



Jurisprudência da Sexta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 590.822 — MG (2003/0163975-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Agravante: Sindicato dos Trabalhadores Ativos, Aposentados e Pensionistas do Serviço Público Federal no Estado de Minas Gerais — Sindsep/MG

Advogados: Maria da Conceição Carreira Alvim e outros

Agravado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — Ibama

Advogado: Augusto Soares da Costa

EMENTA

Agravo regimental. Processo Civil. Administrativo. Reajuste de 3,17%. Honorários. Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça.

1. Esta Corte firmou compreensão de que, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado podem ser fixados em percentuais acima ou abaixo daqueles previstos no art. 20, § 3º, do CPC.

2. Verba honorária fixada de acordo com a apreciação equitativa do juiz não é suscetível de reexame em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 05.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A hipótese é de agravo regimental em ataque à decisão assim ementada:

“Processo Civil. Administrativo. Reajuste de 3,17%. Honorários. Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça.

1. Esta Corte firmou compreensão de que, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado podem ser fixados em percentuais acima ou abaixo daqueles previstos no art. 20, § 3º, do CPC.

2. Tendo sido a verba honorária fixada de acordo com a apreciação equitativa do juiz, não será suscetível de reexame em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Recurso a que se nega seguimento.” (Fl. 163)

Sustenta o agravante que os honorários de sucumbência devem ser fixados com observância dos parâmetros estabelecidos pelo art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, em percentual sobre o valor da condenação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): O inconformismo não merece abrigo. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, dado que proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Vejam-se:

A) “Processual Civil — Execução fiscal — Honorários advocatícios — Art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC — Súmula n. 07 do STJ.

Nas execuções fundadas em título judicial ou extrajudicial, embargadas ou não, são devidos honorários advocatícios, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC.

Nestes casos, os honorários advocatícios podem ser fixados aquém do limite previsto no art. 20, § 3º, do CPC. Inteligência do art. 20, § 4º, do mesmo diploma legal.

Não é possível, em recurso especial, rever o critério adotado pelo Tribunal **a quo** na fixação dos honorários advocatícios por equidade, em vista do Enunciado da Súmula n. 07 do STJ.

Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no Ag n. 443.304/SP, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 10.03.2003)

B) “Previdenciário. Pensão por morte. Omissão. Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal. Honorários advocatícios. Obediência aos percentuais

estabelecidos no § 3º do art. 20 do CPC. Desnecessidade. Juros moratórios. Caráter alimentar do benefício.

1. 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.' (Súmula do STF, Enunciado n. 284).

2. Em sendo a parte sucumbente a Fazenda Pública, os honorários advocatícios deverão ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c** do § 3º, não se sujeitando, portanto, aos limites fixados no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil (§ 4º do art. 20 do Código de Processo Civil).

3. Os juros moratórios devem obedecer à taxa de 1% ao mês, em face do caráter eminentemente alimentar dos benefícios previdenciários.

4. Recurso parcialmente conhecido e provido.”

(REsp n. 440.187/RS, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 04.08.2003)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 20.608 — SP (2002/0008818-9)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Paulo Henrique Carneiro Barreiros

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

Paciente: Douglas Guimarães Damiani

EMENTA

Habeas corpus. Crime contra a vida. Julgamento do Tribunal do Júri. Anulação do julgamento, por contrariedade à prova dos autos. Pedido de anulação do acórdão que determinou o novo julgamento pelo Tribunal do Júri, ao argumento de invasão da competência do júri e incursão no mérito. Ausência de constrangimento ilegal.

1. Resultando do acórdão impugnado que o provimento do apelo para submissão do réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri decorreu

da existência de uma única vertente da verdade dos fatos emergente da prova, contrariada pela decisão dos jurados, não há falar em nulidade do acórdão impugnado, por não usurpada a competência.

2. Os apelos fundados no art. 593, inciso II, alínea **d**, do Código de Processo Penal, pela própria natureza de sua motivação, não apenas facultam, mas, sim, determinam o exame do conjunto da prova, único capaz de ensejar a constatação da existência de mais de uma vertente hipotética da verdade dos fatos.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 23 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 24.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): **Habeas corpus** contra a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, provendo parcialmente o apelo ministerial, determinou que Douglas Guimarães Damiani fosse submetido a novo Júri pelo delito de tentativa de homicídio qualificado.

Consta dos autos que o paciente fora submetido a um primeiro julgamento, pronunciado pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, incisos II, III e IV, combinado com o art. 14, inciso II, do Código Penal, tendo sido absolvido pelo Tribunal do Júri. A Quinta Câmara Criminal do Tribunal, em apelação interposta pelo Ministério Público, manteve a absolvição pelo homicídio consumado e anulou o veredicto quanto à tentativa de homicídio, por reputá-lo manifestamente contrário à prova dos autos, decisão essa que ora se combate.

Após o trânsito em julgado da decisão, retornaram os autos à Comarca e, no início da sessão em que ocorreria o segundo julgamento, a Promotoria de Justiça pediu a declaração da nulidade do libelo sob o fundamento de sua incompatibilidade com o acórdão proferido pela Quinta Câmara Criminal, eis que afirmara não

tipificada a qualificadora do meio cruel. Foi declarada a nulidade, estendendo ao paciente tal decisão nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

No novo libelo oferecido não fora contemplada a qualificadora do meio cruel e fora alterada substancialmente a conduta imputada ao paciente, antes co-autor da tentativa e agora partícipe, razão pela qual foi impetrado em favor do paciente **Habeas corpus** perante o Tribunal Estadual de São Paulo, que concedeu a ordem para invalidar a decisão que anulou, a partir do libelo, a ação penal a que responde o paciente.

Alega o impetrante que “A soberania dos vereditos está constitucionalmente instituída no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea **c** da Carta Constitucional,” e que “O Código de Processo Penal delimita o alcance e a magnitude daquela soberania estabelecendo que desafia recurso de apelação a Decisão do Júri que seja ‘*manifestamente contrária à prova dos autos*’, nos termos expressos pelo art. 593, inciso III, alínea **d**”. (Fl. 17)

Aduz, mais, que “em vez de negar a existência da versão albergada na decisão do Júri por 5 votos a 2, a egrégia Corte Paulista interpreta a prova, como que substituindo o Júri na valoração do quadro fático, para concluir que havia nos autos elementos sustentadores do libelo sem, contudo, negar que também estivessem presentes elementos probatórios contrários a ele, os quais, por seu turno, deram lugar ao veredicto exarado.” (Fl. 18)

Pugna, liminarmente, pela suspensão do julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri da Primeira Vara da Comarca de Registro — SP, designado para o dia 27 de março de 2002, até o julgamento do presente *writ*, e no mérito, pela concessão da ordem para que seja anulado o acórdão da Quinta Turma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Às fls. 214/215 deferi liminar para suspender a realização do julgamento do paciente pelo Tribunal do Juri, até a decisão do presente *writ*.

Informações prestadas às fls. 222/224.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, **habeas corpus** contra a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, provendo parcialmente o apelo ministerial, determinou que Douglas Guimarães Damiani fosse submetido a novo Júri pelo delito de tentativa de homicídio qualificado.

Consta dos autos que o paciente fora submetido a um primeiro julgamento, pronunciado pela prática do delito tipificado no artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV, combinado com o art. 14, inciso II, do Código Penal, tendo sido absolvido pelo Tribunal do Júri. A Quinta Câmara Criminal do Tribunal, em apelação interposta pelo Ministério Público, manteve a absolvição pelo homicídio consumado e anulou o veredicto quanto à tentativa de homicídio, por reputá-lo manifestamente contrário à prova dos autos, decisão essa que ora se combate.

Após o trânsito em julgado da decisão, retornaram os autos à Comarca e, no início da sessão em que ocorreria o segundo julgamento, a Promotoria de Justiça pediu a declaração da nulidade do libelo sob o fundamento de sua incompatibilidade com o acórdão proferido pela Quinta Câmara Criminal, eis que afirmara não tipificada a qualificadora do meio cruel. Foi declarada a nulidade, estendendo ao paciente tal decisão nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

No novo libelo oferecido não fora contemplada a qualificadora do meio cruel e fora alterada substancialmente a conduta imputada ao paciente, antes co-autor da tentativa e agora partícipe, razão pela qual foi impetrado em favor do paciente **habeas corpus** perante o Tribunal Estadual de São Paulo, que concedeu a ordem para invalidar a decisão que anulou, a partir do libelo, a ação penal a que responde o paciente.

Alega o impetrante que “A soberania dos vereditos está constitucionalmente instituída no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea **c**, da Carta Constitucional,” e que “O Código de Processo Penal delimita o alcance e a magnitude daquela soberania estabelecendo que desafia recurso de apelação a Decisão do Júri que seja ‘*manifestamente contrária à prova dos autos*’, nos termos expressos pelo art. 593, inciso III, alínea **d**”. (Fl. 17)

Aduz, mais, que “em vez de negar a existência da versão albergada na decisão do Júri por 5 votos a 2, a egrégia Corte Paulista interpreta a prova, como que substituindo o Júri na valoração do quadro fático, para concluir que havia nos autos elementos sustentadores do libelo sem, contudo, negar que também estivessem presentes elementos probatórios contrários a ele, os quais, por seu turno, deram lugar ao veredicto exarado.” (Fl. 18)

Pugna, liminarmente, pela suspensão do julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri da Primeira Vara da Comarca de Registro — SP, designado para o dia 27 de março de 2002, até o julgamento do presente *writ*, e no mérito, pela concessão da ordem para que seja anulado o acórdão da Quinta Turma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É inegável que à instituição do Júri, por força do que dispõe o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea **c**, da Constituição da República, é assegurada a soberania de seus veredictos.

O art. 593, inciso IV, alínea **d**, do Código de Processo Penal, todavia, autoriza que, em sendo a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando os jurados decidam arbitrariamente, dissociando-se de toda e qualquer evidência probatória, é de ser anulado o julgamento proferido pelo Tribunal Popular.

De tanto, resulta que, oferecidas aos jurados vertentes alternativas da verdade dos fatos, gize-se, fundadas pelo conjunto da prova, mostra-se inadmissível que o Tribunal de Justiça, em sede de apelação, desconstitua a opção do Tribunal do Júri — porque manifestamente contrária à prova dos autos — sufragando, para tanto, tese contrária.

Este, o entendimento doutrinário, consoante se recolhe das lições de **Fernando da Costa Tourinho Filho** (in “Código de Processo Penal Comentado”, volume 2, Editora Saraiva, às pp. 297/298):

“Por último, a alínea **d** (quando a decisão dos jurados fora manifestamente contrária à prova dos autos).

Nesse caso, ante eventual apelo, o Tribunal, dando provimento, reconhece o **error in iudicando**. É imperioso, contudo, esteja a decisão de todo dissociada das provas dos autos. A lei diz: manifestamente contra a prova dos autos. É preciso que a decisão dos jurados derive do acervo probatório. Assim, se as provas dos autos demonstram, unanimemente, que o réu não agiu em legítima defesa, sua absolvição com base nesse excludente de ilicitude é declaradamente contra a prova dos autos. E vice-versa: se as provas demonstram, à unanimidade, que o réu agiu em legítima defesa, eventual condenação se dissocia das provas colhidas. Exige-se, contudo, que a decisão dos jurados não encontre arrimo em alguma prova. Afinal de contas, os jurados têm inteira liberdade de julgar, e essa liberdade lhes confere o direito de optar por uma das versões. Se a sua decisão é estribada em alguma prova, não se pode dizer ser ela manifestamente contrária ao apurado no corpo do processo.”

No mesmo sentido, **Julio Fabbrini Mirabete** (in “Código de Processo Penal Interpretado”, 6ª ed., Editora Atlas, p. 751), **verbis**:

“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 essa a melhor decisão.”

E, ainda, **Damásio Evangelista de Jesus**, quando, à p. 422 de seu “Código de Processo Penal Anotado”, 16ª ed., Editora Saraiva, afirma:

“É pacífico que o advérbio ‘manifestamente’ (III, **d**) dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos. E não contraria esta a decisão que, com supedâneo nos elementos de convicção deles constante, opte por uma das versões apresentadas.”

Não é outro, acrescente-se, o posicionamento sufragado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, valendo, a propósito, conferir os seguintes precedentes:

“Criminal. Recurso especial. Júri. Novo julgamento. Contrariedade à prova dos autos. Inocorrência. Recurso conhecido e provido.

I - Não se caracteriza como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos, não se encontra inteiramente divorciada da prova existente no processo.

II - A decisão que anula o julgamento do Tribunal Popular, porque contrário à prova existente no feito, deve fundamentar devidamente tal contrariedade.

III - Recurso conhecido e provido a fim de restabelecer a decisão condenatória proferida contra o recorrido.” (REsp n. 163.760/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 15.05.2000)

“Recurso especial. Tribunal do Júri. Hipótese em que o acervo probatório leva a duas versões conflitantes sobre a posição do réu na ocorrência delituosa.

Recurso com fundamento nas letras **a** e **c**, do permissivo constitucional. Alegada ofensa ao art. 593, inciso III, letra **d**, do Código de Processo Penal.

Se a prova dos autos autoriza o reconhecimento de duas versões sobre o crime: uma fundada na palavra do co-réu, negando a sua participação; e a outra extraída de parte da prova testemunhal, que lhe atribuiu culpa solidária, não é proibido ao Conselho de Sentença optar por uma das versões em

confronto. **In casu**, os membros do Júri preferiram a tese mais segura, porque vazada em parte da prova testemunhal, quando reconheceram que o recorrido era co-autor do crime de homicídio.

Conseqüentemente, a determinação de novo julgamento, por parte do Tribunal **a quo**, por entender que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, ofendeu ao art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, o que merece reparo através do especial. A jurisprudência da Suprema Corte já consagrou o entendimento de que a opção, por uma das versões fluentes da prova, não enseja nulidade do julgamento.

Recurso conhecido e provido para reformar a decisão do Tribunal de Justiça, e manter a condenação pelo Tribunal do Júri.” (REsp n. 32.745/AC, Relator Ministro José Cândido de Carvalho Filho, **in** DJ de 17.05.1993)

“Processual Penal. Júri. Soberania. Versões conflitantes sobre os fatos.

I - Existindo duas versões conflitantes, ambas aceitáveis diante do conjunto probatório, a absolvição decretada pelo Tribunal do Júri, acolhendo uma das versões, não pode ser anulada sob o fundamento de ser manifestamente contrária à prova dos autos.

II - Ordem concedida para anular-se a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e, em conseqüência, o segundo julgamento.” (HC n. 10/DF, Relator Ministro Carlos Thibau, **in** DJ de 16.10.1989)

Com efeito, ao que se tem dos autos, inexistente, na espécie, dupla vertente hipotética da verdade do fato fundada pela prova, eis que falta à versão do réu, ora paciente, qualquer ressonância que a confirme.

No caso concreto, a Corte Estadual, ao prover em parte o apelo do órgão ministerial, submeteu o paciente a novo julgamento em relação ao crime de homicídio tentado, ao fundamento de que a decisão dos jurados fora manifestamente contrária à prova dos autos, **verbis**:

“(…)

3. Nos termos em que conhecido, procede em parte o inconformismo da acusação.

3.1. A prova convence de que Douglas Guimarães Damiani fez disparos de arma de fogo contra Adriano Gomes da Silva e foi o causador do grave ferimento por ele sofrido. Não logrou matá-lo, porque o ofendido pôs-se em fuga, buscou abrigo atrás de uma moita e a perserquição que lhe foi movida não teve êxito, porque Carlos de Oliveira impediu a marcha do automóvel dos réus com o ônibus que dirigia. Percebendo que não poderiam prosseguir na agressão, os acusados fugiram.

Douglas disparou contra Adriano com revólver de calibre 38 e o atingiu na região posterior do tornozelo direito (fl. 324), de onde foi extraído projétil daquele calibre (fls. 70, 197/198 e 219/220).

Não sem motivo o motorista do ônibus ouviu disparos de armas diferentes (fls. 284/284v.) e Marcelo Ferreira Machado, *office boy* do escritório do pai de Douglas, embora procurando proteger o filho do patrão, diz ter escutado estampidos que vinham de duas direções, uma delas próxima de seu ouvido (fls. 207v). Informação expressiva, considerando que Douglas estava a seu lado e Eli descera do carro e se afastara para matar Alex Sandro.

A prova pericial e esses testemunhos confirmam as declarações de Adriano de que Douglas o alvejou do interior do automóvel (fls. 13, 284-284v.) e os dois réus empunhavam armas.

Desprezando esses elementos de convicção e negando ter sido Douglas autor material da tentativa de homicídio, o Conselho de Sentença decidiu em manifesto conflito com a prova. Imperioso rescindir seu veredicto, no particular, a fim de que Douglas seja submetido a novo julgamento pela tentativa de homicídio qualificado.

(...)” (fls. 266/267).

E, ainda, no acórdão dos embargos:

“(...

A decisão impugnada examinou, cumpridamente, a prova em que fundou a conclusão de ter Douglas Guimarães Damiani feito disparos de arma de fogo contra Adriano Gomes da Silva, tentando matá-lo (cf. item 3.1. do acórdão embargado — fls. 656/657). Não precisava, para satisfazer o dever de motivação, reproduzir e discutir cada uma das declarações da vítima sobrevivente e do menor Marcelo Ferreira Machado, que, consideradas em seu conjunto abstraídas naturais imprecisões e nuances próprias de relatos sucessivos, antes abonavam do que infirmavam a autoria.

Porque a totalidade dos elementos de convicção idôneos desamparava o veredicto absolutório e não autorizava mais de uma opinião favorável sobre a autoria, negada pelo Júri, foi o apelo motivadamente provido, embora sem a indesejável prolixidade ora reclamada.

(...)” (fl. 116).

Tem-se, assim, da letra do acórdão, diversamente do sustentado no **habeas corpus**, que o provimento do apelo para submissão do réu a novo julgamento pelo

Tribunal do Júri, resultou da existência de uma única vertente da verdade dos fatos emergente da prova, contrariada pela decisão dos jurados, não havendo falar em nulidade do acórdão impugnado, por não usurpada a competência.

De resto, vale gizar, que os apelos fundados no art. 593, inciso II, alínea **d**, do Código de Processo Penal, pela própria natureza de sua motivação, não apenas facultam, mas, sim, determinam o exame do conjunto da prova, único capaz de ensejar a constatação da existência de mais de uma vertente hipotética da verdade dos fatos.

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 24.096 — SP (2002/0105489-8)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Pedro Alves de Lima

Advogados: Amarildo Cabral — Defensor Público e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Pedro Alves de Lima (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Execução penal. Réu condenado. Pluralidade de crimes. Regime fechado. Cometimento. Falta grave. Interrupção. Prazo. Progressão de regime prisional. Impossibilidade.

1. A progressão de regime na execução da pena privativa de liberdade tem entre as suas condições o cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena no regime em que se encontra o condenado, incluídamente quando resulte de regressão (arts. 50, 112 e 118 da Lei n. 7.210/1984).

2. Por óbvia e necessária consequência, sendo fechado o regime em que se acha o condenado, a causa de regressão há de produzir, apenas, o necessário reinício da contagem do tempo de 1/6 da pena, requisito legal de progressão de regime. É o efeito interruptivo das causas de regressão de regime prisional de que tratam a jurisprudência e a doutrina.

3. A essa causa interruptiva, porque cumprindo pena reclusiva sob o regime fechado, deve subordinar-se o paciente, que cometeu falta grave, causa legal de reversão.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho.

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

Ministro Hamilton Carvalho, Presidente e Relator

DJ de 09.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalho: **Habeas corpus** contra a Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, denegando *writ* impetrado em favor de Pedro Alves de Lima, condenado a 109 anos, 5 meses e 29 dias de reclusão pela prática de diversos tipos penais, negou-lhe o direito à progressão de regime, por ter cometido falta grave em 25 de setembro de 1992, razão pela qual ainda não satisfeito o requisito objetivo do cumprimento de 1/6 da pena, que se reiniciaria a contar a partir dessa data.

Alega o impetrante que há constrangimento ilegal a ser sanado, uma vez que o **decisum** vai de encontro à Lei de Execução Penal, que não excepciona a contagem de prazo, a partir do cometimento da falta grave.

Pugna, ao final, pela concessão da progressão do regime prisional do paciente.

Não houve pedido de liminar.

As informações estão às fls. 09/66.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Processo Penal e Penal. Progressão de regime. Não-preenchimento das condições objetivas e subjetivas. Parecer pela denegação da ordem.

A concessão da progressão de regime subordina-se ao exame prévio de requisitos objetivos e subjetivos. Os primeiros versam sobre a quantidade da pena e os segundos compreendem bons antecedentes, comportamento satisfatório durante o cumprimento da pena e parecer técnico da comissão de classificação.

O cometimento de falta grave interrompe a contagem do prazo exigido para a concessão do benefício da progressão de regime prisional.

Tanto pelo fato de que o requisito objetivo ainda não foi cumprido, como pelas razões de que não há nos autos qualquer documento que comprove o mérito do paciente, não há como a ordem subsistir.

Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 69)
É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, o tema é o do efeito interruptivo das causas legais de regressão de regime prisional, no tempo de cumprimento de pena, enquanto condição objetiva de progressão de regime, estando o sentenciado sob o regime fechado.

É esta a letra dos arts. 112, 118 e 50 da Lei n. 7.210/1984, **verbis**:

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para o regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado.”

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório. — *Nossas as sublinhas*”

Ao que se tem da disciplina legal em vigor, no relativo aos regimes do cumprimento da pena prisional, a progressão de regime a outro menos rigoroso tem, entre as suas condições, o cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime em que se encontra o condenado, incluídamente quando resulte de regressão, vale dizer, **ad exemplum**, regredindo o sentenciado do regime aberto para o semi-aberto, somente poderá obter progressão quando houver cumprido no regime a que foi regredido 1/6 da pena prisional.

Por óbvia e necessária conseqüência, sendo fechado o regime em que se acha o condenado, a causa de regressão há de produzir, apenasmente, o necessário reinício da contagem do tempo de 1/6 da pena, requisito legal de progressão de regime.

É o efeito interruptivo das causas de regressão de regime prisional de que tratam a doutrina e a jurisprudência.

Vejam-se, a propósito, **Julio Fabbrini Mirabete, verbis**:

“Se o condenado que praticar a falta grave estiver no regime fechado, não podendo fazê-lo regredir para regime mais severo, inexistente, além, de ser submetido à sanção disciplinar, está sujeito ao efeito secundário da regressão, ou seja, terá interrompido o tempo de cumprimento da pena efeito de progressão, devendo cumprir mais de um sexto do restante a partir da falta grave para obtê-la (in “Execução Penal”, Editora Atlas, 2000, p. 398).

E os seguintes precedentes:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Execução penal. Progressão de regime prisional. Falta grave. Interrupção do prazo.

Em caso de cometimento de falta grave pelo condenado, será interrompido o cômputo do interstício exigido para a concessão do benefício da progressão de regime prisional, qual seja, o cumprimento de pelo menos 1/6 da pena no regime anterior. Precedentes.

Recurso desprovido.” (RHC n. 13.926/RJ, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 22.04.2003. — *Nossas as sublinhas*)

“Criminal. HC. Execução. Progressão de regime. Pretensão de progressão do regime fechado para o aberto. Impossibilidade. Falta grave. Reinício da contagem do lapso temporal para concessão do benefício da progressão. Manutenção da ré no regime fechado. Legalidade. Ordem denegada.

I - Não é possível a transferência da paciente do regime fechado diretamente para o regime aberto, tendo em vista a necessidade de progressão no sentido do regime prisional mais gravoso para o menos gravoso, nos termos da Lei de Execução Penal.

II - Não se caracteriza como constrangimento ilegal a regressão da sentenciada ao regime prisional fechado, quando inequivocamente demonstrada a prática de falta grave — fuga do estabelecimento prisional.

III - *O cometimento de falta grave interrompe a contagem do prazo exigido para a concessão do benefício da progressão de regime prisional.*

IV - Ordem denegada.” (HC n. 24.457/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, **in** DJ de 17.03.2003 — *nossas as sublinhas*).

A essa causa interruptiva, porque cumprindo pena reclusiva sob o regime fechado, deve subordinar-se o paciente, que cometeu falta grave, causa legal de reversão.

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 24.937 — SP (2002/0133481-8)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Nelson Finotti Silva — Defensor Público

Impetrada: Quarta Câmara Criminal de Férias Julho/2002 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Sandra Aparecida de Oliveira

EMENTA

Penal e Processual. Entorpecente. Posse para uso próprio. Potencial ofensivo. Transação penal. Possibilidade.

A Lei n. 10.259/2001, ao definir os delitos de menor potencial ofensivo, demarcando-os em função da pena, ampliou o âmbito de aplicação do conceito para os casos em que a pena máxima não ultrapasse 2 (dois) anos, ou multa, e alcança o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/1995. Precedentes.

Ordem concedida, para que os autos sejam remetidos ao Juiz **a quo** e encaminhados ao Ministério Público, para que apresente proposta de transação penal, se entender cabível, à luz da legislação vigente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

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

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 19.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário com pedido liminar, impetrado em favor de Sandra Aparecida de Oliveira, contra acórdão da Quarta Câmara Criminal de Férias “Julho/2002” (HC n. 386.662-3/8-00, fls. 48/52).

Narra o impetrante que, por fato ocorrido em 26 de dezembro de 2001, a paciente foi denunciada em 08 de janeiro de 2002 como incurso nas penas do art. 12, **caput**, da Lei n. 6.368/1976.

Apresentada defesa prévia, sobreveio a suspensão condicional do processo, a teor do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, homologada pelo Juízo.

Posteriormente, com a vigência da Lei n. 10.259/2001, foi requerido em favor da paciente o benefício da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995), havendo o *Parquet* manifestado contrariedade ao pedido.

Impetrado **habeas corpus**, a Corte Estadual denegou a ordem.

Alega o impetrante que a paciente faz jus ao benefício, porque aplicáveis as disposições da Lei n. 10.259/2001, eis que houve ampliação do conceito de delito de menor potencial ofensivo.

Sustenta sua primariedade e que preenche os requisitos subjetivos e objetivos exigidos em lei para a transação penal.

Requer, liminarmente, a suspensão do processo até o julgamento deste *writ* e, afinal, a concessão da ordem, para determinar a aplicação, na espécie, do disposto no art. 76 da Lei n. 9.099/1995.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 34).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações solicitadas (fls. 46/71).

Pedido de reconsideração do indeferimento da medida liminar foi indeferido (fl. 73).

O Ministério Público Federal propende à concessão da ordem, por entender aplicável a Lei n. 10.259/2001, que deve retroagir, por ser mais benéfica.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): a paciente foi denunciada perante o Juízo da Comarca de São José do Rio Preto — SP como incurso nas penas do artigo 16 da Lei n. 6.368/1976, porque (fls. 14/15):

“... no dia 26 de dezembro de 2001, por volta das 15h45min, na Rua Projetada 01, n. 226, Jd. Paraíso, neste Município e Comarca, Sandra Aparecida de Oliveira (...) estava promovendo tráfico de entorpecentes no local supracitado, zona de meretrício.

[...]

Ao efetuarem uma revista pessoal, encontraram no interior de sua boca, duas porções da droga conhecida como *crack*, na forma de pedras, bem como sob sua blusa, outras 17 porções do mesmo entorpecente, embaladas individualmente em plástico leitoso branco...”

O Ministério Público requereu a desclassificação da conduta para o tipo inserido no art. 16 da Lei n. 6.367/1976 e, considerando a primariedade da ré, propôs a suspensão condicional do processo, aceita e homologada (fls. 18/18v).

A defesa requereu a designação de audiência para a aplicação do art. 76 da Lei n. 9.099/1995, à vista do que dispõe a Lei n. 10.259/2001 (fl. 21).

O Ministério Público manifestou-se contrário à transação, porque entendeu inaplicável à espécie o disposto na Lei n. 10.259/2001 (fls. 22/24).

O pedido foi indeferido (fl. 25).

Impetrado **habeas corpus** contra esta decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua Quarta Câmara Criminal de Férias “Julho/2002”, houve por bem, à unanimidade, denegar a ordem ali impetrada, objetivando proposta de transação penal, com base nos seguintes argumentos (fls. 27/31):

“Publicada em 12 de julho de 2001, cumprido o período de vigência, esta passou a vigorar a partir de 12 de janeiro de 2002.

O fato típico imputado à paciente se deu em 26 de dezembro de 2001, anterior, portanto, à vigência da referida lei. E, mais, na data em que foi recebida a denúncia (10 de janeiro de 2002), a Lei n. 10.259/2001 ainda não se encontrava em vigor.

Portanto, ainda que se admita a aplicação do conceito de infração de menor potencial ofensivo contemplado no novo dispositivo legal à Justiça Estadual, é forçoso concluir que tal abrangência não afetaria o caso em exame, porquanto já ultrapassada a fase de possível transação na data em que passou a vigorar a Lei n. 10.259/2001.

Certamente, não seria dado ao novo diploma legal retroagir para possibilitar a transação em fase na qual esta não seria mais possível.

Não se trata de negar a aplicação imediata da lei processual penal; trata-se apenas de constatar que a fase da transação penal já havia sido ultrapassada.

Por fim, sendo prevista a pena máxima de dois anos para o delito do art. 16 da Lei n. 6.368/1976, atribuído à paciente, não se aplica ao caso em tela o art. 76 da Lei n. 9.099/1995, posto que continua em vigor, para as infrações de competência a Justiça Estadual, o art. 61 da lei mencionada, que define como infrações de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes com pena máxima não superior a um ano.

Com essa motivação, ausente qualquer constrangimento ilegal, não se concede o *writ*.

Funda-se a impetração na assertiva de que é cabível a transação penal na espécie (porte ilegal de entorpecente para uso próprio).

O tema não é novo nesta Corte.

Com efeito, reiterados têm sido os julgamentos no sentido de que o disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 — que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal — ao ampliar o conceito de crimes de menor potencial ofensivo, derogou o art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

A propósito, destaco os seguintes precedentes:

“Penal. Processual Penal. Recurso ordinário. Transação penal. Entorpecente. Uso próprio (art. 16 da Lei n. 6.368/1976). Infração de menor potencial ofensivo (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001). Transação penal. Possibilidade.

“A Lei n. 10.259/2001, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/1995” (EDcl no RHC n. 12.033/MS).”

(RHC n. 14.141/SP, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 09.06.2003, p. 305)

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 16 da Lei de Tóxicos. Infração de menor potencial lesivo. Transação penal. Lei n. 10.259/2001 e Lei n. 9.099/1995.

I - Com o advento da Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito.

II - Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/1995, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção.

Ordem concedida.”

(HC n. 25.195/SP, Relator o Ministro Félix Fischer, DJ de 30.06.2003, p. 274)

A espécie é de crime cuja pena máxima não ultrapassa dois anos e, assim, configura infração de menor potencial ofensivo, suscetível de transação penal.

Cabe ao Ministério Público, como titular exclusivo da ação penal pública incondicionada, propor transação penal em casos tais, a teor do art. 76 da Lei n. 9.099/1995, observados os requisitos insertos no § 2º do referido dispositivo.

Posto isso, *concedo* a ordem, para que os autos retornem ao juízo de 1ª grau e sejam encaminhados ao Ministério Público, para que proponha a transação penal, se entender cabível, à luz da legislação vigente.

HABEAS CORPUS N. 25.395 — SP (2002/0151189-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: João Luís Faustini Lopes — Defensor Público

Impetrada: Nona Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Adriano Monteiro dos Santos

EMENTA

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Lei n. 9.099/1995. Suspensão condicional do processo. Acusado processado e condenado durante o período de prova. Revogação do benefício. Expiração do prazo suspensivo. Irrelevância. Ordem denegada.

1. O traço essencial da suspensão condicional do processo, de imposição excepcional, é, precisamente, a sua revogabilidade, o que exclui, a seu respeito, a invocação da coisa julgada, não havendo razão que impeça a sua desconstituição pelo conhecimento subsequente de fato que determina o seu incabimento.

2. O término do período de prova sem revogação do **sursis** processual não induz, necessariamente, à decretação da extinção da punibilidade delitiva, que somente tem lugar após certificado que o acusado não veio a ser processado por outro crime no curso do prazo ou não efetuou, sem motivo justificado, a reparação do dano.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 23 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 24.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Nona Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, denegando *writ* impetrado em favor de Adriano Monteiro dos Santos, preservou-lhe a decisão de revogação do **sursis** processual de que cuida o art. 89 da Lei 9.099/1995.

O paciente foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal. Proposta pelo Ministério Público a suspensão condicional do processo, que foi aceita pelo paciente e seu defensor, iniciou-se o período de prova em 11 de junho de 2000.

Após o decurso do período de prova, no entanto, determinou o magistrado de primeiro grau a juntada da folha de antecedentes do réu, na qual constava que, durante aquele interstício foi ele processado e condenado pela prática de outro crime, o que ensejou a revogação do aludido benefício.

Alega o impetrante constrangimento ilegal, eis que “a Lei 9.099/1995 dispõe, em seu art. 89, § 5º, que: ‘*Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade*’, daí por que é correto entender que, depois de passar dois anos comparecendo mensalmente ao fórum, justificando eventuais ausências, **et cetera**, ao beneficiário é lícito ter reconhecida a causa extintiva da punibilidade.” (Fl. 4)

Sustenta, mais, que “nossos Tribunais têm decidido reiteradamente no sentido de que o decurso do período de prova sem revogação tempestiva do benefício obriga a extinção da punibilidade.” (Fl. 6)

Pugna, ao final, pela decretação de extinção da punibilidade delitiva do paciente.

Liminar deferida às fls. 38/39 dos autos, a fim de sustar o andamento da ação penal a que responde o paciente.

Informações prestadas às fls. 47/48.

O Ministério Público Federal veio pelo indeferimento do *writ*, em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus** substitutivo. Suspensão condicional do processo. Expiração do prazo suspensivo. Acusado que veio a ser processado e condenado

no curso do prazo. Aplicação do art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995: 'A suspensão *será* revogada. Parecer pelo indeferimento'". (Fl. 134)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, a questão é a da revogação do benefício do **sursis** processual pela prática de novo crime durante o período de prova.

Alega-se que, **ex vi** do disposto no § 5º do artigo 89 da Lei 9.099/1995 ("expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade"), a revogação somente tem cabida quando decretada antes do término do período de prova.

Razão, no entanto, não assiste ao impetrante.

O traço essencial da suspensão condicional do processo, de imposição excepcional, é, precisamente, a sua revogabilidade, o que exclui, a seu respeito, a invocação da coisa julgada, não havendo razão que impeça a sua desconstituição pelo conhecimento subsequente de fato que determina o incabimento, tal como a prática de novo crime.

Nesse sentido, já decidi, em hipótese semelhante, o colendo Supremo Tribunal Federal, em precedente citado por **Cláudio Heleno Fragoso, verbis**:

"A decisão concessiva de **sursis**, incidente da execução da medida de caráter político-administrativo, não faz coisa julgada. A partir da revogação do **sursis** começa a correr o prazo da prescrição. Recurso improvido." (**In** "Jurisprudência Criminal", Editora Forense, Rio de Janeiro — 1982, p. 513).

Esta, a propósito, a fundamentação do acórdão supracitado, que bem se ajusta à espécie:

"(...) A circunstância de haver o Tribunal de Justiça confirmado o **sursis** concedido pela sentença que condenou o paciente a dois anos de reclusão, na ignorância de causa impeditiva, isto é, condenação anterior, não afasta a possibilidade de sua revogação pelo juiz competente, pois a suspensão da execução da pena é condicional. Em conseqüência, tratando-se de uma medida de caráter político-administrativo, que gira em torno da execução da pena, a sua concessão não faz coisa julgada material."

No mesmo sentido:

"— Criminal. — Revogação de **sursis**. — Se o cumprimento da pena, em liberdade, consta da sentença condenatória, nem por isso não pode ser

revogada, durante a execução, pois que o **sursis** é incidente da execução, não se estabiliza na coisa julgada da sentença, podendo por fato novo vir a ser retirado ao condenado.

— **Sursis** que veio a ser revogado pelo Juiz que, após sentenciá-lo, veio saber de sentença condenatória transitada em julgado, que é anterior à decisão de concedê-lo, estava legalmente sujeito à revogação por falta do pressuposto na sua concessão originária.

— Recurso extraordinário que se julga prejudicado.” (RE n. 94.957/SP, Relator Ministro Clovis Ramalheira, in DJ de 26.03.1982)

Tenho que a mesma exegese há de ser conferida para o caso da suspensão condicional do processo, fazendo-se irrelevante, assim, que o conhecimento da prática de novo crime durante o período de prova somente tenha se dado após a sua expiração.

Nesse sentido, aliás, também já se pronunciou o egrégio Supremo Tribunal Federal, apreciando hipótese idêntica à dos presentes autos, **verbis**:

“A decisão que revoga a suspensão condicional pode ser proferida após o termo final do seu prazo, embora haja de fundar-se em fatos ocorridos até o termo final dele.” (HC n. 80.747/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, in DJ de 19.10.2001)

No mesmo sentido, também os seguintes precedentes desta Corte:

“Processual Penal. **Habeas corpus. Sursis** processual (art. 89 da Lei n. 9.099/1995). Revogação.

I - A teor do art. 89, § 3^a, da Lei n. 9.099/1995, se o acusado vier a ser processado por outro crime, impõe-se a revogação. O réu deixa de ser merecedor do benefício, que é norma excepcional, para ser normalmente processado com todas as garantias pertinentes. Não há, por igual, inobservância à presunção de não culpado (precedentes).

II - A suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o termo final do seu prazo, se constatado o não-cumprimento de condição imposta durante o curso do benefício, desde que não tenha sido proferida a sentença extintiva da punibilidade (precedentes).

Habeas corpus denegado.” (HC n. 26.194/SP, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ de 04.08.2003)

“**Habeas corpus. Sursis**. Novas condenações. Revogação operada após o período de provas. Possibilidade. Constrangimento incoerente. Ordem denegada.

O cumprimento do prazo do **sursis** não aciona imediata e automaticamente a declaração da extinção da punibilidade, tendo em vista tratar-se de procedimento incidental sujeito às determinações do contraditório.

Em face disso, possível a averiguação posterior da eficiência do benefício, se o transcurso foi satisfatório e se o beneficiário atendeu aos pressupostos legais exigidos, caso em que a revogação, mesmo que operada após o período de prova, se afigura correta ante os parâmetros legais.

Não bastasse isso, o fato reclama o entendimento no sentido da revogação automática com a simples ocorrência das condenações no prazo da suspensão condicional.

Ordem denegada.” (HC n. 26.578/RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 04.08.2003)

“Processual Penal. **Sursis** processual. Reparação do dano. Revogação.

Constatado o não-cumprimento de condição imposta para a suspensão condicional do processo, mesmo após o transcurso do biênio legal, impõe-se a revogação do benefício.

Recurso a que se nega provimento.” (RHC n. 10.749/SP, Relator Ministro Edson Vidigal, **in** DJ de 13.08.2001)

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 25.470 — SP (2002/0154390-9)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Sergei Cobra Arbex

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

Paciente: Fauze Kubrusly

Sustentação oral: Sergei Cobra Arbex, pelo recorrente

EMENTA

Penal e Processual. Homicídio. Pronúncia. Fundamentação. Autoria. Índícios. Provas. Avaliação. Livre convencimento. Nulidade. Inexistência. Suspeição. Advogado. Incabimento.

A sentença de pronúncia constitui juízo de admissibilidade de hipótese de crime doloso contra a vida, a ser julgado pelo Tribunal do Júri.

Determina o art. 157 do Código de Processo Penal que o Juiz formará seu convencimento mediante livre apreciação da prova.

O **habeas corpus**, mercê de seu rito célere e cognição sumária, é via inadequada para o deslinde de questões que demandem aprofundado exame de fatos e provas.

A suspeição diz respeito à relação havida entre o Magistrado e as partes e, por conseguinte, não alcança o defensor constituído, porque não compõe a relação processual.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 06.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário com pedido liminar, impetrado em favor de Fauze Kubrusly, contra acórdão da Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, porque denegou recurso em sentido estrito interposto contra sentença de pronúncia.

O paciente foi pronunciado em 26 de julho de 2000 com base no art. 121, § 2º, inciso I, combinado com o art. 29 do Código Penal, porque teria mandado matar sua ex-mulher, mediante promessa de recompensa para executores que, por engano ou erro, assassinaram sua própria filha (fls. 35/60).

Alega o impetrante que a sentença deixou de analisar os argumentos da defesa, no sentido de que inexistem indícios da participação do acusado no delito.

Afirma que o acórdão impugnado omitiu-se quanto à fundamentação da sentença de pronúncia ante a prova dos autos e que, além disso, a sentença tem por base prova colhida apenas no inquérito policial, em manifesta ofensa ao princípio do contraditório.

Deduz a suspeição do Desembargador-Relator do feito, argüida por ocasião de sustentação oral, quando do julgamento do recurso em sentido estrito.

Assevera que “qualquer análise dos autos redundaria na demonstração de total falta de coerência, prudência e conhecimento das provas dos autos, por parte do insigne Julgador e do eminente Desembargador-Relator, na construção e na manutenção, respectivamente, da r. sentença de pronúncia em relação ao acusado Fauze Kubrusly” (fl. 7).

Sustenta que “mesmo não pairando dúvidas acerca da existência de inúmeros indícios e provas, que imputam ao Sr. Marcelo Alves e outros, a autoria do indigitado crime, a pronúncia desconsidera-as ou dá tratamento diferenciado e fantasioso àquelas que poderiam imputar ao acusado Fauze o mesmo crime” (fl. 7).

Argüi que “as declarações da testemunha de acusação Altino, que foi inquirido apenas na polícia, consideradas como indícios para a sentença de pronúncia em relação ao acusado Fauze, nem de longe, podem ter o mesmo valor do depoimento de pessoas que chegaram a confirmar o crime e a participação do Sr. Marcelo como mandante deste” (fl. 8).

Aduz que a pronúncia não considera todos os depoimentos que incriminam outras pessoas e, “neste mesmo diapasão, o v. acórdão (...) cometeu várias omissões em relação às provas dos autos e a tese da defesa” (fl. 9).

Inferre que “em suma, o v. acórdão deixa de demonstrar, em flagrante violação legal, as provas que dariam o rumo correto neste processo: a pronúncia de Marcelo e a impronúncia do Paciente Fauze” (fl. 11).

Diz que o fato de uma testemunha afirmar que teria o acusado comentado que sua ex-mulher deveria morrer não significa que o mesmo tenha concorrido para o crime (fl. 15).

Conclui por asserir que “desta forma, ignorando fatos incontroversos e utilizando critérios de julgamentos absurdos, errou, completamente, o nobre Magistrado a **quo** em pronunciar o acusado Fauze e a autoridade Coatora em confirmar este **decisum**” (fl. 15).

Quanto à suspeição, reputa-a presente porque o Desembargador Damião Cogan representou criminalmente contra a advogada Zulaiê Cobra Ribeiro, advogada do Paciente (fl. 29).

Requer, liminarmente, o deferimento de liminar para suspender o processo até o julgamento deste *writ* e, afinal, a concessão da ordem, para anular a sentença de pronúncia, por:

1. omissão quanto a relevante fundamento de defesa e quanto à avaliação das provas;

2. carecer de base idônea para a incriminação do paciente;

3. fundar-se em prova colhida apenas na fase inquisitorial;

4. suspeição do Relator do feito.

O pedido liminar foi indeferido, porque satisfativo (fl. 256).

O Segundo Vice-Presidente do TJSP fez juntar cópia das decisões impugnadas.

O Ministério Público Federal propende à denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): o cerne da impetração não escapa a aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, porque pretende transferir, para outrem, a autoria mediata do crime.

Com efeito, toda a argumentação consiste em negar a existência de indícios de autoria em relação ao paciente e apontar a participação, como mandante, de Marcelo Alves da Silva, o qual, como ex-marido da vítima, segundo a concepção do impetrante, terá sido o autor do crime.

A sentença de pronúncia, constitui juízo de admissibilidade que não adentra o mérito da questão, este que, por determinação constitucional, será submetido, oportunamente, ao Conselho de Sentença.

Neste sentido, confira-se:

Criminal. HC. Homicídio. Sentença de pronúncia. Pleito de desclassificação para ameaça. Ilegalidades não demonstradas de pronto. Impropriedade do meio eleito. Ordem denegada.

O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório — como a pretensão de desclassificação para o crime de ameaça, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade.

A desconstituição do julgado só é admitida em casos de flagrante e inequívoca ilegalidade, o que não restou evidenciado **in casu**, em que a decisão

monocrática expôs, nos exatos termos da lei, um mero juízo de admissibilidade da acusação.

III - O cotejo analítico da prova e a sua valoração profunda na fase de pronúncia, como quer a impetração, teria por subtrair do Tribunal Popular Soberano causa que lhe é atribuída constitucionalmente.

IV - Ordem denegada.”

(HC n. 24.062/RJ, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 28.10.2003, p. 308)

O Juiz sentenciante, em percuciente inteligência, ao decidir pela pronúncia do paciente, assim manifestou seu convencimento (fls. 287/288):

“Em síntese, Fauze Kubrusly, pai da vítima, estava separado de sua esposa e mãe da vítima Maria Francisca Carvalho Kubrusly, e entre eles havia desentendimentos relacionados com a separação. Flagrara-a certa vez num quarto de motel em relacionamento homossexual com Ivonete Peralta Segundo e a partir de então passou ele mesmo a manter um caso amoroso com Ivonete. Maria Francisca admite ter sido flagrada num motel com Ivonete (fls. 137/191:48/50), fato confirmado por familiares. Segundo Fauze, um amigo lhe disse que um elemento queria matá-lo a mando de Francisca e Marcelo. Marcelo confirmou que Fauze dizia estar sendo ameaçado (fls. 137/191:17). Marcelo apontou-o como suspeito (fls. 137/191:20). Fauze perguntou à testemunha Altino Inácio de Almeida por alguém que praticasse assassinato, prometendo um Del Rey e dinheiro como pagamento e apontou-lhe Maria Francisca numa fita de vídeo como a pessoa a ser morta. Chegou a ameaçar a testemunha. Fauze nega estas acusações (fls. 137/191:142/143) porém há indícios de que sejam verdadeiras: a testemunha Patrícia Aparecida da Silva ouviu ‘Zezinho’ dizer a ‘Tuica’ que este havia matado a mulher errada e não como fora combinado (fls. 137/191:401/402). O co-réu Antonio Carlos Silvano Filho declarou que estava na favela do Piauí com ‘Tuica’, ‘Zezinho’ e ‘Boquito’, todos fumando maconha, e ouviu os três comentarem que iriam receber duzentos mil e um Del Rey pelo serviço de matar uma mulher a mando do marido; dali a pouco encostou um Del Rey no qual os três saíram armados de revólveres calibre 38; no mesmo dia, por volta das 17:30 horas, os três retornaram à favela a pé e comentaram que ‘o lance não tinha dado certo’ pois ‘Boquito’ havia matado a mulher errada, ou seja, eles haviam assassinado a filha do contratante e não a esposa, tanto é que nem chegaram a receber a quantia combinada pelo crime. Mesmo em Juízo, Antônio Carlos disse que eles retornaram por volta das 15:00 horas, a pé, dizendo que o negócio dera

errado e que mataram a filha quando deveriam ter matado a mãe. Tais indícios apontam Fauze Kubrusly como mandante do crime. Ele teria mandado matar a esposa e os assassinos cometeram erro quanto à pessoa e mataram sua filha.

Portanto, as provas dos autos apontam Fauze Kubrusly como mandante do crime de homicídio de sua esposa Maria Francisca Carvalho Kubrusly e José dos Santos Carvalhedo e Antônio Carlos Silvano Filho como dois dos vários executores, os quais, na prática de homicídio, além de matarem a vítima errada, Zaide Carvalho Kubrusly, ainda subtraíram bens da residência.”

Determina o art. 157 do CPP que o Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, de sorte que às Cortes Superiores, empenhadas em questões de direito, não cabe proceder, em sede recursal, dilação probatória, máxime em feito de **habeas corpus**, cujo rito célere, de cognição sumária, não a comporta nem admite.

A propósito, recolho o seguinte julgado:

“**Habeas corpus**. Pronúncia. Juízo de admissibilidade. Prova da materialidade e indícios da autoria. Possibilidade demonstrada. Contrariedade sujeita a discussão probatória. Inviabilidade. *Writ* denegado.

Baseando o **decisum** pronunciativo nas provas e indícios até então colhidos, a condução de **habeas corpus** com vistas a contrastar o juízo de convencimento dele decorrente fere o sentido do procedimento heróico, pois esbarra na proibição do reexame do material cognitivo.

E mais: revestindo-se a via do **mandamus** de especialidade, exige da parte a demonstração cabal e imediata do direito porventura burlado.

Ordem denegada.”

HC n. 25.201/PE, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 04.08.2003, p. 339)

Maiores incursões no campo probatório ou volitivo, inclusive para confirmar ou infirmar o conjunto probatório de origem inquisitorial, competem ao Tribunal Popular.

Certamente que o Conselho de Sentença, quando da sessão plenária de julgamento, terá a oportunidade de conhecer as teses defensivas e acusatórias, mediante o exercício de pleno contraditório, para decidir por uma delas, de modo a absolver ou condenar o réu, se for o caso.

De resto, quanto à alegada suspeição do Relator do **habeas corpus**, registro que a circunstância diz respeito à relação havida entre o Magistrado e as partes e, por conseguinte, não alcança o defensor constituído, porque não compõe a relação processual.

Posto isso, *denego* a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Senhor Presidente, a decisão de pronúncia e o acórdão estão assentados na convicção do magistrado de primeiro grau e dos membros integrantes do órgão julgador do Tribunal de Justiça, que os levou a reconhecer a responsabilidade do paciente.

Acompanho o voto do Ministro-Relator, denegando a ordem de **habeas corpus**.

HABEAS CORPUS N. 28.530 — SP (2003/0084441-1)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Moacir Tutui e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Quintino Antônio Facci (preso)

EMENTA

Penal e Processual. Homicídio. Prisão preventiva. Conversão em prisão domiciliar. Manutenção da custódia cautelar. Motivos. Inexistência. Revogação.

A prisão preventiva é medida excepcional, autorizada somente para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal.

A concessão de prisão domiciliar a réu preso preventivamente, sob condições que estão a ser cumpridas regularmente, sem qualquer atropelo, indica inexistir comprometimento à ordem pública.

O encerramento da instrução criminal para a acusação afasta o argumento de que o réu queira atrapalhar os procedimentos neste sentido, porque pendentes apenas diligências no interesse da defesa.

A autorização para que o acusado viaje para fora do distrito da culpa por três dias, com posterior retorno e comparecimento ao Juízo processante, evidenciam a superação dos motivos que, para assegurar a aplicação da lei penal, autorizaram a custódia preventiva.

Precedentes.

Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator, em face do empate no julgamento, prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. O Sr. Ministro Paulo Gallotti votou com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

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

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 17.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar, impetrado em favor de Quintino Antonio Facci, contra acórdão prolatado pela Primeira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem de **habeas corpus** com o objetivo de desconstituir a prisão preventiva do paciente (HC n. 411.310-3/8-00 (fls. 13/20)).

Alegam os impetrantes que inexistem os requisitos necessários à custódia, a saber:

1. não há indício de que o paciente queira fugir do distrito da culpa, tanto que sequer possui passaporte;
2. não consta que o paciente tenha perturbado ou mandado perturbar qualquer investigação policial, ou venha perturbando a instrução do processo;
3. a garantia da ordem pública não reclama a prisão do paciente, pois a gravidade do crime, por si só, não é o bastante para a expedição do decreto preventivo;

4. o clamor público e divulgação na imprensa, deveu-se a circunstância, principalmente, do fato de ser o paciente pessoa por demais conhecida no local do crime;

5. inexistente qualquer notícia de clima hostil à pessoa do paciente.

Requer a revogação da prisão preventiva, com a expedição de alvará de soltura. Indeferi o pedido liminar, porque satisfativo (fls. 27/30).

O impetrante, por intermédio de petição (fls. 35/36), juntou cópia do inteiro teor do acórdão impugnado e pediu reconsideração do indeferimento da liminar, argüindo:

1. o paciente não imprimiu nenhuma coação sobre os co-réus ou sobre qualquer testemunha;

2. os co-réus Eduardo Borges e João Batista dos Reis foram coagidos por elementos ligados ao pai do paciente, para que o apontassem como mandante do crime;

3. as declarações oferecidas pelo pai do paciente devem ser recebidas com reservas, porque predisposto a acusar o filho e a desmoralizar a nora Mônica (esposa do paciente).

A Subprocuradoria Geral da República propende à denegação da ordem, sob o entendimento de que a impetração demanda dilação probatória e, bem assim, porque a ameaça às testemunhas enseja a custódia cautelar (fls. 445/448).

Por intermédio de petição avulsa, o impetrante informa que o paciente encontra-se desde 07 de agosto de 2003 em regime de prisão-albergue domiciliar, que lhe foi concedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do HC n. 426.919.3-1.

Reporta que, desde então, o paciente tem comparecido quinzenalmente em juízo e até já obteve autorização para viajar e ausentar-se de sua residência pelo prazo de 03 (três) dias.

Infere estar demonstrada a prescindibilidade da custódia cautelar e reitera o pedido, para que seja revogada a prisão preventiva.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Sr. Presidente, o Paciente foi preso preventivamente porque acusado de ser o mandante do assassinato de seu irmão, Sr. Quintino Francisco Facci.

O delito, que obteve repercussão na imprensa regional, teria sido motivado por desavenças familiares, oriundas da partilha dos bens deixados pela matriarca da família.

O processo está em curso perante o Juízo de Direito da Comarca de Jardinópolis — SP (Autos n. 744/2002).

O decreto de prisão preventiva fundamentou-se na gravidade do delito, considerado hediondo, na grande repercussão social que teve o fato e, principalmente, em ameaças e intimidações — registradas em boletins de ocorrência — que o acusado teria feito contra seus irmãos e contra seu genitor.

No entendimento do Magistrado, sua permanência em liberdade poderia comprometer a ordem pública e a instrução criminal, bem como frustrar a eventual aplicação da lei penal.

O convencimento do Juiz está assim expresso (fls. 308/309 do apenso):

“Os elementos de convicção trazidos para os autos deixam evidenciada a materialidade dos crimes cuja prática é imputada aos denunciados e os indícios de autoria são veementes. [...] *Eduardo confessou a prática do crime, indicou João Batista, seu tio, como a pessoa que o teria organizado e dirigido, bem assim que o mandante do crime fora o irmão daquela (a vítima), o ora denunciado Quintino Antonio Facci. Apurou-se que este último vinha, já algum tempo, ameaçando seus familiares por causa de discordância entre eles em face de partilha dos bens deixados com o falecimento da genitora e também quanto à administração dos bens do espólio.* O próprio genitor do réu e da vítima já cuidara de excluir o primeiro da parte disponível de sua futura herança como forma, segundo aquele afirma de ter a certeza de que, podendo a qualquer tempo revogar o ato, seria mantido vivo pelo filho que o ameaçava de morte (o qual seria beneficiado pela revogação).

[...]

Por derradeiro, a custódia preventiva de Quintino Antonio também se mostra inarredável, *na medida em que figura como o mandante do crime e porque ele, tendo ameaçado, antes, de morte, seus familiares (arrolados como testemunhas), se solto poderá intimidá-los ainda mais, influenciando também negativamente na prova a ser produzida na instrução.* Trata-se de pessoa abastada que bem poderia, solta, fugir do distrito da culpa.

Cuida-se, ademais, de *crime grave e de grande repercussão social, noticiado diariamente pela mídia, de tal jeito que as pessoas do povo estão a esperar uma atitude enérgica por parte do Poder Público, sem o que uma imagem de*

impunidade — já profundamente arraigada na consciência popular — seria reforçada (não significa isto que este co-réu deva ser mantido no cárcere apenas para se dar uma satisfação à sociedade, mas que deva sê-lo porque contra ele existem inúmeros elementos de convicção indicando-o como o mandante do crime). (Grifei)

O impetrante alega serem insuficientes os indícios de autoria, porque a única testemunha que o aponta como mandante do crime desmentiu seu depoimento prestado à autoridade policial.

Afirma que tanto Eduardo Borges como João Batista dos Reis esclareceram, em novo depoimento, que foram coagidos por elementos ligados ao pai do Paciente para indicá-lo como autor intelectual do delito.

Assevera que o paciente encontra-se sob regime de prisão domiciliar desde 07.08.2003, que lhe foi concedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por intermédio de ordem vinculada ao HC n. 426.919.3-1.

Com efeito, documentos acostados aos autos pelo patrono do paciente dão conta de que o benefício foi concedido mediante condição de permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; não ausentar-se da cidade onde reside sem justificação judicial e comparecer quinzenalmente em Juízo (fl. 543).

A partir de então, o paciente compareceu em Juízo nos dias 19 de agosto, 03 de setembro, 18 de setembro e 03 de outubro de 2003 (fls. 542/548).

O procedimento, confirmado pelo Juízo de Jardinópolis, está a demonstrar que a ordem pública, assim como a instrução criminal, não estão a ser comprometidos com a medida, posto que nenhuma notícia há em sentido contrário.

A instrução criminal encerrou-se quanto à acusação e está a aproximar-se de seu final, sem que nenhuma ocorrência tenha sido registrada no sentido de que o paciente tenha ameaçado ou intimidado familiares e demais co-réus ou testemunhas, ficam superados os argumentos que, ao tempo da decretação da custódia preventiva, a justificaram.

De outra parte, o acusado foi autorizado, em 09 de outubro de 2003, a viajar para a cidade de Altinópolis — SP, e assim ausentou-se do distrito da culpa por três dias para a ele retornar (fl. 547).

De fato, em 18 de outubro de 2003 o paciente compareceu novamente perante o Juízo, em cumprimento das condições que lhe foram impostas quando da concessão da prisão domiciliar (fl. 548).

Por conseguinte, esvaziavam-se, por igual, os argumentos de cautela quanto à aplicação da lei penal, eis que o comportamento do réu demonstra que não pretende esquivar-se do cumprimento de eventual sanção penal.

Neste sentido, recolho precedente desta Turma, assim ementado:

“Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo do recurso ordinário. Limites. Prisão preventiva transformada em domiciliar. Conhecimento parcial e deferimento.

I - O **habeas corpus** substitutivo do recurso ordinário não pode ser conhecido na parte em que traz fundamentação nova. No caso, originariamente, o pedido cingiu-se à alegativa de que a prisão preventiva não estava justificada, enquanto nesta ordem substitutiva pede-se a nulidade do decreto em decorrência de incompetência do juízo. Pedido não conhecido no pertinente a matéria nova.

II - *Prisão preventiva decretada para assegurar a ordem pública e que o Tribunal de Justiça transformou em domiciliar indicando, pois, que a paz social e a tranqüilidade pública invocadas no decreto não estavam ameaçadas. De resto, os fundamentos contidos no decreto não justificam-no.* (Grifei)

III - Ordem conhecida parcialmente e, nesta parte, deferida.

(HC n. 3.544/AC, Relator o Ministro Jesus Costa Lima, DJ de 07.08.1995, p. 23.051)

Em que pesem os argumentos outrora expendidos para justificar a segregação cautelar do paciente, a concessão de prisão domiciliar deixa evidente nova situação fática capaz de afastar os requisitos inerentes à prisão preventiva.

A propósito, confira-se:

“Recurso em **habeas corpus**. Prazo vencido. Custódia cautelar. Razões que a ensejaram insubsistentes. Concessão de **habeas corpus ex officio**.

— Vencido o prazo recursal, não se conhece do apelo, *mas se concede a ordem de **habeas corpus** à vista de não sobreviverem as razões que determinaram a prisão cautelar, aliás convertida já em prisão domiciliar* (art. 203, II, do RISTJ).

— Recurso conhecido e provido.”

(RHC n. 5.960/PR, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 24.02.1997, p. 381)

No mesmo sentido, neste ponto, o convencimento do STF:

Ementa:

Omissis.

III - *prisão preventiva*: à falta da demonstração em concreto do **periculum libertatis** do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória. (Grifei)

RHC n. 79.200/BA, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 22.06.1999, p. 9)

A prisão preventiva foi motivada, sobretudo, em cautela diante de ameaças e intimidações que, registradas em boletins de ocorrência anteriores ao fato criminoso, teriam sido feitas pelo paciente contra seus irmãos.

Do mesmo modo, argüiu-se a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal.

O paciente está sob regime de prisão domiciliar desde 07 de agosto passado.

Desde então, tem comparecido regularmente ao juízo, em cumprimento das condições que lhe foram impostas.

Autorizado a viajar, ausentou-se, retornou ao distrito da culpa e apresentou-se perante o Juízo.

A instrução criminal está encerrada para a acusação, na dependência da oitava de testemunhas da defesa.

Por intermédio de minha assessoria, consultei o Juízo da Comarca e nenhuma ameaça, intimidação ou fato novo, tendentes a justificar a manutenção da prisão preventiva, foram noticiados.

Posto isso, *concedo* a ordem, para revogar o decreto de prisão preventiva do paciente.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor Presidente, entendo que sem o paciente provocar a manifestação da Corte, que lhe concedeu a prisão domiciliar, e a Corte, então, manifestando-se, neste Tribunal, não teria o que se fazer, a não ser denegar o pedido.

Data venia, denego a ordem de **habeas corpus**.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Presidente): Senhores Ministros, deixou-me perplexo a substituição da forma de prisão.

Penso que a prisão domiciliar está, presentemente, sob a autoridade jurisdicional do juiz da causa. Se o paciente foi posto em prisão domiciliar, que encontra o seu título no decreto de prisão preventiva, cujos fundamentos se desconstituíram, cabe pedir ao juiz a revogação.

Alguém precisa decidir se ela é necessária ou não.

Peço vênia para acompanhar a divergência instaurada pelo Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Denego a ordem de **habeas corpus**.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Quintino Antônio Facci, denunciado e preso preventivamente, juntamente com outras pessoas, como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, no art. 211 e no art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, denegando o *writ* ali formulado (HC n. 411.310.3/8), manteve a custódia cautelar do paciente.

Busca-se com a impetração a revogação da prisão preventiva, afirmando-se que não estão presentes seus requisitos.

Indeferida a liminar pelo Ministro Paulo Medina, e requerida sua reconsideração, a Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

Prestadas informações pelo Tribunal de origem (fl. 450), o impetrante requer novamente, à fl. 536, a reconsideração da decisão que indeferiu a liminar, noticiando que o paciente “encontra-se desde 07 de agosto p.p. em regime de prisão-albergue, concedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do **Habeas Corpus** n. 426.919.3/1”, não mais se justificando a manutenção da custódia.

Em sessão realizada em 21.10.2003, esta Sexta Turma, por unanimidade, converteu o julgamento em diligência para a juntada do acórdão relativo à concessão da prisão-albergue domiciliar.

Foram juntados aos autos, então, documentos apresentados pelo Ministério Público Federal (fl. 565), bem como cópia do acórdão referente ao HC n. 426.919.3/1-00, apresentada pelo impetrante.

Prosseguindo o julgamento em 20.11.2003, após o voto do Relator, Ministro Paulo Medina, ratificando a concessão da ordem, dele divergindo os Ministros Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido, que a denegaram, pedi vista para melhor exame da matéria.

Tenho que a ordem deve ser concedida.

Consta do processado que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do delito de homicídio duplamente qualificado, ocultação de cadáver e formação de quadrilha, assim decretada sua prisão preventiva, no que interessa:

“Os elementos de convicção trazidos para os autos deixam evidenciada a materialidade dos crimes cuja prática é imputada aos denunciados e os indícios de autoria são veementes. Com efeito, observo que a autoridade policial, tão logo tomou conhecimento do desaparecimento da vítima e sendo ela membro de conhecida família local, cujo patriarca é das pessoas mais abastadas da cidade, imediatamente determinou fossem encetadas diligências no sentido de que o fato fosse esclarecido. De posse de algumas informações preliminares e empregando grande argúcia, os policiais lograram desvendar o crime, prendendo inicialmente Eduardo e João Batista e com este encontrando o aparelho celular da vítima. Nas diligências que se seguiram, Eduardo confessou a prática do crime, indicou João Batista, seu tio, como a pessoa que o teria organizado e dirigido, bem assim que o mandante do crime fora o irmão daquela, o ora denunciado Quintino Antônio Facci. Apurou-se que este último vinha, já havia algum tempo, ameaçando seus familiares por causa da discordância entre eles em face da partilha dos bens deixados com o falecimento da genitora e também quanto à administração dos bens do espólio. O próprio genitor do réu e da vítima já cuidara de excluir o primeiro da parte disponível de sua futura herança, como forma, segundo aquele afirma, de ter a certeza de que, podendo a qualquer tempo revogar o ato, seria mantido vivo pelo filho que o ameaçava de morte (o qual seria beneficiado pela revogação).

Eduardo confessou sua participação no crime, indicou seu tio João Batista como o organizador da empreitada e apontou outros dois comparsas — os co-réus José Geraldo e Arlei — como as pessoas contratadas por João Batista para a execução do delito e informou que este último havia sido encomendado a João Batista pelo irmão da vítima, o co-réu Quintino Antônio. José Geraldo e Arlei, interrogados em Minas Gerais, confessaram a participação no evento e novamente fizeram menção à ‘encomenda’ do crime. João Batista, ao contrário, quando inquirido pela autoridade policial, afirmou que iria manifestar-se somente em Juízo.

Assim, percebe-se que há prova da materialidade dos crimes e fortíssimos indícios de que os denunciados, inclusive Quintino Antônio, sejam os seus autores.

Tratam-se de crimes gravíssimos, perpetrados, em tese, por pessoas que já têm antecedentes criminais — José Geraldo, João Batista e Arlei, ao que consta eram fuggitivos de penitenciária do Estado de Minas Gerais —, com exceção de Eduardo e Quintino Antônio. Eduardo, todavia, admite ter tido participação ativa na prática do gravíssimo crime de morte, denotando periculosidade. Deste modo, a custódia de João Batista, José Geraldo, Arlei e Eduardo mostra-se necessária para garantia da ordem pública e para a regularidade da instrução criminal, uma vez que, se forem eventualmente soltos, poderão influir negativamente na colheita da prova.

Por derradeiro, a custódia preventiva de Quintino Antônio também se mostra inarredável, na medida em que figura como o mandante do crime e porque ele, tendo ameaçado, antes, de morte seus familiares (arrolados como testemunhas), se solto, poderá intimidá-los ainda mais, influenciando também negativamente na prova a ser produzida na instrução. Trata-se de pessoa abastada que bem poderia, solta, fugir do distrito da culpa.

Cuida-se, ademais, de crime grave e de grande repercussão social, noticiado diariamente pela mídia, de tal jeito que as pessoas do povo estão a esperar uma atitude enérgica por parte do Poder Público, sem o que uma imagem de impunidade — já profundamente arraigada na consciência popular — seria reforçada (não significa isto que este co-réu deva ser mantido no cárcere apenas para se dar uma satisfação à sociedade, mas que deva sê-lo porque contra ele existem inúmeros elementos de convicção indiciando-o como o mandante do crime)". (Fls. 91/93)

Na verdade, não há mais que se falar em necessidade de manutenção da custódia por conveniência da instrução criminal, ao fundamento de que o paciente poderia pretender intimidar testemunhas, visto que a prova de acusação já foi colhida, desaparecendo, desta forma, esse motivo.

De outra parte, desde agosto deste ano, o paciente se encontra em regime de prisão preventiva domiciliar, concedido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, à falta de local adequado para ser recolhido, tendo em conta ser portador de diploma de nível superior, bacharel em Direito.

Revelam os autos que ele tem comparecido regularmente em Juízo, obtendo inclusive autorização para viajar durante três dias, restando certo, assim, que não

há risco de fuga, não subsistindo o fundamento relativo à necessidade de garantia de aplicação da lei penal.

Diante do exposto, acompanho o voto do Ministro Paulo Medina, para conceder a ordem, revogando o decreto de prisão preventiva.

HABEAS CORPUS N. 35.561 — RO (2004/0068841-4)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Marcelo Borges

Impetrada: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Paciente: Merquis Pinga Pinheiro de Castro (preso)

EMENTA

Sentença. Alteração do fato (nova definição jurídica). Audiência prévia da defesa (necessidade). Nulidade (ocorrência).

1. É possível, na sentença, que se dê nova definição jurídica ao fato em decorrência de prova de circunstância elementar não contida na denúncia. Tal procedimento requer seja antes ouvida a defesa; caso de **mutatio libelli** (Código de Processo Penal, art. 384).

2. A falta de prévia audiência implica a nulidade do processo.

3. Caso em que, denunciado por estupro (art. 213), o réu foi condenado por rapto violento ou mediante fraude (art. 219), não figurando na denúncia os elementos do crime do qual resultou a condenação.

4. Ordem de **habeas corpus** concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 21.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foram prestadas em 23.06.2004 ao Ministro Jorge Scartezzini estas informações pela Presidente da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Rondônia:

“O paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no artigo 219 do Código Penal, perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Colorado do Oeste.

Por meio de **habeas corpus** impetrado nesta Corte (Autos n. 100.012.1997.000218-3, Relatora Desembargadora Ivanira Feitosa Borges), o paciente postulou a nulidade da sentença e a revogação da sua prisão, a fim de conferir-lhe o direito de aguardar novo julgamento em liberdade, por entender que o magistrado de primeiro grau teria, ao sentenciar, violado o disposto no art. 384 do CPP, uma vez que a denúncia se baseou no art. 213, c.c. o art. 226, incisos II e III, e art. 14, inciso II, todos do CP

Esta Corte, em sessão realizada no dia 07.04.2004, após examinar o cabimento do **habeas corpus** para afastar constrangimento ilegal decorrente de nulidade verificada em processo já findo, por maioria de votos, denegou a ordem, por entender não haver nenhuma ilegalidade na sentença, pois o fato do qual o paciente se defendeu estava perfeitamente descrito na denúncia e se amolda ao tipo pelo qual foi condenado.

Naquela oportunidade, ressaltai:

‘Peço vênia à eminente Relatora para modificar o meu voto, pois, com os esclarecimentos trazidos pelo eminente Desembargador Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes, resta claro que os fatos descritos na denúncia se amoldam ao tipo pelo qual foi o paciente condenado. A aplicação do art. 384 do CPP só é necessária para a ocorrência da **mutatio libelli**, e não é este o caso, em que apenas aconteceu uma simples corrigenda da peça acusatória (**emendatio libelli**), porquanto todo o desenrolar do crime imputado ao paciente na decisão condenatória está descrito na denúncia. Podia, portanto, o magistrado dar-lhe definição jurídica dife-

rente, já que o réu se defende dos fatos, e não da capitulação apresentada na peça acusatória.’

Por consequência, a ementa desse julgado ficou assim redigida, vejamos:

‘**Habeas corpus**. Anulação da sentença. Não-aplicação do art. 384 do CPP Crime narrado na denúncia. Ordem denegada.

A aplicação da regra contida no art. 384 do CPP só é cabível quando ocorre **mutatio libelli**. O réu defende-se dos fatos descritos na denúncia, e não da capitulação.’

Como se vê, não prospera a afirmação consignada na petição inicial sob o signo de ‘afronta ao princípio do art. 384 do CPP’.

Outro tanto quanto, em relação ao argumento de que ‘até a presente data ainda não foi publicado o competente acórdão’, ressalto que a publicação do aludido acórdão se efetivou no Diário da Justiça n. 92, do dia 18.05.2004, tendo ocorrido o trânsito em julgado em 23.05.2004.

Por final, leitura da cópia da inicial juntada no ofício objeto destas informações, observa-se, s.m.j., que o paciente repristina os mesmos fatos antes colacionados, os quais já foram analisados, discutidos e julgados pela colenda Câmara Criminal desta Corte.”

Vencido na questão de ordem por mim suscitada sobre a competência da Sexta Turma para os **habeas corpus** redistribuídos em razão de o Relator das ações ter-se transferido de Seção, conforme detalhes e notícias de fls. 215 a 219, vieram-me os autos, e deles abri vista ao Ministério Público Federal, que opinou pela concessão da ordem. Veja-se em resumo: “Ocorre nulidade pela não-aplicação da **mutatio libelli** se a condenação não resultou da aferição da conduta delituosa descrita na denúncia, sendo certo que não teve a defesa oportunidade de conhecer a imputação e defender-se dos fatos narrados.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O paciente foi denunciado por tentativa de estupro (Código Penal, art. 213, c.c. os arts. 14, II, e 226, II e III) e viu-se condenado por crime consumado de rapto violento ou mediante fraude (Código Penal, art. 219, c.c. o art. 226, II e III), por isso, é o que se vem alegando, teria o Juiz dado nova definição jurídica ao fato, deu-a, no entanto, sem previamente ouvir a defesa, conquanto devesse ouvi-la, visto que a circunstância elementar, reconhecida pelo sentenciante não está contida, explícita ou implicitamente, na denúncia. Vejamos, portanto, a denúncia nos tópicos pertinentes:

“No dia 1^a.03.1993, por volta das 22h15min, Merquis Pinga Pinheiro de Castro abordou Maria de Fátima Souza, funcionária da Câmara Municipal, na via pública localizada em frente à Semec, nesta Cidade, oferecendo-lhe uma carona até a residência desta, sendo que devido à insistência do denunciado, que é Presidente da Câmara Municipal, acabou por aceitá-la.

O infrator inicialmente tomou o caminho da casa da vítima, entretanto, repentinamente mudou a direção deslocando-se rumo à estrada, que liga Colorado ao Município de Vilhena, passando pelo Colégio Agrícola, adentrando em um carreador, no que estacionou o veículo.

Merquis Pinga Pinheiro de Castro com o intuito de manter conjunção carnal com Maria de Fátima Souza disse que esta seria dele naquela noite, ato contínuo começou a despir-se, ficando apenas de cueca, no que avançou sobre a vítima tentando tirar-lhe as vestes, não conseguindo consumir o crime, por circunstâncias alheias à sua vontade, já que Maria o empurrava bruscamente toda vez que investia contra a mesma.

Da violência e grave ameaça empregada pelo denunciado ao tentar constranger referida mulher à conjunção carnal, resultou ofensa à saúde da vítima Maria de Fátima Souza, conforme Laudo de Exame de Corpo de Delito acostado à fl. 13.

Desponta dos autos que Merquis Pinga Pinheiro de Castro é casado, sendo que por ser Presidente da Câmara Municipal deste Município, local onde trabalha a vítima Maria de Fátima Souza, tem autoridade sobre ela.”

Às claras, a denúncia descreveu o tipo legal do estupro, e não o tipo legal do rapto; e mais: nem às ocultas, em momento algum, como se viu, o denunciante fez referência à ação de raptar, que pressupõe, para esse específico fim, violência, grave ameaça ou fraude. A violência ou grave ameaça indicadas na denúncia dizem respeito ao constrangimento da conjunção carnal, evidentemente. Ora, em tal contexto, reputo exatas as observações da Desembargadora Ivanira Feitosa em voto vencido quando do julgamento do **habeas corpus** na origem. Estas, palavras suas:

“Assim, examinando os autos, tem-se que a denúncia (fls. 33/35) descreve elementos do tipo de estupro tentado e não o de rapto violento ou mediante fraude, ainda mais quando não descrita, sequer implicitamente a condição contida no art. 221 do CP para esse crime sexual, qual seja, a diminuição da pena em face da não-ocorrência de qualquer ato libidinoso e a restituição, pelo agente do **status quo libertatis** à vítima.

Outrossim, como ponderado no parecer ministerial de fl. 207, é certo que o réu não se defende da capitulação dada ao crime na denúncia (**narra mihi factum dabo tibi jus**) mas sim da descrição fática. No entanto, as circunstâncias do tipo descrito no art. 219 do CP não constam da peça exordial acusatória, sequer implicitamente, especialmente no que se refere à consistência da grave ameaça ou da violência empregada, devendo, por essa razão, ter o magistrado aplicado a regra do art. 384 do CPP e, como não o fez, torna-se nula a sentença proferida. Nesse sentido a jurisprudência é farta: ...

(...)

Isto posto, a ilegalidade apontada pelo impetrante encontra-se cabalmente evidenciada, razão pela qual voto pela anulação da sentença exarada pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Colorado do Oeste, Autos n. 012.97.000218-3 (antigo n. 0021/1994 — fls. 143/150) que condenou o paciente Merquis Pinga Pinheiro de Castro à pena de 4 (quatro) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão para que seja aplicada a regra do art. 384 do CPP

Nesse passo, concedo a ordem e determino que seja expedido alvará de soltura se por **al** não estiver, consignando expressamente que o referido alvará limita-se à Ação Penal n. 012.97.000218-3 (número anterior 021/1994), haja vista que existe informação nos autos de outra condenação (fl. 189) com mandado de prisão expedido e cumprido.”

Com efeito, o caso em comento é de mudança do fato, e não de errônea classificação do fato, caso, portanto, do art. 384, e não do art. 383, do Código de Processo Penal. Caso em que, ao ver das letras da norma em questão, o juiz “baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas”. Isso, porém, não foi feito pelo Juiz sentenciante.

Acolhendo o parecer ministerial, defiro o **habeas corpus** em ordem a anular a sentença condenatória, do Juiz de Direito da Comarca de Colorado do Oeste (Autos n. 012.97.000218-3), a fim de que se observe o procedimento estabelecido pelo art. 384 do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura se por outro motivo não estiver o paciente preso.

HABEAS CORPUS N. 38.362 — SP (2004/0132170-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrantes: Alamiro Velludo Salvador Netto e outros

Impetrada: Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Dênis Alberto da Silva Cabreira (Preso)

EMENTA

Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Fundamentação (falta).

1. Toda medida cautelar que afete pessoa haverá de conter os seus motivos, por exemplo, a prisão preventiva haverá de ser sempre fundamentada, quando decretada e quando denegada (Código de Processo Penal, art. 315).

2. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Código de Processo Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

3. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do **habeas corpus**.

4. Recurso ordinário provido e ordem concedida, deferindo-se ao recorrente a liberdade provisória (Código de Processo Penal, art. 310).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Sustentou oralmente o Dr. Fábio Costa Sá e Silva pelo paciente.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Datadas de 20.07.2004, são estas as informações prestadas pelo Juiz da Sétima Vara Criminal de São Paulo ao Tribunal de Alçada Criminal:

“... em que é paciente Denis Alberto da Silva Cabreira, venho, respeitosamente, prestar as informações que se seguem.

O paciente foi preso em flagrante delito em 02.06.2004 e ofertada denúncia contra ele e Antonio Carlos Ferreira de Moraes, como incurso nos arts. 14 e 16, parágrafo único, inciso IV, ambos da Lei n. 10.826/2003 c.c. os arts. 29 e 70, ambos do Código Penal, porque em 02.06.2004, por volta das 18 horas, achavam-se num imóvel situado na rua Delgado de Escobar, Jardim Santo André, em São Paulo, quando lá compareceram policiais militares que foram provocados por notícia telefônica anônima dando conta que no local havia um suposto cativado de vítimas de seqüestro. Os milicianos surpreenderam o paciente e o comparsa quando estes guardavam e ocultavam, agindo em concurso de pessoas e nutrindo afinidades de vontades, numa mochila que estava num dormitório, os seguintes armamentos, munições e acessórios: um revólver Rossi, calibre 38, n. E380247 (1); um revólver Taurus, calibre 38, com numeração raspada (2); vinte e quatro cartuchos, marca CBC, calibre 45 (3); quatro cartuchos íntegros, marca CBC, calibre 38 (4); um cartucho íntegro, marca CBC, calibre 12 (5); dois carregadores para pistola calibre 45 (6) e um colete à prova de bala (7).

Ademais, no local foram apreendidos diversos equipamentos eletrônicos, máquinas fotográficas, filmadoras, aparelhos de telefonia celular, aparelhos de TV, aparelhos de som, placas de carro, ferramentas automotivas, documentos, dentre outros bens de origem ignorada.

O paciente e co-autor não moravam no local dos fatos, possivelmente, valiam-se do imóvel para se ocultarem e para a guarda de armas e bens eventualmente obtidos por meio ilícito.

A peça acusatória foi recebida em 05.07.2004, desacolhendo-se pedido de relaxamento do flagrante, porque ele está formalmente em ordem e, ainda, a solicitação de liberdade provisória, porque existe concurso formal de dois graves delitos, porte de arma, com notícia anterior de existência de ‘cativado’ no local de detenção, logo, entendeu-se ser necessária a manutenção da prisão para o resguardo da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal.”

O Tribunal denegou a ordem, “não obstante”, segundo os impetrantes, “a concordância com esta defesa por parte da Procuradoria de Justiça em sustentação oral”.

Na petição que veio ter ao Superior Tribunal, alegam que o Tribunal de origem entendeu que se trata de crime “grave”, daí a conclusão pela necessidade da prisão cautelar. De mais a mais, alegam que o paciente está preso desde 02.06.2004 (havendo, portanto, excesso de prazo) e que não se justifica, de maneira alguma, a prisão, em suma, porque se trata de “cidadão que não ameaça a ordem pública ou econômica e tampouco frustrará o **decisum** judicial ou acarretará dificuldades à instrução processual”. Formularam este pedido:

“... de conceder medida liminar e, ao final, requerem seja julgada procedente a presente ação, com base no art. 647 c.c o art. 310, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, decretando-se a liberdade provisória ou relaxamento da prisão em flagrante pelo excesso de prazo em favor do Paciente, para que o mesmo possa solto se defender das acusações que lhe são imputadas, bem como expedindo o competente alvará de soltura em seu favor, como forma de restabelecimento da ordem jurídica adequada ao caso concreto.”

Não concedi a liminar. Pedi informações, voltei atrás e pedi parecer ao Ministério Público Federal, que opinou assim (Subprocurador-Geral Pessoa Lins):

“(...)”

8. Assiste razão ao ora impetrante. Senão vejamos.

9. Depreende-se dos autos que a decisão do MM. Juiz da causa, que denegou o pedido de liberdade provisória, não está concretamente fundamentada. Verifica-se que referida decisão não demonstrou a existência de motivos concretos aptos a fundamentar a manutenção da prisão cautelar.

10. Conforme jurisprudência dessa colenda Corte, o édito constritivo de liberdade deve ser concretamente fundamentado, com a exposição dos elementos reais e justificadores de que o réu solto irá perturbar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. No ponto, os seguintes julgados:

“(...)”

11. O Tribunal **a quo** manteve a decisão do MM. Juiz sob os mesmos fundamentos. Com efeito, a decisão do referido Tribunal apresenta as mesmas nulidades, ou seja, ausência de fundamentação concreta para a manutenção da medida constritiva. Nesse passo, a presente ordem deve ser concedida.

12. Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo conhecimento, e no mérito, pela concessão do presente *writ*.”

Datadas de 04.11.2004, recebi estas informações do Presidente Nalini:

“Por fatos ocorridos em 02 de junho de 2004, foi o paciente preso em flagrante delito e denunciado como incurso no art. 14 e no art. 16, parágrafo único, ambos da Lei n. 10.826/2003, c.c. os arts. 29 e 70, do Código Penal (doc. 1).

Formulado pedido de concessão de liberdade provisória, manteve o Juízo a custódia do acusado apontando que as peculiaridades do caso (apreensão de armamentos, munições e acessórios; a presença de diversos bens no local de origem ignorada, o fato de o paciente e de o co-réu não morarem no imóvel) recomendavam a manutenção no cárcere.

Atacando tal decisão impetrou a defesa o **Habeas Corpus** n. 485.546/2, ao qual a Sétima Câmara desta Casa, em sessão realizada aos 02 de setembro de 2004, à unanimidade, denegou a ordem. Registrado o acórdão, foram os autos encaminhados à Procuradoria Geral de Justiça, para ciência, retornando a esta Casa em 24 de setembro de 2004, encontrando-se o *writ*, no momento, em fase de publicação do **decisum** (doc. 2).

Anoto, ainda, que em contato com a Vara de origem, o Gabinete da Presidência, obteve a informação, com a servidora Débora, que recebida a denúncia em 05 de julho de 2004, foi designada audiência de interrogatório para o dia 26 de outubro de 2004, e audiência para início de instrução para o dia 18 de novembro seguinte.

Cabe-me deixar registrado nestas informações que o movimento paretista dos funcionários do Poder Judiciário não impediu o prosseguimento das atividades desta Casa. Todas as diretorias funcionaram sem qualquer restrição, somente não sendo permitido o acesso aos autos que se encontravam impedidos por força do processamento natural.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Em 07.06.2004, a defesa requereu se concedesse liberdade provisória a Denis Alberto da Silva Cabreira (paciente). Fê-lo assim:

“I - Consoante nota de culpa em anexo (doc. n. 02) o requerente foi autuado em flagrante delito pela autoridade policial do 55º DP da Capital,

sob a imputação de porte ilegal de arma de fogo, aí permanecendo preso por isso, no 55ª DP da Capital (Parque São Rafael — Capital).

II - O requerente:

a) é primário (doc. incluso n. 03).

b) tem ocupação lícita, trabalhando como cobrador (doc. n. 4 em anexo).

c) tem residência fixa no endereço supraconstante, isto é, juntamente com seus pais e irmãos (Doc. n. 04 acostado a esta).

d) Sempre pautou por conduta de homem honesto, trabalhador e ordeiro, nunca teve sequer passagem alguma pela Polícia e tampouco há algo que o desabone.

III - pode aguardar todo o andamento do processo em liberdade, posto que comparecerá a todos os atos e termos do processo sempre que para tanto notificado, não havendo motivo a recluir para prejudicar a ação penal, contra ele deflagrada.

(...)

V - Portanto, a concessão da liberdade provisória ora postulada, não prejudicará a salvaguarda da ordem pública, a conveniência da instrução da ação penal e tampouco a aplicação da lei, em caso de condenação.

VI - Encarcerado, na sua continuidade, ficará o requerente em contato com o submundo do estado-maior do crime, a corrompê-lo irremediavelmente, o que poder-se-á evitar, deixando-o defender-se em liberdade, como ora se requer, como medida de política sociocriminal.

VII - O requerente está inocente, como se provará na instrução da ação penal, se necessário, já que não é esta fase de apreciação do mérito, no entanto.”
Decidiu o Juiz de Direito nestes termos:

“A prisão dos indiciados ocorreu de forma regular, consoante auto lavrado pela autoridade policial, não sendo caso de relaxamento.

Na hipótese, infere-se do aludido auto que os indiciados mantinham sob a guarda deles e ocultavam armas de fogo e munições, inclusive de uso restrito, sendo uma delas sem numeração, condutas que incentivam a realização de delitos igualmente graves como, **v.g.**, o roubo, latrocínio e homicídio, situação que desassossega a sociedade, pondo-a em pânico permanente, circunstância apta a demonstrar a periculosidade e má índole dos agentes que, pois, devem permanecer no cárcere, para garantia da ordem pública.

A concessão da liberdade ensejaria sentimento de impunidade, incentivando a prática de crimes graves, ainda mais se se considerar que um dos indiciados registra antecedentes, inclusive por roubo (fls. 20/22 e 24).

Por fim, deve-se assegurar a presença dos indiciados à audiência de instrução, para o reconhecimento, daí, também, a necessidade da prisão.

Assim, presentes pressupostos que autorizariam a decretação da prisão preventiva e ante o art. 21 da Lei n. 10.826/2003, impossível falar-se em liberdade provisória.

Aguarde-se o prazo de remessa do inquérito ao Fórum.”

Sucedee, todavia, que se não cumpriu o que rezam algumas das disposições processuais, seja o parágrafo único do art. 310, sejam as atinentes à prisão preventiva, por exemplo, o art. 315: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.” Foi para caso análogo a este que escrevi a seguinte ementa (RHC n. 16.082, sessão de 17.06.2004):

“Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Fundamentação (falta).

1. Toda medida cautelar que afete pessoa haverá de conter os seus motivos, por exemplo, a prisão preventiva haverá de ser sempre fundamentada, quando decretada e quando denegada (Código de Processo Penal, art. 315).

2. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Código de Processo Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

3. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do **habeas corpus**.

4. Recurso ordinário provido e ordem concedida, deferindo-se ao recorrente a liberdade provisória (Código de Processo Penal, art. 310).”

A impressão que aqui me foi ficando, e ficou, é a da falta de fundamentação. Aliás, pelas alegações dos impetrantes, é de se anotar que o Tribunal de origem não deixou de deitar os olhos em tal aspecto, e aspecto, a meu juízo, relevantíssimo, que me leva a dar pelo constrangimento ilegal, donde votar pela concessão da ordem para deferir ao paciente a liberdade provisória “mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação” (Código de Processo Penal, art. 310).

RECURSO ESPECIAL N. 555.639 — RS (2003/0121161-4)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Elizeu da Silva Vaz

Advogada: Cleomir de Oliveira Carrão — Defensora Pública

EMENTA

Penal. Estupro. Agravante da reincidência. Consideração obrigatória. Lei dos crimes hediondos. Progressão de regime prisional. Impossibilidade.

1. Não há que se falar em violação do princípio **non bis in idem**, se o juiz aumenta a pena, com base no art. 61, inciso I, do Código Penal, sendo o réu reincidente.

2. Em se tratando de estupro, definido como hediondo pela Lei n. 8.072/1990, a pena deve ser cumprida integralmente no regime fechado.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta 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 do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 16 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 19.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça.

Noticiam os autos que Elizeu da Silva Vaz foi condenado, por tentativa de estupro, a 3 anos e 6 meses de reclusão, a serem cumpridos em regime semi-aberto.

Inconformado, apelou o Ministério Público, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso para reformar, em benefício do réu, a sentença condenatória, a fim de afastar o aumento da pena decorrente da reincidência, fixando-a, em definitivo, em 2 anos de reclusão, em regime aberto, decretando, após, a extinção da punibilidade em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

No especial, alega o *Parquet*, em síntese, negativa de vigência do art. 61, I, do Código Penal, visto que ao se levar em consideração a reincidência não ocorre **bis in idem** com a anterior condenação, assim como do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, além de divergência jurisprudencial, por ser vedada a progressão de regime no cumprimento de pena relativa a crime hediondo.

Contra-arrazoado, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A irresignação merece acolhida.

É manifesta a negativa de vigência do art. 61, I, do Código Penal, decorrendo a incidência da agravante de expresso comando legal, não sendo de falar em dupla consideração.

Vejam-se:

A) “Recurso especial. Penal. Roubo qualificado. Afastamento da reincidência em sede de embargos infringentes. Negativa de vigência ao art. 61, inciso I, do Código Penal. Recurso provido.

1. Não pode o Tribunal afastar a agravante da reincidência fundamentando-se em argumento subjetivo, qual seja, a finalidade da aplicação da pena.

2. O agravamento da pena pela reincidência está de acordo com os princípios da individualização da reprimenda e da isonomia, porquanto é maior a censurabilidade na conduta do agente que reitera na prática do crime. Precedentes do STJ.

3. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 475.259/RS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 16.06.2003)

B) “Penal. Recurso especial. Reincidência. Não-configuração de **bis in idem**.

Não há falar-se em **bis in idem** se, em obediência ao art. 61, inciso I, do Código Penal, aumentou-se a pena sob o fundamento de ser o réu reincidente.

Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 442.873/RS, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 28.04.2003).

C) “Penal. Recurso especial. Roubo. Reincidência.

I - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

II - Fere o disposto no art. 61, inciso I, do CP, a rejeição de sua incidência sob pretextos de **bis in idem**, concretamente inócua, de não ser o reincidente necessariamente mais perverso e de que o Estado é estimulador da reincidência.

Recurso provido.”

(REsp n. 453.818/RS, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 18.11.2002).

No que diz com o regime de cumprimento da pena, razão também assiste ao recorrente.

Com efeito, tratando-se de condenação pela prática de crime hediondo, **in casu**, estupro, o desconto da reprimenda corporal deve se operar integralmente no regime fechado, a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Há precedentes:

A) “Processual Penal. Progressão de regime prisional. Crimes hediondos. Impossibilidade.

1. A Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º, impõe nos denominados crimes hediondos — o regime fechado, vedada a progressão. A norma foi declarada compatível com a Constituição Federal no julgamento do HC n. 69.603.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 184.917/RS, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 14.02.2000)

B) “Execução penal. Homicídio duplamente qualificado. Crime hediondo. Progressão de regime. Impossibilidade.

1. Na esteira de firme entendimento jurisprudencial, entendo que nos crimes hediondos ou equiparados é inviável a progressão de regime prisional, devendo o réu cumprir a pena em regime integralmente fechado.

2. Recurso provido para determinar que o regime de cumprimento da pena seja o integralmente fechado.”

(REsp n. 307.057/RO, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 25.11.2002).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 590.847 — RS (2003/0159619-2)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrentes: Gleonir Brandão Domingues e cônjuge

Advogado: Ricardo Borda Lucchin

Recorrido: Ernesto Egon Braun

Advogado: Ricardo Assenato

Interessado: Nélcio José da Cunha

Advogados: Luiz Antônio Rosson e outro

EMENTA

Recurso especial. Locação. Fiança. Interpretação restritiva.

1. O contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, não vinculando o fiador a prorrogação do pacto locatício sem sua expressa anuência, ainda que haja cláusula prevendo sua responsabilidade até a entrega das chaves.

2. Ressalva do ponto de vista do Relator.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta 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 do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 09 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 19.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Trata-se de recurso especial, calcado na alínea c do permissivo constitucional, desafiando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

“Locação. Fiança. Caso não promovida a competente ação de exoneração de fiança, os fiadores se obrigam até a entrega das chaves e do imóvel ao locador, em prazo indeterminado.

Apelo improvido.” (Fl. 148)

Sustentam os recorrentes divergência jurisprudencial com julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Contra-razões às folhas 165/168.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): O inconformismo merece abrigo.

Colhe-se do voto condutor do acórdão recorrido o seguinte excerto:

“É verdade que a fiança é um contrato benéfico, que não admite interpretação extensiva, não podendo o fiador ser responsabilizado por obrigações a que não anuiu.

Ocorre, porém, que a simples prorrogação automática da relação locatícia não enseja a exoneração da fiança, pois esta somente decorre de acordo das partes, ou de sentença judicial, nos termos do art. 1.500 do CCB/1916 e, na espécie, não ocorreu nenhuma das hipóteses.

E isso não significa a perpetuidade da garantia, pois poderiam os fiadores, diante da prorrogação da locação, se insatisfeitos, ter postulado a exoneração de fiança, mas não o fizeram.

Assim, não ajuizada a ação de exoneração de fiança, prevalece a obrigação assumida pelos fiadores no contrato original, objeto da presente ação. Ou seja, devem ser responsabilizados pelos encargos decorrentes da locação porque, ao assinarem, na condição de garantistas, o pacto locatício, se responsabilizaram solidariamente por todas as obrigações contratualmente previstas.” (Fl. 150)

Assim, o acórdão recorrido divergiu da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a responsabilidade do fiador é delimitada aos encargos do contrato de locação originariamente firmado.

O contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, não vinculando o fiador a prorrogação do pacto locatício sem sua expressa anuência, ainda que haja cláusula prevendo sua responsabilidade até a entrega das chaves.

Confirmam-se:

A) “Agravo regimental no recurso especial. Locação. Contrato de fiança. Interpretação restritiva. Responsabilidade do fiador adstrita aos encargos do pacto locatício originariamente estabelecido. Prorrogação sem a anuência do fiador. Não-vinculação. Cláusula de duração da responsabilidade até a entrega das chaves. Irrelevância. Art. 128 do Código de Processo Civil. Contrariedade não evidenciada. Improvimento.

1. Tem prevalecido o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o contrato acessório de fiança deve ser interpretado de forma restritiva, vale dizer, a responsabilidade do fiador fica delimitada a encargos do pacto locatício originariamente estabelecido. A prorrogação do contrato sem a anuência dos fiadores, portanto, não os vincula. Irrelevante, acrescenta-se, a existência de cláusula de duração da responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves.

2. Não há falar em violação do art. 128 do Código de Processo Civil na hipótese de a decisão agravada examinar a pretensão recursal nos limites da fundamentação do acórdão e entre as balizas de sua impugnação.

3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp n. 269.827/DF, Relator o Ministro Hamilton Carvalho, DJ de 04.02.2002)

B) “Processual Civil. Locação. Recurso especial. Cláusula que obrigue o fiador até a efetiva entrega das chaves. Irrelevância. Responsabilidade. Restrição ao período originalmente contratado. Prorrogação da locação sem anuência do fiador. Extinção da garantia. Arts. 1.003 e 1.006 do Código Civil. Ofen-

sa. Ilegitimidade passiva para a execução. Art. 267, VI, do CPC. Incidência da Súmula n. 214 da Corte. Recurso especial conhecido pela alínea c e provido.

1. A obrigação decorrente da fiança locatícia deve se restringir ao prazo originalmente contratado, descabendo se exigir do garantidor o adimplemento de débitos que pertinem ao período de prorrogação da locação, à qual não anuiu, consoante a regra dos arts. 1.003 e 1.006 do Estatuto Civil. Na espécie, impõe-se considerar extinta a fiança, uma vez que o contrato original teve seu termo final em 08.06.1993, e os valores exigidos datam de 1995/1996. Esta a exegese inscrita na Súmula n. 214-STJ.

2. A impossibilidade de conferir interpretação extensiva à fiança locativa, consoante pacífico entendimento desta egrégia Corte, torna, na hipótese, irrelevante, para o efeito de se aferir o lapso temporal da obrigação afiançada, cláusula contratual que preveja a obrigação do fiador até a entrega das chaves.

3. Dado que a obrigação afiançatória extingue-se ao termo do contrato originário, evidencia-se a ilegitimidade passiva do recorrente para a execução, impondo-se a extinção do pleito com fundamento no art. 267, VI, do CPC.

4. Recurso especial conhecido pela alínea c e provido.”

(REsp n. 255.392/GO, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 06.11.2000)

Ressalvo, contudo, meu ponto de vista em sentido contrário, entendendo que, havendo disposição contratual específica prevendo a responsabilidade do fiador no caso de renovação do contrato locatício por prazo indeterminado até a entrega das chaves, a hipótese não é de interpretação extensiva, mas de simples aplicação de cláusula contratual (voto vencido no REsp n. 421.098/DF, julgado em 17.02.2004, acórdão pendente de publicação).

Essa orientação, aliás, não é nova no âmbito desta Sexta Turma, conforme se vê de julgado resumido nestes termos:

“Processual Civil. Recurso especial. Prequestionamento. Súmulas ns. 282 e 356 do STF. Civil. Locação. Fiança. Desoneração. Impossibilidade.

1. Se matéria referente ao dispositivo tido por violado não foi decidida pelo acórdão recorrido, ressurte-se o especial do necessário prequestionamento (Súmulas ns. 282 e 356 do STF).

2. Se há específica e expressa disposição contratual prevendo a responsabilidade dos fiadores na hipótese de o contrato passar a ser por prazo indeter-

minado, e até a entrega das chaves, não há interpretação a fazer, muito menos restritiva. O caso é de simples cumprimento da avença.

3. Eventual acordo entre locador e locatário, sem a anuência dos fiadores, não tem o condão de desonerá-los se, não cumprida a estipulação, retoma-se o curso da ação de despejo, onde a cobrança refere-se aos originários aluguéis em atraso, decorrentes do contrato para o qual foi a fiança firmada.

4. Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 435.449/PR, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 30.09.2002)

No mesmo sentido o REsp n. 329.067/MG, do qual fui Relator, julgado em 18.12.2002, acórdão pendente de publicação, no qual assentei que, havendo disposição contratual específica prevendo a responsabilidade do fiador no caso de renovação do contrato locatício por prazo indeterminado até a entrega das chaves, a hipótese é de simples aplicação de cláusula contratual.

Sob outro enfoque, dispõe o art. 39 da Lei n. 8.245/1991, **verbis**:

“Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel”

Para **Nagib Slaibi Filho**, in “Comentários à Nova Lei do Inquilinato”, Editora Forense, 9ª ed., o aludido dispositivo “significa que entender-se-á que o garantidor se obriga não só pelo tempo determinado da locação como pelo tempo indeterminado, e até mesmo, pelo tempo excedente da locação, em decorrência de decisão judicial, até o imóvel ser entregue, salvo se, na estipulação da garantia, houver sido ajustado que haverá determinada limitação temporal.” (P. 254)

Esta a lição de **José da Silva Pacheco**, in “Tratado das Locações, Ações de Despejo e Outras”, Editora Revista dos Tribunais, 11ª ed., **verbis**:

“A garantia prevalece, por força do art. 39, se do contrato de locação ou da própria garantia não figurar cláusula em contrário, limitando o prazo, até a efetiva restituição.

Nesse caso, o garantidor, responsabilizando-se até a entrega das chaves, não pode pretender que se reconheça a extinção da garantia, seja ela qual for, pelo fato de ter sido o contrato de locação ajustado, inicialmente por período certo. Não havendo cláusula específica sobre a duração da garantia, o garantidor responde pelas obrigações do locatário, até a efetiva entrega das chaves, mesmo que haja sido transferido o imóvel, sem permissão, para terceiro.

Vê-se, pois, quão importante para o garantidor é precaver-se com a fixação do prazo da garantia porque se esse não ficar esclarecido, sua responsabilidade permanece até a restituição do imóvel locado.”

Ante o exposto, ressaltando meu ponto de vista, dou provimento ao recurso especial.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 16.538 — RS (2004/0123458-9)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrentes: Darwin Reno João Corsetti, Darwin João Corsetti, José Cesa Neto e Geraldo Augusto Corsetti

Advogado: Leonardo da Silva Greff

Recorrido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Crime de apropriação indébita previdenciária. Inclusão temporária no Programa de Recuperação Fiscal — Refis. Denúncia. Recebimento. Condições da ação. Recurso a que se nega provimento.

1. A decisão do órgão Colegiado que, ao julgar o mérito de agravo de instrumento, cassa a liminar anteriormente concedida, garantidora da inclusão da empresa no Programa de Recuperação Fiscal — Refis, é dotada de eficácia **ex tunc**;

2. Muito embora a denúncia tenha sido recebida quando ainda não cassada a liminar, os efeitos desta medida foram desconstituídos com o não-provimento do agravo de instrumento, isto é, restabeleceu-se a situação anterior, com os recorrentes excluídos do Refis;

3. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar

provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto por Darwin Reno João Corsetti, Darwin João Corsetti, José Cesa Neto e Geraldo Augusto Corsetti, contra acórdão proferido pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Narra a inicial que os recorrentes, na condição de diretores e administradores da empresa Produtos Alimentícios Corsetti S/A, foram denunciados como incursos nas penas do art. 168-A, § 1º, I, do Código Penal (“apropriação indébita previdenciária”).

Informa que, não obstante estarem os débitos em questão inicialmente incluídos no Programa de Recuperação Fiscal — Refis, por força de Portaria expedida pelo Comitê Gestor do referido Programa (Portaria CG n. 129, de 15 de abril de 2003), a empresa foi excluída do benefício.

Interposta ação cautelar inominada, que visava à anulação dos efeitos da portaria, houve indeferimento do pedido liminar. Contra o **decisum**, manejou-se agravo de instrumento e, liminarmente, se obteve a imediata suspensão dos efeitos do ato administrativo.

Em 17 de fevereiro de 2004, o Juiz da Vara Federal Criminal de Caxias do Sul recebeu a denúncia oferecida pelo Ministério Público, designando data para o interrogatório dos acusados, ora recorrentes.

Posteriormente, em 23 de março de 2004, foi o agravo levado a julgamento, com decisão denegatória de seu provimento, com a conseqüente cassação da liminar antes concedida.

Argumenta-se que estavam os recorrentes, quando do oferecimento da denúncia (ocorrido em 02 de fevereiro de 2004), sob o abrigo da decisão judicial prolatada no agravo (cuja publicação se deu em 14 de novembro de 2003), que restabelecia a regular situação da empresa.

Denegada, à unanimidade, a ordem de **habeas corpus** no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fl. 483), os recorrentes interpuseram embargos de declaração, que, por sua vez, restaram sem provimento (fl. 504).

Daí o presente recurso ordinário, onde se pleiteia a reforma da decisão denegatória, determinando-se, assim, o trancamento da ação penal movida em desfavor dos recorrentes, ante a inexistência, para o Ministério Público, do interesse de agir, uma vez que, no momento de oferecimento da denúncia, estava suspensa a pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 15 da Lei n. 9.964/2000.

Argumenta-se, ainda, que a convalidação dos atos praticados, por consequência da revogação da liminar concedida — dotada de eficácia **ex tunc** —, seria frontalmente contrária ao nosso sistema constitucional, que não admite a retroatividade da lei penal que venha, de qualquer forma, a prejudicar o réu.

Contra-razões às páginas 535/538.

O Ministério Público Federal opinou pelo não-provimento do recurso, em parecer assim ementado:

“Penal e Processo Penal. RHC. Art. 168-A, § 1º, I, c.c. o art. 71, ambos do CP. Recorrentes excluídos do Refis. Ajuizamento de ação cautelar e deferimento de medida liminar em sede de agravo de instrumento naquela ação. Recebimento da denúncia. Liminar cassada pelo desprovimento do agravo de instrumento. Efeitos **ex tunc**. Parecer pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Sem razão o recorrente.

2. Mesmo que acatada a tese de que, no exato momento do oferecimento da denúncia, inexistiam as condições necessárias à propositura da ação penal em desfavor dos pacientes, forçoso é reconhecer que, uma vez cassada a liminar no agravo de instrumento — decisão esta de cognição meramente superficial e de estabilidade precária —, não subsistiria o impedimento alegado.

De fato, quando do julgamento do mérito do agravo de instrumento, reconheceu-se que a decisão anteriormente prolatada, monocraticamente pelo Relator do feito, não resistia a uma análise mais profunda de seus requisitos e fundamentos, sendo cassada pelo órgão competente para seu julgamento.

Assim, a decisão inicialmente proferida, substituída pelo julgamento definitivo do recurso, teve sujeita sua eficácia, a toda prova, ao **referendum** do Colegiado, o que, na hipótese em exame, não ocorreu.

A propósito, observe-se o seguinte trecho do parecer da representante ministerial:

“A concessão de medida liminar, em sede recursal, depende de um juízo sumário, de uma cognição superficial feita pelo magistrado acerca da presença de **fumus boni iuris** e **periculum in mora**, ou seja, depende da plausibilidade e da probabilidade das alegações recursais.

*A concessão de liminar, ao depois, confirmada pelo Tribunal, opera efeitos desde a sua concessão, ou seja, **ex tunc**. Do mesmo modo, ocorre com a liminar não confirmada, que deve ter seus efeitos desconstituídos desde a concessão, já que probabilidade e plausibilidade do direito invocado não se confirmaram, devendo ser restabelecido o **status quo ante**.*

In casu, muito embora a denúncia tenha sido recebida quando ainda não cassada a liminar, seus efeitos foram desconstituídos com o desprovinimento do agravo de instrumento, ou seja, restabeleceu-se o **status quo** anterior, no qual encontravam-se os recorrentes excluídos do Refis (como de fato estão)” (grifei).

3. Por outra volta, nem se conclua que se trata de aplicação retroativa de lei penal mais gravosa aos acusados, pois, **in casu**, evidentemente, não se está aplicar lei alguma retroativamente.

O que se concretiza, com eficácia **ex tunc** — que lhe é própria —, são os efeitos de uma decisão tomada pelo órgão competente para tal deliberação.

4. Finalmente e apenas para efeitos de argumentação, ainda que outra fosse a conclusão atingida, isto é, que não possuía o Ministério Público as condições necessárias para a propositura da ação penal, estar-se-ia diante de nulidade sanável, em que bastaria a simples ratificação dos termos da denúncia e do seu recebimento, para que o curso processual voltasse a seu hígido desenvolvimento.

5. Dessarte, com fundamento nas razões acima apresentadas, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.