

A decorative graphic consisting of a vertical line and a horizontal line intersecting at the center. The text 'Jurisprudência da Quinta Turma' is positioned to the right of the intersection, with the horizontal line extending further to the right.

Jurisprudência da Quinta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 810.768-  
DF (2006/0203851-9)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: União

Agravado: União Nacional dos Analistas e Técnicos de Finanças e  
Controle – Unacon

Advogado: Antônio Torreão Braz Filho e outros

**EMENTA**

Processual Civil. Agravo de instrumento. Recurso especial adesivo. Tempestividade auferida pela certidão de intimação para as contra-razões ao recurso principal. Súmula n. 639-STF.

I - Nos termos do art. 500, I, do CPC, o recurso adesivo deve ser interposto no prazo que a parte dispõe para responder. Assim, a certidão de intimação para as contra-razões ao recurso principal é imprescindível à verificação da tempestividade do recurso especial adesivo. Precedentes.

II - “Aplica-se a Súmula n. 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada.” – *Súmula n. 639-STF*.

III - Esta Eg. Corte Superior de Justiça deve examinar os requisitos necessários para a admissibilidade do recurso, não se encontrando adstrita ao que foi previamente decidido pelo Eg. Tribunal *a quo*. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do agravo de instrumento, nos seguintes termos:

Trata-se de agravo de instrumento contra r. decisão que inadmitiu recurso especial adesivo interposto com base no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal.

O agravo de instrumento não pode ser conhecido, porquanto não foi juntada a certidão de intimação para apresentação das contra-razões ao recurso especial principal, sendo, pois, deficiente a formação do presente agravo.

Com efeito, tratando-se de recurso adesivo, o prazo para sua interposição começa a correr do prazo que a parte dispõe para recorrer, conforme disposto no art. 500, I, do CPC.

Assim, a inexistência dessa peça, obrigatória e essencial para ser auferida a tempestividade do apelo raro, enseja o não conhecimento do agravo de instrumento, por deficiência na sua formação nos termos da Súmula n. 639-STF, *in verbis*: 'Aplica-se a Súmula n. 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada.'

Ante o exposto, não conheço do agravo. (Fls 127/129)

Em suas razões, a agravante afirma que a certidão de intimação para apresentação de contra-razões ao recurso especial interposto pela União está presente às fl. 327.

Alega, outrossim, que “não interessa, no caso presente, a certidão de intimação para apresentação das contra-razões, pela União, ao recurso interposto dos autores. Negou-se seguimento ao recurso adesivo interposto pela União e contra essa decisão que se interpõe o presente agravo de instrumento.”

Por fim, afirma que tal exigência não encontra consonância na jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, bem como não estaria em sintonia com a sistemática processual e com o princípio da instrumentalidade.

Por manter a decisão, trago o feito à Turma.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A irrisignação não merece prosperar.



O agravo de instrumento não pode ser conhecido, porquanto não foi juntada a certidão de intimação para apresentação das contra-razões ao recurso especial principal, sendo, pois, deficiente a formação do presente agravo.

De fato, nos termos do art. 500, I, do CPC, o recurso adesivo deve ser interposto no prazo que a parte dispõe para responder. Assim, a certidão de intimação para as contra-razões ao recurso principal é imprescindível à verificação da tempestividade do recurso especial adesivo.

Os seguintes precedentes corroboram o exposto:

Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso adesivo. Contagem de prazo. Impossibilidade. Ausência de peça essencial. Certidão de abertura de vista para a interposição das contra-razões. Súmula n. 639-STF. Responsabilidade exclusiva do agravante.

1. Agravo regimental interposto pelo Clube Libanês de Belo Horizonte contra decisão que não conheceu de agravo de instrumento por não ter sido formado com peça essencial à compreensão da controvérsia e à aferição da viabilidade do apelo especial adesivo, qual seja, a cópia da certidão de abertura de vista para interposição das contra-razões.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a certidão de publicação de vista ao recorrido para oferecimento das contra-razões é peça essencial à instrução do agravo de instrumento, uma vez que é a partir dessa publicação que passa a fluir o prazo para a interposição do recurso adesivo.

3. Precedentes: AgRg no AG n. 437.555-GO, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 18.10.2004; AgRg no AG n. 642.379-RS, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, DJ de 14.03.2005.

4. Incidência das Súmulas n. 639 e 288 do STF

5. Agravo regimental não-provido. (AgRg no AG n. 773.708-MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU de 11.12.2006).

Processual Civil e Administrativo. Ausência do inteiro teor do acórdão recorrido. Peça de colação obrigatória. Ônus do agravante recurso especial adesivo. Verificação da tempestividade. Impossibilidade.

1. Cabe ao Agravante o ônus de instruir corretamente o instrumento, fiscalizando a sua correta formação, com a necessária e efetiva apresentação das peças a serem trasladadas no ato da interposição do recurso.

2. Constitui peça obrigatória, na formação do instrumento do agravo, o traslado do inteiro teor do acórdão recorrido.

3. A certidão de abertura de vista para interposição das contra-razões que é peça essencial à aferição da tempestividade do presente recurso adesivo.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 642.379-RS, Quinta Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Laurita Vaz, DJU de 14.03.2005).

Agravo de instrumento. Recurso especial adesivo. Contagem de prazo. Certidão de intimação para oferecimento das contra-razões. Imprescindibilidade.

- Compete a esta Corte a aferição de tempestividade de recurso especial, independentemente de tal circunstância ter sido aventada por ocasião do juízo prévio de admissibilidade recursal.

- De acordo com a jurisprudência desta Casa, a certidão de intimação para a interposição das contra-razões é indispensável à instrução do agravo de instrumento, uma vez que é a partir dessa data que passa a fluir o prazo para a interposição do recurso adesivo.

- Aplicação do princípio contido na Súmula n. 639-STF.

Agravo regimental improvido. (AgRg no AG n. 437.555-GO, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 18.10.2004).

Com efeito, é entendimento assente nesta Corte de que a tempestividade do recurso é aferida pelos documentos que instruem o agravo.

Os seguintes precedentes corroboram o exposto:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso especial intempestivo.

1. Correta é a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento, porquanto é intempestivo o recurso especial interposto fora do prazo de 15 (quinze) dias previsto no art. 508 do CPC, contado em dobro por força do disposto no art. 188 do mesmo Código.

2. A tempestividade do recurso especial, em sede de agravo interposto contra decisão que inadmitiu aquele recurso, é aferida pelas peças que formam o instrumento.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AG n. 588.564-MG, Primeira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Denise Arruda, DJU de 17.12.2004).

Processual Civil. Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Recurso especial. Intempestividade. Impossibilidade de regularização posterior.

I - Estando ausentes os requisitos do art. 535 do CPC, são incabíveis os embargos declaratórios que buscam, diretamente, obter a reforma do *decisum* embargado.



II - É intempestivo o recurso especial interposto fora do prazo legal de 15 (quinze) dias, a teor do art. 26 da Lei n. 8.038/1990 e art. 508 do CPC.

III - A tempestividade do recurso especial é aferida pelas peças que instruem o agravo de instrumento.

IV - 'Aplica-se a Súmula n. 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada.' (Súmula n. 639-STF).

V - Não é possível suprir defeito na formação do instrumento, nesta instância superior, pela ocorrência da preclusão consumativa.

Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl no AG n. 577.597-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 06.0.2004).

Processual Civil. Agravo regimental. Tempestividade. Greve. Justa causa. Não comprovação.

1. Não havendo qualquer documento nos autos que permita aferir-se a existência de justa causa que teria suspenso os prazos processuais, há de ser considerado intempestivo o agravo de instrumento quando extrapolado o decêndio legal para sua interposição.

2. Ante a preclusão consumativa, não pode tal deficiência de formação ser suprida nesta instância superior. Precedentes.

3. Agravo regimental provido. (AgRg no AG n. 645.365-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 23.05.2005)

Nesse sentido, manifestou-se a jurisprudência do *Pretório Excelso*, através da edição do enunciado sumular n. 639, que dispõe, *in verbis*: "Aplica-se a Súmula n. 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada".

Ademais, mesmo atestando o egrégio Tribunal *a quo* a tempestividade do recurso especial, tal procedimento não vincula esta Egrégia Corte Superior de Justiça, a qual avaliará, quando do conhecimento do agravo de instrumento, todos os requisitos necessários para admissibilidade do apelo, posto ser este o órgão constitucionalmente responsável pelo conhecimento de tais recursos. Neste sentido, encontram-se vários julgados prolatados no âmbito desta Corte:

Processo Civil. Embargos de declaração. Carimbo do protocolo do recurso especial ilegível. Verificação da tempestividade. Juízo de admissibilidade do tribunal *a quo*. Vinculação. Vícios. Formação do instrumento. Regularização vedada na instância especial.

1 - Cabe à parte recorrente juntar cópia do recurso especial com carimbo do protocolo legível, para fins de verificação da tempestividade do apelo nobre.

2 - Esta Corte não está adstrita ao juízo de prelibação exarado pelo Tribunal *a quo*, pois na instância especial deve-se verificar novamente a presença dos requisitos recursais.

3 - Eventuais vícios na formação do instrumento devem ser sanados na instância de origem, sendo vedada sua regularização nesta instância especial.

4 - Embargos de declaração rejeitados. (EDAGA n. 470.758-RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 04.05.2003)

Agravo no agravo de instrumento. Processual Civil. Recurso especial. Pressupostos. Juízo de admissibilidade. Devolução. Acórdão recorrido. Arts. 458, II, e 535, ambos do CPC. Omissão. Inexistência. MP n. 1.053/1995. Lei n. 10.192/2001. Servidor público. Reajuste. Inaplicabilidade.

O agravo de instrumento devolve a este col. Tribunal o exame de todos os pressupostos gerais e específicos do recurso especial, inexistindo adstrição ao decidido pelo Presidente do Tribunal *a quo*.

Não há contrariedade aos arts. 458, II, e 535, ambos do CPC, porquanto o tribunal *a quo* apreciou e decidiu, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo.

O reajuste previsto na Medida Provisória n. 1.053/1995, convertida na Lei n. 10.192/2001, não é devido aos servidores públicos, os quais não se incluem no termo 'trabalhadores' a que se refere a citada legislação.

Agravo regimental a que se nega provimento. (EDAGA n. 475.959-RS, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 02.06.2003).

Processual Civil. Agravo de instrumento. Data de protocolo do recurso especial ilegível. Verificação da tempestividade prejudicada. Embargos rejeitados.

1. Mostra-se deficiente o instrumento do qual não consta a data de interposição do recurso especial obstado, porquanto impossível a análise da sua tempestividade. Aplicação da Súmula n. 288 do STF.

2. A existência de qualquer informação por parte do Tribunal *a quo*, atestando a tempestividade do recurso especial obstado, não tem o condão de suprir a ausência, no instrumento do agravo, de qualquer peça essencial à verificação dos pressupostos de admissibilidade, uma vez que estes são reexaminados pelo Relator neste Tribunal Superior. Precedentes.

3. Embargos de declaração rejeitados. (EDAGA n. 463.389, Segunda Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Laurita Vaz, DJU de 11.11.2002).



Processual Civil. Carimbo de protocolo de recebimento do especial ilegível. Agravo de instrumento. Não conhecimento. Recurso desprovido.

- Não se conhece do agravo de instrumento quando o carimbo do protocolo de recebimento do recurso especial encontrar-se ilegível, inviabilizando a aferição da tempestividade do apelo extremo.

- Ao examinar o agravo de instrumento, resta devolvido a esta Corte o exame de todos os requisitos de admissibilidade do recurso especial, entre eles a tempestividade, uma vez independentes os juízos proferidos pelo tribunal de segundo grau e pela instância especial. (AgRg no AG n. 389.429-RS, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 18.02.2002).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 44.719-AL (2005/0094619-3)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Ministério Público Federal

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Paciente: José Walter Azevedo

### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Direito Eleitoral e Processual Penal. Destruição de títulos e comprovantes de eleição. Conduta típica prevista no art. 339, do Código Eleitoral. Documentos que, em sua essência, vinculam-se visceralmente às eleições. Competência da Justiça Eleitoral.

1. Examinando o elemento descritivo do tipo “documentos relativos à eleição”, pode-se, com facilidade, extrair a idéia de que os títulos e comprovantes de eleição se encontram abrigados nesta definição. Com efeito, tais documentos se encontram, indubitavelmente, vinculados de forma indissociável às eleições, razão pela qual a conduta, na hipótese, subsume-se ao tipo previsto no art. 339, do Código Eleitoral.

2. A tutela jurídica do tipo previsto no art. 339, do Código Eleitoral, é exclusivamente a incolumidade dos documentos vinculados à eleição (*lato sensu*), sendo desimportante, na definição de sua conduta típica, a questão temporal.

3. Mantém-se, no caso, a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar a eventual ação penal a ser instaurada em desfavor do paciente.

4. Ordem denegada.

### 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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJ 12.03.2007

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal, em favor de José Walter Azevedo, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª região que reconheceu a competência da justiça eleitoral para o julgamento do delito tipificado no art. 339, da Lei n. 4.737/1965, imputado ao paciente.

O acórdão ora atacado restou assim ementado:

Penal. Destruição de títulos de eleitor e de comprovantes de eleição após a realização das eleições. Delito tipificado no art. 339, da Lei n. 4.737/1965. Competência da justiça.

1. Prefeito que, após o pleito eleitoral, teria destruído, mediante grave ameaça e agressões físicas, títulos eleitorais e comprovantes de votação de eleitores cadastrados na 16ª Zona Eleitoral do Estado de Alagoas.

2. Documentos que se vinculam indissociavelmente às eleições. A locução 'documentos relativos à eleição', encartada no art. 339, do Código Eleitoral é, por certo, mais específica que a expressão 'documento público' constante do artigo 305 do Código Penal em vigor: Competência da Justiça Eleitoral.

3. Havendo norma penal que especifica a natureza do documento que possa vir a ser alvo de conduta criminosa, esta deve prevalecer em relação à lei penal



geral, em face do princípio da especialidade. Competência da Justiça Eleitoral para apreciar e decidir a lide. (Fls. 22/39)

O Impetrante sustenta, em suma, que a competência para julgamento da ação penal pertence ao Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Requer, assim, liminarmente e no mérito, que seja determinada a remessa dos autos à Corte Estadual.

O pedido liminar, no período de recesso forense, foi indeferido pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça.

As informações foram devidamente prestadas pela Autoridade Impetrada.

A Douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. ).

É o relatório.

#### **VOTO**

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

Infere-se dos autos que o paciente, quando era prefeito municipal, teria, supostamente, recolhido e destruído títulos e comprovantes de eleição dos eleitores votantes na 16ª Zona Eleitoral do Estado de Alagoas.

Apurados os fatos pela polícia federal, o inquérito policial foi remetido ao Procurador Regional Eleitoral, em razão do indiciamento do paciente pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 339, do Código Eleitoral. Todavia, o representante ministerial, alegando que se tratava de crime comum, requereu a remessa dos autos para justiça estadual.

Por maioria, o Tribunal Regional Federal da 5ª região entendeu que, por se tratar de crime eleitoral e não comum, competia à Justiça Eleitoral o processamento e julgamento da lide penal.

Passo, a seguir, ao exame da controvérsia.

O tipo penal previsto no art. 339, do Código Penal, prevê a seguinte conduta ilícita:

Art. 339. Destruir, suprimir ou ocultar urna contendo votos, ou documentos relativos à eleição:

Pena – reclusão de dois a seis anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.

Examinando o elemento descritivo do tipo “documentos relativos à eleição”, pode-se, com facilidade, extrair a idéia de que os títulos e comprovantes de eleição se encontram abrangidos nesta definição. Com efeito, tais documentos

se encontram, indubitavelmente, vinculados de forma indissociável às eleições, razão pela qual, como bem asseverou o parecer ministerial, “a conduta se subsume ao tipo previsto no art. 339, do Código Eleitoral” (fls. 60/61).

O título de eleitor, por certo, é um documento público, o que poderia levar à caracterização do crime tipificado no art. 305, do Código Penal, porém, com muito mais razão é um documento que está, em sua própria essência, visceralmente ligado às eleições.

Assim, verificado o aparente conflito de normas, a solução técnica exsurge da simples utilização do princípio da especialidade, sobressaindo, no caso, o crime eleitoral, pois o cidadão somente utiliza o título de eleitor para exercer um direito-cidadão, o sufrágio ou seja o seu direito de participar de um pleito eleitoral e votar.

Transcrevo, nesse particular, o seguinte trecho do voto-vencedor do acórdão impugnado, de lavra do ilustre Desembargador Federal Geraldo Apoliano:

A locução ‘documentos relativos à eleição’, a que alude o art. 339, do Código Eleitoral é, por certo, mais incisiva do que a expressão ‘documento público’, referida naqueloutro tipo penal (art. 305, do CP).

E, decerto, não abrange apenas os papéis que estejam correlacionados à apuração dos sufrágios (boletins de urna, atas, registro de ocorrências que possam comprometer a lisura do processo eleitoral ou que, direta ou indiretamente, interessem à eleição em si, dentre outros), senão que, por igual, os títulos eleitorais, as folhas de votação e os comprovantes fornecidos pela Justiça Eleitoral ao eleitor, papéis que testificam o comparecimento às urnas e o exercício do direito-dever de sufrágio. (Fl. 36)

Acrescente-se, por fim, que pouco importa o tempo do crime para caracterizá-lo, pois a tutela jurídica do tipo previsto no art. 339, do Código Eleitoral, é exclusivamente a incolumidade dos documentos vinculados à eleição (*lato sensu*), sendo desimportante na definição de sua conduta típica a questão temporal.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte excerto do parecer ministerial:

Por fim, registramos que o Tribunal *a quo*, em relação ao aspecto temporal da ocorrência do delito, esclareceu a controvérsia quando consignou que a objetividade jurídica da norma penal-eleitoral é ‘assegurar a incolumidade dos documentos eleitorais validamente emitidos, sendo que, especificadamente em relação ao título de eleitor e ao comprovante de votação, o desiderato legal é o de garantir que o cidadão que esteja de posse desses documentos (título eleitoral e comprovante de votação) possa deles



dispor em condições plenas de utilização (vale dizer, não destruídos, danificados ou, por qualquer sorte, tornados imprestáveis, para os fins a que se destinam). (Fl. 61)

Ante o exposto, denego a ordem ora postulada.

É como voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 50.600-SP (2005/0199232-1)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: Valter Rodrigues dos Santos

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Valter Rodrigues dos Santos (Preso)

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Direito Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Cloreto de etila. Resolução n. 280 da Anvisa. Desclassificação para descaminho. Inocorrência. Ordem denegada.

1. O art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é norma penal em branco, uma vez que necessita de complementação para que se possa apreender seu âmbito de aplicação.

2. A Resolução n. 280, da Anvisa, apenas atualizou as alterações constantes na republicação da Resolução n. 104, na listagem constante da Portaria n. 344/1998.

3. O cloreto de etila, vulgarmente conhecido como lança-perfume, continua sendo substância proibida pela Lei de Tóxicos, de modo que seu transporte pode incorrer, em tese, no crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer do MPF.

**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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 14 de junho de 2007 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJ 06.08.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por Valter Rodrigues dos Santos, em causa própria, condenado à pena de quatro anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 (tráfico ilícito de entorpecentes).

2. Narra o impetrante que foi preso em flagrante em 15.01.2005 por estar transportando, sem licença da autoridade competente e em desacordo com determinação legal, 285 frascos de 100 cm<sup>3</sup> contendo cloreto de etila, além de ter oferecido vantagem pecuniária aos policiais que o abordaram, com intuito de que fosse liberado.

3. Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pelo tráfico ilícito de entorpecentes e absolvido pela prática de corrupção ativa, por insuficiência de provas, tendo interposto recurso de apelação em face da parte condenatória da sentença. Impetrou, ainda, *Habeas Corpus* objetivando o trancamento da ação penal, alegando, para tanto, que a substância classificada como entorpecente não estaria prevista no tipo penal que deu origem à denúncia e, ainda, o excesso de prazo na formação da culpa.

4. A egrégia Décima Primeira Câmara do Sexto Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, antes do julgamento da apelação interposta, denegou a ordem, sob o argumento de que a discussão acerca da natureza entorpecente do cloreto de etila encontra-se pacificada, além de que o advento da sentença condenatória supera a alegação de excesso de prazo na formação da culpa.

5. Em face desse *decisum* o paciente impetra o presente *writ*, pretendendo a desclassificação da conduta para descaminho e, conseqüentemente, o trancamento da ação penal, sob o argumento de que, à época dos fatos, estava em vigor a Portaria n. 344 da SVS/MS, que classificava o cloreto de etila como insumos químicos “D2” e psicotrópicos controlados, Guia Azul “B1”, excluindo-o, portanto, da lista de psicotrópico causador de dependência física ou psíquica “F2”.



6. A medida liminar foi indeferida pelo então Ministro Relator originário (fls. 80/81).

7. As informações solicitadas ao eminente Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tido como autoridade coatora, foram devidamente remetidas (fls. 87/89).

8. O douto Ministério Público Federal, no Parecer n. 4.167, da pena do ilustre Procurador de República Moacir Mendes Sousa, opina pela denegação da ordem, haja vista a classificação da substância em comento como entorpecente, restando tipificado o delito de tráfico.

9. É o que havia de relevante para relatar.

#### VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. De início, cumpre esclarecer que o crime praticado pelo ora paciente, tipificado no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, é sancionado por meio de norma penal em branco, uma vez que necessita de complementação para que se possa apreender seu âmbito de aplicação. Assim, embora haja uma conduta descrita como proibida, para a sua completa integração, requer-se um complemento a ser extraído de um outro diploma legal ou administrativo.

2. Na definição do acatado jurista Francisco de Assis Toledo, normas penais em branco “são aquelas que estabelecem a cominação penal, ou seja, a sanção penal, mas remetem a complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas” (*Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 42).

3. O art. 12 da revogada Lei n. 6.368/1976, vigente na época do fato, trazia a sua a seguinte redação:

Art. 12. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

4. Neste ponto, vale destacar que o advento da Lei n. 11.343/2006 em nada alterou a situação do ora paciente, eis que o dispositivo em questão foi mantido pela nova lei, apenas com algumas alterações irrelevantes para o caso em tela, qual a elevação da pena.

5. Tem-se, pois, que não está expressamente descrito em seu texto quais seriam as substâncias consideradas entorpecentes ou causadoras de dependência física ou psíquica, o que somente pode se dar através de ato administrativo de competência do Poder Executivo.

6. Neste contexto, veio à lume a Portaria n. 28/1926, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, contendo instruções a fim de normatizar o controle das atividades relacionadas às substâncias entorpecentes e/ou produtos que causem dependência física ou psíquica. Sendo certo, ainda, que suas listas anexas sofrem alterações periódicas, para inclusão ou exclusão de alguma substância, sempre que as circunstâncias reclamarem.

7. No caso concreto, o impetrante alega que, face à Resolução n. 280, de 22 de novembro de 2004 da Anvisa, vigente na data dos fatos, o cloreto de etila, vulgarmente conhecido como “lança-perfume”, teria sido retirado da lista “F”, que particulariza as substâncias de uso proibido no Brasil (entorpecentes “F1” e psicotrópicos “F2”), incluindo-o na lista “B2” (substâncias psicotrópicas, sujeitas a notificação da receita “B”) e D2 (insumos químicos utilizados para a fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos).

8. Em que pese a irresignação do paciente, verifica-se que a substância não deixou de ser considerada entorpecente e, portanto, proibida pela Lei de Tóxicos com o advento da Resolução n. 280/Anvisa. O que houve foi tão-somente uma atualização das alterações constantes na republicação da Resolução n. 104 na listagem constante da Portaria n. 344/1998.

9. Frise-se, por oportuno, que havia uma controvérsia, hoje superada, acerca dos efeitos advindos da primeira publicação da Resolução 104, quando, então, o cloreto de etila foi retirado da lista de substância de uso proscrito, constando apenas na lista D2 (insumos), sendo seu uso proibido somente para fins médicos.

10. Contudo, esta Corte já pacificou o entendimento de que, referida Resolução, tomada pelo Diretor-Presidente da Anvisa, *ad referendum* da Diretoria Colegiada, configurou a prática de um ato manifestamente inválido, carecendo, portanto, de eficácia. Oportuna a transcrição de esclarecedora parte do voto do eminente Ministro Felix Fischer, sobre o tema, quando do julgamento do REsp n. 299.659-PR, DJU 18.03.2002, *in verbis*:



*In casu*, houve a prática de ato regulamentar manifestamente inválido pelo Diretor-Presidente da Anvisa, tomado *ad referendum* da Diretoria Colegiada com fundamento no art. 13, IV, do Decreto n. 3.029/1999, tendo em vista uma situação de urgência.

O desarresto da decisão tomada pelo Diretor-Presidente, no que tange à exclusão da substância entorpecente da Lista F2, nem se discute, eis que a própria Diretoria Colegiada não referendou o ato e manteve o cloreto de etila como substância psicotrópica.

Além do mais, ressalte-se que não havia – e, isto, até no senso comum, é por demais indiscutível – urgência a autorizar o Diretor-Presidente a baixar, isoladamente, uma resolução em nome da Diretoria Colegiada. Para tanto, basta questionar a razão pela qual a liberação do cloreto de etila se tornou, da noite pro dia, tão importante para a indústria química. A definição do cloreto de etila como substância entorpecente – e, portanto, proibida – se mantém estável há longa data. Percebe-se, com clareza, que não havia e não há nenhuma justificativa para um alteração repentina da regulamentação, mormente em se tratando de medida discriminizadora, de grande importância no âmbito penal.

11. Este Superior Tribunal de Justiça, inclusive mais recentemente, confirmou a orientação de que o ‘cloreto de etila’, vulgarmente conhecido como ‘lança-perfume’, continua sendo substância proibida pela Lei de Tóxicos, sendo que a sua posse pode caracterizar a prática, em tese, de tráfico interno de entorpecente (HC n. 8.180-MS, 5T, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 02.08.2004).

12. À propósito, confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes:

Penal. Recurso especial. Artigo 12 da Lei n. 6.368/1976 (Antiga lei de tóxicos). “Cloreto de etila”. Substância entorpecente. Norma penal em branco de complementação heteróloga. Convenções internacionais. Validade da portaria n. 344/1998-SVS/MS. Inexistência de conflito de normas. Crime equiparado a hediondo. Substituição da pena. Possibilidade. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 declarada pelo STF.

I - O cloreto de etila é substância entorpecente de porte para uso próprio e comércio clandestino proibidos pela Lei de Tóxicos. (Precedentes).

II - As Convenções Internacionais incorporadas ao ordenamento nacional pelos Decretos n. 54.216/1964 e 79.388/1977 não proíbem o combate a outras substâncias que não estejam nelas expressamente previstas, restringindo-se a estabelecer um conteúdo mínimo que será alvo de cooperação na fiscalização pelos Estados celebrantes.

III - Assim, nada impede que, na órbita interna, em que prevalece a soberania da República Federativa do Brasil, o cloreto de etila tenha o seu consumo irregular ou comércio clandestino proibidos, sendo irrelevante que a mesma substância seja de produção e comercialização permitidos em outro país.

IV - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 82.959-SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, é inconstitucional.

V - Tendo em vista o entendimento acima, não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 875.463-DF, 5T, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 21.05.2007)

*Habeas corpus*. Direito Penal. *Abolitio criminis*. Cloreto de etila. Retroatividade benéfica. Inocorrência. Resolução n. 104. Anvisa. Ato declarado inválido. Erro de proibição. Inocorrência.

1. Na compreensão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a Resolução n. 104/2000 editada pelo Diretor da Anvisa é inválida, por não referendada pelo colegiado.

2. O cloreto de etila é substância entorpecente de porte para uso próprio e comércio clandestino proibidos pela Lei de Tóxicos.

3. Não há falar em erro de proibição, quando a conduta do agente, ela mesma, o exclui de forma evidente, *primus ictus oculi*.

4. Ordem denegada. (HC n. 35.664-SP, 6T, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 19.12.2005)

13. Outrossim, o fato da substância estar incluída na lista “B2” (substâncias psicotrópicas, sujeitas a notificação da receita “B”) e D2 (insumos químicos utilizados para a fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos) é suficiente para cumprir o disposto no art. 36 da Lei n. 6.368/1976, de sorte que a conduta do acusado – transportar, sem autorização legal, lança-perfume – amolda-se ao tipo previsto no preceito 12 da antiga Lei de Tóxicos.

14. Forte nesses fundamentos, denego a ordem.

15. É como voto.



**HABEAS CORPUS N. 51.431-RJ (2005/0210538-6)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: Marcos Delano da Silva Costa – Defensor Público

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

Paciente: Osni Panoeiro Silva

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Homicídio qualificado. Absolvição pelo Tribunal do Júri. Negativa de autoria. Apelação do Ministério Público provida. Anulação da decisão do Conselho de Sentença, porque manifestamente contrária à prova dos autos. Determinação de novo julgamento. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. Inexiste constrangimento ilegal ou violação da soberania do Júri Popular, em razão da anulação, pelo Tribunal de Justiça, da decisão absolutória do Conselho de Sentença, alicerçada unicamente na negativa de autoria, se a afirmação do réu não encontra respaldo em outros elementos, evidenciando-se manifestamente contrária ao conjunto fático-probatório apurado na instrução.

2. Ordem denegada, em conformidade com o parecer do MPF.

**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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ-MG), Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2007 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJ 27.08.2007

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Osni Panoeiro Silva, apontando-se

como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

2. Depreende-se dos autos que o Tribunal *a quo*, acolhendo o recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, anulou a sentença de absolvição proferida pelo Tribunal de Júri em favor do ora paciente (pronunciado por homicídio qualificado), por ser manifestamente contrária à prova dos autos, determinando a realização de novo julgamento.

3. Sustenta-se, em síntese, que os *Desembargadores que votaram a favor da pretensão ministerial – cópias anexas – entraram no mérito da causa, analisando de modo extremamente aprofundado a prova dos autos e emitindo um perigoso juízo de valor sobre estas provas, que, diga-se, apesar de não serem sérias, foram de tal modo acentuadas pelos ilustrados Desembargadores que a defesa do paciente perante o julgamento pelo Tribunal do Júri se encontra debilitada pelos termos empregados, uma vez que afrontosos à competência privativa do Tribunal do Júri para analisar a fundo a prova dos autos* (fls. 08).

4. Argumenta-se, ainda: *Ao lado de ser possível a análise da prova dos autos, segundo o disposto no artigo 593, § 3º do CPB para submeter um acusado a novo julgamento, é preciso que tal análise não viole o artigo 5º, incisos XXXVIII e LV (ampla defesa) da CRFP. Entretanto, o colegiado coator, rotulou de forma reprovável o paciente como assassino nos fatos que ainda serão objeto de nova análise pelo Tribunal do Júri de Três Rios, o qual uma vez já absolvera o paciente da imputação que lhe fora feita, de maneira que tal conduta deve ser prontamente rechaçada por este Tribunal* (fls. 09).

5. A liminar foi requerida com o fito de suspender a sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri de Três Rios, marcada para o dia 15.12.2005; alternativamente, postulava-se a proibição da leitura dos termos do referido acórdão (fls. 10).

6. Considerando que os autos foram conclusos à Presidência desta Corte somente em 03.01.2006, após a realização do referido julgamento, o pedido de liminar foi considerado prejudicado (fls. 50).

7. Nas informações prestadas pelo Presidente do Tribunal *a quo*, constou que o novo Júri condenou o paciente pelo crime previsto no art. 121, § 2º, I, III e IV c.c. o art. 29, todos do CPB, à pena de 14 (catorze) anos de reclusão, em regime fechado, tendo sido interposto recurso de Apelação pela defesa, pendente de julgamento, à época (fls. 63/64).

8. Em parecer, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Haroldo Ferraz da Nóbrega, o MPF opinou pela denegação da ordem (fls. 80/88).



9. Em consulta ao sistema informatizado de andamentos processuais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, constata-se que, em 04.07.2006, foi negado provimento ao recurso de Apelação interposto pela defesa, mantendo-se a condenação, sem recurso das partes.

10. É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Discute-se, no presente *Habeas Corpus*, se a anulação da decisão absolutória do ora paciente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro invadiu a competência soberana do Tribunal do Júri.

2. Consoante o art. 593, III, **d** do CPP, admite-se Apelação contra a decisão do Tribunal o *Júri manifestamente contrária à prova dos autos*. Nesse caso, nos termos do § 3º do referido artigo, o Tribunal *ad quem* dará provimento ao recurso *para sujeitar o réu a novo julgamento*.

3. É pacífico o entendimento nesta Corte de que a submissão da decisão popular ao duplo grau de jurisdição não ofende o princípio da soberania dos veredictos (HC n. 18.876-PE, Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, DJU 19.12.2002).

4. Todavia, a possibilidade de alteração da decisão dos jurados, ao argumento de ser manifestamente contrária à prova dos autos, não permite ao órgão revisor emitir juízo de mérito, ou seja, julgar o réu e decidir sobre sua condenação ou absolvição, tarefa que compete ao Conselho de Sentença.

5. É certo que a análise da prova é imprescindível nesses casos; com efeito, dizer se a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos impõe um mínimo de avaliação dessa prova, o que, muitas vezes, torna árdua a missão de traçar a linha divisória perfeita entre a competência do Tribunal revisor e a dos jurados. Nada obstante a dificuldade dessa tarefa, referida incursão no campo probatório é possível até o ponto suficiente para caracterizar a absoluta discrepância da decisão do Conselho de Sentença com a prova colhida, sendo inadmissível uma simples interpretação com o escopo de acolher uma ou outra tese possível, constituindo, essa hipótese, verdadeira afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

6. Eis a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

A final, o art. 593, III, **d**, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos

autos. Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o *error in iudicando* é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos, determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente a melhor decisão. Isso não significa, evidentemente, que a simples versão dada pelo acusado impeça que se dê provimento ao apelo da acusação. Não encontrando ela apoio na prova mais qualificada dos autos é de se prover o recurso para submeter o réu a novo Júri. A opção do Conselho de Sentença não se sustenta quando exercida indiscriminadamente, sem disciplina intelectual, em frontal incompatibilidade da decisão com a prova material inequívoca. (in *Código de Processo Penal interpretado*, 11ª ed., São Paulo, Atlas: 2003, p. 1.487/1.488).

7. Esse também, o entendimento perfilhado por esta Corte. Confira-se:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tribunal do Júri. Desclassificação para homicídio culposo. Anulação do julgamento pelo tribunal *a quo* sob o fundamento de ter sido a opção do júri manifestamente contrária à prova dos autos. Existência de duas versões. Escolha pelo conselho de sentença. Soberania dos veredictos. Concessão da ordem.

1. Verifica-se nos autos a existência de duas versões a respeito dos fatos ocorridos (dolo eventual e culpa consciente), oportunizando, desta forma, ao Conselho de Sentença, a escolha da tese que lhe pareceu mais convincente, ainda que possa não ser a mais técnica ou mais justa.

2. Não estando a tese acolhida pelos jurados efetivamente divorciada das provas produzidas no processo, inadmissível é a sua reavaliação pelo Tribunal de Justiça, desconstituindo a opção do Júri, sob pena de afrontar o princípio da soberania dos veredictos, consagrado no art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal.

3. Ordem concedida para anular o acórdão impugnado e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para que seja julgada a apelação interposta pela defesa.

(HC n. 39.286-RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJU 22.08.2005).



8. Amparado por esse entendimento doutrinário e jurisprudencial, impende verificar se, no caso concreto, houve indevida usurpação da soberania do Júri, em vista da anulação, pelo Tribunal *a quo*, da decisão que absolveu o ora paciente. E a resposta, ao meu sentir, é negativa.

9. Transcreve-se, no que interessa, o acórdão impugnado:

A autoria teve o relato de *Osni* em sede policial. Ele disse que foi procurado por *Carlos Alberto* que mencionou desejar dar, apenas, um susto na vítima. Ajustaram os dois dia e lugar, sendo esse recorrido apanhado por *Carlos Alberto* no caso Fiat, indo ambos esperar por *Creuza* que iria para o trabalho.

Foi o próprio *Osni* quem disse que desejava falar com ela, a qual começou a gritar ao avistar *Betinho*, o próprio *Osni* puxando-a para o interior do carro e com ela ficando no banco de trás. O veículo foi parado em posto e abastecido, seguindo depois para lugar que esse réu não conhecia. Dentro do carro *Betinho*, munido de uma seringa, fez uma aplicação na veia da vítima para que ela dormisse e depois, *Creuza*, já fora do carro, *Betinho*, com raiva, munido de um objeto do tipo estilete (gilete), eis que furioso, cortou a garganta de *Creuza*, fato presenciado pelo declarante. No curso de sua fala, admitiu *Osni* que entrou de gaiato na estória, mas sabia da existência de seguro deixado pela vítima. E se antecipou, certamente preocupado com a versão que pudesse vir do outro acusado, em dizer que

apenas ajudou a colocar *Creuza* no interior do veículo Fiat para ser levada ao local onde seria morta por *Betinho*. Qualquer afirmação contrária de *Betinho* é mentirosa e não condiz com a verdade (fls. 23/25).

Nessa fase, *Betinho* foi ouvido por duas vezes. Na primeira aludiu ao conhecimento que tinha com a vítima, ex-companheira de *Sidinei*, e disse que ouviu pelo rádio o desaparecimento, mas nada sabia a respeito. Depois, com mais amplo relator, mencionou que foi procurado pelo irmão e buscou auxílio de *Osni*, com quem comentou a situação e ouviu como resposta 'que não tinha problema, dizendo, a gente dá um jeito, inclusive sorrindo quando de tal assertiva'. No fato em sia, após mencionar que foi *Osni* quem puxou *Creuza* para dentro do carro e um sedativo nela foi dado, foi claro:

*Osni* (*Quim*) disse ao declarante que se ela ali ficasse, quando acordasse, efetivamente denunciaria os dois, tanto o declarante quanto ele, e que a solução seria matá-la. Diante da concordância do declarante, eis que *Osni* (*Quim*), munido com um canivete já citado, apenas cortou a garganta de *Creuza*, como sangue jorrando.

Após asseverar que *Osni* foi o autor da morte, ponderou:

Não sabe informar sobre a arma do crime utilizada por Osni (Quim), para matar Creuza; continuou sua vida normal, porém o remorso já estava corroendo sua vida, esclarecendo que pensava em assumir tudo sozinho, não pretendendo envolver ninguém, nem Osni e nem seu irmão Sidinei (fls. 11/12 e 15/18).

Em juízo, de modo completamente diferente, *Osni* negou participação no fato, disse que não prestou as declarações que lhe foram atribuídas e que apenas lavou o carro do acusado *Carlos Alberto* em virtude de um sangramento em sua mão. Queixou-se, inclusive, de agressões recebidas na polícia (fls. 100).

Por sua vez, *Carlos Alberto* admitiu ter sido ele quem cortou a garganta da vítima e disse que *Osni* apenas limpou o carro. Referiu ameaças que o irmão declarou estar recebendo de Creuza (fls. 98/99).

Em plenário, quando julgados em comum, *Osni* voltou a negar participação no fato e declarou que apenas ajudou a *Carlos Alberto* na limpeza do carro, que estava sujo de sangue perto da marcha, pois esse acusado estava com a mão machucada. Por sua vez, *Carlos Alberto* optou pelo total silêncio (fls. 423/424 e 425).

O crime não teve testemunhas presenciais. Durante o inquérito, o pai da vítima, *Jair*, declarou que sentiu sua falta e comunicou à autoridade policial. Uma amiga, *Andressa*, mencionando gravidez de Creuza, aduziu nessa frase:

a declarante não tem certeza, mas ouviu de populares que um veículo Pálio, cor verde, vidro escuro, quatro portas, placa não anotada, que dois indivíduos saíram de dentro do carro e obrigaram Creuza a entrar (fls. 6/7 e 8/9).

O carro usado na empreitada, dito por *Carlos Alberto*, era um Fiat, cor cinza escuro, 4 portas (fls.11), o que foi confirmado pela dona, *Eunice* (fls. 40/41), que o emprestou a esse réu com uma finalidade e tempo de uso, o que foi desvirtuado.

Em juízo, sob a proteção do contraditório, *Jair*, o pai da vítima, nada sabia sobre o fato, apenas comentou o desaparecimento da filha e o posterior aparecimento do seu corpo. Já *Andressa*, confirmando sua fala na polícia, foi direta: ‘moradores próximos a clínica onde a depoente trabalha lhe disseram que no dia do crime dois homens saíram do interior de um veículo Pálio e obrigaram a vítima a entrar. E confirmou essa fala depois.

(...)

Já *Andressa*, dessa vez pondo em realce temor de moradores, ainda confirmou que houve comentários no sentido de ter sido Creuza posta no interior de um carro Pálio, de 4 portas, por homens, dois ou três (...).



Como já foi dito, o crime em si não teve testemunhas presenciais. Mas soa evidente que a absolvição de *Osni*, acolhendo o Conselho de Sentença a negativa de autoria, foi afrontosa aos elementos de prova dos autos. Ele confessou na polícia que foi quem puxou Creuza para dentro do carro, mas atribuiu o assassinato a *Carlos Alberto*, primeiro com uma injeção e depois com um estilete, já adiantando a preocupação de desmerecer qualquer coisa que contra ele pudesse *Carlos Alberto* declarar, como asseverou depois, ao atribuir a morte da vítima ao uso de canivete de *Osni*, que até sorriu quando foi convidado para a empreitada sinistra. É de extrema importância recordar que *Carlos Alberto*, ao ser ouvido na polícia pela segunda vez, declarou não saber o destino da arma usada por *Osni* para matar a vítima. E que pretendia assumir tudo sozinho, pois efetivamente fora dele a iniciativa do crime, que contou, segundo a prova, com a ajuda decisiva de *Osni*. A esse respeito, convém lembrar que em Juízo, ao cumprir a preocupação de poupar *Osni* (fls. 98), *Carlos Alberto* garantiu que obrou sozinho e que *Osni* apenas ajudou a limpar o carro. Mas houve quem dissesse (Andressa), por mais de uma vez, que a vítima foi posta no interior de um carro por dois homens (depois, até por dois ou três, jamais por um só), o que derruba o recuo de *Carlos Alberto* e confirma o envolvimento de *Osni*.

Aliás, coisas típicas do Júri, ao responderem ao 11º quesito formulado em relação a *Carlos Alberto* no primeiro julgamento (fls. 436), os jurados afirmaram que ele não agiu sozinho. (fls. 25/27).

10. Na hipótese, o Tribunal *a quo* considerou manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados, porquanto os co-réus confessaram a prática do crime na delegacia de polícia e, um deles, em juízo, além de haver testemunhas que afirmaram que a vítima foi vista sendo levada por dois homens. Ademais, por ocasião da condenação do outro envolvido, o Conselho de Sentença afirmou que o crime foi cometido em co-participação, mas, depois, absolveu o co-réu. Note-se que essa absolvição não encontra respaldo em qualquer outro elemento de prova, mas na exclusiva alegação de inocência dos próprios acusados.

11. Vê-se, por conseguinte, que, apesar da minudente transcrição de todos os depoimentos, ao contrário do que afirma o impetrante, o aresto não rotulou o *paciente de assassino* ou se afastou dos lindes do art. 593, III, **d** do CPP ao anular a decisão absolutória do Conselho de Sentença, uma vez que esta se mostrava absolutamente incongruente com o conjunto da prova colhida e baseava-se exclusivamente na palavra do acusado, esta sim, sem apoio em nenhuma outra circunstância fática ou probatória.

12. Registre-se que, *in casu*, não se trata de versões para os mesmos fatos; ao contrário, cuida-se de uma conclusão sem qualquer amparo no conjunto da

prova apresentada e dissonante com as únicas produzidas em juízo. Já decidiu o STF que:

Não evidenciada, de forma cabal, a existência de duas versões verossímeis nos autos, afasta-se a alegação de que o acórdão impugnado, mandando o paciente a novo julgamento, tenha afrontado a soberania das decisões do Tribunal do Júri. *Habeas Corpus* indeferido (RT 568/371, in *Código de Processo Penal interpretado*, ob. cit., p. 1.494).

13. Nesse sentido, cite-se, desta Corte:

*Habeas corpus*. Penal e Processo Penal. Tribunal do Júri. Homicídio qualificado. Absolvição: legítima defesa. Apelação do Ministério Público. Anulação da sentença: manifestamente contrária à prova dos autos. Princípio da soberania dos veredictos: não violação. Ordem denegada.

1. Esta Colenda Turma tem se posicionado, de forma muito criteriosa – e de outro modo não poderia ser –, em defesa da manutenção das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, impedindo que o Tribunal de Justiça viole o princípio da Soberania dos Veredictos.

2. A caracterização da violação do referido princípio implica adoção, pelo Tribunal de Justiça, de uma das versões alternativas e verossímeis, em contraposição àquela aceita pelo Júri Popular.

3. Estando, de outra parte, a decisão em completa dissociação com o conjunto probatório produzido nos autos, caracterizando arbitrariedade dos jurados, deve, o Tribunal de Justiça anulá-la, sem que isso signifique qualquer tipo de violação dos princípios constitucionais.

4. *In casu*, o impetrante não logrou demonstrar a dinâmica dos fatos ocorridos, tampouco apresentou as provas que teria lastreado a absolvição, ao contrário, colhe-se dos autos que o Tribunal de Justiça, examinando o conjunto fático-probatório, entendeu ser a tese da legítima defesa carente de sustentação probatória.

5. Ordem denegada.

(HC 37.687/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 01.07.2005).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Júri. Art. 121, § 1º do Código Penal. Anulação pelo e. Tribunal *a quo* do *decisum* do Conselho de Sentença. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

I. Merece ser anulado o *decisum* do Conselho de Sentença quando manifestamente contrário à prova dos autos. (Precedentes).



II. O fato de haver nos autos o depoimento de uma testemunha corroborando a tese da defesa esposada em plenário, somente poderia ser acatada pelos jurados se essa tivesse o mínimo de razoabilidade.

III. No presente caso, o e. Tribunal *a quo*, ao analisar o acervo probatório, refutou expressamente o depoimento da mencionada testemunha, tendo-o como inidôneo e ressaltando estar este em dissonância todo o restante das provas colhidas. Para que os jurados acolham uma das versões evidenciadas nos autos, é imprescindível que essa tenha o mínimo de fundamentação, o que incorre *in casu*.

*Writ* denegado, cassando-se a liminar anteriormente concedida.

(HC n. 36.924-SP Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJU 28.02.2005).

14. Ante o exposto, denega-se a ordem, em conformidade com o parecer do MPF.

---

### **HABEAS CORPUS N. 59.441-SP (2006/0109097-6)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: Patrícia Leika Sakai – Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Thiago Ferraz Santos (Preso)

### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Processual Penal. Renúncia de poderes do advogado nomeado pelo juízo protocolizada em primeiro grau. Ausência de intimação do acusado para constituir novo defensor. Falta de comunicação ao Tribunal. Julgamento do recurso de apelação sem que o réu estivesse assistido por defesa técnica própria. Intimação da Procuradoria do Estado após o trânsito em julgado do acórdão. Nulidade absoluta. Cerceamento de defesa. Constrangimento ilegal. Ocorrência. Inteligência do art. 261 do CPP e da Súmula n. 708-STF Precedentes do STJ. Ordem concedida, para anular o julgamento do recurso de apelação.

1. Padece de nulidade absoluta o julgamento de Apelação após a renúncia do Advogado dativo, sem a intimação do réu constituir

novo defensor. A renúncia do Advogado nomeado para defender o paciente ocorreu muito antes do julgamento do recurso de Apelação pelo Tribunal.

2. Ainda que a renúncia tenha sido protocolizada no primeiro grau, era dever do Juízo intimar o réu para constituir novo defensor ou nomear-lhe outro; o fato é que o recurso de Apelação foi julgado sem que o réu estivesse, à época, assistido por defesa técnica própria.

3. “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (art. 261 do CPP).

4. “É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia o único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro” (Súmula n. 708-STF).

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem concedida, para anular o julgamento do recurso de Apelação, determinando-se a intimação do réu para constituir novo defensor ou, em caso de inércia, a nomeação de Advogado dativo pelo Relator, prosseguindo-se nos demais termos do processo, como se entender de direito.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ-MG), Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2007 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJ 27.08.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Thiago Ferraz Santos, em adversidade ao acórdão proferido pela 10ª Câmara do 5º Grupo da Seção



Criminal do Estado de São Paulo, que, por unanimidade, confirmou a sentença que condenou o paciente à pena de 3 (três) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão em regime integralmente fechado, por infração ao disposto no art. 12, *caput* da Lei n. 6.368/1976.

2. Sustenta a impetrante que o constrangimento ilegal advém do julgamento da referida Apelação, interposta pela defesa, após a renúncia de poderes do advogado nomeado, sem que tenha sido oportunizada a constituição de novo defensor pelo acusado.

3. Alega-se, em síntese, que: *O paciente foi processado e julgado sem defensor, pois após a renúncia daquele nomeado (29.06.2004), nenhum outro assumiu sua defesa até esta Procuradora ser intimada do v. acórdão (18.05.2006). Houve violação do devido processo legal e dos princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal. Não se admite, no processo penal brasileiro, seja alguém julgado sem a devida defesa técnica, como ocorreu no caso em tela. Neste sentido, a Súmula n. 708 do Supremo Tribunal Federal.*

4. Indeferido o pedido de liminar (fls. 87/88), foram prestadas as informações pela douta autoridade apontada como coatora às fls. 97/184.

5. Em parecer, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Jair Brandão de Souza Meira, o MPF opina pela denegação da ordem.

6. Era o que havia de relevante para relatar.

### VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Na hipótese, postula-se a nulidade do acórdão que julgou a Apelação interposta pela defesa, ao fundamento de que, ocorrendo a renúncia do advogado nomeado pelo Juiz, o apelante, ora paciente, deveria ter sido intimado para a constituição de novo defensor, o que não ocorreu. Alega-se que o procedimento feriu os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

2. Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, acusado e, ao final, condenado por tráfico de entorpecentes, tendo permanecido encarcerado durante a instrução criminal. A defesa, diante da inércia do réu, ficou a cargo de advogado nomeado pelo Juízo, por meio do convênio PGE/OAB.

3. A sentença condenatória foi publicada em 10.01.2003. O recuso de Apelação interposto tão-somente pela defesa foi julgado em 14.12.2005, com publicação do acórdão em 26.01.2006. Após o trânsito em julgado, os autos baixaram à Comarca de Ribeirão Preto, em 12.05.2006, quando se constatou

que, desde 29.06.2004, nos autos suplementares, que não foram remetidos ao Tribunal, o advogado nomeado tinha renunciado aos poderes, em vista do seu descredenciamento do convênio PGE/OAB. O Juiz de Direito, então, nomeou defensor da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado (fl. 80), que ajuizou o presente *Habeas Corpus*.

4. A douta Subprocuradoria Geral da República entendeu inexistir nulidade absoluta, porquanto a renúncia fora feita em autos suplementares, e estava dirigida ao Juiz de primeiro grau, mas não ao Tribunal.

5. *Data venia*, dos elementos acostados na presente impetração, não se conclui que o causídico continuou acompanhando a Ação Penal até seus ulteriores termos.

6. Ao contrário, no requerimento dirigido ao Juiz pediu-se o *arbitramento dos honorários proporcionais a atuação no feito*. Requereu-se, ainda, que fosse oficiado à Procuradoria do Estado para a nomeação de novo advogado dativo (fl. 81).

7. A renúncia do advogado nomeado para defender o paciente ocorreu muito antes do julgamento do recurso de Apelação pelo Tribunal (aproximadamente 01 (um) ano e 06 (seis) meses). Ainda que aquela tenha sido protocolizada em autos suplementares, era dever do Juiz intimar o réu para constituir novo defensor ou nomear-lhe outro, em caso de desídia, comunicando ao Tribunal a situação, para evitar nulidade, que, nesse caso, é absoluta. O fato é que o recurso de Apelação foi julgado sem que o réu estivesse, à época, assistido por defesa técnica própria.

8. Consoante o art. 261 do CPP: *Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*. Dessa forma, não se justifica o procedimento adotado, mormente quando o réu encontrava-se recolhido à prisão desde o flagrante. Veja-se, ainda, o teor da Súmula n. 708 do STF, *in verbis*: *É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro*.

9. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência desta Corte:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 213 c.c. art. 224. Réu absolvido em 1ª instância. Renúncia do defensor. Julgamento sem defesa.

I. Se o defensor do paciente renuncia ao mandato anteriormente ao julgamento da apelação, cabe ao d. Juiz singular ou ao e. Tribunal *a quo* determinar a intimação do acusado para constituir outro advogado, ou, na falta, indicar defensor dativo.

II. O *error* apontado, *per si*, configura falha fatal e absoluta. No processo penal, mais do que em qualquer outra seara, tendo em vista que está em jogo a liberdade do acusado ou até o estigma causado por condenação, exige-se um rigor adicional



na observância do princípio da ampla defesa, principalmente no caso onde o réu, absolvido em 1ª Instância, restou condenado, por maioria de votos, pelo e. Tribunal *a quo*.

*Writ* concedido.

(HC n. 23.961-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJU 16.12.2002).

*Habeas corpus*. Processual Penal. Crime de concussão. Renúncia do advogado do réu. Julgamento realizado sem defensor. Cerceamento de defesa. Nulidade.

1. Constitui nulidade absoluta, por evidente cerceamento de defesa, a falta de intimação do Réu sobre a renúncia de seu advogado, para que possa substituí-lo por outro de sua confiança ou, ao menos, caso assim não proceda, para que lhe possa ser nomeado um defensor dativo. Precedentes.

2. Ordem concedida para anular o julgamento da apelação criminal e todos os atos processuais subseqüentes, tão-somente com relação ao ora Paciente, e determinar que outro julgamento seja proferido com a presença de seu advogado constituído ou, caso não venha a indicar um de sua confiança, após ser devidamente intimado para tanto, que lhe seja designado um defensor dativo.

(HC n. 69.644-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 28.05.2007).

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 333, do CP. Cerceamento de defesa. Renúncia do defensor. Falta de intimação do réu para constituir novo causídico. Ausência de nomeação de defensor público ou dativo. Interceptação telefônica. Flagrante preparado. Pedidos prejudicados.

I. Se o defensor do paciente renuncia ao mandato que lhe foi outorgado, cabe ao juiz determinar a intimação do acusado para constituir outro advogado ou, caso não encontrado, deve ser intimado via edital e, após, na falta de manifestação do réu, deve indicar defensor público ou dativo (Precedentes).

II. Acolhido o pleito de cerceamento de defesa, com a conseqüente anulação do julgamento, restam prejudicados, por ora, os demais pedidos.

*Writ* parcialmente conhecido e, nesta parte, concedido.

(HC n. 47.965-MT, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJU 27.03.2006).

10. Ante o exposto, concede-se a ordem, para anular o julgamento do recurso de Apelação, determinando-se a intimação do réu para constituir novo defensor ou, em caso de inércia, a nomeação de advogado dativo pelo Relator, prosseguindo-se nos demais termos do processo, como se entender de direito.

**HABEAS CORPUS N. 63.929-RJ (2006/0168937-5)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Marcio Palma e outros

Impetrado: Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Lenise Budri Cassini

Paciente: Geraldo Angelo Gonçalves

**EMENTA**

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 121, §§ 3º e 4º do Código Penal. Alegação de incompatibilidade entre a imperícia, como modalidade de culpa, e a majorante relativa à inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Inépcia da denúncia. Inexistência. Falta de cuidado objetivo devidamente indicada na exordial.

I - Não é inepta a denúncia que indica precisamente em que consistiu a falta de cuidado objetivo exigível.

II - Tratando-se de atuação de profissionais, no caso anestesistas, a inobservância de regra técnica pertinente ao caso concreto, estando devidamente indicada na exordial, também evidencia que esta é válida.

III - Assim, não há qualquer *bis in idem* na imputação fática concreta, mormente se a causa de aumento específica (no *punctum saliens*, a inobservância de regra técnica de profissão) se mostra voltada ao exercício profissional.

IV - Delineada a falta de cuidado objetivo exigível, é desta imputação que o acusado se defende e não da qualificação eventualmente adotada (v.g.: negligência, imprudência e imperícia). Igual raciocínio diz com a causa especial de aumento de pena.

*Habeas corpus* denegado, liminar cassada.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por



unanimidade, denegou a ordem, cassando a liminar anteriormente deferida.” Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Sustentaram oralmente: Dr. Márcio Gesteira Palma (p/ pactes) e Ministério Público Federal

Brasília (DF), 13 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJ 09.04.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de Lenise Budri Cassini e Geraldo Ângelo Gonçalves, denunciados como incurso nas sanções do art. 121, §§ 3º e 4º do Código Penal, em face de v. acórdão prolatado pela c. Oitava Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e que restou assim ementado:

*Habeas corpus*. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal.

Homicídio culposo. Alegação de inépcia da denúncia por defeituosa qualificação jurídica dos fatos nela narrados, utilizada uma mesma circunstância como elementar e causa especial de aumento de pena impedindo os Pacientes de se beneficiarem da suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89, da Lei n. 9.099/1995, o que consubstanciaria ilegalidade. Pleito de desclassificação do delito com o expurgo da majorante, concedendo-se vista ao *Parquet* para pronunciar-se sobre a suspensão condicional do processo. Correção jurídica da exordial que descreveu, com clareza, a culpa em sentido estrito, fundada na negligência e a inobservância de regra técnica de profissão. Inocorrência de *bis in idem*. Estreitos limites do “*habeas corpus*” que não comportam exame aprofundado da matéria fática. Inocorrência do constrangimento ilegal de que cuidam os arts. 5º, LXVIII, da CF/1988 e 647, do CPP. Denegação da ordem (fl. 113).

Nas razões do presente *mandamus* argumentam os impetrantes que os pacientes estariam sofrendo constrangimento ilegal em razão da defeituosa qualificação jurídica dos fatos apresentada na denúncia, haja vista que uma mesma circunstância foi utilizada para caracterizar a imperícia como modalidade de culpa e a causa especial de aumento prevista no art. 121, § 4º, primeira parte,

do Código Penal relativa à inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Desta forma, requer, a concessão da ordem, tão-somente, para uma vez afastada a citada causa especial de aumento da pena lhes seja formulada a proposta de suspensão condicional do processo.

Liminar concedida.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela denegação da ordem em parecer assim ementado:

*Habeas corpus*. Homicídio culposo majorado (CP, art. 121, §§ 3º e 4º). Intervenção cirúrgica de que resultou a morte do paciente. Conduta caracterizadora de imperícia qualificada. Inobservância de regra técnica da profissão médica. Adequada capitulação penal posta na denúncia. Pedido de alteração da definição jurídico-penal dos fatos para suprimir a majorante prevista no art. 121, § 4º, Do Código Penal a fim de tornar possível a suspensão condicional do processo prevista na Lei n. 9.099/1995, art. 89. Pedido juridicamente inadmissível. Alegação improcedente de *bis in idem* que não encontra amparo na jurisprudência do superior tribunal de justiça e do supremo tribunal federal. Ilegalidade não vislumbrada no v. Acórdão censurado pelos impetrantes. Parecer pela denegação da ordem, cassando-se a liminar deferida.

*Habeas corpus* em que os próprios impetrantes limitam o debate às questões de direito, dizendo expressamente que não pretendem discutir, nesta via, os fundamentos fáticos da denúncia, mas apenas e tão-somente a definição jurídica dos fatos narrados na peça acusatória.

A tese dos impetrantes reside no pretenso descabimento da majoração da pena prevista no § 4º do art. 121 do Código Penal, como fundamento para “a concessão da ordem para desclassificar o crime imputado aos pacientes, expurgando da denúncia a majorante” (fl. 21, item 4.4, alínea **b**), com o que tornaria possível a suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/1995, art. 89), espécie de acordo em que os próprios réus impediriam a apuração dos fatos e, conseqüentemente, a formação de um juízo acerca da culpa pela morte do paciente.

Isto porque, em caso de homicídio culposo cometido por médico, segundo os impetrantes, não pode incidir a causa de aumento prevista no § 4º do art. 121 do Código Penal, porque configuraria *bis in idem*, posto que, ainda segundo eles, o homicídio culposo se caracteriza com a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que não se confundem com a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, que é causa de aumento que denota maior reprovabilidade da conduta, sendo este o motivo pelo qual o julgador não pode se



utilizar da mesma circunstância fática para reconhecer a incidência do art. 121, § 3º, conjuntamente com a do § 4º do Código Penal.

Essa tese é inadmissível, porque “a negligência, sendo modalidade de culpa e integrante do tipo penal, não se confunde com a inobservância de regra técnica, que, como causa especial de aumento de pena, pertence ao terreno da culpabilidade.” (STJ, REsp n. 191.911-SP Rel.: Min. Gilson Dipp, DJ 03.06.2002, p. 234).

Embora em tese, e de *lege ferenda*, poder-se-ia cogitar de um possível *bis in idem* na medida em que a “imperícia”, consubstanciada na inobservância de regra técnica da profissão, arte ou ofício, já estaria incluída, como elemento subjetivo do próprio tipo penal do homicídio culposo (art. 121, § 3º, c.c. o art. 18, II, do Código Penal), efetivamente e de *lege lata*, o legislador claramente instituiu aquele fato – repita-se: a inobservância de regra técnica da profissão, arte ou ofício – como causa específica de aumento de pena para a situação do homicídio culposo (art. 121, § 4º, do Código Penal), afastando, dessa forma, qualquer consideração de impropriedade na sua incidência para o caso em análise, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal (HC n. 86.969-6-RS, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julg. 13.12.2005).

“No homicídio culposo, a inobservância de regra técnica faz com que a pena aplicada ao agente seja majorada em um terço. Esse substancial aumento se deve ao fato de que o agente, mesmo tendo os conhecimentos das técnicas exigidas ao exercício de sua profissão, arte ou ofício, não os utiliza por leviandade, sendo maior, portanto, o juízo de reprovação que deve recair sobre o seu comportamento.” (Rogério Greco, *in Curso de Direito Penal – Parte Especial*, v. II, p. 202, Impetus, Rio de Janeiro, 2005).

Parecer no sentido da denegação da ordem a fim de que, cassada a liminar e confirmado o recebimento da denúncia, tenha andamento o processo em primeiro grau de jurisdição, rejeitado o pedido de sua suspensão condicional” (fls. 122/124).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O cerne da controvérsia por demais interessante cinge-se em saber se há *bis in idem* entre a modalidade de culpa e a causa especial de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, primeira parte (*inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício*).

Para melhor delimitar a *quaestio* confira-se o teor da exordial acusatória combatida:

No dia 17 de setembro de 2002, na Clínica São Vicente, situada na Rua João Borges, Cávea, nesta cidade, os médicos ora denunciados procederam a uma biópsia em Christiano Galliez Pinto Feital Silva, por meio de punção controlada por tomografia, tendo por objetivo, a coleta de material destinada ao diagnóstico da massa tumoral que Christiano apresentava em seu mediastino. *A intervenção foi realizada mediante aplicação de anestesia e sedação do paciente, com este posicionado em decúbito dorsal.*

2- *Na ocasião, exames prévios revelavam a presença de extensa massa tumoral comprimindo a traquéia a veia cava superior e croça da aorta. Ademais, o paciente apresentava dispnéia e incômodo postural em decúbito dorsal, com sérias restrições respiratórias.*

3- *Nessas condições, era imperativa extrema cautela e o mais pleno conhecimento do estado do paciente, visando a adoção de todas as providências que não pusessem em maior risco a integridade deste último. Obviamente, isso se aplicava não apenas ao primeiro acusado, como chefe da equipe, mas também aos dois anestesistas que iriam participar, como de fato participaram, da intervenção.*

4- *Inobstante essas circunstâncias, e com total descaso para a sintomatologia ostentada pelo paciente, os denunciados procederam à biópsia na forma descrita no item nº 1 supra, o que veio a provocar em Christiano uma parada cardíaca respiratória, levando-o ao coma e posterior morte.*

5- No caso concreto, a técnica cirúrgica utilizada para a biópsia, com a submissão do paciente à posição de decúbito dorsal aliada administração de drogas anestésicas, relaxantes e depressoras, agravaram de tal modo o seu conhecido quadro de deficiência respiratória, que a parada cardíaca foi o desdobramento inevitável das ações praticadas pelos réus.

*Os denunciados agiram em conjunto. Embora a erronia da escolha da técnica cirúrgica (biópsia por meio de punção controlada por tomografia com o paciente em decúbito dorsal) seja atribuível ao primeiro denunciado, os segundo e terceiro acusados não estavam, sob nenhum dever de subserviência e tampouco privados de discernimento quanto a essa erronia e às drogas que administraram à vítima. E nenhum dos três acusados estava eximido de conhecer e prever as conseqüências dos atos praticados por qualquer deles per se.*

7- A vítima veio a falecer em 27 de outubro de 2002, após longo período de coma. A *causa mortis* indicada na certidão de óbito de fl. 37 foi “insuficiência respiratória, choque séptico, encefalopatia anóxica, linfoma não Hodgkin...”. Não fosse, porém, o ostensivo erro médico praticado pelos denunciados, resultante da inobservância de regra técnica de sua profissão, o evento final jamais teria ocorrido.



8- A negligência da conduta dos denunciados torna-os incurso nas penas do artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal. (fls. 41/43).

O e. Tribunal *a quo* ao analisar a *vexata quaestio*, por maioria, denegou a ordem sob os seguintes fundamentos: a) a exordial acusatória descreveu com clareza a culpa em sentido estrito na modalidade de negligência, consistente na equivocada escolha do procedimento médico a ser utilizado; b) por outro lado, a proemial apontou também circunstâncias anteriores à ação dos pacientes que por meio de exames prévios conheciam a presença de extensa massa tumoral comprimindo a traquéia, razão porque apresentava o doente dispnéia e incômodo postural em decúbito dorsal com sérias restrições respiratórias, o que, é fundamental no Processo Penal Brasileiro que o réu se defende de uma imputação fática que permite a adequação típica, portanto, em sede de crime culposo é essencial que se atribua claramente a falta de cuidado objetivo exigível.

No caso concreto esta está delineado na denúncia atacada. Da mesma forma, tratando-se de profissionais, restou clara a inobservância de regra técnica, específica da profissão.

Como se vê não há que se falar em inépcia da exordial, uma vez que com a imputação concreta da falta de cuidado associada especificamente à inobservância daquilo que deveria profissionalmente ter sido adotado mostra que a atribuição do § 4º, primeira parte do art. 121 do Código Penal não pode ser descartada de plano.

A qualificação (*v.g.*: negligência, imprudência e imperícia) que conforme o caso pode ser discutida ou ser polêmica não é a essência do crime culposo, a essência deste é a falta de cuidado objetivo..

*Em casos análogos no plano jurisprudencial cito os seguintes precedentes desta Corte:*

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Homicídio culposo. Causa de aumento de pena. Inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Aplicabilidade. Recurso a que se nega provimento.

1. Não há confundir a imperícia, elemento subjetivo do homicídio culposo, com a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício descrita no § 4º do art. 121 do CP, pois, naquela, o agente não detém conhecimentos técnicos, ao passo que nesta o agente os possui, mas deixa de empregá-los.

2. Recurso a que se nega provimento. (RHC n. 17.530-RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 26.09.2005).

Criminal. Recurso especial. Homicídio culposo. Negativa de vigência ao art. 41 do CPP Falta de prequestionamento. Não conhecimento. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Não conhecimento. Afronta ao art. 619, CPP Inocorrência. Embargos

de declaração analisados nos limites dos recursos. Carência de fundamentação da sentença, quanto à pena-base não verificada. Confusão entre negligência e inobservância de regra técnica. *Bis in idem*. Não ocorrência. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

Não tendo sido, a ofensa ao art. 41 do CPP analisada pelo Tribunal *a quo*, não se conhece da questão, em razão do óbice da falta de prequestionamento.

Se os acórdãos colacionados como paradigmas não se assemelham à hipótese dos autos, tem-se a impossibilidade de conhecimento do alegado dissídio pretoriano.

Não procede a alegação de violação ao art. 619, do CPP, se os embargos de declaração foram suficientemente analisados pela Corte *a quo* nos limites do recurso interposto – que se destina a sanar eventual obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida.

Suficientemente fundamentada a sentença quanto à majoração da pena base, não se reconhece a apontada ofensa ao art. 59, do CP.

*A negligência, sendo modalidade de culpa e integrante do tipo penal, não se confunde com a inobservância de regra técnica, que, como causa especial de aumento de pena, pertence ao terreno da culpabilidade.*

Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (REsp n. 191.911-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 03.06.2002).

*E, também do Pretório Excelso:*

*Ementa: Habeas Corpus. 2. Homicídio culposo. 3. Causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal. 4. Inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Aplicabilidade. 5. Habeas Corpus indeferido. (HC n. 86.969-RS, Segunda Turma Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 24.02.2006)*

*Do corpo do citado aresto destaque:*

Com efeito, não há qualquer ilegalidade no enquadramento do delito (art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal), uma vez que o óbito do operário se deu em serviço, por clara inobservância de regra técnica, como bem esclareceu o exame pericial e assentaram as instâncias jurisdicionais ordinárias.

Verifica-se, ainda, que os ora pacientes trabalham na área da construção civil há muitos anos, não havendo como os mesmos ignorarem as normas técnicas de segurança que devem ser observadas em qualquer obra.

Ademais, como bem esclareceu o acórdão recorrido “não há como confundir a imperícia, elemento subjetivo do homicídio culposo, com a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício descrita no § 4º do art. 121 do CP, pois, naquela,



o agente não (necessariamente] detém conhecimentos técnicos, ao passo que nesta o agente (necessariamente] os possui, mas deixa de empregá-los” (fl. 20).

É verdade que, em tese e de lege ferenda, poder-se-ia considerar um possível *bis in idem* na medida em que a “imperícia” – ou seja, no caso, a inobservância de regra técnica da profissão – já estaria contida no próprio tipo penal do homicídio culposo (arts. 121, § 3º c.c. 18, II, ambos do Código Penal), mas a questão é que, efetivamente e de *lege lata*, o legislador claramente instituiu aquele fato – repita-se: a inobservância de regra técnica da profissão, arte ou ofício – como causa específica de aumento de pena para a situação do homicídio culposo (art. 121, § 4º, do CP), afastando assim qualquer consideração de impropriedade na sua incidência para o caso em análise.

Nesse sentido também corrobora a doutrina:

A inobservância regulamentar não se confunde com a imperícia, que indica inabilidade de ordem profissional, insuficiência de capacidade técnica. Na causa de aumento de pena, o sujeito tem o conhecimento da regra técnica, mas não a observa. (Damásio de Jesus, *in Código Penal Anotado*, p. 409, 12ª ed., Saraiva, São Paulo)

No homicídio culposo, a inobservância de regra técnica faz com que a pena aplicada ao agente seja majorada em um terço. Esse substancial aumento se deve ao fato de que o agente, mesmo tendo os conhecimentos das técnicas exigidas ao exercício de sua profissão, arte ou ofício, não os utiliza por leviandade, sendo maior, portanto, o juízo de reprovação que deve recair sobre o seu comportamento. (Rogério Greco, *in Curso de Direito Penal – Parte Especial*, v. II, p. 202, Impetus, Rio de Janeiro, 2005).

Ainda, acerca do apontado *bis in idem* pelos impetrantes transcrevo as esclarecedoras palavras de Heleno Cláudio Fragoso *in* “Lições de Direito Penal – Parte Especial – Volume 1”, Ed. Forense, 11ª edição, 1995, p. 46/47, a saber:

No crime de homicídio culposo e no de lesões corporais culposas, a pena é agravada se o fato foi praticado “como inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício”.

Tal dispositivo só se aplica quando se trata de um profissional, pois somente em tal caso se acresce a medida do dever de cuidado e a reprovabilidade da falta de atenção, diligência ou cautela exigíveis. Se não se trata de um profissional, o componente da culpabilidade não excede o que regularmente se requer para a configuração do crime culposo em sua hipótese típica básica, de modo que o reconhecimento da agravante significaria uma dupla valoração inadmissível.

Se alguém constrói um muro divisório de seu terreno e se tal muro vem a ruir causando morte, por ter sido edificado com inobservância de regras técnicas, parece evidente que uma culpa agravada só poderia ter um técnico na construção de muros. Quem, não sendo técnico, se lançasse à construção de um muro, seria apenas culpado da imprudência elementar ao crime culposo.

A maior responsabilidade surge somente pelos acrescidos deveres que tem o profissional. Se o muro for construído por um profissional, com inobservância dos deveres de seu ofício, a censurabilidade será bem maior, porque o profissional está adstrito a mais graves responsabilidades.

Como ensina o nosso excelente Anibal Bruno “não é a imperícia do agente que se torna agravante na primeira hipótese, mas a inconsideração com que age, desprezando as regras do seu ofício, e por esse desinteresse, provocando o fato punível”.

Ante o exposto, denego a ordem. Cassada a medida liminar anteriormente concedida.

É o voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 67.194-GO (2006/0211900-2)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Marcelo de Sousa Vieira e outro

Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Paciente: Núbia Damacena de Oliveira Sobrinho

**EMENTA**

Penal. *Habeas corpus*. Art. 171, *caput*, do Código Penal. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Atipicidade da conduta. Inocorrência.

I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (*Precedentes*).

II - O repasse de cheque a terceiros configura, em tese, o crime de estelionato, quando a cártula é previa e indevidamente sustada – em razão de comunicação falsa de furto por um dos denunciados –, buscando-se, assim, justamente, o prejuízo alheio.

Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJ 26.02.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Núbia Damacena de Oliveira Sobrinho, denunciada como incurso nas sanções do art. 171, *caput*, do Código Penal, contra v. acórdão prolatado pela c. Segunda Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Eis a ementa do julgado:

*Habeas corpus*. Crime em tese. Análise probatória, trancamento de ação penal. Impossibilidade. Descrita na denúncia conduta, que pelo menos em tese, subsume crime, impossível falar-se em trancamento da ação penal. Além do que, é do processo de conhecimento, a discussão sobre a tipicidade da conduta perpetrada pela paciente, uma vez que importa em dilação probatória. Ordem denegada. (Fl. 210)

Aduzem os impetrantes, no presente *writ*, que faltaria justa causa à ação penal movida em desfavor da paciente, porquanto o fato a ela imputado seria atípico. Por conseguinte, buscaram o trancamento da ação penal.

Informações foram prestadas às fls. 220/221.

A d. Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela denegação da ordem em parecer que restou assim ementado:

Ementa: *Habeas corpus*. Estelionato. Cheques. Pretensão de trancamento da ação penal. Alegação de ausência de justa causa. Inocorrência. Vedação de análise aprofundada do conjunto fático-probatório. Pela denegação da ordem.

1. Não há falar em ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal promovida em desfavor do paciente, quando a denúncia descreve perfeitamente a ocorrência, em tese, de fato ilícito, antijurídico e culpável, sendo impossível na via estreita do *habeas corpus* o exame aprofundado do conjunto fático-probatório.

2. O trancamento de ação penal por falta de justa causa, pela via estreita do *writ*, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito, hipóteses estas, que não se enquadram no caso *sub examen*.

3. Pela denegação da ordem. (Fl. 230)

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A teor da orientação jurisprudencial desta Corte, o trancamento de ação penal por falta de justa causa só é possível quando se constata, *prima facie*, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Delito tributário. Denúncia. Indícios de autoria. Existência. Ação penal. Trancamento. Falta de justa causa. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada.

- É entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que o trancamento da ação penal, pela via de *habeas corpus*, é medida de exceção, só admissível se emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

- Não é inepta a denúncia que descreve de forma adequada a conduta incriminada, ainda que não detalhada, se é possível ao denunciado compreender os limites da acusação e, em contrapartida, exercer ampla defesa.

- Ordem denegada. (HC n. 38.988-SP, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 07.11.2005)

Perfilhando esse entendimento, *v.g.*: HC n. 36.710-BA, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 24.10.2005; HC n. 38.247-SP, Sexta Turma, Rel. Min.



Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 24.10.2005 e RHC n. 17.565-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 26.09.2005.

Não se vislumbra no presente caso qualquer das hipóteses mencionadas.

A propósito, veja-se o seguinte excerto da exordial acusatória, *verbis*:

No mês de dezembro de 1996, os denunciados, de comum acordo e agindo em igualdade de propósito, notadamente o de obter vantagem ilícita em prejuízo de terceiros, mediante fraude, qual seja, a falsa comunicação de furto de cheques, de fato determinou o prejuízo de duas vítimas, conforme se especifica a seguir.

Na data do dia 12.12.996, por volta das 09:00 horas, o denunciado Ronaldo Braz da Costa, com o intuito de obter para si ou para outrem, vantagem ilícita, registrou uma ocorrência na 17ª Delegacia Regional de Polícia de Cristalina-GO, a qual noticiava o furto de seus documentos pessoais e dois talonários de cheques de folhas de n. 1.220 a 1.240 e 1.241 a 1.260, da conta Corrente n. 106922-4, Agência 804, Caixa Econômica Federal. Após registrar a referida ocorrência, cancelou as folhas de cheques supostamente furtadas e passou-as para os denunciados Manoel Ferreira de Sousa e Núbia Damaceno de Souza.

De posse dos cheques em branco, na data do dia 09.12.1997, em Formosa-GO, a terceira denunciada repassou duas folhas de cheques para o estabelecimento comercial Irani Rodrigues Moreira & Cia Ltda. (Supermercado Moreira), um no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), e outro no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais). A vítima nada suspeitou porque a terceira denunciada era cliente do Supermercado e esta afirmou que o titular da conta do referido cheque era pessoa honesta.

Na noite do mesmo dia, o segundo denunciado se dirigiu até a Empresa de Turismo denominada JP Turismo Ltda., em Formosa-GO, de propriedade do da vítima Jorge Miguel Hoffmeister Preto e adquiriu duas passagens aéreas para São Paulo, ida e volta, mais hospedagem, pagando com um dos cheques do primeiro denunciado no valor de R\$ 997,00 (novecentos e noventa e sete reais). Após sua chegada São Paulo, o denunciado solicitou a referida Empresa que lhe enviasse outras passagens para o trecho São Paulo/Rio/São Paulo, no valor de R\$ 815,00 (oitocentos e quinze reais), afirmando que faria o pagamento dessas passagens quando chegasse de viagem.

Com estas condutas os denunciados planejaram a execução e auferiram o resultado de delito de estelionato praticado por eles, primeiramente mediante a conduta do primeiro denunciado em forjar uma ocorrência de furto, e, por conseguinte, os outros dois denunciados com o artifício de convencer os comerciantes de que o cheque tinha origem lícita, obtiveram vantagem para ambos, com prejuízo para terceiros. (Fls. 16/17)

De fato, da maneira como posta, não há como se concluir *primo ictu oculi* pela atipicidade da conduta atribuída à paciente, ainda mais na estreita via do *habeas corpus*. Consta que a paciente, *previamente acordada* com outros denunciados repassou cheque em favor de terceiros, mesmo sabendo que referidas cártulas teriam sido declaradas furtadas anteriormente por um dos denunciados. Em tese, portanto, caracterizado o crime de estelionato.

*Nem se alegue*, como pretendem fazer crer os impetrantes, que o repasse de *cheque pré-datado*, como se deu na hipótese, tornaria, *por si só*, o fato atípico. Isso porque, a isso não se restringiu sua conduta. Pela leitura da *exordial acusatória* verifica-se que, além disso, a paciente *emitiu cheque com o prévio conhecimento* de que ele *não seria compensado*, seja à vista, seja a prazo, porquanto previamente sustado em razão de falsa denúncia de furto realizada por um dos comparsas (é o que se tem da denúncia).

Nesse sentido o parecer exarado pelo MPF: “*em que pese não se olvidar que existem precedentes dessa Egrégia Corte Superior de Justiça no sentido de afastar o crime de estelionato quando a emissão de cheques não corresponder a compra e venda com pagamento à vista, pois desnaturados como títulos de crédito, ainda assim os argumentos não merecem prosperar.*”

*Isso porque, a denúncia não descreve somente que a paciente teria emitido cheques pré-datados sem provisão fundos, mas sim que a mesma recebeu de Ronaldo Braz da Costa (o qual anteriormente compareceu à 17ª Delegacia Regional de Polícia de Cristalina e registrou o furto de dois talonários), co-autor do delito, duas folhas de cheques supostamente furtadas e as preencheu entregando-as no Supermercado Moreira.*

*Assim, percebe-se que a paciente não responde pelo delito de estelionato apenas pelo fato de ter emitido cheques sem provisão de fundos, mas também por outras condutas, em tese, típicas. Ademais, é oportuno registrar que o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, e não da sua classificação legal (REsp n. 601.786-PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ: 07.06.2004).” (Fls. 232/233)*

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 71.037-PB (2006/0259992-8)**

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)

Impetrante: Antônio Pereira de Almeida Filho e outro



Impetrado: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba  
Paciente: Francisco Gedeon Feitosa Parente (Preso)

### EMENTA

Júri. Primeiros quesitos da legítima defesa reconhecidos. Negada a injustiça da agressão. Legítima defesa rejeitada. Motivo fútil reconhecido. Ausência de contradição. Regime integralmente fechado. Ordem referente ao pedido denegada. Concedida ordem de ofício para substituir regime de pena.

1 - Se a legítima defesa não foi reconhecida pelos Jurados em todos os quesitos a ela inerentes, não há contradição em que os Jurados reconheçam a qualificadora do motivo fútil.

2 - O regime inicial fechado que possibilita eventual progressão, deve ser estabelecido como medida individualizadora da pena, na fase de execução, mostrando-se não só favorável ao réu, como também para garantir a sociedade, a ela restituindo-se pessoa que contribuiu com seu comportamento para a sua liberdade e foi rigorosamente observada durante o cumprimento da pena, através dos estágios de progressão por ela conquistados, mostrando-se capaz de viver na sociedade da qual se alijou e foi alijado.

3- Restituir à sociedade o apenado, tão só pelo cumprimento de dois terços da pena, sem qualquer progressão anterior que possa ensejar uma melhor observação de sua conduta, é contribuir para o aumento da violência social.

4- Inadmissível a imposição de regime integralmente fechado quando o Supremo Tribunal Federal declarou sua inconstitucionalidade, estendendo os seus efeitos a todas as penas em execução.

5- A aplicação da Lei n. 11.464/2007, que modificou o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, substituindo a expressão “integralmente” por “inicialmente”, deve retroagir para alcançar os fatos criminosos ocorridos antes de sua vigência, por se tratar de *lex mitior*, segundo comando constitucional (Artigo 5º, XL da Constituição da República).

6- Denegaram a ordem pleiteada, mas concederam ordem de ofício para modificar o regime de cumprimento de pena.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatos e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem, concedendo *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto da Sr<sup>a</sup> Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2007 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Relatora

---

DJ 03.09.2007

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Antônio Pereira de Almeida e outra, advogados regularmente qualificados nos autos, em favor de Francisco Gedeon Feitosa Parente, condenado pelo Tribunal do Júri a quinze anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pelo crime do artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, que estaria a sofrer constrangimento ilegal, por parte do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba que, na apelação, manteve a decisão, reduzindo, tão-só, a pena imposta a doze anos de reclusão.

Argumenta que na votação dos quesitos houve contradição insuperável, posto que os Jurados, depois de reconhecerem que o réu agiu em defesa própria, a rejeitando apenas por entenderem que a agressão não era injusta, acolheram o quesito referente à futilidade do motivo.

Não foi pedida liminar.

Foram solicitadas e prestadas as informações.

O Subprocurador-Geral da República, Antônio Pereira de Almeida, em lúcido parecer, fazendo referência a precedentes desta Turma, opina pela denegação da ordem, mas que se aja de ofício para modificar o regime integralmente fechado pelo inicialmente fechado.

Relatados, em mesa para julgamento.

### VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora): Examinei com cuidado as razões da impetração, comparando-a com



os documentos juntados e com as informações prestadas, atenta ao parecer do Ministério Público e estou convencida de que não houve qualquer contradição na votação dos quesitos, além do impetrante não ter apresentado durante a mesma qualquer impugnação.

A defesa arguiu em plenário a tese da legítima defesa, mas os Jurados, na realidade, não a acolheram, porquanto julgaram que não ocorreram todos os seus elementos, achando que a agressão presumidamente feita ao ora paciente não foi injusta, caindo, portanto a tese argüida.

Como a legítima defesa não resultou caracterizada, inexistiu contradição dos Jurados ao votar a qualificadora do motivo fútil, reconhecendo-a, o que é perfeitamente possível, consoante precedentes deste Tribunal já referidos pelo culto Subprocurador-Geral da República, entre eles o proferido no REsp n. 299.218-SP que teve como Relator o eminente Ministro Felix Fischer que integra esta Turma, quando afirmou, categoricamente que rejeitada a tese da legítima defesa, o reconhecimento do motivo fútil não implica em contradição.

No *habeas corpus* n. 19.203-RJ, o mesmo Ministro novamente entendeu que não há, em princípio, contradição a ser reconhecida, como insanável erro in procedendo, no fato em que os jurados, admitindo a defesa própria e negando o aspecto temporal, rejeitarem a legítima defesa e, ao final admitirem formas qualificadas do homicídio.

A questão está assim dirimida em vários precedentes desta Turma.

Entretanto, agindo de ofício, verifico assistir razão ao douto Subprocurador, no que diz respeito ao regime de cumprimento de pena que foi imposto ao paciente.

O sistema brasileiro no que tange ao regime de cumprimento das penas privativas de liberdade é o progressivo, grande arma para o executor das reprimendas, pois a gradual liberdade passa a ser uma conquista do condenado que, por ela estimulado, desenvolve esforço pessoal para ter bom comportamento carcerário e adquirir novos princípios de vida com reflexos sociais em sua conduta posterior à prisão. Se não o faz, jamais obterá a almejada progressão, e nem mesmo o livramento condicional, pois tais requisitos subjetivos são exigidos para a concessão dos aludidos benefícios.

Tal sistema foi inteiramente recepcionado pela Constituição da República de 1988, pois esta consagrou o princípio da individualização das penas, da qual faz parte à dos regimes de seu cumprimento, consoante o disposto no artigo 59, III do Código Penal e repetido na Lei de Execução Penal, não podendo ser menosprezado.

A imposição de regime integralmente fechado implica em determinação de pena cruel, pois retira do condenado o estímulo e a esperança necessária

para o cumprimento das reprimendas impostas, o que igualmente o legislador constituinte reprimiu ao estabelecer o princípio da humanidade das penas.

Assim, a questão há de ser interpretada conforme o princípio de individualização da pena estabelecido na Constituição da República, da qual faz parte à dos regimes de seu cumprimento, que, por sua vez, se faz de modo progressivo, conforme estabelecido no Código Penal e na Lei de Execução Penal, repita-se, inteiramente recepcionados pela Carta Magna.

Não se está agindo em desfavor da sociedade, mas sim para sua própria proteção, visto que o regime progressivo de cumprimento da pena permite uma melhor observação da pessoa do condenado, que, repita-se uma vez mais, só obterá a almejada progressão se a conquistar, enquanto que colocá-lo em liberdade depois do cumprimento de dois terços da pena, através do livramento condicional é levar para o seio social uma pessoa que não foi testada para ser ali inserida ou reinserida, voltando rapidamente à marginalidade e colocando em risco toda a população já tão atemorizada.

Entendo que, antes do livramento condicional, que não é fase de progressão do cumprimento da pena, mas liberdade antecipada, a individualização da reprimenda e do seu regime, que também é feita na fase de execução, deve ser cuidadosamente examinada, com passagem para regimes diversos, até que, ao final dos dois terços de pena, se verifique se o apenado realmente contribuiu para o alcance de sua própria liberdade e se têm condições de obtê-la sem colocar em risco a segurança social.

A progressão não é um presente, mas uma conquista feita diuturnamente durante o cumprimento da pena.

Impõe-se, portanto, a modificação do regime integralmente fechado para o inicialmente fechado, compatível com as normas recepcionadas pela Constituição da República, ainda que não se possa afastar a hediondez do crime praticado, principalmente agora, quando o Tribunal Maior entendeu que a impossibilidade da potencial progressão fere a Carta Magna e, não obstante ter sido feito através do controle difuso deu-se, ao que se sabe, pela primeira vez, uma amplitude maior a tal decisão, alcançando os mesmos efeitos da decisão feita através do controle concentrado, pois por unanimidade se entendeu que ela se estende *ex nunc*, alcançando todas as penas ainda em execução.

Ressalte-se que os efeitos de tal decisão devem ser interpretados como erga omnes, pois o Supremo Tribunal Federal, após decidir pela referida inconstitucionalidade, concedeu, por unanimidade, tal efeito à decisão, tendo posteriormente o mesmo Tribunal entendido que a questão nem mesmo precisava



mais ser levada ao plenário, podendo os Ministros afastar o óbice por simples despacho.

Finalmente, no dia 28 de março do corrente ano, 2007, a Lei n. 11.464 suprimiu do artigo 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990, que de modo infeliz, ao arripio da Constituição da República, havia criado o malsinado regime integralmente fechado, a expressão “integralmente”, substituindo-a por “inicialmente”.

Como a aplicação retroativa da *lex mitior* é imperativo constitucional (artigo 5º, XL da Constituição da República), a discussão sobre a matéria em questão é inócua, nada mais tendo feito o legislador que adaptar a legislação ao reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do referido dispositivo, impondo-se, portanto, a concessão parcial da ordem para alteração do regime de cumprimento da pena imposta para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em continuação delitiva.

A ordem também deve ser concedida para que se afaste, desde logo, a aplicação do regime integralmente fechado.

Ante tais fundamentos, denego a ordem referente ao pedido formulado, porém, agindo em *habeas corpus* de ofício substituo o regime integralmente fechado pelo inicialmente fechado compatível com o princípio constitucional de individualização da pena, da qual faz parte o regime;

Sem custas.

Faça-se a competente comunicação.

É como voto.

---

#### **HABEAS CORPUS N. 76.562-SP (2007/0025356-7)**

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)

Impetrante: Florisval João Petinati

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Florisval João Petinati (Preso)

#### **EMENTA**

Estelionato. Pena ausência de fundamentação. Método trifásico. Reincidência e causa de aumento. Ordem denegada.

• Não há nulidade na dosimetria da pena que examina quase todas as circunstâncias judiciais e se afasta do mínimo legal, motivadamente, por sua análise desfavorável ao réu, assim como reconhece, em seguida, em obediência ao método trifásico, previsto na lei penal, uma agravante e uma causa de aumento.

Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatos e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Sr<sup>a</sup> Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2007 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Relatora

---

DJ 03.09.2007

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo próprio paciente, Florisval João Petinati, em que alega estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo que confirmou a dosimetria da pena para o crime de estelionato, pelo qual foi condenado, artigo 171, do Código Penal, a três anos de reclusão e multa, apesar do Juiz ter feito a dosimetria da punição sem atentar para o princípio de individualização da pena, posto que não obedeceu ao princípio trifásico previsto na lei penal.

Foi requerida concessão de liminar, que não foi deferida pelo então Relator, o eminente Ministro Paulo Medina.

Foram solicitadas e prestadas informações pelo Tribunal apontado como coator.

A Subprocuradora-Geral de Justiça, Zélia Oliveira Gomes, em lúcido parecer examina as alegações do impetrante e opina pela denegação da ordem.

Relatados, em mesa para julgamento.



### VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora): Verifiquei com cuidado as razões da impetração, comparando-as com o acórdão hostilizado, assim como com a sentença remetida e vejo que não assiste qualquer razão ao ora paciente.

A pena privativa de liberdade foi bem dosada, analisadas quase todas as circunstâncias judiciais e obedecido o método trifásico, tanto que a reprimenda, que havia sido fixada em dois anos, foi aumentada pela agravante genérica da reincidência e pela majorante específica consistente em ter sido o crime praticado mediante violação de dever inerente à profissão, porquanto o réu trabalhava na imobiliária e recebeu documentos para fazer um negócio lícito e acabou praticando o crime pelo qual foi condenado, deles utilizando-se.

A multa, sem qualquer critério, foi fixada em seu mínimo legal, de modo bastante vantajoso para o réu.

Como várias das circunstâncias judiciais se mostraram manifestamente desfavoráveis ao paciente, ele não poderia ter a sua pena fixada no mínimo legal, sendo abundante os precedentes deste Tribunal nesse sentido.

Só a completa ausência de fundamentação pode conduzir à nulidade da sentença, mas, no caso, houve fundamentação, justificando-se bem a imposição da pena-base acima do mínimo legal.

Houve fundamentação e obediência ao método trifásico, sem qualquer prejuízo ao paciente.

Posto isto, denego a ordem impetrada.

Proceda-se à competente comunicação.

---

### HABEAS CORPUS N. 82.558-SP (2007/0103502-0)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Aristeu Martins dos Santos

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Aristeu Martins dos Santos (Preso)

### EMENTA

*Habeas corpus*. Apelação criminal. Defensor constituído. Intimação para a sessão de julgamento procedida pela imprensa oficial. Cerceamento de defesa. Inexistência. Prescrição da pretensão punitiva. Modalidade retroativa. Lapso insuficiente ao reconhecimento da causa extintiva. Não ocorrência.

1. Não acarreta nulidade, por cerceamento de defesa, a intimação de defensor constituído pelo réu, para a sessão de julgamento da apelação criminal, procedida por meio de publicação pela imprensa oficial, porquanto a prerrogativa da intimação pessoal restringe-se, na segunda instância, aos defensores públicos ou dativos, por equiparação.

2. Inviável o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, se entre os marcos interruptivos dispostos no art. 117 do CP não transcorreu lapso superior ao estabelecido pelo art. 109 daquele Estatuto à declaração da causa extintiva.

3. Ordem denegada.

### 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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de março de 2008 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

---

DJ 31.03.2008

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* impetrado de próprio punho pelo paciente Aristeu Martins dos Santos, o qual se encontra recolhido no Penitenciária I de Pirajuí, por força de condenação nos autos da Ação Penal n. 783/92, da 20ª Vara Criminal da comarca de São Paulo, por violação ao art. 157, § 2º, incisos I e II, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.



Alegou o impetrante-paciente que é vítima de constrangimento ilegal por parte do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pois a Quinta Turma do, à época, Tribunal de Alçada Criminal, apreciou apelação criminal que interpôs contra a sentença repressiva proferida no referido Processo-Crime, sem providenciar a intimação pessoal do seu defensor a respeito da data do julgamento.

Sustentou que a aludida ausência é causa de nulidade processual por cerceamento de defesa, uma vez que seu advogado constituído deixou de realizar sustentação oral perante aquela Corte de Justiça.

Aduziu, por fim, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade retroativa, pois já transcorreram 12 (doze) anos e 7 (sete) meses da data da prolação do édito condenatório.

Solicitadas informações, o Tribunal *a quo* prestou-as a fls. 21 e 22, oportunidade em que juntou cópia de algumas peças processuais (fls. 23/100), tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República opinado pela denegação da ordem.

Sobreveio petição requerendo prioridade no julgamento do presente *writ* (fls. 107 e 108).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Primeiramente, rechaça-se a alegação de cerceamento de defesa, fundamentada na ausência de intimação pessoal do defensor constituído pelo paciente para o julgamento da apelação criminal.

A autoridade impetrada, ao prestar informações, esclareceu que o paciente foi preso em flagrante delito, juntamente de outro co-réu, e denunciado por violação ao crime de roubo circunstanciado, sendo que, ao ser interrogado no Juízo de Primeiro Grau, declarou ter advogado constituído.

Destacou que, em 15 de setembro de 1994, foi proferida sentença, condenando o paciente à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, vedando-lhe o apelo em liberdade, decisão que transitou em julgado para a acusação em 10 de outubro daquele mesmo ano.

Assinalou que a defesa interpôs apelação da decisão condenatória, que restou parcialmente provida pelo Tribunal, a fim de desclassificar o delito para

a sua forma tentada, reajustando a sanção para 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e para o pagamento de 10 (dez) dias-multa, tendo o acórdão transitado em julgado para ambas as partes.

Pelas informações prestadas pela autoridade impetrada e diante dos documentos que acostou aos autos, verifica-se, ainda, que o paciente constituiu outros defensores (fl. 38) para promover a sua defesa, os quais foram intimados para a sessão de julgamento do mencionado recurso de apelação, mediante publicação em órgão oficial (fls. 99/100).

Ora, tratando-se de defensor constituído, consoante se depreende da procuração juntada (fl. 39), não houve qualquer irregularidade no procedimento adotado pela Instância *a quo*, eis que a intimação pessoal é prerrogativa apenas de defensores públicos ou dativos, por equiparação.

Advogados constituídos, por sua vez, devem ser intimados pela imprensa oficial, nos termos do insculpido no art. 370, § 1º, do Código de Processo Penal, cujo comando estabelece que “A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca”, exatamente como procedido com a publicação da pauta de julgamento, no Diário Oficial do Estado – Poder Judiciário, São Paulo, de 7 de abril de 1995 (fl. 99v.).

A respeito do tema, traz-se à baila julgado desta Corte de Justiça, leia-se:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Falta de intimação de advogado dativo. Inocorrência. Ordem denegada.

1. Não tendo sido o paciente patrocinado por defensor público ou dativo, ao contrário do que alega o impetrante, não é de se anular o julgamento pela falta de intimação pessoal acerca da data do julgamento da apelação.

2. Sendo a intimação pessoal prerrogativa do defensor dativo ou de quem exerça cargo equivalente, nos termos do §5º do artigo 5º da Lei n. 1.060/1950, não ocorre qualquer nulidade pela falta de intimação pessoal do defensor constituído, que, ademais, foi regularmente intimado pela imprensa oficial.

3. Ordem denegada. (HC n. 51.560-SP, rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, p. no DJU de 04.06.2007, p. 429).

Veja-se decisão semelhante proferida por esta colenda Turma:

Recurso em *habeas corpus*. Roubo tentado duplamente majorado. Porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada. Corrupção de menores. Nulidade no julgamento do *writ* originário. Falta de intimação pessoal do defensor. Advogado constituído. Publicação do feito em pauta. Regularidade do procedimento [...]



Inexiste nulidade ante a intimação do advogado constituído do paciente para a sessão de julgamento do *writ* impetrado perante o Tribunal *a quo* por meio da imprensa oficial, pois a prerrogativa de intimação pessoal é válida apenas para defensores públicos ou dativos.

[...]

Negado provimento ao recurso. (RHC n. 21.863-PR, rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Jane Silva, p. no DJU de 05.11.2007, p. 293).

Finalmente, também deste Tribunal, colaciona-se:

*Habeas corpus*. Direito Penal e Direito Processual Penal. Apelação. Defensor constituído. Intimação pessoal. Desnecessidade. Nulidade do julgamento. Inocorrência [...].

1. É prerrogativa do defensor dativo e do defensor público, ou de quem exerça cargo equivalente, a intimação pessoal de todos os atos e termos do processo, pena de nulidade (artigo 5º, parágrafo 5º, da Lei n. 1.060/1950, com a redação dada pela Lei n. 7.871/1989 e artigo 370, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996).

2. Não há falar em constrangimento, por ausência de intimação pessoal para a sessão de julgamento do recurso de apelação, se o acusado é assistido por defensor constituído.

[...] (HC n. 45.251-SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, p. no DJU de 05.02.2007, p. 388).

Assim, não há qualquer nulidade ou cerceamento de defesa a ser sanados no julgamento realizado pelo Colegiado de 2º Grau.

De igual modo, não procede a argüição de que restou configurada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, pois, o fato ocorreu em 17.11.1992 e a denúncia foi recebida em 14.12.1992, sendo o paciente definitivamente condenado à pena de 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, tendo a condenação transitado em julgado para a acusação em 10 de outubro de 1994 (fl. 80v.), bem como para a defesa em 8 de junho de 1995 (fl. 97), não transcorrendo, então, 12 (doze) anos entre os marcos interruptivos descritos no art. 117 do Código Penal a caracterizar a causa extintiva, nos termos do inciso III do art. 109 daquele Estatuto.

Portanto, inviável acolher-se a pretensão de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, como postulado pelo impetrante-paciente.

Diante do exposto, denega-se a ordem.

É o voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 104.290-SP (2008/0080535-5)**

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Leonardo Fernando de Souza Almeida – Defensor Público e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Maicon Roberto Gobetti

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Arma de fogo. Potencialidade lesiva. Ausência de apreensão e de exame pericial. Inexistência de outros meios de prova a atestar a eficácia do revólver. Constrangimento ilegal demonstrado. Afastamento da causa especial de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do CP. Regime inicial fechado. Gravidade abstrata do delito. Fundamentação inadequada. Ordem concedida.

1. Em razão do cancelamento da Súmula n. 174 deste Tribunal, para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, mostra-se indispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando ausentes outros elementos probatórios que levem a essa conclusão. Precedentes do STJ.

2. O art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito), poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semi-aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e detentor de bons antecedentes, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso.

4. A Suprema Corte, nos verbetes n. 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade



genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

5. Ordem concedida para excluir da condenação a causa de especial aumento de pena disposta no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, reduzindo-se a reprimenda para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e para estabelecer o regime inicial semi-aberto.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

---

DJ 29.09.2008

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de Maicon Roberto Gobetti contra acórdão da 10ª Câmara do 5º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, julgando a apelação aforada em favor do paciente, deu-lhe provimento parcial tão-somente para adequar a reprimenda imposta, fixando-a em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Argumenta a ocorrência de constrangimento ilegal, pois o acórdão impugnado manteve a circunstância agravadora do emprego de arma de fogo, mesmo não tendo o revólver sido apreendido e periciado, não havendo, portanto, prova de ser artefato real e não de brinquedo ou simulacro, nem de sua potencialidade lesiva.

Alega que a pena foi majorada à fração de 3/8 (três oitavos) sem a devida fundamentação, tão-somente em razão da incidência de duas causas de especial aumento, entendendo que, mesmo presentes duas circunstâncias agravadoras

do crime, deveria a exacerbação ter sido irrogada na fração mínima prevista em lei, qual seja, em 1/3 (um terço), considerando-se a inexistência de elementos concretos a autorizar maior elevação, fazendo ver que não seria suficiente, para a fixação acima disso, unicamente a quantidade de causas de especial aumento.

Afirma que se manteve o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, unicamente em razão da gravidade abstrata do delito cometido, contrariando o enunciado nas Súmulas n. 718 e 719 do STF, asseverando, por fim, que o teor do previsto no art. 33, § 2º, **b**, do CP, autorizaria, no caso, a imposição do modo semi-aberto.

Postula, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja ao paciente firmado o regime inicial semi-aberto e seja excluída a causa de aumento do emprego de arma de fogo e, via de consequência, seja mitigada a reprimenda.

A liminar foi deferida apenas para estabelecer o modo inicial intermediário para o resgate da pena cominada ao sentenciado.

Informações prestadas e documentos juntados a fls. 37/126.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 128/135).

É o relatório.

### VOTO

O Sr Ministro Jorge Mussi (Relator): Busca o impetrante o afastamento da causa de aumento de pena do emprego de arma de fogo, prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, com a consequente mitigação da sanção que foi imposta ao paciente e a alteração do regime inicial do fechado para o semi-aberto.

A decisão de primeiro grau, proferida pelo Juízo da 17ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, está assim fundamentada:

A falta de apreensão da arma utilizada no roubo não impede o reconhecimento da causa de aumento de pena a ela relativa. (Fl. 17)

O Tribunal de origem, de igual forma, manteve a aplicação da majorante, nos seguintes termos:

Desse modo, não havendo dúvida acerca da conduta criminosa e da autoria, plenamente comprovadas, de rigor a condenação do apelante pelo crime de roubo, que restou configurado com as causas de aumento do emprego de arma de fogo e concurso de agentes. (Fl. 25).



Verifica-se que tanto a decisão de primeira instância quanto a de segunda apoiaram-se nos relatos da vítima para comprovar a utilização de arma de fogo no delito perpetrado, não constando, contudo, qualquer informação de que o referido revólver tenha sido efetivamente disparado, a fim de comprovar sua real eficácia lesiva.

Nesse contexto, a Corte impetrada incorreu em constrangimento ilegal, pois, consoante posicionamento adotado por esta Corte Superior, decorrente do cancelamento da Súmula n. 174 deste Tribunal, para a caracterização da causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, é indispensável a apreensão da arma de fogo e a realização do exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando ausentes outros elementos probatórios que levem a essa conclusão.

E isto porque a utilização de arma de fogo sem potencialidade lesiva presta-se tão-somente à caracterização da elementar da grave ameaça empregada contra a vítima, com o intuito de intimidá-la, necessária à configuração do delito de roubo na sua forma simples, e que o diferencia do crime de furto.

Por outro vértice, a melhor interpretação dada à intenção do legislador, ao prever a majorante descrita no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, no que pertine ao emprego de arma, é no sentido de que se trata o objeto de instrumento apto a lesar a integridade física do ofendido, configurando-lhe perigo real, o que não ocorre nas hipóteses em que não há comprovação, pela necessária perícia ou por outros elementos probatórios, de seu poder lesivo, como ocorre *in casu*.

A propósito, destacam-se os seguintes precedentes:

Penal. *Habeas corpus*. Roubo. Causa de aumento de pena referente ao uso de arma de fogo. Ausência de apreensão e de perícia. Ausência de demonstração da eficácia da arma por outros meios de prova. Decote da causa. [...] Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida.

1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I, do § 2.º, do art. 157, do Código Penal, decorre da revogação da Súmula n. 174, deste Sodalício.

2. Sem a apreensão e perícia na arma, nos casos em que não é possível aferir a sua eficácia por outros meios de prova, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física.

[...]

6. Ordem concedida para decotar a causa de aumento de pena referente à arma de fogo [...]. (HC n. 90.915-SP, rel. Min. Jane Silva, Sexta Turma, j. em 25.02.2008).

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, incisos I e II, e art. 159, ambos do Código Penal. [...]. Ausência de apreensão e laudo pericial da arma. [...]

[...]

III - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando tenham estes desaparecido, *ex vi* do art. 167 do Código de Processo Penal.

IV – Esse entendimento deve ser aplicado no que concerne à verificação de ocorrência ou não da majorante do emprego de arma no crime de roubo, caso contrário o cancelamento da Súmula n. 174 do STJ seria, em boa parte, inócuo.

[...]

Recurso especial provido. (REsp n. 972.178-RS, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 13.12.2007)

Processo Penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia. Necessidade.

1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I, do § 2.º, do art. 157, do Código Penal, tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula n. 174, deste Sodalício.

2. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física.

3. Ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento.

4. Ordem concedida. (HC n. 59.350-SP, rel. Min. Paulo Gallotti, rel. p/ o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 24.11.2006).

Assim, deve ser excluída da condenação a causa especial de aumento de pena disposta no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, devendo ser adotada a fração mínima de 1/3 (um terço) para exasperar a sanção, a qual resta definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Tocante ao modo de execução da reprimenda, o Juízo sentenciante asseverou, no édito condenatório, acerca da necessidade do regime fechado, *in verbis*:

O réu iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, único adequado para aqueles que – como no caso sob trato – cometem



roubo, um dos crimes que mais perturba a paz pública nos dias que correm e que merece, bem por isso, severa resposta por parte do Poder Judiciário. (Fls. 18)

Nota-se, portanto, que o modo inicial de resgate da pena foi determinado com base na opinião, em abstrato, dos julgadores acerca do delito, porquanto a pena-base foi-lhe dosada no mínimo legal e, na segunda fase, não se vislumbrou circunstâncias agravantes a serem ponderadas (fls. 17 e 18).

Desse modo, igualmente merece reparos o édito impugnado no tocante ao modo inicial firmado ao paciente, que considerou a gravidade genérica do delito como embasamento para a escolha de regime mais severo do que o devido ao caso, evidenciando que o *decisum* encontra-se em dissonância com o entendimento deste Tribunal Superior, que é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e detentor de bons antecedentes, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso, em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

Nesse vértice:

Penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Regime inicialmente fechado. Exame favorável das circunstâncias judiciais. Réu primário. Impossibilidade de fixação do regime mais gravoso com base na gravidade genérica do delito. Constrangimento ilegal evidenciado. Negado provimento ao agravo.

1- Os precedentes desta Turma condenam a imposição do regime fechado ante a gravidade abstrata do crime, por si só, porquanto ao fazer a cominação para o delito o legislador já a considerou, por isso é inadmissível, em princípio, a determinação de regime mais severo.

2- A análise das circunstâncias judiciais serve não só para a fixação da pena-base, mas também para determinação do regime de cumprimento da reprimenda privativa de liberdade imposta, sendo que, reiteradamente, este Tribunal tem considerado que sendo o réu primário e a pena fixada em seu mínimo legal, não se pode fixar regime mais rigoroso que o previsto para a sua quantidade.

3- Tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a primariedade do réu e o exame das circunstâncias judiciais a ele favorável, deve ser reconhecida a ocorrência de constrangimento ilegal caracterizado pela imposição do regime fechado para o início do desconto da reprimenda.

4- Negado provimento ao agravo regimental. (AgRg no HC n. 96.322-SP, rel. Min. Jane Silva, Quinta Turma, p. no DJU de 14.04.2008. p. 1)

Direito Penal. *Habeas corpus*. Conhecimento. Apelação interposta concomitantemente. Impossibilidade. Concessão de ofício diante de flagrante

ilegalidade. Roubo duplamente circunstanciado. Regime fechado. Pena-base. Mínimo legal. Fundamentação. Gravidade abstrata. Circunstâncias judiciais favoráveis. Direito ao regime menos gravoso. Súmulas n. 718 e 719 do STF.

1. Não se conhece do *habeas corpus* impetrado se ainda pende recurso de apelação versando sobre a mesma matéria perante o tribunal *a quo*, sob pena de supressão de instância. Nada obsta, entretanto, que, diante de flagrante ilegalidade, seja conhecida a ordem para concedê-la de ofício.

2. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito.

3. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem concedida para fixar o regime inicial semi-aberto. (HC n. 79.684-SP rel. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, p. no DJU de 19.12.2007, p. 1236)

Penal. *Habeas corpus*. Art. 157, § 2º, I, do CP. Indeferimento de diligências. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Regime prisional. Circunstâncias judiciais totalmente favoráveis. Semi-aberto.

I - O deferimento de diligências requeridas pela defesa é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferilas de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. Tal ocorreu no caso *sub examine*, não havendo que se falar em cerceamento de defesa (Precedentes).

II - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, c.c. o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semi-aberto. (Precedentes).

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

IV - “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” (Enunciado n. 718 da Súmula do Pretório Excelso).

*Writ* parcialmente concedido. (HC n. 76.919-RJ, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, p. no DJU de 17.12.2007, p. 247)



A matéria, inclusive, encontra-se sumulada na Suprema Corte, nos enunciados n. 718 e 719, a saber:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Ante o exposto, concede-se a ordem para reduzir a pena firmada ao paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por violação do art. 157, § 2º, II, do Código Penal e fixar o regime inicial semi-aberto.

É o voto.

---

#### **RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 20.051-RJ (2006/0181741-0)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Rodrigo da Costa

Advogado: André Luiz de Felice Souza – Defensor Público e outro

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

#### **EMENTA**

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Direito Processual Penal. Crimes de estelionato e formação de quadrilha. Arrependimento posterior. Depoimento contido nos autos pela própria vítima que atesta que o dano foi reparado voluntariamente pelo paciente. Incidência obrigatória da causa de diminuição de pena.

1. O arrependimento posterior é causa de diminuição de pena objetiva, bastando para a sua configuração seja voluntário e realizado antes do recebimento da denúncia, mediante a devolução ou reparação integral do bem jurídico lesado.

2. Na hipótese, observa-se, mormente da leitura do termo de declarações prestado pela própria vítima, que o recorrente, voluntariamente e logo após os fatos narrados na denúncia, restituiu, relativamente ao crime de estelionato, os bens havidos de forma indevida e fraudulenta

3. Recurso provido para, mantida a condenação do recorrente, determinar ao juízo sentenciante que realize nova dosimetria da pena, relativamente ao crime de estelionato a ele imputado, na qual deverá incidir a causa de diminuição da pena do arrependimento posterior prevista no art. 16, do Código 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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJ 05.02.2007

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por André Luiz de Felice Souza, em favor de Rodrigo da Costa, condenado pela prática dos crimes de estelionato e formação de quadrilha, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao denegar o *writ* originário, manteve *in totum* os termos da sentença condenatória.

O Recorrente alega, em suma, nulidade da dosimetria da pena, pois o juízo sentenciante não teria reconhecido a causa de diminuição da pena prevista no art. 16, do Código Penal (arrependimento posterior). Sustenta, para tanto, que os bens indevidamente adquiridos foram devolvidos voluntariamente pelo paciente à vítima antes do oferecimento da denúncia.

Requer, assim, o refazimento da individualização da pena do paciente, mediante o reconhecimento da aludida causa de diminuição de pena.

Sem contra-razões.

A Douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 54/57).

É o relatório.



### VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O inconformismo merece prosperar.

O Superior Tribunal de Justiça, no pretérito, adotou o entendimento de que o arrependimento posterior é causa de diminuição de pena objetiva, bastando para a sua configuração seja *voluntário e realizado antes do recebimento da denúncia*, mediante a devolução ou reparação integral do bem jurídico lesado.

Nesse diapasão:

Ementa: Penal. Arrependimento posterior (CP, art. 16). Ressarcimento feito por irmão da recorrente (re). Exigência legal de ‘voluntariedade’, e não de ‘espontaneidade’. Causa objetiva de redução obrigatória da pena. Recurso especial conhecido e provido. Penas reduzidas de dois terços. (REsp n. 61.098-SP, rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 30.10.1995)

Igual posicionamento é adota pela doutrina, consoante se extrai das anotações do professor Guilherme De Souza Nucci, em sua obra “Código Penal Comentado” (Ed. Revista dos Tribunais, 6.<sup>a</sup> edição, p. 180):

49. Voluntariedade e não espontaneidade: nesse caso, como já se viu, há necessidade de uma reparação ou restituição feita livremente pelo agente, mas não significando que, de fato, está arrependido pelo que fez, ou seja, não se exige espontaneidade. Em idêntica posição, separando o ato voluntário do espontâneo, encontra-se a lição de Waléria Garcia ao definir este último: ‘reveste-se da qualidade de arrependimento; é um ato que nasce unicamente da vontade do agente (autodeterminação), sem qualquer interferência externa na idéia inicial’ (arrependimento posterior, p. 93).

Assim, pouco importa que haja espontaneidade na conduta do agente do crime, ou seja: se está ou não arrependido do fato, bastando que *voluntariamente* restitua ou repare o dano efetivado. Na hipótese, observa-se, *mormente da leitura do termo de declarações prestado pela própria vítima*, que o recorrente, voluntariamente e logo após os fatos narrados na denúncia, restituiu, relativamente ao crime de estelionato, os bens havidos de forma indevida e fraudulenta, *in verbis*:

que o informante só conseguiu a devolução dos objetos dez dias depois dos fatos; que o próprio Rodrigo quem entregou os objetos em sua loja; que o informante chegou a conversar com Rodrigo no momento da devolução; que Rodrigo disse que não tinha nada com aquilo e tinha sido envolvido; (fl. 17)

Há, portanto, que se aplicar na dosimetria da pena a indigitada causa de diminuição de pena.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário, para, mantida a condenação do recorrente, determinar ao juízo sentenciante que realize nova dosimetria da pena, relativamente ao crime de estelionato a ele imputado, na qual deverá incidir a causa de diminuição da pena do arrependimento posterior prevista no art. 16, do Código Penal.

É como voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 20.394-SC  
(2005/0119460-6)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Zaneide Casagrande Lima

Advogado: Graziella Klempous Corrêa e outros

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Secretário de Educação Inovação e Cultura do Estado de Santa Catarina e outro

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procurador: Kátia Simone Antunes Laske e outros

**EMENTA**

Constitucional. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público. Cargo de administrador escolar do Estado de Santa Catarina. Acumulação dos proventos de aposentadoria com outro cargo de administrador escolar. Impossibilidade. Equiparação com professor. Não-cabimento. Recurso improvido.

1. É permitida a percepção simultânea de proventos de aposentadoria apenas do servidor público cujos cargos exercidos são acumuláveis na atividade, nos termos do art. 40, § 6º, da Constituição Federal.

2. O ocupante do cargo de Administrador Escolar do Quadro do Magistério do Estado de Santa Catarina não ministra aulas. Exerce atividades de natureza administrativa, desprovidas de caráter docente, embora sejam relacionadas à educação, nos termos da Lei Complementar



Estadual n. 1.139/1992. Por conseguinte, não pode ser equiparado ao de professor para fins de acumulação remunerada de cargos públicos.

3. O art. 11 da Emenda Constitucional n. 20/1998 assegurou a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo público para os que ingressaram até a data de sua publicação mediante concurso público. Todavia, não resguardou a percepção cumulativa de proventos de aposentadoria sob o mesmo regime. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso ordinário improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 06 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

---

DJ 19.03.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Zaneide Casagrande Lima em desfavor do Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 105, inc. II, letra **b**, da Constituição Federal, em que se insurge contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, segundo o qual é vedada a acumulação de proventos de aposentadoria de 2 (dois) cargos de Administrador Escolar, nos termos do art. 37, inc. XVI, da Constituição Federal.

A recorrente relata que: a) se aposentou com proventos integrais no cargo de Administradora Escolar em 09.04.1986; b) aprovada em concurso público, foi nomeada e tomou posse, em 1º.08.1990, no cargo de Administradora Escolar, do Grupo Especialista em Assuntos Educacionais, do Quadro do Magistério do Estado de Santa Catarina; c) requereu a concessão do benefício de aposentadoria por idade; d) todavia, foi indeferido o pedido, ao fundamento de que não seriam acumuláveis 2 (dois) cargos de Administrador Escolar.

Sustenta ser possível a acumulação pleiteada. Argumenta, em essência, que: a) os 2 (dois) cargos em discussão “são legalmente reconhecidos enquanto integrantes do Quadro do Magistério do Estado de Santa Catarina, e por assim, passível de acumulação em conformidade com a previsão constitucional” (fl. 104); b) o cargo atualmente ocupado detém igual natureza daquele no qual se deu a aposentadoria; c) “é possível que os cargos em questão sejam reconhecidos como sendo de professor” (fl. 105); d) a Constituição Federal não exige, em momento algum, que o cargo de professor seja exercido em atividades de sala de aula ou na regência de classe; e) se assim desejasse, o legislador constituinte “teria limitado sua interpretação com expressões distintas, como fez quando prescreveu sobre a aposentadoria especial do professor no seu art. 40” (fl. 105).

Segue afirmando que (fl. 106):

Ora, a análise do texto constitucional já demonstrou que a questão relevante para o reconhecimento ou não do direito líquido e certo é a delimitação do alcance dado à expressão “professores”, a qual, logicamente, deve ter mais abrangência do que professores em “efetivo exercício das funções de magistério”. É certo que foram as funções desses últimos, designadas pela Lei Estadual n. 1.139/1992, o argumento da fundamentação do acórdão.

Por fim, alega a recorrente haver violação a direito adquirido, à asserção de que o novo ingresso no serviço público deu-se antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 20/1998, razão pela qual não pode auferir tamanho prejuízo com a vigência da nova ordem normativa. Defende, ainda, não haver nenhum senso de justiça, ou mesmo lógica, no fato de que recolheu contribuição previdenciária durante todo esse lapso temporal e não poder se aposentar no cargo público (fls. 101/109).

O Estado de Santa Catarina apresentou contra-razões (fls. 114/123).

O Ministério Público Federal, pela Subprocuradora-Geral da República Gilda Pereira de Carvalho, opina pelo improvimento do recurso (fls. 137/141).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Os autos cuidam, em essência, de discussão a respeito da possibilidade de o servidor público acumular proventos de aposentadoria no cargo de Administrador Escolar.

Dispõe, a respeito, a Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.1998:

Art. 37 (...)



XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

(...)

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedade de economia mista, suas subsidiárias, e sociedade controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público: (com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.1998)

(...)

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do artigo 40 ou dos artigos 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional n. 20, de 04.06.1998)

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 6º Ressalvados as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

Observa-se que, segundo o art. 40, § 6º, da Constituição Federal, é permitida a percepção simultânea de proventos de aposentadoria tão-somente aos servidores públicos cujos cargos exercidos são acumuláveis na atividade.

No caso em exame, a ora recorrente sustenta ser possível a acumulação dos proventos de aposentadoria de 2 (dois) cargos de Administrador Escolar, ao argumento de que eles se equiparam ao de Professor, porquanto integrante do Quadro do Magistério do Estado de Santa Catarina, conforme a Lei Complementar Estadual n. 1.139/1992, que dispõe:

Art. 1º – Fica criado o Quadro do Magistério Público Estadual com os seguintes cargos de carreira, que compõem o Grupo Magistério:

- I - professor;
- II - especialista em assuntos educacionais;
- III - consultor educacional;
- IV - assistente técnico-pedagógico.

A função de Administrador Escolar, exercida pela recorrente, e no qual se deu sua aposentadoria, é integrante do cargo de Especialista em Assuntos Educacionais, competindo-lhe, entre outras atribuições, nos termos do Anexo II da referida lei estadual: participar do planejamento curricular; organizar e distribuir os recursos humanos, físicos e materiais disponíveis na escola; providenciar perante a administração superior, recursos financeiros, materiais, físicos e humanos necessários à viabilização do projeto político-pedagógico da escola; viabilizar aos profissionais da escola oportunidade de aperfeiçoamento, visando o projeto político-pedagógico; e assegurar a organização, atualização e trâmite legal dos documentos recebidos e expedidos pela escola (fls. 50/51).

Nesse contexto, não há como prosperar o argumento da recorrente de que o cargo ou a função de Administrador Escolar, por ser integrante do Quadro do Magistério Estadual, nos termos do art. 1º da Lei Complementar n. 1.139/1992, equipara-se ao de Professor, tendo em vista que não se inclui entre suas atribuições a de ministrar aulas.

É oportuno registrar que não se pode deixar de reconhecer que o professor detém outras atribuições, tais como a de participar de reuniões, cooperar na orientação educacional e supervisionar escolas. Todavia, não há como equipar o exercício de qualquer atividade tida como de magistério com a de professor se não lhe competir, entre suas atribuições, a de exercer a docência em sala de aula.

No caso, o ocupante do cargo de Administrador Escolar do Quadro do Magistério do Estado de Santa Catarina não ministra aulas. Exerce atividades de natureza administrativa, desprovidas de caráter docente, embora sejam relacionadas à educação, nos termos da Lei Complementar Estadual n. 1.139/1992. Por conseguinte, não pode ser equiparado ao de professor para fins de acumulação remunerada de cargos públicos.

Com efeito, há nítida distinção legal dos cargos que compõem o Grupo Magistério Estadual de Santa Catarina. Os professores detêm atribuições específicas, dirigidas à ação de ensinar, que não se confundem com a de



administrador escolar. O simples fato de integrar o grupo de magistério, nos termos da legislação estadual, não lhe confere a condição de professor.

A Constituição Federal pode não ter exigido expressamente, em seu art. 37, XVI, que o professor efetivamente ministre aulas para poder acumular a remuneração de cargos públicos. Todavia, também não teve o desiderato de permitir referida acumulação a quem, nos termos da lei, sequer exerce atividades diretamente relacionadas à docência.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais que, para efeitos de aposentadoria especial de professor, incluem na carreira de magistério cargos cujas atribuições mostram-se de natureza eminentemente administrativa. Prevalece o entendimento segundo o qual “o efetivo exercício de funções de magistério, a que se refere a Constituição da República, para efeito de aposentadoria especial, compreende, desse modo, o desempenho de atividade exclusivamente docente *em sala de aula*” (ADI-MC n. 856-RS, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 19.12.2006, p. 34). A propósito: ADI n. 2.253-ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 07.05.2004, p. 7; ADI n. 152-MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ de 24.04.1992, p. 5.375.

Esse linha de entendimento firmada pela Suprema Corte no tocante à aposentadoria especial dos professores, de que cuida o art. 40, § 5º, da Constituição Federal, não difere da que deve preponderar em relação à acumulação de cargos públicos. Em outras palavras, o professor, a que se refere o art. 37, XVI, **a**, da Lei Fundamental, é aquele que exerce a docência em sala de aula, e não o que, por lei, desempenha atividades de administração ou supervisão escolar, de natureza administrativa ou pedagógica.

De outra parte, na hipótese, não há falar em direito adquirido. A recorrente, nascida em 07.07.1941 (fl. 25), preencheu os requisitos necessários para pleitear o benefício da aposentadoria por idade tão-somente após a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/1998. Nesse cenário, porque não reunira as condições exigidas enquanto em vigor o ordenamento jurídico pretérito, descabida discussão a respeito da intangibilidade do direito adquirido em face do texto constitucional, em decorrência da atuação do poder constituinte derivado.

Por fim, impõe-se ressaltar que o art. 11 da Emenda Constitucional n. 20/1998 assegurou a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo público para os que ingressaram até a data de sua publicação mediante concurso público ou pelas demais formas previstas

na Constituição Federal. Todavia, não resguardou a percepção cumulativa de aposentadoria sob o mesmo regime, consoante se verifica abaixo;

Art. 11. A vedação prevista no artigo 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, *sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria* pelo regime de previdência a que se refere o artigo 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo. (Grifos nossos)

Esse é o entendimento da Suprema Corte, consoante atesta a seguinte ementa:

Constitucional. Servidor público. Percepção de proventos com dois vencimentos (um cargo de professor e outro técnico). Posses anteriores à EC n. 20/1998. Possibilidade de acumulação. Prescrição. Inocorrência.

O art. 11 da Emenda Constitucional n. 20/1998 convalidou o reingresso – até a data da sua publicação – do inativo no serviço público, mediante concurso. Tal convalidação alcança os vencimentos em duplicidade, quando se tratar de cargos acumuláveis, na forma do art. 37, inciso XVI, da Magna Carta, vedada, apenas, a percepção de mais de uma aposentadoria.

Recurso ordinário provido. Segurança concedida. (RMS n. 24.737-DF, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 03.09.2004, p. 26)

Do voto condutor do referido julgado extraio o seguinte excerto:

Ora, a recorrente ingressou novamente no Serviço Público antes de 16.12.1998 (data da publicação da referida emenda). Sua situação jurídico-funcional recomeçou, portanto, da estaca zero, sem as peias do § 10 do art. 37 da Lei Magna, que veda a percepção simultânea de “proventos de aposentadoria” com “remuneração de cargo, emprego ou função pública”. Podia a servidora, portanto, continuar ocupando, na atividade, dois cargos acumuláveis, ou seja, um de professor e outro de técnico. *O que ela não pode é aposentar-se novamente, em nenhum deles.* Noutros termos, o que já era excepcional se tornou excepcionalíssimo; porém isto se deu por expressa vontade do citado art. 11 da EC n. 20/1998. (Grifos nossos)

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário.

É o voto.



**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 24.992-GO  
(2007/0202657-0)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho  
Relator p/acórdão: Ministro Jorge Mussi  
Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás  
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás  
Recorrido: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Goiás  
Advogado: José Roberto da Paixão e outro(s)

**EMENTA**

Recurso ordinário egurança. Tribunal de Justiça. Composição. Quinto constitucional. Princípios da alternância e da sucessividade. Vaga ímpar. Destinação. Ministério Público.

1. Com a edição da Lei Estadual n. 13.644/2000, a composição do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que contava 22 (vinte e dois) desembargadores, passou a totalizar 32 (trinta e dois). Por conseguinte, o quinto constitucional, que apresentava 4 (quatro) cadeiras, foi contemplado com mais 3 (três) novas vagas.

2. Em princípio, foram providas duas delas, a 5ª pelo Ministério Público, a 6ª pela Advocacia, de modo que o provimento conjunto dessas vagas manteve a *paridade* de representação classista perante o Tribunal de Justiça Goiano: três cadeiras para cada instituição.

3. Nesse contexto, a 7ª vaga, de natureza *ímpar*, por ser a vaga de rodízio, isto é, aquela que vem quebrar a paridade existente entre as classes representantes do quinto constitucional, deve ser destinada à classe que se manteve em inferioridade numérica no histórico da composição do Tribunal de Justiça. Precedentes do STF.

4. Na hipótese, a representação em maior número pela classe dos advogados perdurou de 18.04.1969 até 15.05.1979, com a criação da 4ª vaga destinada ao quinto constitucional pela edição da Lei Estadual n. 8.614/1979, quando então tornou-se a equilibrar a representatividade perante o Tribunal de Justiça de Goiás: dois assentos para cada entidade.

5. Dessa forma, em homenagem ao *princípio da alternância*, a prevalência da representação “quintista” agora deve caber ao *Ministério Público do Estado de Goiás*.

6. Por fim, ressalta-se que mesmo se levado em conta o *princípio da sucessividade*, ainda assim a destinação da vaga caberia ao Ministério Público, porquanto se a 3ª e a 5ª cadeiras foram ocupadas por membros daquela instituição, a 7ª também o deveria ser.

7. Recurso ordinário provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima.

Votou vencido o Sr. Ministro Relator, que negava provimento ao recurso.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

---

DJ 17.03.2008

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto pelo Ministério Público do Estado De Goiás contra o venerando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que deferiu o Mandado de Segurança ali impetrado pela OAB e deu parcial deferimento ao *mandamus* manejado pelo Ministério Público.

2. Infere-se dos autos que o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás até o ano de 2000 era composto por 22 Desembargadores, com 4 integrantes do quinto constitucional, sendo 2 Advogados (Charife Oscar Abrão e Paulo Maria Teles Antunes) e 2 outros membros do MP (Joaquim Henrique de Sá e José Lenar de M. Bandeira). Com o advento da Lei Estadual n. 13.644, de 12.06.2000, o número do quantitativo dos componentes daquela Corte passou a ser 32. Com esse novo quantitativo, o cálculo aritmético da fração reservada ao quinto constitucional, em obediência ao art. 94 da CF, seria de 6,4 membros.

3. Diante disso, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão administrativa, realizada em 04.02.2002, deliberou que a 32ª vaga seria destinada a Juízes da carreira da Magistratura Estadual, reservando apenas 6 vagas ao quinto constitucional, que permaneceu par.



4. Irresignado, o Ministério Público do Estado de Goiás impetrou Mandado de Segurança perante o Tribunal Estadual aduzindo: (a) em nome da efetividade da garantia do denominado quinto constitucional, independentemente de haver fração que seja inferior ou superior à metade, o número de vagas nos Tribunais destinados aos membros do Ministério Público e da Advocacia deve ser, sempre, o primeiro inteiro acima do resulta fracionário, ou seja, no caso concreto seriam 7; (b) tendo sido a última vaga alusiva ao quinto preenchida por profissional proveniente da Advocacia (Desembargador Floriano Gomes da Silva Filho), o próximo provimento, ou seja a 7ª vaga, deve ser reservada a um membro do Ministério Público e (c) decidida em sessão plenária do Tribunal de Justiça, em 06.09.2000, que a vaga por último a ser provida pertenceria ao Ministério Público, há direito adquirido ao provimento dessa. Ao final, requereu a nulidade da decisão administrativa ocorrida em 04.02.2002, que definiu o provimento da última vaga por Magistrado de carreira.

5. Outro Mandado de Segurança foi impetrado pela OAB, obtendo, os dois julgamento conjunto. O Mandado de Segurança restou assim ementado:

Mandados de Segurança. OAB-GO. MPEG. Falta de capacidade postulatória do *Parquet* estadual. Coisa julgada. Destinação da 32ª vaga criada pela Lei n. 13.644/2000. 7ª do quinto constitucional. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Goiás.

I. Conquanto haja entendimento recente no excelso Supremo Tribunal Federal da necessidade de ser o Ministério Público representado processualmente (Ação Cautelar n. 1.450-MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU 22.11.2006), *in casu*, restando decidida a quaestio por ocasião do julgamento anterior, no sentido de possuir capacidade postulatória a Procuradoria-Geral de Justiça, subscritora do *mandamus*, a teor do comendo ínsito no art. 10, inciso I da Lei n. 8.625/1993, e inexistindo irresignação neste ponto, impulsionadora de eventual recurso às instâncias superiores, forçoso é convir que a questão encontra-se superada, acobertada, pois, pelo manto da coisa julgada.

II. Preenchida a 4ª vaga destinada ao quinto constitucional pelo *Parquet* Estadual (Lei n. 8.614 de 03.05.1979), é de ser observado que, criadas três novas vagas pela Lei n. 13.644/2000, a 5ª vaga foi ocupada pela OAB-GO, a 6ª pelo Ministério Público e, de conseqüência, a 7ª deve ser preenchida pela Ordem dos Advogados do Brasil-Seção Goiás, ante o princípio da alternância da Constituição Estadual e art. 2º, § 2º do RITJ-GO, bem como sob a ótica da inferioridade das classes na composição deste Tribunal, revelando-se irrelevante, assim, o fato de que, em ordem cronológica, tomaram assento nesta corte, para preenchimento da 5ª e 6ª vagas destinadas ao quinto constitucional, primeiramente Procuradora egressa

do Ministério Público e, posteriormente, Advogado que pertence aos quadros da OAB-GO. Primeira segurança concedida. Segunda parcialmente concedida (fls. 601/620).

6. Daí o presente Recurso Ordinário, em que o recorrente sustenta, nas suas razões, que a ordem de alternância das vagas destinadas ao quinto constitucional, desde a criação de TJ-GO, imporia a destinação da 7ª vaga ao Ministério Público Estadual de Goiás. Fundamenta-se na atribuição da primeira vaga do Tribunal destinada ao quinto constitucional ter sido provida por um Advogado, a terceira por membro do Ministério Público, a quinta investida por Advogado da OAB-GO e a sétima deveria ser, pela lógica sugerida, destinada ao MPE-GO, ou seja, a alternância deveria ocorrer nas vagas de número ímpar (1, 3, 5 e 7), momento em que a paridade é quebrada.

7. Nas contra-razões, a OAB-GO pugna pela manutenção do acórdão recorrido, asseverando que diante da ordem de criação das vagas no TJ-GO, pelas Leis Estaduais Goianas n. 8.614/1979 e 13.644/2000, seu preenchimento alternado aponta para a ocupação da 7ª vaga por um Advogado. Sustenta que a quarta vaga foi destinada a membro do *Parquet*, a quinta a integrante da OAB, a sexta a integrante do MPE-GO e a última vaga criada, pelo raciocínio exposto, deveria ser inicialmente atribuída a um Advogado inscrito no órgão de classe de Goiás.

8. O Ministério Público Federal manifestou-se, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República João Francisco Sobrinho, pelo não conhecimento do recurso sob o fundamento de que a peça recursal está divorciada do contexto dos autos, mas se conhecido, pelo seu provimento.

9. É o que havia de relevante para relatar.

### VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A previsão de que 1/5 dos lugares nas Cortes de Justiça do País seja destinado ao preenchimento por Advogados e por Membros do Ministério Público, alternadamente, remonta à Constituição de 1934, mas até hoje não existe, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, norma escrita ou princípio orientador de qual deva ser a classe a preencher a primeira vaga, quando da criação de Tribunal ou da implantação de vaga nova em Corte já composta, tornando ímpar o número de lugares destinados ao chamado quinto constitucional, embora daí em diante se deva observar a alternância de provimentos, a teor do art. 100, § 2º da Loman.



2. Importante salientar, quanto aos presentes autos, que duas são as demandas originárias, a saber, dois Mandados de Segurança, decididos conjuntamente por conexão no egrégio TJ de Goiás, num dos quais é impetrante a OAB-GO e no outro o MPE-GO, em que pleitearam cada qual para respectiva classe, a atribuição da 7ª vaga destinada ao quinto constitucional do TJ-GO, consoante disposto no art. 94 da CF. As impetrações sustentaram teses opostas, cada instituição afirmando que a referida vaga deveria lhe ser destinada; de fato, cada instituição impetrante requereu que fosse a vaga ímpar inicialmente provida por integrante seu, considerando a necessária alternância entre as carreiras, bem como que o último provimento do quinto constitucional contemplou a nobre classe dos Advogados, tendo sido escolhido o eminente Desembargador Floriano Gomes.

3. A lista de componentes do quinto constitucional do Tribunal Estadual Goiano, quando paritárias as vagas, ficou assim disposta por antigüidade, no que respeita aos Desembargadores oriundo da OAB e do MPE-GO:

- (1) Des. Joaquim Henrique De Sá (Ministério Público)
- (3) Des. Charife Oscar Abrão (Advocacia)
- (11) Des. José Lenar de M. Bandeira (Ministério Público)
- (12) Des. Paulo Maria Teles Antunes (Advocacia)
- (17) Des. Beatriz Figueiredo (Ministério Público)
- (19) Des. Floriano Gomes (Advocacia)

4. A partir da relação acima, é possível perceber que até então foi obedecida rigorosamente a paridade exigida pela Constituição, não havendo porque se cogitar de alternância numérica entre as classes, já que o número de vagas do quinto era par; com efeito, a regra da alternância (art. 100, § 2º da Loman) tem aplicabilidade quando se verificar a inferioridade de uma das classes, prevendo a regra que se inverta subseqüentemente a situação, a fim de se atender à paridade constitucional, fazendo prevalecer a classe que dantes estava numericamente inferiorizada. Entretanto, não é o que se verifica no caso sub judice, pois, no momento, 3 vagas do TJ-GO estão ocupadas por egressos do Ministério Público e 3 por membros provenientes da Advocacia, ou seja, há perfeita paridade entre as classes.

5. Portanto, o preenchimento da 32ª vaga do Tribunal Goiano, ou seja, da 7ª vaga atribuída ao quinto constitucional naquela Corte, somente caberia ao MPE-GO, pela razão de ter sido o Desembargador Floriano Gomes (antigo Advogado) o último a ingressar naquela Corte pelo quinto constitucional (6ª

vaga), se fosse aplicado ao preenchimento dessa mesma 7ª vaga o critério da alternância previsto no art. 100, § 2º da Loman. A adoção desse critério pode até ser tida como produtora de resultado mais justo, mais eqüitativo ou mais harmonioso, por prestigiar a dita alternância de classes, mesmo numa situação em que não havia a predominância de nenhuma delas, mas, pelo contrário paridade de número.

6. Porém, esse dispositivo legal complementar não tem, na verdade, aplicabilidade ao caso vertente, porque disciplina a alternância entre as duas classes do quinto constitucional, somente no que pertine aos lugares antigos em que ocorra vacância, não se aplicando, como se vê da sua dicção às vagas novas:

Art. 100 - (...).

§ 2º - Nos Tribunais em que for ímpar o número de vagas destinada ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por Advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade.

7. O colendo STF assim já decidiu, afirmando, exatamente, que o primeiro provimento de vaga ímpar do quinto constitucional o Tribunal o faz sem se submeter ao ditame do art. 100, § 2º da Loman:

Constitucional. Processual. Mandado de segurança: ato complexo. Competência originária do Supremo Tribunal Federal. Legitimidade ativa da impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República. Decadência. Tribunal Regional Federal: composição. Quinto constitucional: número par de juízes. CF, art. 94 e art. 107, I. Loman, Lei Complementar n. 35/1979, art. 100, § 2º.

(...).

IV - A norma do § 2º do art. 100 da Loman, Lei Complementar n. 35/1979, é aplicável quando, ocorrendo vaga a ser preenchida pelo quinto constitucional, uma das classes se acha em inferioridade na composição do Tribunal. No preenchimento, então, dessa vaga, inverter-se-á a situação: a classe que se achava em inferioridade passa a ter situação de superioridade, atendendo-se, destarte, ao princípio constitucional da paridade entre as duas classes, Ministério Público e advocacia. Precedente do STF: MS n. 20.597-DF, Octavio Gallotti, Plenário, RTJ 120/75.

V - Mandado de Segurança indeferido. (MS n. 23.972-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 29.08.2003)

8. Vale ainda transcrever trecho do referido voto, em que o eminente Relator explicita não haver ofensa ao art. 100, § 2º da Loman quando o Tribunal escolhe uma das classes:



O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, portanto, quando decidiu pela classe dos Advogados, apoiando-se no critério da precedência inscrita no inc. I do art. 107 da Constituição, não violou a norma do § 2º do art. 100 da Loman. Inexistindo, então norma constitucional ou infraconstitucional que, na hipótese sob exame, estabeleça a categoria que deva ocupar a nova vaga, iniciando-se, então, o número ímpar de cargos que importará na aplicação, daí para frente, da norma de § 2º do art. 100 da Loman, segue-se que o TRF/5ª Região não praticou nenhuma ilegalidade na adoção do critério que entendeu objetivo, inc. I do art. 107 da CF, norma específica do quinto constitucional nos Tribunais Regionais Federais.

9. Por conseguinte, não havendo norma positiva determinante de qual classe deve ter precedência, quando se trata do provimento inicial de vaga ímpar do quinto constitucional, pode-se afirmar que tal resolução cabe ao Tribunal e, ao escolher qualquer das classes, não ofende o art. 100, § 2º da Loman, eis que este regula matéria diversa, qual seja, a alternância em vagas precedentes, quando o número de representantes do quinto constitucional for desigual; em outras palavras, a imparidade do número de vagas é o pressuposto objetivo de aplicabilidade do art. 100, § 2º da Loman, embora, se o Tribunal assim o deliberar possa servir de parâmetro ao preenchimento da dita vaga ímpar do quinto constitucional, *mas isso não é imperativo ou obrigatório*.

10. Dessa forma, não há direito líquido e certo, amparável por Mandado de Segurança, especialmente por ausência de previsão legal, de caber ao Ministério Público Estadual a primeira vaga ímpar do quinto constitucional de Tribunal de Justiça (art. 94 da Carta Magna), pelo menos sob o fundamento de que o preenchimento do último lugar do quinto constitucional se fez com Advogado (Desembargador Floriano Gomes), *isso porque a regra da alternância, conforme decidiu o STF não é imperativa em caso assim*.

11. Por outro lado, o argumento de que havia uma decisão administrativa precedente, afirmando caber ao MP a vaga questionada (sessão plenária do dia 06.09.2000), só impressiona do ponto de vista formal, porque é sabido que a Administração a qualquer tempo pode rever seus próprios atos, o que aliás não se discute mais; ainda que aqui não se possa falar em Administração propriamente dita, é certo que o Tribunal, neste caso, está no exercício de sua atividade administrativa. Ademais, não se criou, naquela deliberação anterior, direito subjetivo algum para ninguém, mas apenas uma mera expectativa, fraca e frágil, insuficiente para criar obrigação de conduta posterior ou jungir o Tribunal em deliberações futuras.

12. Outrossim, a seqüência enunciativa do art. 94 da Constituição Federal, qual seja, citar em primeiro lugar os membros do Ministério Público e somente

depois os Advogados, não pode ser um critério seguro a ser seguido, pois a própria Carta Magna altera essa seqüência, por vezes mencionando o representante da OAB em primeiro lugar, em contrariedade à seqüência do seu art. 94, como por exemplo nos arts. 104, II (vaga no STJ) e 107, I (vaga nos TRF's), de modo que a topo-posição da expressão "Advogado" ou "membro do Ministério Público" não pode ser erigida como critério de orientação sem alternativa.

13. Por tais fundamentos, voto pelo improvimento do presente Recurso, mantendo, em todos os seus termos e pelos seus próprios e jurídicos fundamentos a respeitável decisão recorrida, por haver dado à lide a solução que antes já fora preconizada em caso símile pelo colendo STF.

14. Quanto ao ponto da prevalência objetiva da orientação da Corte Constitucional, observe-se que a Doutrina Jurídica proclama que as decisões do STF devem ter efeito paradigmático multi-abrangente, porque expedida na resolução de controvérsia de interesse superior e geral, sendo *inegável que essas decisões fixam diretrizes reverenciadas pelos Juízes dos casos futuros e idênticos*, sendo mesmo desejável que a solução se repita nos julgamentos pósteros, assim se aumentando a *previsibilidade dos conteúdos dos provimentos judiciais e se reforçando a estabilidade do Direito e da Constituição*.

15. As decisões *plenárias* do colendo STF devem ser seguidas pelos órgãos jurisdicionais do País, não apenas porque se trata de manifestações oriundas do órgão máximo do Poder Judiciário, dotadas da maior força moral, *mas também porque, em qualquer atividade jurisdicional concreta, o Supremo Tribunal Federal sempre estará investido e no exercício da sua magna função de guardião da Constituição* (art. 102, *caput* da CF), dizendo a última e definitiva palavra sobre o sentido e alcance dos seus dispositivos.

16. Custa imaginar que o Supremo Tribunal Federal *emita decisão plenária fixando orientação sobre determinado ponto controvertido e, depois, em julgamento no qual a mesma controvérsia se repita, possa-se simplesmente ignorar aquele precedente*.

17. Voto pelo improvimento do Recurso.

### VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Jorge Mussi: O Ministério Público do Estado de Goiás interpôs recurso ordinário contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça daquele Estado, no qual alega, em suma, ofensa ao princípio da alternância das vagas e ao disposto no artigo 2º, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal



de Justiça do Estado de Goiás, pois, segundo afirmou, se das vagas destinadas ao quinto constitucional a primeira e a terceira foram dirigidas à Advocacia, a quinta e a sétima vaga deveriam caber ao Ministério Público (fls. 642/651).

Intimada, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Goiás ofertou contra-razões ao apelo, nas quais pugnou pela manutenção do aresto recorrido, aduzindo que a última vaga ímpar, criada pela Lei Estadual n. 8.614/1979, foi ocupada por integrante do Ministério Público. Dessa forma, asseverou que a rapidez do *Parquet* Estadual em indicar sua lista tríplice para o provimento das vagas oriundas da Lei Estadual n. 13.644/2000 não poderia superar os princípios constitucionais da alternância e da reserva, conforme reconheceu a Corte Goiana (fls. 657/664).

O Estado de Goiás ratificou as contra-razões apresentadas pela OAB-GO (fl. 666).

O recurso foi admitido (fls. 671/672) e distribuído à relatoria do Excelentíssimo Senhor Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (fl. 678).

Sua Excelência, na sessão de julgamentos desta Egrégia Quinta Turma realizada em 18.12.2007, negava provimento ao recurso ordinário ao fundamento de que caberia ao Tribunal Estadual deliberar livremente sobre a destinação da 32ª cadeira de Desembargador, ante a inexistência de norma positiva determinante de qual classe deveria ter precedência no provimento inicial de vaga ímpar do quinto constitucional, no caso, a 7ª vaga a ele reservada.

Ousei divergir.

Com a criação de 10 (dez) novas vagas para o cargo de Desembargador pela Lei Estadual n. 13.644/2000, a composição do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que contava 22 (vinte e dois) desembargadores, passou a totalizar 32 (trinta e dois).

Em virtude disso, ao se apurar o quinto constitucional previsto no artigo 94 da Constituição Federal, ter-se-ia:  $32 \div 5 = 6,4$  (seis inteiros e quatro décimos).

A questão relativa à destinação da 7ª vaga, oriunda do arredondamento para maior do quociente acima encontrado, de início reservada aos Juízes de carreira pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça Goiano, restou dirimida no curso do presente *mandamus*: cabe ao quinto constitucional (fls. 606/607).

Nesse contexto, a fração representativa de classes, que contava 4 (quatro) desembargadores, foi contemplada com mais 3 (três) novas cadeiras.

Em princípio, o Tribunal *a quo* requereu as entidades de classe, OAB-GO e MP-GO, que elaborassem lista sêxtupla para o provimento das *duas* primeiras vagas.

A primeira delas (5ª vaga) coube ao Ministério Público, na qual foi empossada a Desembargadora Beatriz Figueiredo, em 11.12.2000. A segunda (6ª vaga), para a Advocacia, foi ocupada pelo Desembargador Floriano Gomes, em 26.01.2001 (fl. 33). Como se vê, o provimento conjunto dessas duas vagas manteve a paridade de representação classista perante o Tribunal de Justiça de Goiás: três cadeiras para cada instituição.

A meu sentir, então, a 7ª vaga, de natureza *ímpar*, por ser a vaga de rodízio, isto é, aquela que vem quebrar a paridade entre as classes representantes do quinto constitucional, deve pertencer ao Ministério Público, nos termos do parágrafo 1º artigo 43 da Constituição do Estado de Goiás, que estabelece:

Art. 43 - Na composição de tribunal togado, um quinto dos lugares será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira e de advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

§ 1º - Quando *ímpar* o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma das vagas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma das classes superem os da outra em uma unidade. (Grifou-se)

Esse dispositivo da Constituição Estadual praticamente reproduz o texto do artigo 100, § 2º, da Lei Complementar n. 35/1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional –, o qual foi interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide da ordem constitucional anterior, em lapidar voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Octavio Gallotti no Mandado de Segurança n. 20.297-1-DF, que ora se transcreve:

No mérito, somos pela concessão do *mandamus*.

Com efeito, diz o § 2º do art. 100 da Lei Complementar n. 35, de 14.03.1979:

§ 2º Nos Tribunais em que for *ímpar* o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade.

A redação do texto acima deixa claro que, havendo número *ímpar* de vagas, *uma delas*, ou seja, aquela que se apresenta responsável pela quebra da paridade entre advogados e membros do Ministério Público, seja a de n. 1, 3, ou 5 etc., deve



ser preenchida pelo princípio da alternância, de sorte que ora prevaleça uma classe, ora outra.

Como até a ocorrência da vaga disputada predominava a classe de advogados, para que haja alternância, agora é a vez do Ministério Público. A não ser assim, haverá, ao contrário de alternância, maioria prolongada da classe dos advogados, o que não se coaduna com qualquer espécie de hermenêutica que se queira aplicar ao preceito em exame. Onde a lei quis restabelecer o princípio da igualdade de oportunidade, por meio da alternância, não é razoável interpretá-la como se estivesse beneficiando uma das classes com maioria eventual, perpetuando ou prolongando essa situação.

(Pleno do STF, MS n. 20.597-1-DE, Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. em 22.10.1986, DJU de 05.12.1986)

Essa preocupação também foi objeto de ponderação no voto proferido pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio, já sob o texto da nova Carta Constitucional, nos autos do Mandado de Segurança n. 23.972-7-DE, ocasião na qual sustentou que tanto nos casos de provimento inicial como nos casos de nova vaga destinada ao quinto o § 2º do artigo 100 da Loman deveria ter aplicação, de modo a afastar a possibilidade de escolha aleatória por parte do Tribunal *a quo*.

Confira-se:

Como assento que não há prevalência desta ou daquela categoria, e preciso necessariamente lançar um fundamento jurídico para definir o conflito de interesses, devo fazê-lo a partir da ordem jurídica, do arcabouço normativo. Considerando o momento em que se passou a contar com três vagas no Quinto Regional, nasceu o fato gerador da aplicabilidade do § 2º do artigo 100, sob pena de não sabermos o critério agasalhado por lei para o preenchimento da nova vaga. Daí eu ter dito esperar que este Tribunal não lançasse, num acórdão, que a Corte de origem poderia ter solicitado a lista sêxtupla indistintamente à Ordem ou ao Ministério Público. Daí ter afirmado que o mandado de segurança não poderia, independentemente do impetrante, se a Associação do Ministério Público ou a Ordem, ser concedido.

Não parto sequer para a aplicação analógica da regra inserta no § 2º do artigo 100, porque, para mim, a norma incide tal como se contém e existe justamente para disciplinar a hipótese em que, seja qual for a época – originariamente, quando da criação do tribunal ou, posteriormente, quando da vinda à balha de uma lei aumentado o número de cadeiras –, aquelas vagas destinadas ao quinto passaram a estar estampadas em número ímpar.

Por isso, o § 2º do artigo 100, refere-se à alternância e à sucessividade. Alternância em relação a quê? O que define a alternância para saber-se a categoria

que deve preencher a vaga existente – por isso ou por aquilo, não importa – no tribunal, verificado o número ímpar? O que define essa alternância e essa sucessividade? A última nomeação.

(Pleno do STF, MS n. 23.972-7-DE, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 12.09.2001, DJU de 29.08.2003).

Tendo em conta os entendimentos acima expostos, a Corte *a quo* não deveria ter tomado como parâmetro para a alternância da vaga destinada ao quinto a ocupação da 4ª cadeira, por se tratar de vaga de natureza *par*, em que apenas se fez retornar, por conseqüência, à paridade de representação “quintista” perante o Tribunal de Justiça Goiano (fls. 616/617).

De outro lado, andou bem o Tribunal Estadual ao desconsiderar a ordem de provimento da 5ª e da 6ª vaga, porque, com essas *duas* nomeações, manteve-se a *paridade* de representação: três cadeiras para cada classe.

Como bem observou a Desembargadora que proferiu voto vencido na instância de origem, *um pensar diverso prestigiaria a utilização de manobras jurídicas de uma ou de outra entidade componente do quinto para, eventualmente, atrasar o processo de escolha do novo ou nova desembargadora, a fim de beneficiar-se, por exemplo, com também eventual aposentadoria de quintista vindo da classe adversa, a trazer tumulto, incerteza e desrespeito ao critério constitucional de ingresso na corte* (fl. 635).

Como resultado, os fundamentos aqui utilizados preservam a *segurança jurídica* e evitam, como assinalou o Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio no voto retrocitado, que o destino da vaga reservada ao quinto constitucional seja definido de forma aleatória, ademais diante da existência de critério jurídico apto a determinar de maneira objetiva o procedimento de ocupação da vaga ímpar, seja ela originária ou posteriormente criada.

Por isso, atento à análise histórica desenvolvida pelo Desembargador Relator às fls. 611/616, deve-se reconhecer que a última classe que apresentou, de forma considerável, superioridade numérica em relação à vaga ímpar destinada ao quinto constitucional foi a dos Advogados.

Isso se verifica a partir da constatação de que a OAB passou a contar com dois representantes “quintistas” desde 18.04.1969, com a assunção do Desembargador José Alves, egresso da classe dos advogados, enquanto que, naquela composição, o Ministério Público havia indicado apenas um desembargador pela fração constitucional de representatividade (fls. 31; 613).



Sobredito Desembargador foi substituído, em virtude do seu falecimento, por outro advogado, o Desembargador Messias de Souza Costa, empossado em 31.12.1976 (fls. 31; 614).

A aparente quebra na alternância da vaga ímpar acima destacada foi objeto de questionamento do Ministério Público do Estado de Goiás em mandado de segurança impetrado no Tribunal de Justiça Goiano (MS n. 561/77), o qual foi julgado prejudicado em decorrência da criação, pela Lei Estadual n. 8.614/1979, da 4ª vaga destinada ao quinto constitucional (fl. 614).

Essa vaga foi ocupada pelo Desembargador Joaquim Henrique de Sá, proveniente do Ministério Público, em 15.05.1979, quando então tornou-se a equilibrar a representação das classes perante o Tribunal de Justiça de Goiás: duas para a OAB-GO e duas para o MP-GO (fls. 31; 614).

Por conseguinte, a representação em maior número pela classe dos advogados perdurou de 18.04.1969 até 15.05.1979, vale dizer, *mais de 10 (dez) anos de disparidade*, nos quais a OAB superou em uma unidade a representatividade do Ministério Público relativa à composição do quinto constitucional do Tribunal de Justiça Goiano.

Por fim, observa-se que mesmo se levado em conta o *princípio da sucessividade*, ainda assim a destinação da vaga caberia ao Ministério Público, porquanto se a 3ª e a 5ª cadeiras foram ocupadas por membros daquela instituição, a 7ª também o deveria ser.

Em conclusão, nada mais justo do que se outorgar ao Ministério Público do Estado de Goiás prevalência em relação à classe dos advogados na nova composição decorrente da edição da Lei Estadual n. 13.644/2000, em homenagem tanto ao *princípio da alternância* como ao da *sucessividade*.

Com essas considerações, *dou provimento* ao recurso ordinário para determinar que a 32ª vaga de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, a 7ª cadeira reservada ao quinto constitucional, seja provida por membro egresso do Ministério Público.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 769.170-RS (2005/0119583-1)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Eloir Maria Bender

Advogado: Rubem Nestor Seifert e outro

Recorrido: Companhia Nacional de Escolas da Comunidade  
Advogado: Nicedo José Sturm

#### **EMENTA**

Civil. Locação. Recurso especial. Terreno urbano destinado à construção de vagas de garagem. Locação comercial caracterizada. Lei n. 8.245/1991. Aplicabilidade. Recurso especial conhecido e improvido.

1. A locação de terreno urbano encontra-se submetida às regras da Lei n. 8.245/1991, sendo indiferente para sua classificação o fato de ter sido o referido imóvel destinado à construção de vagas de garagem.

2. Recurso especial conhecido e improvido.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

---

DJ 23.04.2007

#### **RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial manifestado por Eloir Maria Bender, com base no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O Tribunal de origem manteve incólume sentença que julgara procedente o pedido formulado nos autos da ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis proposta pela Companhia Nacional de Escolas da Comunidade em desfavor da recorrente. O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa (fl. 93):



Ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis. Contrato particular de locação. Terreno urbano. Caso concreto. Matéria de fato. Tratando-se de locação de terreno, onde serão instalados boxes para estacionamento de veículos, é evidente que tal relação comercial é uma locação de imóvel urbano, que não descaracteriza pela destinação do imóvel locado, devendo incidir sobre ela as disposições da Lei do Inquilinato. Apelo desprovido.

Sustenta a recorrente ofensa ao art. 1º, parágrafo único, alínea **a**, item 2, da Lei n. 8.245/1991, ao argumento de que o contrato de locação celebrado diria respeito a vagas autônomas de garagem, não caracterizando locação urbana, sendo, portanto, inaplicável a Lei do Inquilinato, mas sim o Código Civil Brasileiro.

Por conseguinte, não seria admissível a cumulação do pedido de despejo com o de cobrança de aluguéis, previsto no art. 62, I, da Lei n. 8.245/1991.

A parte recorrida apresentou contra-razões (fls. 110/112).

Inadmitido o recurso na origem (fls. 115/116), subiram os autos a esta Corte em razão do provimento do respectivo recurso de agravo (fl. 50/apenso),  
É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Versam os autos acerca de ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis proposta pela recorrida Companhia Nacional de Escolas da Comunidade em desfavor de Eloir Maria Bender, ora recorrente.

Sustenta a recorrente ofensa ao art. 1º, parágrafo único, alínea **a**, item 2, da Lei n. 8.245/1991, ao argumento de que o contrato de locação celebrado diria respeito a vagas autônomas de garagem, não caracterizando locação urbana, sendo, portanto, inaplicável a Lei do Inquilinato, mas sim o Código Civil Brasileiro.

O dispositivo legal tido por violado tem a seguinte redação:

Art. 1º. A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei:

Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

a) as locações:

1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas;

2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; (Grifos nossos)

Conforme expressamente dispõe o precitado dispositivo legal, as locações de vagas autônomas de garagem ou espaços para estacionamento de veículos não são reguladas pela Lei do Inquilinato, mas sim pelo Código Civil.

Sobre o tema, Gildo dos Santos (*in* “locação e Despejo – Comentários à Lei n. 8.245/1991”, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004, item 5, p. 62/63) tece os seguintes comentários:

A locação de vagas e espaços para estacionamento de veículos obedece ao Código Civil.

A classificação da locação não depende, necessariamente, da destinação do imóvel, e quando se refere a uma vaga, um box ou espaço em garagem de edifício, sabe-se que não se trata de locação residencial nem comercial, por isso que não se submete à Lei ora examinada. Essa era a solução na vigência da Lei n. 6.649/1979, que admitia a denúncia vazia ou retomada imotivada relativamente à locação de vagas em garagens (Rel. Ruyter Oliva – RT 584/162), salvo se alugada conjuntamente com unidade residencial, porque aí é mero acessório ou simples dependência do imóvel.

Verifica-se, na hipótese dos autos, da leitura do referido contrato de locação, que o objeto desta não diz respeito a “vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos”, mas sim a um terreno urbano. *Verbis* (fl. 8):

A Locadora, sendo proprietária de um terreno urbano na rua São Luiz, nesta cidade, fundos do terreno onde se localiza o Colégio Cenecista Dr. João Dahne, cede-o em locação ao Locatário, em toda a extensão, adentrando 37,00 metros da parte junto à rua São Luiz para dentro, cuja área deverá ser utilizada tão unicamente para a construção de garagens para automóveis.

Assim, considerando-se que o contrato tem por objeto a locação de terreno urbano, encontra-se ele submetido às regras da Lei n. 8.245/1991, sendo indiferente para sua classificação o fato de ter sido o referido imóvel destinado à construção de vagas de garagem.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *nego-lhe provimento*.

É o voto.



**RECURSO ESPECIAL N. 906.467-SP (2006/0160736-9)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ellen Cristina Gama Matias e outros

Advogado: Stela Maria Tiziano Simionatto e outro

Recorrido: Município de Campinas

Advogado: Neusa Maria Sampaio

**EMENTA**

Processual Civil. Decreto de inépcia da petição inicial. Afastamento. Possibilidade de se aferir o objeto da lide. Existência de pedido e causa de pedir. Indeferimento da petição após a réplica das autoras. Impossibilidade. Retorno dos autos à vara de origem.

1. O pedido inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, e não apenas no item apresentado como “Do pedido”.

2. “Determinando a citação do réu, não mais poderá haver indeferimento da petição inicial, pelo simples motivo de que já terá sido deferida, isto é, mandada processar. (Nelson Nery Júnior, *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 792.)

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, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJ 23.04.2007

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por Ellen Cristina Gama Matias e outros, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que restou ementado nos seguintes termos, *in verbis*:

Apelação cível. Indeferimento por inépcia da inicial. Legalidade. Ausência dos requisitos do artigo 282 e 284 do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Recurso improvido. (Fl. 18)

Nas razões do presente recurso, pugnam as Recorrentes pela reforma do aresto recorrido, com o afastamento da extinção do processo, para que o Juízo de Primeira instância prossiga no exame do mérito da insurgência.

Não foram apresentadas contra-razões, o recurso não foi admitido na origem, convertido os autos por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Consoante se depreende dos autos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a sentença de Primeiro Grau que considerou inepta a petição inicial das Autoras, ora Recorrentes, extinguindo o feito sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso I, do Código de Processo Civil. A propósito, confira-se o seguinte trecho do acórdão recorrido, *in verbis*:

Com efeito, inexistente, no caso em tela, o preenchimento dos requisitos dos artigos 282 e 283, do Código de Processo Civil, sendo que tais requisitos devem ser demonstrados de forma clara e precisa para válido e regular andamento do feito como determina a lei instrumental civil.

Pelo que se verifica da inicial, não consta nem mesmo o pedido.

E, conforme bem analisado pela Magistrada sentenciante:

Não nomeou a ação as autoras, não existindo desta forma qual o tipo de tutela a ser oferecida pelo Estado.

Relata matéria totalmente alheia ao procedimento, tratado de ação de Justiça Laboral e não indicando pormenorizadamente o direito e a consequência do pedido. Indica que existem valores a serem pagos, mas não os demonstra de forma ordenada.



Indica apenas o rito escolhido mas não indica qual ação pretendia.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, sendo mantida a r. sentença guerreada. (Fl. 19)

Ora, é uníssono o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a petição inicial não pode ser considerada inepta quando, da análise como um todo, for possível aferir qual o objeto da lide. Por oportuno, confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados proferidos por esta Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Embargos declaratórios. Omissão. Arts. 458 e 535 do CPC. Inocorrência. Inépcia da inicial não configurada. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

[...]

II - *A inépcia da inicial somente deve ser proclamada se realmente não existir, ou não puder ser verificado, o direito que busca o autor. Assim somente se não viabilizada a defesa do réu, por impossível a aferição do objeto da lide, é que poderia ela ser reconhecida. O que não ocorreu no caso em tela.* (Precedentes).

[...]

Recurso não-conhecido. (REsp n. 476.651-RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 17.11.2003; sem grifos no original)

Administrativo e Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Servidor militar. Pensão. Redução. *Impetração não conhecida pela origem. Admissibilidade e cabimento.* Exame de mérito. Impossibilidade.

1. *Impetração não conhecida pela origem. Exame nesta Instância que, por isso, há que se restringir à admissibilidade da petição inicial, e ao cabimento do próprio Mandado de Segurança.*

2. *A inépcia da petição inicial somente deve ser proclamada quando verificada, de plano, a ausência do direito reclamado pelo autor, ou se não viabilizada a defesa do réu, por impossível a aferição do objeto da lide.*

[...]

4. Recurso em Mandado de Segurança conhecido e parcialmente provido. (RMS n. 12.074-PB, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 24.09.2001; sem grifos no original)

Direitos Civil e Processual Civil. [...] Julgamento *extra petita*. Não-caracterização. *Pedido existente no corpo da petição. Embora não constasse da parte específica dos requerimentos.* CC arts. 945 e 1.053, CPC, arts. 125, 128, 131, 332, 334-IV, 405-parágrafo 2º e 460. Recurso desacolhido.

[...]

VII - *O pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica “dos pedidos”.* (REsp n. 76.153-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 05.02.1996; sem grifos no original)

No caso em tela, embora não se trate de um primor de petição, contém todos os elementos necessários à identificação da *causa petendi*, a narração dos fatos e um pedido lógico e juridicamente possível. A propósito, mister se faz ressaltar, que a Il. Magistrada sentenciante em seu relatório, demonstra de forma inequívoca o que estava sendo pleiteado pelas Autoras. É o que se colhe da referido relatório:

Ellen Cristina Gama Martins e outros, qualificados nos autos, interpuseram a presente Ação Ordinária de Reajuste de Valores contra a Prefeitura Municipal de Campinas alegando que promoveram os suplicantes uma reclamação trabalhista contra a requerida, objetivando o recebimento de diferenças salariais referentes aos meses de fevereiro e março de 1991, janeiro, fevereiro e março de 1992 e reajuste salarial de 16,20% correspondente a setembro de 1991 e de 23,64% correspondente a dezembro de 1991, com base nas leis municipais números 6.131/1989 e 6.253/1990 com todos seus reflexos, perfeitamente explicitados no final da petição.

A pretensão de todos os reclamantes foi parcialmente acolhida pela r. sentença da egrégia 1ª Junta de conciliação e Julgamento de campinas. Porem foi declarada a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para apreciar todas as verbas ou parcelas vencidas a partir de 24.12.1991, excluindo a condenação aos reajustes posteriores a 11.12.1991.

*Requerem o devido reajuste (fls. 2/4). Juntou documentos (fls. 5/43).*

Foi o requerido citado (fl. 49), apresentando contestação onde em preliminar argüi carência de ação, incompetência da Justiça Comum, a ofensa ao princípio do Juiz natural, a coisa julgada trabalhista.

No mérito a inconstitucionalidade de vinculação de vencimentos a índices econômicos. (fls. 50/53). Juntou documentos (fl. 54), requerem a prescrição quinquenal das parcelas.

Houve réplica (fls. 60/65) e pedido de habilitação (fls. 64/95) (Fl. 105; sem grifo no original)



Ademais, deve-se salientar que a Prefeitura Municipal, em sua contestação (fls. 92/95) em momento algum alegou a inépcia da petição inicial, sustentando apenas e tão-somente: a) a carência da ação; b) incompetência da Justiça Comum; c) ofensa do princípio do Juiz natural; d) coisa julgada trabalhista; e) inconstitucionalidade de vinculação de vencimentos a índices econômicos.

Em suma, indubitavelmente, as Autoras descrevem os fatos de forma objetiva, apontando o direito pretendido, inexistindo ali qualquer defeito que dificulte o entendimento do pedido formulado. Desse modo, não há razão para que o mérito da ação não seja analisado.

Por outro lado, ainda que assim não fosse, quando a exordial não preencher os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil e não tiver instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, bem como apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, o Juiz deve determinar que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 dias, inteligência do art. 284 do mesmo Diploma Processual.

Posta assim a questão, é de se dizer que o Juiz somente poderá indeferir a exordial de plano, se constatar *logo no início do procedimento*, que a petição não contém as condições da ação, quais sejam, o pedido ou a causa de pedir; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; o pedido for juridicamente impossível ou se contiver pedidos incompatíveis entre si.

No caso vertente, a Il. Magistrada além de não determinar a emenda da inicial, indeferiu a petição inicial em momento inoportuno, após a réplica das Autoras. No dizer sempre expressivo de Nelson Nery Júnior:

Somente pode ocorrer essa figura jurídica do indeferimento da petição inicial se o juiz assim proceder logo no início do procedimento. *Determinando a citação do réu, não mais poderá haver indeferimento da petição inicial, pelo simples motivo de que já terá sido deferida, isto é, mandada processar.* Caso o juiz, no decorrer do processo, resolva acolher, por exemplo, preliminar arquiada pelo réu de carência de ação (CPC 301 X) por manifesta ilegitimidade de parte, ainda que esse tema seja de indeferimento da petição inicial (CPC 295 II), não poderá indeferir a petição já deferida, mas sim deverá extinguir o processo sem julgamento de mérito (CPC 267 VI). (*Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 792; sem grifo no original)

Por tudo isso, deve ser afastado o fundamento utilizado pelo acórdão recorrido para extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*, a fim de afastar a inépcia da inicial decretada pelo aresto vergastado, determinando o retorno dos autos à Vara de Origem, para que seja apreciado, como entender de direito, o mérito do ação.

É como voto.

