, sob pena de criar-se uma presunção de corrupção em detrimento de todo inimpugnável. Nisto reside a maior crítica ao acórdão recorrido, cuja tese pressupõe esta insustentável presunção contra o menor.

A tese atacada, sem negar vigência à lei, inviabiliza sua aplicação na prática, na medida em que, se é difícil ao imputado provar a prévia corrupção do menor, é quase sempre impossível provar a não corrupção, a inocência ou os bons antecedentes de alguém, por isto mesmo ordinariamente presumidos na falta de prova em contrário. O provimento do apelo raro pelo dissídio jurisprudencial, impondo a melhor jurisprudência ao caso, não cerceará o julgador na criteriosa apreciação das circunstâncias de cada hipótese que podem, efetivamente, excluir o crime, se restar provado que a prática ou o induzimento da prática de infração penal com e pelo menor nada acrescentou à sua prévia corrupção.” (fls. 133/134).

E concluiu o Relator:

“Na verdade, o acórdão recorrido praticamente inverteu o sentido da presunção de inocência: ao invés de admitir que os menores são inocentes, sal-

vo prova em contrário, praticamente admitiu que são corrompidos, salvo prova da inocência.

O fato de terem freqüentado o baixo meretrício não prova a corrupção, e, menos ainda, o aprendizado no crime, que constituiu, por certo, a participação no estupro, a que os levaram os réus.” (fl. 135).

O Ministro Carlos Madeira proferindo voto no RECr nº 109.099-PR (RTJ vol. 119/866) lembrou:

Todavia, como assinala **Hele-
no Fragoso**, “toda corrupção é moral, já que a perversão física envolve sempre uma subversão de princípios morais”. Como diz **Manzini**, a corrupção concretiza-se sempre numa modificação essencialmente moral.

E acrescenta:

“Contrariamente ao que dispunha nosso Código anterior (inspirado no Código Zanardelli), não se exige, para a consumação do crime, que sobrevenha a efetiva corrupção da vítima, que é sempre presumida **juris et de jure** da prática de qualquer das ações típicas constantes da descrição legal do crime. Não aproveitará, assim, ao agente, a prova de que, **in concreto**, não correu, absolutamente, a corrupção da vítima.

Por isso, afirma **Manzini**, que este é crime de perigo”. (Lições de Direito Penal, volume III, pág. 25).

A Corte tem sufragado tal entendimento, como se vê dos acórdãos nos HC 46.272-PE (RTJ 49/534), Relator Ministro Luiz Gallotti, RE 73.651-SP, Relator Ministro Thompson Flores (RTJ 62/520), RE 77.794-SP, Relator Ministro Antônio Neder (RTJ 76/789) e RE 92.797-MG, Relator Ministro Néri da Silveira (RTJ 103/243).

Por tais razões, conheço do recurso e lhe dou provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Mais recentemente, o mesmo STF voltou a reiterar que a corrupção de menores é delito formal e para sua configuração prescinde-se da prova da efetiva corrupção (RECr nº 114.019-PR, in RTJ 126/1.097-1.099 — Rel. Min. Célio Borja).”

Por fim, transcreve-se trecho do parecer do então Procurador de Justiça, hoje compondo, com brilho, esta Corte, o Min. Felix Fischer, na AC 43.247-7, TJ/PR (fls. 155/156):

“Cumprе destacar, igualmente, que é praxe combater o recurso às presunções na área penal. Mas, mesmo neste tópico, a **questio** se apresenta fora dos parâmetros pertinentes. De um lado, fala-se, por exemplo, em odiosa presun-

ção de violência nos delitos contra os costumes, todavia a expressão, aí, é indevida (v. o moderno CP português), como destaca **João Mestieri** (in “O Estupro”). Tanto que a denominada hipótese de presunção tem que ser coberta pelo dolo (o que existe é extensão de norma de proibição e não presunção, apesar do **nomem iuris**, que não é elemento decisivo da interpretação teleológica). De outro, é a presunção de perigo que, limitada e minimizada se apresenta como incriminação, por vezes, indispensável (o uso exagerado, pelo legislador, é que pode mostrar-se odioso).

Ultrapassados estes itens, é de se acentuar que o tipo subjetivo, na corrupção de menores, se esgota no dolo. Tanto numa forma como noutra, tem-se o chamado tipo congruente (cfe. **E. R. Zaffaroni**). Não há que se falar de especial

fim, tendência peculiar, transcendência, etc. Basta que o agente tenha vontade e consciência de realizar uma das formas que indicam a corrupção ou a facilitação da corrupção. E, para tanto, a consciência atual, exigida no dolo, envolve a co-consciência (cfe. **Teresa P. Beleza, Jacobs, Jescheck**, entre outros) ou certo grau de atualização incorporada (**E. R. Zaffaroni**). É suficiente que o sujeito ativo saiba, de forma até difusa (**Teresa P. Beleza**), que o sujeito passivo é menor.”

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para condenar o réu, Romildo de Oliveira, também pelo crime de corrupção de menor, aplicando-lhe a pena de um ano de reclusão no mínimo legal, por ser menor de 21 anos e não constarem maus antecedentes, confirmadas as demais cominações.

RECURSO ESPECIAL Nº 155.426 — SP

(Registro nº 97.0082293-1)

Relator: *O Sr. Ministro Felix Fischer*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Altair Assunção Reis*

Advogado: *Humberto da Silva Monteiro*

EMENTA: Penal e Processual Penal. Lei nº 9.099/95. Suspensão condicional do processo. Oferta. Iniciativa.

I — Incumbe ao Ministério Público a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95 c/c o art. 129, inci-

so I e § 2º da Carta Magna), não podendo em princípio, ser esta realizada pelo julgador.

II — Na hipótese de divergência entre juiz e promotor acerca da oferta da suspensão, os autos devem ser, por aquele, encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça.

Recurso conhecido e provido.

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 do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini e José Arnaldo.

Brasília, 17 de fevereiro de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 18-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c da Carta Magna, pelo Ministério Público contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. A par do dissídio, alega-se negativa de vigência do *art. 89 da Lei nº 9.099/95*. O recurso objetiva a reforma do v. acórdão recorrido

para que o egrégio Tribunal a quo, examine o mérito da apelação (na qual se asseverou nulidade).

O retrospecto está delineado às fls. 524/525, *in verbis*: “Altair Assunção Reis foi condenado por infringência aos arts. 121, c.c. o 70 (duas vezes), e 129, § 6º, c.c. 70 (três vezes), todos do CP, à pena de um ano e dois meses de detenção, convertida em restritiva de direito com a suspensão para direção de veículos automotores pelo mesmo prazo.

Tendo o mesmo recorrido, a Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo converteu o julgamento em diligência para que se procedesse à aplicação do art. 89, da Lei 9.099/95.

Baixando os autos à origem, o Ministério Público do Estado de São Paulo, com tais argumentos, deixou de propor a suspensão condicional do processo (fls. 407/409):

“No caso dos autos, o réu agiu com imprudência acentuada. Invadiu a pista contrária realizando ultrapassagem perigosa. Como resultado, acabou por matar duas pessoas. E mais, uma das vítimas sobrevivente sofreu lesões gravíssimas que lhe ocasionaram deformidade permanente (fls. 59/61).

Interrogado, o réu não demonstrou possuir qualquer arrendimento por sua conduta (fls. 181).

Assim, a personalidade do réu e as conseqüências de sua conduta não o fazem merecer a suspensão condicional do processo.”

De volta o feito ao Tribunal de Alcáçada, a própria turma julgadora, por votação unânime, ofertou a proposta de suspensão do processo, por 4 (quatro) anos.

Embargos foram opostos pelo Ministério Público, entretanto, rejeitados. Assim aduziu o Juiz relator (fls. 433):

“Comissão Nacional, instituída pela Escola Superior da Magistratura para estudo interpretativo da Lei nº 9.099/95 e presidida pelo erudito Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, concluiu que: “se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal de suspensão do processo nos termos dos arts. 79 e 89, poderá o juiz fazê-lo”.

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpõe, então, recurso especial com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da CF sustentando negativa de vigência ao art. 89, da Lei 9.099/95. Apresenta julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que dissente do acórdão atacado e requer, ao final, o retorno dos autos para que o Tribunal **a quo** examine o mérito da apelação.”

A douda Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): O caso, como se percebe, teve um desenrolar confuso em matéria que não é das mais claras ou, então, não é daquelas pacíficas.

Em primeiro lugar, a própria conversão em diligência, já existindo sentença condenatória anterior à Lei nº 9.099/95, é uma solução que não merece aceitação na recente orientação do *Pretório Excelso* (v.g. HC 75.546-1, 1ª Turma, DJU de 26/9/97, pág. 47.478, relator Ministro Moreira Alves; HC 75.575, 1ª Turma, “Informativo STF” 95, relator Ministro Sydney Sanches; HC 74.305-SP, Plenário, Informativo nº 57) e na desta Corte (REsp 133.134-PR, 5ª Turma, DJU de 15/12/97, pág. 66.500, relator Ministro Cid Flaquer Scarcezini; REsp 118.518-SP, DJU de 22/9/97, pág. 46.568, relator Ministro Fernando Gonçalves).

Em segundo lugar, o texto de lei é claro ao indicar que a suspensão condicional do processo é uma transação. Pode haver, ou não (sem arbitrariedade), a oferta. E, esta pode não ser aceita ou, ainda, pode não ser homologada. *Entretanto*, não compete ao julgador realizar a oferta quando houver divergência de avaliação entre ele e o agente do

Parquet. Por via de consequência, é incabível que tal iniciativa ocorra em segundo grau. Dessarte, como é atribuição do Ministério Público (art. 89 da Lei nº 9.099/95 c/c o art. 129, inciso I e § 2º da *Lex Maxima*), a oferta da suspensão, a eventual discrepância entre as apreciações deve ser resolvida, em princípio, com aplicação analógica do art. 28 do CPP (cf. HC 75.343-MG, Plenário-STF, relator p/ o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, “Informativo STF”, nº 92 e RHC 5.664-SP,

5ª Turma-STJ, DJU de 18/11/96, pág. 44.904, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca).

Assim, a oferta da transação, no caso, não pode subsistir. Ela, **in casu**, nega vigência, quase literal, ao art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Voto, pois, pelo conhecimento e provimento do recurso para que o egrégio Tribunal **a quo** examine o mérito da apelação, sem exclusão da remessa dos autos a Sua Excelência, o Sr. Procurador-Geral de Justiça.

RECURSO ESPECIAL Nº 156.176 — SP

(Registro nº 97.0083892-7)

Relator: *O Sr. Ministro Felix Fischer*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Ademilson da Silva — menor impúbere*

Representado por: *Sebastiana Fátima da Silva*

Advogado: *Ronaldo Cardoso de Souza*

EMENTA: *Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso especial. Remissão e medida sócio-educativa.*

A remissão concedida pelo *Parquet* pode vir a ser acompanhada de medida provisória sócio-educativa aplicada pelo juiz, observado o disposto no art. 127 do ECA.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos vo-

tos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Cid Fláquer Scartezini e José Arnaldo.

Brasília, 17 de março de 1998
(data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 18-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Versam os autos sobre recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c da Carta Magna, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça local, em sede de remissão do ECA.

O retrospecto está às fls. 97, **in verbis**:

“Ademilson da Silva, por ter, juntamente com Sidnei Hernandes Medina, subtraído 65 latas de cerveja importada da residência da vítima José Martins Filho, teve concedida a remissão, sendo, na oportunidade, aplicada medida sócio-educativa de liberdade assistida, pelo prazo de seis meses, com fulcro nos artigos 112, inciso IV, c/c art. 118, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inconformado, apelou pleiteando a reforma da decisão alegando, em síntese, ser incabível a aplicação da remissão cumulativamente com medida sócio-educativa. Aduziu, ainda, ter havido cerceamento de defesa.

Na apelação, o tribunal acordou, por unanimidade, dar pro-

vimento ao recurso para o fim de cancelar a medida sócio-educativa de liberdade assistida, subsistindo a remissão pré-processual como forma de exclusão do processo.

Irresignado, o Ministério Público opôs embargos declaratórios rejeitados, por votação unânime, em v. acórdão fundamentado às fls. 77/78.

Sobreveio, então, o presente recurso, no qual se alega ofensa ao art. 127, da Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990, além de dissídio jurisprudencial.”

No v. julgado que apreciou a apelação consta:

“O Dr. Promotor de Justiça que oficiou nos autos concedeu remissão com a medida de liberdade assistida por seis meses, o que foi homologado pelo MM. Juiz, que aplicou a medida apontada pelo Dr. Promotor de Justiça.

Realmente, a remissão pré-processual não se harmoniza com a aplicação de medidas sócio-educativas porque aquela, no caso, é perdão e forma de exclusão do processo (v. art. 126, ECA).

A remissão como forma de suspensão ou extinção do processo é forma de mitigação das consequências do ato infracional, e só poderá ser aplicada pelo Juiz com observância do devido processo legal, onde o menor tenha assegurados todos os seus direitos, inclusive o da ampla defesa.

Assim, a remissão concedida pelo Dr. Promotor de Justiça seria perdão, sendo forma de exclusão do processo e, ao mesmo tempo, mitigação das conseqüências do ato infracional praticado pelo menor o que, sem dúvida alguma, é contraditório.

Ademais, a aplicação da medida sócio-educativa de liberdade assistida resulta nula por inobservância do devido processo legal e desrespeito ao princípio do contraditório e ampla defesa (arts. 110 e segts. e 207, ECA).

No entanto, impossível a oferta de representação contra o recorrente — situação mais gravosa ao adolescente — para que não ocorra a **reformatio in pejus**.

A solução adequada e viável na hipótese dos autos, é o cancelamento da medida sócio-educativa aplicada.” (Fls. 66/67).

Foram opostos embargos de declaração que mereceram a seguinte apreciação, **in verbis**: “O magistrado não está adstrito à fundamentação adotada pela parte. Está vinculado, sim, aos fatos narrados. A matéria questionada nos autos foi decidida com base nos fundamentos que se entendeu pertinentes ao caso.

“O Juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.” (RJTJESP 115/207).

De se notar, apenas, que o dispositivo legal sobre o qual se assenta o decidido é mais amplo do que aqueles enfocados pelo ora Embargante. O art. 189, ECA, não restringe a fase processual para concessão da remissão, não se admitindo interpretação restritiva de direitos onde a lei não restringe.

Ademais, se o ora embargante não concorda com a fundamentação adotada no V. Acórdão, a hipótese não é de embargos declaratórios, sendo nítido o caráter infringente dos embargos opostos.

Em síntese, não há no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição e nem omissão, na medida em que a matéria foi conhecida e objeto de apreciação e julgamento. Tanto é verdade que o ora Embargante o compreendeu.” (Fls. 77/78).

Daí o recurso. A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): Realmente, apesar da terminologia escolhida no termo de remissão (fls. 15), é inegável que, por ocasião do referido perdão pré-processual, o *Parquet* pode indicar ou sugerir a aplicação de medida sócio-educativa, observado, é claro, o disposto no art. 127 da Lei nº 8.069/90.

In casu, a medida foi a da *liberdade assistida* que, **primo ictu oculi** dentro dos limites legais, por

si, não causa nenhum constrangimento às atividades do menor. Aliás, a medida sócio-educativa propriamente dita, de mera observação e não como pensam alguns, uma pena.

E, no presente caso, como foi enfatizado nos embargos de declara-

ção, a contestada medida só veio a se efetivar através de ato jurisdicional (cf. fls. 16).

Voto, portanto, pelo conhecimento e provimento do recurso, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau.

RECURSO ESPECIAL Nº 160.264 — PR
(Registro nº 97.0092553-6)

Relator: *O Sr. Ministro Felix Fischer*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Ezequiel Pereira de Jesus (preso)*

Advogado: *Cila Viana Pereira*

EMENTA: Penal. Recurso especial. Tentativa de estupro. Crime hediondo. Sursis.

I — O estupro, tentado ou consumado, em qualquer de suas modalidades, é crime hediondo.

II — A pena privativa de liberdade, quando de sua execução, deve obedecer ao disposto no art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90.

II — Desde que preenchidos os seus requisitos, o *sursis* pode ser aplicado a ilícito penal qualificado de hediondo.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

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 do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Mi-

nistros Edson Vidigal, José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini e José Arnaldo.

Brasília, 17 de março de 1998
(data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 11-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Versam os autos sobre recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c da Carta Magna, pelo *Parquet* paranaense contra v. acórdão do egrégio Tribunal local, em sede de configuração, ou não, da tentativa de estupro como crime hediondo.

O retrospecto está às fls. 168, **in verbis**:

“Alega o recorrente que a decisão impugnada não poderia conceder a suspensão condicional da pena ao condenado, posto que o estupro, em qualquer de suas formas, é crime hediondo, de sorte que incidiria à espécie o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, a impor o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Aponta contrariedade ao artigo 213 do Código Penal e aos artigos 1º, inciso V, e 2º, parágrafo 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Aduz, ainda, divergência jurisprudencial com julgado dessa C. Corte de Justiça.”

Diz a *ementa* do v. acórdão reprochado, a saber:

“Estupro — Tentativa — Crime não consumado por motivos alheios à vontade do réu — Artigo 213, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal — Reprimenda fixada em quatro (4) anos de reclusão a ser cumprida

integralmente em regime fechado em vista do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 — No percurso do processo e no apelo o réu nega a autoria e hostiliza caracterização de crime hediondo — Recurso conhecido e parcialmente provido.

Nos crimes sexuais a palavra da vítima, quando mulher honesta e recatada, tem relevante valor probante e, em especial, quando em sintonia com eventual prova testemunhal.

Por se tratar de delito de tentativa de estupro, inaplicável o comando do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, pois este normativo legal somente deve ser aplicado quando verificado o crime considerado hediondo que, **in casu**, não ocorreu. O delito de estupro (artigo 213 do CP) para ser considerado crime de natureza hedionda, necessária sua combinação com o artigo 223 do Código Penal, de acordo com o disposto no artigo 1º, inciso V, da Lei 8.072/90. No presente caso a vítima sofreu lesões corporais leves.” (Fls. 125).

No *corpo* do v. decisório tem-se:

“Caracterizado o delito de estupro tentado, passo a questionar se, **in casu**, está configurado crime hediondo.

O artigo 1º, Inciso V, da Lei 8.072/90, estabelece que para ser considerado crime hediondo, mesmo o tentado, necessária a sua combinação com o ordena-

mento do artigo 223 do Código Penal, ou seja, que da violência resulte lesão corporal de natureza grave ou a morte da vítima que, no caso, incorreu, pois o Exame de Lesões Corporais, a que se submeteu a vítima, registra que as lesões corporais que ela sofreu são de natureza leve (fls. 12).

É portanto, de lei e de Justiça, que seja afastada do delito perpetrado pelo apelante a qualificadora de hediondez.

Posto isto, por não se tratar no presente procedimento de crime hediondo e considerando-se que o réu é primário, tem bons antecedentes, com conduta social regular e que exerce profissão fixa de pedreiro, dou provimento parcial ao apelo interposto a fim de, com suporte do artigo 213 do Código Penal, reduzir e fixar a pena no seu mínimo legal de seis (6) anos de reclusão e, obedecida a norma do artigo 14, inciso II, e seu parágrafo único, do mesmo Código, por se tratar de crime tentado, diminuo-a no seu máximo legal permitido de dois terços (2/3), tornando-a definitiva em dois (2) anos de reclusão.

Por presentes os requisitos do artigo 77 do Código Penal e considerado o valioso parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 115), concedo ao apelante o benefício de suspensão da pena pelo prazo de dois anos, mediante cumprimento das condições." (Fls. 129).

Daí o recurso. A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): O texto legal (Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 8.930/94) é por demais claro, a saber:

“Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 — Código Penal, *consumados* ou *tentados*:

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

A restrição abraçada no v. julgado recorrido carece de suporte jurídico. *Em primeiro lugar*, se assim o fosse, a lei diria estupro qualificado e a indicação dos artigos teria construção diferente. *Em segundo lugar*, o e utilizado no inciso V indica, como conjunção coordenativa aditiva, que abrange a forma simples e a qualificada. Aliás, comparativamente, é de se atentar para as limitações dos incisos II (quanto ao roubo), III (extorsão) e VII (epidemia).

Confundiu-se, talvez, a qualificação do delito com a questão da incidência do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos ao estupro, onde esta

Corte só tem admitido a majoração para a forma qualificada.

Na doutrina: **J. F. Mirabete** ("Manual de Direito Penal", vol. 2, pág. 436, 9ª ed., Ed. Atlas S.A.) e **Damásio E. de Jesus** in "Direito Penal", vol. 3, pág. 89, 10ª ed., Saraiva).

Como precedentes desta Corte: a) REsp nº 0073.323-MG, 6ª Turma, relator Ministro Anselmo Santiago, DJU de 03/03/97, pág. 4.715; b) REsp 0092640-ES, 6ª Turma, relator Ministro Vicente Leal, DJU de 03/03/97, pág. 4.719; c) RHC 0005986, 6ª Turma, DJU de 10/03/97, pág. 6.000, relator Ministro Vicente Leal; d) REsp 46.204-5-PR, 5ª Turma, relator Ministro Costa Lima, RSTJ 67/464; e) RHC 6.447, 5ª Turma, de nossa relatoria, DJU de 30/06/97, pág. 31.046.

O estupro, em qualquer de suas modalidades, é crime hediondo, e a pena deve ser executada no regime fechado **ex vi in** art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Todavia, quanto à concessão, ou não, do *sursis*, para delitos hediondos, quero crer que inexistente restrição legal. Apesar do disposto no art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, se o réu preenche os requisitos do art. 77 do CP ele terá direito ao benefício.

Vale, aqui, a lição de **Alberto Silva Franco, in verbis**: "A Lei nº 8.072/90, apesar de ter, por ponto nuclear, a exacerbação punitiva de tipos já especificados no ordenamento penal, nos quais a violência (real ou ficta) é apresentada como modo de execução, não impediu a

aplicação de nenhuma das causas redutoras de pena da Parte Geral, exceção feita ao arrependimento posterior, que pressupõe a prática de crimes cometidos sem violência. Destarte, não equiparou punitivamente o delito tentado ao delito consumado; não obistou a possibilidade do reconhecimento da semi-imputabilidade, em virtude de perturbação da saúde mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou mesmo em razão de embriaguez, proveniente de caso fortuito ou de força maior; não impediu o erro evitável sobre a ilicitude do fato, nem desconsiderou a razoabilidade da exigência do sacrifício do direito ameaçado, no estado de necessidade; não desprezou a participação de menor importância, nem a possibilidade de que o agente tenha querido participar de crime menos grave. Em suma a classificação de crime hediondo não obistou, em momento algum, a incidência, nas proporções estabelecidas na lei penal, das causas de diminuição de pena já especificadas.

É exato que algumas dessas causas de redução de pena se mostram, em relação aos delitos hediondos e assemelhados, concretamente inviáveis. Mas a tentativa, a semi-imputabilidade, a participação de menor importância ou a participação em crime menos grave se revelam factíveis, principalmente a primeira nos tipos de estupro e de atentado violento ao pudor e em algumas modalidades de tráfico ilícito de entorpecente, e as demais em qualquer das figuras criminosas assim rotu-

ladas. É perfeitamente possível que o acusado, num desses delitos, seja semi-imputável ou tenha sido surpreendido, no estupro, no atentado violento ao pudor ou em algumas formas de tráfico ilícito de entorpecentes, no início do *iter criminis* e, em consequência, obtenha a maior diminuição punitiva. Nessas hipóteses, tomando-se por base a pena mínima cominada em relação aos tipos já referidos, ou seja, seis anos de reclusão (estupro e atentado violento ao pudor) e três anos de reclusão (tráfico ilícito de entorpecentes) e efetuando-se a redução máxima de dois terços, atinge-se as quantidades punitivas de dois e de um ano de pena privativa de liberdade, respectivamente.

Em tais situações, a substituição da pena privativa de liberdade pela internação ou tratamento ambulatorial (art. 98 do CP), em relação ao semi-imputável necessitado de tratamento curativo, ou a aplicação do *sursis* (art. 77 do CP), em relação ao condenado imputável, seriam pertinentes? Ou bastaria a classificação dos fatos debitados ao condenado como crime hediondo ou equiparado, para que não ocorresse a conversão ou a substituição punitiva? Seriam um e outro desses condenados obrigados a cumprir a pena reclusiva em regime fechado, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90?

Uma resposta positiva representaria inquestionável injustiça. Se o ato criminoso objetivasse, sem sucesso, tirar a vida de alguém, nada impediria, em face da semi-imputa-

bilidade do agente, que se procedesse à conversão da pena privativa de liberdade em internação ou tratamento ambulatorial, ou, em face da tentativa em seu curso inicial, à aplicação da medida penal alternativa do *sursis*. É evidente que, na primeira hipótese, haveria necessidade de declaração pericial de que o condenado precisaria ser submetido a especial tratamento curativo e, na segunda, teria ele de reunir os requisitos do art. 77 do CP, mas não seria o agravo ou o sério perigo endereçados ao bem jurídico “vida” — o mais importante em toda a escala de valores penalmente tutelados, porque o fundamento, a base de todos os demais — que seria um obstáculo a qualquer das soluções anotadas. Por que ficaria, então o juiz impossibilitado de permitir o tratamento ambulatorial, ou de aplicar o *sursis*, só porque o legislador entendeu, na proteção de bens jurídicos de menor relevo, que o condenado deveria cumprir integralmente a pena imposta em regime fechado?” (in “Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial”, vol. 2, 6ª ed., RJ, pág. 639).

Esta Corte tem precedente recente, desta 5ª Turma (relator Ministro Edson Vidigal), no REsp 91.851, publicado no DJU de 24/02/97, pág. 3.396.

“Penal. Lei 8.072/90. Tentativa de estupro. Crime hediondo. Sursis. Possibilidade de concessão. Inexistência de incompatibilidade com a norma que determina o cumprimento integral da pena em regime fechado.

1. Inexistindo na Lei 8.072/90 norma expressa a vedar a concessão de *sursis*, não pode o intérprete lançar mão de interpretação extensiva ou dilatória para suprimir o benefício.

2. Não há, também, incompatibilidade lógica entre o *sursis* e a norma do art. 2º, § 1º, já que inexistente qualquer relação entre regime de cumprimento de pena e este instituto.

3. O que importa para a suspensão condicional da pena é o preenchimento dos seus requisitos

legais estabelecidos no Código Penal, independentemente do regime prisional imposto.

4. Recurso não conhecido.”

Na mesma linha: RTJSP 134/417, RT 676/298 e RT 719/312.

E, a concessão do *sursis* não foi, em si, atacada.

Voto, pois, pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento parcial, fixando-se o regime de execução da pena como fechado, visto que o estupro tentado é hediondo e mantida a concessão do *sursis*.

