

Jurisprudência da Quinta Turma

---



**HABEAS CORPUS N. 15.063 – MG**

(Registro n. 2000.0128719-2)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca  
Impetrante: João Mendes Campos  
Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais  
Paciente: Marconi Eduardo Alves Scarpelli (preso)  
Sustentação oral: João Mendes Campos (pelo paciente)

**EMENTA:** Habeas corpus – Júri – Homicídio qualificado – Concurso de pessoas – Formulação de quesito relativo à forma genérica de participação – Nulidade – Inocorrência.

Eventuais irregularidades na formulação dos quesitos no procedimento do Tribunal do Júri devem ser argüidas no momento oportuno, sob pena de preclusão. Precedentes.

Tratando-se de homicídio cometido em concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal), a formulação de quesito genérico, seja no libelo ou na própria sessão do júri, não é vedada no nosso ordenamento jurídico-processual-penal, sendo aconselhável quando, pela complexidade das circunstâncias em que ocorreu o crime, a conduta colaboradora do co-réu no evento delituoso não é conhecida em seus pormenores individuais.

Ordem denegada.

**ACÓRDÃO**

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

Brasília-DF, 6 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

## RELATÓRIO

Trata-se de **habeas corpus** originário impetrado pelo ilustre advogado João Mendes Campos, impugnando acórdão unânime proferido pela egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento à apelação da Defesa, confirmando a condenação do paciente Marconi Eduardo Alves Scarpelli pelo Tribunal do Júri (acórdão reproduzido às fls. 94/100).

Narram os autos que o Paciente, juntamente com outros dois acusados, foi denunciado perante o Juízo do 2º Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, ambos do Código Penal, porque, movido por vingança e utilizando-se de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, teria seqüestrado e assassinado Renato Guilherme Vieira, fato ocorrido em 9.5.1987. A exordial acusatória foi recebida em 24.6.1988, sobrevindo sentença de pronúncia (fls. 25/27) em 3.9.1993, posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça.

Submetido a julgamento pelo Tribunal Popular, o ora paciente foi condenado às penas de doze anos e seis meses de reclusão, em regime fechado (fls. 27/28), sendo-lhe concedido o direito de apelar em liberdade. Dessa decisão recorreu apenas a Defesa que, em preliminar, argüiu nulidade do julgamento decorrente do descompasso entre os quesitos e o libelo-crime acusatório. Sustentou a Defesa que a acusação sempre apontara para a co-autoria do ora paciente e que o enfoque teria sido alterado com a mudança, em Plenário, do terceiro quesito, sugerindo co-participação.

O Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento ao recurso, rejeitando a preliminar de nulidade suscitada por entender tratar-se de matéria alcançada pela preclusão, já que não impugnada no momento oportuno.

No presente *writ*, cuja liminar foi por mim indeferida (fl. 80), o Impetrante alega, em síntese, que “a nulidade absoluta invocada ocorreu porque o juiz que presidiu a sessão de julgamento do Paciente formulou quesito complexo, deficiente, contendo proposição vaga, imprecisa, inovadora e em total desacordo com a denúncia, a pronúncia, o libelo e a acusação sustentada em plenário, violando, com tal procedimento, os preceitos constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa e ainda o disposto nos arts. 484, VI, e 564, parágrafo único, do CPP” (fl. 2). Outrossim, sustenta que, no julgamento do co-réu José Maria da Silva, os quesitos foram devidamente redigidos e o resultado foi o reconhecimento da tese de legítima defesa de terceiros, com o excesso culposo. Aduz, ainda, iniquidade

da condenação, eis que o co-réu José Maria foi apenado com um ano e quatro meses de reclusão, “sendo certo que o veredicto transitou livremente em julgado, por ausência de recurso voluntário” (fl. 13). Pugna, assim, pela anulação do seu julgamento ou, alternativamente, pela extensão dos efeitos da decisão proferida no processo do co-réu José Maria.

As informações da Corte impetrada – acompanhadas de cópias do acórdão impugnado e de outros atos processuais – noticiam que a defesa do Paciente ingressou com pedido de revisão criminal, ainda pendente de julgamento pelo Colegiado **a quo**.

Ouvido, o Ministério Público Federal, em parecer lavrado pela Dra. Laurita Hilário Vaz, opina pela denegação da ordem.

Às fls. 116/117, petição em que o Impetrante reitera o pedido de concessão da ordem, anexando cópia da certidão de trânsito em julgado da condenação do co-réu José Maria.

É o relatório.

## VOTO

Como visto, aponta o Impetrante nulidade do julgamento do Paciente pelo Tribunal do Júri, decorrente da formulação, em plenário, de quesito genérico acerca da participação do Paciente no fato delituoso, assim redigido: 3 – “O réu Marconi Eduardo Alves Scarpelli, irmanado em união de propósito com referidas *terceiras pessoas*, concorreu de qualquer modo para o crime?”

Ao apreciar o recurso de apelação interposto pela Defesa, a Corte Estadual repeliu a alegada balda nestes termos (95/96):

“Insurge o Apelante, inicialmente, quanto à redação dos quesitos submetidos aos srs. jurados que, segundo ele, contrariam o que está escrito no libelo, ensejando a nulidade do julgamento.

Porém, sem razão.

Conforme registrado na ata de julgamento, houve discordância entre a acusação e a defesa, quanto aos quesitos formulados e apresentados pelo Juiz-Presidente.

Daí, resolvendo a questão surgida, decidiu o ilustre Magistrado pela modificação sugerida pelo Dr. Promotor de Justiça, alterando a

redação do questionário, sem que houvesse qualquer protesto, lançada na ata de julgamento, por parte da defesa, vindo a fazê-lo somente agora por ocasião do recurso.

Não bastasse, consta da referida ata, que logo após a decisão sobre a modificação na redação dos quesitos, ‘em novo questionamento, obtendo resposta de que não tinham qualquer reclamação ou requerimento a fazer, o MM. Juiz-Presidente declarou que o Tribunal ia recolher-se à sala secreta das deliberações’. (fls. 230/231).

Vê-se, portanto, que a irregularidade apontada, se existente, teria se convalidado ante o silêncio do Apelante, que não mais pode argüi-la.

‘A ausência de reclamação ou de protesto da parte interessada reveste-se da aptidão para gerar, de modo irrecusável, a preclusão de sua faculdade processual de argüir qualquer nulidade porventura ocorrida.’ (STF, HC n. 68.643-5, rel. Min. Celso de Mello).

Afinal, não é justo, não é razoável, que uma das partes possa ser beneficiada da nulidade que ela deixou de apontar no tempo devido para, só depois do veredicto popular contrário, invocar para anular o julgamento ou o processo. O princípio da lealdade processual vale também para a defesa.”

Com efeito, não há como negar o acerto dessa decisão.

Primeiramente, porque a jurisprudência desta Corte já consolidou a orientação no sentido de que eventuais irregularidades na formulação dos quesitos no procedimento do Tribunal do Júri devem ser argüidas no momento oportuno, sob pena de preclusão. Nesse sentido, indicam-se alguns precedentes desta egrégia Quinta Turma:

“Criminal. REsp. Nulidade. Tribunal do Júri. Vício na formulação dos quesitos. Nulidade relativa. Ausência de argüição no momento oportuno. Recurso conhecido e desprovido.

*I – Tratando-se de nulidade relativa, eventual irregularidade na formulação de quesitos ao Tribunal do Júri deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada.*

II – Recurso conhecido e desprovido.” (REsp. n. 85.359-DF, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 11.12.2000).

“Criminal. HC. Júri. Quesitos. Nulidade. Ausência de argüição no momento oportuno. Efetivo prejuízo não demonstrado. Ordem denegada.

I – Tratando-se de nulidade relativa, eventual irregularidade ou deficiência na formulação de quesitos ao Tribunal do Júri deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada, ainda mais quando não demonstrado efetivo e concreto prejuízo sofrido pelo réu.

II – Não é defeituoso o quesito formulado de forma simples, que não revela ambigüidade, complexidade ou deficiência, a ponto de causar perplexidade à defesa ou aos jurados.

III – A expressão vindo a causar não indica contemporaneidade, mas, sim, assemelha-se à locução para o fim expresso de.

IV – Ordem denegada.” (HC n. 12.834-RJ, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 30.10.2000).

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Júri. Homicídio. Quesitos. Nulidades.

*I – A defesa, não protestando no momento próprio contra a redação dos quesitos, demonstra aprovação implícita, ocorrendo a preclusão da alegada nulidade.*

II – O Presidente do Tribunal do Júri não está obrigado a formular quesitos a respeito da tese que não tenha sido objeto da defesa técnica.

III – A via do **habeas corpus** é inadequada para a verificação da relação entre a atuação da defesa, em Plenário do Júri, e a condenação se, para tanto, for necessário o exame aprofundado do material cognitivo.

IV – A ocorrência de condenação não demonstra, por si, a relação causal exigida no verbete da Súmula n. 523-STF.

*Writ* indeferido.” (HC n. 13.131-SP, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 11.12.2000).

**In casu**, consoante se extrai da leitura da ata de julgamento às fls. 459/460 do 2<sup>a</sup> volume do apenso, a divergência existente entre acusação e

defesa quanto à formulação dos quesitos foi resolvida pelo Juiz-Presidente que, posteriormente, voltou a indagar às partes se tinham qualquer reclamação ou requerimento a fazer, tendo recebido resposta negativa. Logo, mesmo que houvesse qualquer irregularidade, não configurada como absoluta, restaria fulminada pela preclusão, como acertadamente entendeu o Colegiado **a quo**.

Nada obstante, ao contrário do que sustenta o Impetrante, a suposta irregularidade em verdade inexistiu.

Com efeito, tratando-se de homicídio cometido em concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal), a formulação de quesito genérico, seja no libelo ou na própria sessão do júri, não é vedada no nosso ordenamento jurídico-processual-penal. Sobre ser permitida, tal fórmula genérica é, muitas vezes, até aconselhável, quando a participação do Réu no evento delituoso não está precisamente delineada na denúncia e na pronúncia. No particular, merece destaque a lição do insigne Professor **Hermínio Alberto Marques Porto, verbis**:

*“A fórmula genérica, e de inspiração textual (art. 29 do CP), na redação do terceiro e individualizador quesito (‘O réu A concorreu, de qualquer modo, para a prática do homicídio?’), possibilita ao Conselho de Sentença ‘liberdade de reconhecer a participação’ do réu em julgamento, qualquer que tenha sido sua exteriorização; tal fórmula genérica, que deve vir desde o libelo, somente não será adotada quando a co-participação tiver sido, inquestionavelmente, conhecida em seus pormenores individuais, e, além do mais, quando possa ser apresentada em ‘proposição simples’ (inciso VI do art. 484), ou seja, apresentada sem cumulação ou complexidade de circunstâncias da conduta.” (in Júri. Procedimentos e Aspectos de Julgamento. Questionários, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 202) (grifei).*

No caso dos autos, a complexidade das circunstâncias em que ocorreu o crime em questão não permitiu a descrição pormenorizada da conduta colaboradora do Paciente. A propósito, colho da r. decisão de pronúncia, **verbis** (fls. 25 e 27):

“O Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo César da Silva, vulgo ‘Ted’, José Maria da Silva, vulgo ‘Biriba’, e contra Marconi Eduardo Alves Scapelli, devidamente qualificados nos autos, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. o art.



29, todos do Código Penal, por terem os denunciados, no dia 9 de maio de 1987, por volta das 21 horas, movidos por vingança (motivo torpe), após seqüestrarem a vítima Renato Guilherme Vieira, usando de meio que dificultou sua defesa, feito disparos de arma de fogo, em concurso, contra a mesma, produzindo-lhe os ferimentos descritos no laudo de necropsia de fls. 56 a 61, causando a sua morte.”

(...)

“Assim, cabe a nós, nesta oportunidade, consoante o disposto no **caput** do art. 408 do CPP, pronunciarmos os Réus, por convencidos da existência do crime e da co-autoria por parte deles, sendo que o alegado em favor dos mesmos deverá ser melhor examinado perante o Tribunal do Júri. **Ex positis**, julgo procedente a denúncia e pronuncio os réus Paulo César da Silva, vulgo ‘Ted’, José Maria da Silva, vulgo ‘Biriba’ e Marconi Eduardo Alves Scarpelli, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, combinado com o art. 29, todos do Código Penal, submetendo-os a julgamento pelo júri.”

Plenamente cabível, pois, a formulação do quesito genérico acerca da co-autoria, procedimento esse, aliás, amplamente admitido na jurisprudência:

“**Habeas corpus**. Júri. Concurso de pessoas. Denúncia que descreve pormenorizadamente a conduta do partícipe. Formulação, no libelo, de quesitos relativos à forma específica e genérica de participação. Nulidade.

O despacho que recebe o libelo é meramente ordinatório, prescindindo de fundamentação.

*Tratando-se de homicídio cometido em concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal), a formulação de quesito genérico somente é permitida quando a participação do réu no evento delituoso não está precisamente delineada na denúncia e na pronúncia.*

Narrando a denúncia, de forma precisa e determinada, a participação do réu no evento, a apresentação, no libelo, de dois quesitos, um com a descrição pormenorizada da conduta colaboradora do réu, outro com a fórmula genérica da lei penal, importa em gravame à defesa, implicando nulidade absoluta.

Ordem concedida para anular o processo desde o libelo, inclusive, devendo outro ser oferecido sem o quesito relativo à forma genérica

de participação.” (HC n. 11.553-RS, de minha relatoria, DJ de 6.11.2000).

“Agravo regimental. Processual Penal. Júri. Quesitos.

Na co-autoria, negada a forma específica de participação, torna-se necessária a formulação do quesito sobre a forma genérica – CP, art. 29.

Recurso desprovido.” (STJ, Quinta Turma, AgRg no Ag n. 59.005-4-RS, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 23.10.1995).

“Efetivamente, respondido afirmativamente o quesito relativo à materialidade do crime de homicídio, o Presidente do Tribunal do Júri indagou do Conselho de Sentença sobre a autoria singular e, negada ela, perguntou se o réu havia produzido alguma lesão na vítima. Diante da resposta negativa a essa perquirição, formulou, então, o juiz o quesito genérico ‘se o réu concorreu de qualquer modo para o homicídio’. Foi em face da resposta afirmativa a esse quesito que sobreveio a condenação, sem nenhuma afronta ao pronunciamento dos jurados e em consonância com a definição de co-autoria constante do art. 25 do Código Penal.” (STF, HC n. 6.064-RJ, rel. Min. Soares Muñoz, DJ de 25.3.1983).

“Tratando-se de crime cometido em concurso de agentes, é indispensável a votação do quesito referente à cooperação **in genere** (o réu concorreu de qualquer modo para o crime?) ante a negativa, pelo Júri, de ter o réu praticado atos de execução.” (TJMT, AP, Rel. Ildelfonso Marques – RT 588/356), **in** Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, coord. de **Alberto Silva Franco** e outros, vol. 2, p. 2.521, RT, 1999.

“Na co-autoria, o quesito deve se referir ao réu que está sendo julgado, juntamente com terceiros. A inclusão do nome deste no quesito é inconveniente, porque importaria no julgamento conjunto da ação de que não está sendo, naquele momento, julgado pelo Conselho de Sentença. *Ao contrário de constituir nulidade, é conveniente o uso da expressão genérica no quesito.*” (TJSP, AC, Rel. Torres de Carvalho, RT 424/336), **in** Teoria e Prática do Júri, **Adriano Marrey** e outros, p. 810, RT, 1997.

De outro lado, da leitura do questionário elaborado em plenário (fl. 450 do 2º volume do apenso), constata-se que os quesitos foram redigidos

de forma clara e não acarretaram “perplexidade” alguma para os srs. jurados ou qualquer prejuízo à defesa do Paciente, a qual, inclusive, baseou-se na negativa de participação no evento delituoso. Consoante adverte o Ministério Público Federal, com exatidão, a tese defensiva não foi acolhida certamente porque não encontrava respaldo nos autos (fl. 107).

Por fim, no que tange ao pedido alternativo no sentido de ser estendido ao Paciente os efeitos da decisão proferida no processo do co-réu José Maria, que recebeu condenação mais branda, não comporta deferimento, ao menos na via do *writ*, eis que, consoante estatui o art. 580 do Código de Processo Penal, o pretendido efeito extensivo apenas pode ser deferido se for idêntica a situação de ambos os réus no mesmo processo (STF, RTJ 67/685), circunstância que somente pode ser aferida com amplo exame das provas coligidas, o que é inviável na cognição sumária do **habeas corpus**.

Ademais, cumpre observar que as alegações da impetração serão reexaminadas com maior profundidade na sede própria, qual seja, o pedido de revisão criminal em favor do Paciente, ainda pendente de julgamento pelo Colegiado **a quo**.

Com esses fundamentos, denego a ordem.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer (Presidente): Srs. Ministros, trata-se de caso de homicídio qualificado em que um réu foi condenado e o outro recebeu a punição por excesso culposo em legítima defesa. É um caso muito intrincado, pois são três os envolvidos na denúncia e na pronúncia. Em tese, em determinado momento, pode um estar agindo em legítima defesa e se exceder, e os outros podem não ter a menor motivação de defesa e, sim, estar praticamente executando a pessoa.

Nesse sentido, de acordo com o voto do Sr. Ministro-Relator, denego a ordem.

---

---

### HABEAS CORPUS N. 17.303 – SP

(Registro n. 2001.0079921-3)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Impetrante: Heath Robert Grabe

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Heath Robert Grabe (preso)

**EMENTA: Processual Penal – Atentado violento ao pudor com violência presumida – Progressão da pena – Possibilidade.**

1. Na hipótese de violência ficta, em atentado violento ao pudor, a Lei n. 8.072/1990, arts. 9º e 2º, § 1º, só tem incidência quando do fato resultar lesão grave ou morte.

2. Pedido de **habeas corpus** deferido para assegurar ao paciente o direito à progressão do seu regime prisional.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para assegurar ao paciente o direito à progressão do seu regime carcerário. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 2 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

---

Publicado no DJ de 19.11.2001.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Por prática de atentado violento ao pudor, com violência presumida, Heath Robert Grabe foi condenado a sete anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Sustentando que o crime pelo qual foi condenado não possui natureza hedionda, eis que não foi assim expressamente considerado pela Lei n. 8.072/1990, requereu o apenado, junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em revisão criminal, o reconhecimento do seu direito à progressão do regime prisional.

O pedido foi negado, sob o seguinte fundamento (fl. 38):

“Não será igual, porém, a sorte do peticionário, naquilo que diz respeito à fixação do regime integralmente fechado, visto que, de forma definitiva, já se firmou o entendimento de que não afronta o princípio constitucional da individualização da pena, a regra do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.”

Pelo que foi impetrado este **habeas corpus** onde, além da progressão do regime, pugna-se pelo reconhecimento do direito à comutação da pena do Paciente, conforme parecer do Conselho Penitenciário de São Paulo, rejeitado pelo Juiz da Vara de Execuções Penais.

Informações às fls. 27/28, com documentos anexados às fls. 29/89.

A Subprocuradoria Geral da República é pelo deferimento do pedido (fls. 91/95).

*Relatei.*

## VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC n. 78.305-MG, rel. Min. Néri da Silveira (Informativo STF n. 152), assim consignou:

“Crime hediondo e atentado violento ao pudor – não se considera hediondo o crime de atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos, quando não for seguido de lesão corporal grave. Com base nesse entendimento, a Turma, por unanimidade, deferiu **habeas corpus** para considerar que o regime prisional do paciente é apenas o inicialmente fechado, podendo, assim, na forma da lei, obter a progressão de regime de prisão.

Entendeu-se, assim, que o inciso VI do art. 1º da Lei n. 8.072/1990 – ‘Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes ...:

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único)’ somente considera hediondo o crime de atentado violento ao pudor quando seguido de lesão corporal grave, não fazendo qualquer referência à hipótese em que a violência seja presumida (CP, art. 224).”

Da mesma forma, temos firmado entendimento no sentido de que, não

estando a violência ficta, no atentado violento ao pudor, expressamente arrolada na Lei n. 8.072/1990, art. 1º, o crime não pode ser considerado hediondo.

A propósito, Ministro José Arnaldo:

“**Habeas corpus.** Estupro cometido mediante violência presumida. Consentimento da vítima. Irrelevância. Delito não considerado hediondo. Possibilidade de progressão de regime.

Tratando-se de crime de estupro cometido em qualquer das hipóteses elencadas no art. 224 do CP, o consentimento da vítima (por ser destituído de validade) ou mesmo suas condições pessoais não elidem a presunção legal de violência necessária à configuração do crime.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, na modalidade ficta (com violência presumida: art. 224 do CP), não são considerados crimes hediondos, porque não arrolados no art. 1º da Lei n. 8.072/1990, não incidindo a regra proibitiva da progressão de regime do § 1º do art. 2º da mesma lei. Precedentes do STJ e do STF.

Pedido indeferido. *Writ* concedido de ofício para fixar o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena. Extensão dos efeitos da decisão ao co-réu, nos termos do art. 580 do CPP.” (HC n. 16.782-GO, DJ de 3.9.2001).

Segundo a mesma linha de entendimento: HC n. 9.608-SP, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 11.10.1999; o REsp n. 46.123-SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ de 27.10.1997; o HC n. 7.919-SP, rel. Min. Felix Fischer; o REsp n. 144.337-AC, rel. Min. William Patterson, DJ de 20.10.1997; o REsp n. 92.640-ES, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 3.3.1997; o REsp n. 61.806-SP, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 2.9.1996, e o REsp n. 57.895-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 16.12.1996. De minha relatoria, o REsp n. 74.896-SP, DJ de 1.4.1996, e o REsp n. 53.340-SC, DJ de 5.6.1995.

Logo, de acordo com o posicionamento desta Corte Superior, o atentado violento ao pudor, na sua forma ficta, só pode ser considerado hediondo quando dele resultar morte ou lesão corporal de natureza grave, o que não se verifica, **in casu**.

Não há falar-se, pois, na incidência da Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º, sendo perfeitamente possível a progressão do regime prisional do Paciente.

Deixo de analisar o pedido relativo à comutação da pena, eis que não examinado pelo Tribunal **a quo**, não sendo admissível a supressão de instância.

Assim, conheço parcialmente da impetração e, nessa parte, defiro o pedido para assegurar ao Paciente o direito à progressão do seu regime carcerário.

*É o voto.*

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer (Presidente): Srs. Ministros, trata-se de violência presumida.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, concedendo a ordem.

---

---

## HABEAS CORPUS N. 18.943 – RS

(Registro n. 2001.0134540-4)

Relator: Ministro Gilson Dipp  
Impetrante: Paulo Antônio Todeschini  
Impetrada: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul  
Pacientes: Laurindo da Silva e Mauri dos Santos

**EMENTA:** Criminal – HC – Nulidade – Ausência do defensor no interrogatório judicial dos réus – Contrariedade à Súmula n. 160-STF – Nulidade não argüida no recurso ministerial e acolhida pelo Tribunal **a quo** em desfavor dos pacientes – Ordem concedida.

I – O recurso de apelação de decisão proferida pelo douto julgador de 1º grau tem caráter restrito, razão pela qual o Tribunal **ad quem** só pode conhecer das alegações suscitadas na irresignação.

II – Não é lícito o reconhecimento, em desfavor do réu, de nulidades processuais que não foram formalmente argüidas no apelo ministerial, como a ausência do defensor dos réus nos interrogatórios judiciais. Óbice da Súmula n. 160-STF.

III – Ordem concedida para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, determinando-se que a Corte Estadual aprecie o mérito do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, determinando-se que a Corte Estadual aprecie o mérito do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 5 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

---

Publicado no DJ de 8.4.2002.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 110/113, **in verbis**:

“Paulo Antônio Todeschini impetra ordem de **habeas corpus** em favor de Laurindo da Silva e Mauri dos Santos, se insurgindo contra o v. aresto proferido pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em sede de recurso de apelação interposta tão-somente pela acusação, decidiu, por maioria e de ofício, anular o feito a partir do interrogatório dos Pacientes, na forma do art. 564, inciso III, alínea c, do CPP.

Narra a inicial da impetração que os Pacientes, juntamente com outro co-réu, foram denunciados como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, segunda parte, do Código Penal, e art. 1º da Lei n. 2.252/1954, sendo que, após regular tramitação do feito, restaram absolvidos, com base no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.



Aduz, o *writ*, que o Ministério Público, irresignado com a r. sentença proferida, interpôs recurso de apelação perante a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que dele conheceu, anulando, todavia, de ofício, o feito em relação aos Pacientes, entendendo, para tanto, que seria imprescindível a presença do defensor nos interrogatórios judiciais deles, o que efetivamente não ocorreu. O referido Tribunal deu, ainda, parcial provimento ao apelo ministerial para condenar o outro co-réu como incurso nas penas do art. 157, § 3º, do Código Penal.

Alega, o Impetrante, ser nula tal decisão, porquanto, sem que houvesse qualquer manifestação das partes, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acolheu, em face dos Pacientes, nulidade não argüida no recurso ministerial. Afirma que o v. acórdão proferido afrontou, expressamente, a Súmula n. 160 do Supremo Tribunal Federal, eis que, com a decretação da nulidade, a instrução processual será renovada, e, nesse caso, os Pacientes poderão ser condenados, o que lhes é, inegavelmente, prejudicial, tendo em vista a absolvição anterior, evidenciando, destarte, a **reformatio in pejus**, piorando, juridicamente, a situação dos Pacientes.

Deste modo, a impetração postula pela concessão da ordem para o fim de decretar a nulidade do decidido pelo Colegiado Estadual, determinando-se que a Câmara, então, prossiga no julgamento, examinando-se o mérito do recurso ministerial.

Solicitadas as informações, estas vieram e trouxeram a documentação pertinente para o deslinde da matéria.”

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem (fl. 113).

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Laurindo da Silva e Mauri dos Santos, contra acórdão proferido pela Sexta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, para anular o julgamento que absolveu o ora paciente, a fim de que a outro fosse submetido.

Os Pacientes foram denunciados como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal, e art. 1º da Lei n. 2.252/1954, tendo sido proferida sentença absolutória em favor dos mesmos.

Irresignado com a decisão monocrática, o ilustre representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação, pugnando pela condenação dos acusados, nos termos da denúncia (fls. 17/32).

O egrégio Tribunal **a quo** decidiu, de ofício, anular o feito criminal a partir do interrogatório, na forma do art. 564, inciso III, letra **c**, do CPP, em relação aos ora pacientes, e deu parcial provimento ao apelo ministerial para condenar o co-réu Júlio César de Oliveira à pena de 24 anos de reclusão, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal (fls. 49/75).

Daí a presente impetração, na qual se sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, eis que o processo criminal que resultou na absolvição dos Pacientes teria sido anulado em virtude do reconhecimento de nulidade não argüida em sede de apelação ministerial, qual seja, a ausência do defensor dos Réus nos interrogatórios judiciais.

Merecem prosperar os argumentos.

Pelo exame dos autos, verifica-se que o recurso de apelação ministerial pugnou pela condenação dos Pacientes, sustentando que haveria provas suficientes da materialidade e autoria dos delitos.

Todavia, o acórdão proferido pela egrégia Sexta Câmara Criminal da mencionada Corte Estadual determinou a anulação do feito, a partir do interrogatório para que a outro fosse submetido o Paciente.

A Súmula n. 160 do Pretório Excelso, por sua vez, possui o seguinte teor:

“É nula a decisão do tribunal que acolhe contra o réu nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.”

Assim, tem-se que o recurso de apelação de decisão proferida pelo douto julgador de 1º grau tem caráter eminentemente restrito, razão pela qual o Tribunal **ad quem** só pode conhecer das alegações suscitadas expressamente na irresignação, não lhe sendo lícito o reconhecimento, em desfavor do Réu, de nulidades processuais que não foram formalmente argüidas no apelo ministerial.

Dessarte, é notória a contrariedade ao verbete da Súmula n. 160-STF, visto que, em não tendo sido levantada a questão referente à ausência do defensor nos interrogatórios dos Pacientes por parte do *Parquet* em seu recurso de apelação, o Tribunal **a quo** determinou a anulação do processo por tal fundamento.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Lei n. 9.099/1995, art. 89. Suspensão do processo. Oferecimento da proposta após a desclassificação do crime, na sentença. Inviabilidade. Acórdão que reconhece, em desfavor do réu, nulidade não argüida no recurso da acusação. Súmula n. 160-STF.

É inviável – porque já ultrapassado o momento processual adequado – a proposta de *sursis* processual após a sentença que desclassifica o delito capitulado na denúncia para outro crime cuja pena mínima viabilizaria, em tese, a concessão do benefício. Precedentes.

Súmula n. 160 do STF: ‘É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício’.

Ordem concedida em parte para anular o acórdão hostilizado, determinando que o Tribunal **a quo** prossiga no julgamento do mérito do apelo ministerial.” (HC n. 15.978-MG, DJ de 8.10.2001, relator Min. José Arnaldo).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Recurso da acusação. Nulidade. Prejuízo para o réu. Súmula n. 160-STF.

– ‘É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida pela acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.’ (Súmula n. 160-STF).

– Se o vício de citação não foi argüido pela acusação nas suas razões de recurso, que se situaram no debate do mérito da prova, não poderia o Tribunal acolher a desconstituição absolutória com evidente prejuízo para o réu.

– **Habeas corpus** concedido.” (HC n. 11.199-MG, DJ de 3.4.2000, rel. Min. Vicente Leal).

Diante do exposto, concedo a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, determinando-se

que a Corte Estadual aprecie o mérito do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.

É como voto.

---

---

## HABEAS CORPUS N. 19.316 – GO

(Registro n. 2001.0164814-2)

Relator: Ministro Edson Vidigal  
Impetrante: Gilmair José de Souza e outro  
Advogado: Orcalino Batista de Queiroz  
Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás  
Pacientes: Gilmair José de Souza e Vando Teixeira Rodrigues (presos)

**EMENTA: Habeas corpus – Quadrilha fortemente armada – Roubo de caminhão – Excesso de prazo – Princípio da razoabilidade.**

1. Dentro do princípio da razoabilidade, não configura constrangimento ilegal o excesso de prazo provocado por fatores decorrentes da complexidade do caso, onde interrogatórios e inquirição de testemunhas são realizados mediante carta precatória.

2. **Habeas corpus** conhecido, pedido indeferido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 5 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Apontados como possíveis partícipes do roubo de dois caminhões carregados de medicamentos, Gilmair José de Souza e Vando Teixeira Rodrigues foram presos em 29.6.2001 e 3.7.2001, respectivamente.

Sob a alegação de excesso de prazo na formação, foi impetrado **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça de Goiás.

A ordem foi negada, ficando assim ementada a decisão:

“**Habeas corpus.** Negativa de autoria. Prova. Valoração. Incompatibilidade. Prisão preventiva. Pressupostos. Atributos pessoais. Liberdade desautorizada.

I – A sede da ação mandamental não comporta análise valorativa da prova da autoria que, até por garantia aos direitos constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, deve ser produzida e amplamente discutidos na ação de conhecimento, sob o crivo do contraditório.

II – Atributos pessoais do paciente não bastam, por si só, para a concessão da liberdade provisória, se persistem os motivos que autorizaram a edição do ato de segregação cautelar.

III – Ordem denegada.”

Daí a impetração deste novo *writ*, em substituição ao recurso ordinário próprio, onde se reitera a reclamação de excesso de prazo na instrução criminal.

Informações prestadas às fls. 38/51.

Manifesta-se o Ministério Público Federal pelo indeferimento do pedido (fls. 53/56).

*Relatei.*

## VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, em razão da complexidade da trama que se busca esclarecer – uma quadrilha para a realização de roubos, fortemente armada –, a instrução do processo é efetivamente complicada.

Assim consignou o Tribunal de Justiça de Goiás, ao negar a ordem (fls. 42/44):

“Ocorre que as circunstâncias que envolvem a instrução justificam a dilação do feito quando, além de apreciar matéria complexa relativa a delitos graves (formação de bando ou quadrilha armada e roubo duplamente qualificado), envolve multiplicidade de réus (oito, no caso), a maioria detida em comarca distinta, exigindo-se a expedição de carta precatória para a citação e interrogatório, ato processual que, não cumprido, não autoriza o início da instrução criminal.

(...) Não bastasse isso, revela o decreto de prisão preventiva (fls. 56/60) que os Pacientes são considerados de alta periculosidade e os crimes que praticaram em concurso com seis outras pessoas, dentre elas, policiais militares, são graves e foram cometidos com audácia desmedida e com uso de forte armamento de grosso calibre, inclusive AR-5. Em veículos roubados, tomaram de assalto caminhões de cargas de medicamentos e artigos de perfumaria e, desde o desbaratamento da quadrilha, a comunidade da cidade e adjacências vive sobressaltada até mesmo em razão das manobras procrastinatórias dos indiciados durante a fase inquisitorial, que tudo fizeram para destruir provas e evitar a identificação de outros envolvidos, tudo com o propósito de obstar a futura instrução criminal, pelo que deve a prisão ser mantida ‘presentes materialidade e indício da autoria, lastreado pela periculosidade do agente, uma das situações passíveis de sua imposição’ (TJGO, Segunda Câmara Criminal, **Habeas Corpus** n. 13.817-9/217), sendo impossível a liberdade provisória quando ‘presente algum dos motivos que justificam a prisão preventiva.’” (TJGO, Segunda Câmara Criminal, **Habeas Corpus** n. 14.156-0/217.

Por conseguinte, tendo em vista o princípio da razoabilidade, não obstante os Pacientes estarem sob custódia por mais de sete meses, entendendo que a demora na instrução encontra-se devidamente justificada, face à própria complexidade do processo, com vários réus e com a necessidade de expedição de carta precatória para a realização de interrogatórios, bem assim para a oitiva de testemunhas.

Nesse sentido:

“Processual Penal. Roubo e extorsão. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Descabimento. **Habeas corpus**. Constrangimento ilegal. Inexistência. Excesso de prazo. Razoabilidade.

(...)

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

– Recurso ordinário desprovido.” (RHC n. 8.377-SP, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 10.5.1999).

“Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Excesso de prazo justificado. Processo complexo.

I – É de se entender razoável o excesso de prazo, em feito complexo, com diversos réus, se as testemunhas, até da defesa, são ouvidas por precatória (...).” (HC n. 7.274-MS, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 17.8.1998).

Assim, conheço do **habeas corpus** como substitutivo de recurso ordinário, mas indefiro o pedido.

*É o voto.*

---

## HABEAS CORPUS N. 20.586 – SP

(Registro n. 2002.0007985-0)

Relator: Ministro Felix Fischer  
Impetrante: José Jenuíno Pinto Tavares  
Impetrada: Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Paciente: José Jenuíno Pinto Tavares (preso)

**EMENTA:** Penal e Processual Penal – **Habeas corpus** – Tráfico de entorpecentes – Duas majorantes – Pena – Fundamentação.

Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 do CP e no art. 18 da Lei n. 6.368/1976, o aumento de pena, acima do mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas deve ser fundamentado (*precedentes*).

Ordem concedida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem para que os autos retornem ao Juízo de origem, a fim de que a fixação da pena seja adequadamente fundamentada. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 10.6.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em causa própria por José Jenuíno Pinto Tavares contra v. acórdão da egrégia Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo interposto pelo Réu, no qual buscava sua absolvição no processo em que foi condenado ao cumprimento da pena de quatro anos e seis meses de reclusão e multa, pela prática do crime do art. 12 c.c. o art. 18, II e IV, da Lei n. 6.368/1976.

A síntese da controvérsia foi assim exposta à fl. 64:

“2. Alega o Impetrante-paciente, nesta sede, estar sofrendo constrangimento ilegal, vez que teve sua pena aumentada além do mínimo, em virtude da incidência das causas de aumento descritas nos incisos II e IV, art. 18, da Lei n. 6.368/1976, bem como da imposição do regime integralmente fechado para o cumprimento de sua pena.

A sentença veio assim apregoada, na parte que interessa:

‘julgo *procedente* a presente ação penal e *condeno* José Jenuíno Pinto Tavares, (...), à pena de quatro anos e seis meses de reclusão e setenta e cinco dias-multa, fixado cada dia-multa no mínimo legal, face à situação econômica do Réu, por incurso no artigo 12, **caput**, e artigo 18, incisos II e IV, ambos da Lei n. 6.368/1976. A pena-base foi fixada no mínimo legal, por ser o



Réu primário. Daí foi elevada na metade, em decorrência de duas qualificadoras e assim foi tornada definitiva, pela ausência de outras causas e modificá-la (...).’ (fls. 51/52).”

A liminar foi indeferida à fl. 39.

As informações foram prestadas à fl. 43, juntando-se aos autos cópias das principais peças do processo.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pela concessão da ordem.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A **vexata quaestio** tem ensejado muita polêmica, tanto no plano jurisprudencial como no doutrinário.

A ocorrência de duas qualificadoras ou, então, como **in casu**, de duas majorantes evidentemente não pode ser, simplesmente, sem motivação, igualado ou nivelado com hipótese menos grave e nem pode, em plano oposto, indicar solução automática diversa, drástica.

Na doutrina, alguns autores indicam como solução, em casos tais, que uma das majorantes deve ser utilizada e a outra computada como circunstância judicial ou, ainda, como prefere uma minoria, como agravante (se assim estiver catalogada legalmente). Uma terceira corrente entende que a conseqüência deve repercutir no aumento permitido no texto legal específico. De qualquer modo, em princípio, não se pode igualar uma com duas, ou mais, circunstâncias majorantes. Tudo isto, considerando-se o *parágrafo único do art. 68 do CP*. Qualquer que seja a solução, ela deve ser fundamentada. Não pode ser automática (**ex vi** arts. 157, 381 e 387 do CPP, e 93, inciso IX, 2ª parte, da Carta Magna). E, isto porque o Código Penal diz no parágrafo único do art. 68 “pode o juiz”, assim como o art. 18 da Lei n. 6.368/1976 estabelece que as penas “serão aumentadas de um terço a dois terços”, indicando claramente, que a opção do magistrado há que ser fundamentada sob pena de se transmutar a discricionariedade permitida com um inaceitável arbítrio próprio do princípio da convicção íntima (que nem de longe se identifica com o da livre convicção fundamentada).

Sobre o tema, vv. arestos do *Pretório Excelso* mostram a necessidade da fundamentação, a saber:

*“Pena. Fixação. Concorrência de mais de uma causa especial de aumento. Opção do percentual máximo de exacerbação da reprimenda. Necessidade, porém, de fundamentação específica.*

Ementa oficial: Quando, em razão de causa especial de aumento, a lei autoriza a exasperação da pena dentro de determinados limites percentuais, a opção pelo máximo da agravação permitida há de ser fundamentada, com base em dados concretos.” (**Habeas Corpus** n. 69.515-9-RJ, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 12.3.1993, RT 696/434).

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado (art. 157, § 2º, I e II, do CP). Aumento da pena no limite máximo previsto em face da existência de duas circunstâncias qualificadoras do crime. Fundamentação deficiente.

1. O aumento da pena em face de circunstância qualificadora do crime, ou agravante específica, quando aplicado acima do mínimo legal, deve ser fundamentado.

2. A simples constatação da existência de duas qualificadoras não é bastante para fundamentar o agravamento da pena no limite máximo previsto: cada uma das três fases da aplicação da pena (art. 68 do CP) deve ter fundamentação tópica e suficiente.

3. **Habeas corpus** conhecido e indeferido quanto ao pedido de redução da agravante para o mínimo de 1/3 e deferido quanto ao pedido formulado em ordem sucessiva, para determinar que o Tribunal **a quo** prossiga no julgamento da apelação e complemente a fundamentação do aumento da pena aplicado no máximo previsto no § 2º do art. 157 do CP.” (**Habeas Corpus** n. 71.741-RJ, Segunda Turma, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 26.5.1995).

“I – Roubo: consumação.

A jurisprudência do STF, desde o Recurso Extraordinário n. 102.490, 17.9.1987, Moreira Alves, dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada ‘esfera de vigilância da vítima’ e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da **res furtiva**, ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata: com mais razão, está consumado o crime se, como assentado no caso, não houve perseguição, resultando a prisão dos agentes, pouco depois da subtração da coisa, a circunstância acidental de o veículo, em que se retiravam do local do fato, ter apresentado defeito mecânico.

II – Roubo: pena: concorrência de duas causas especiais de aumento: critério de exacerbação da pena-base.

A ocorrência de duas das causas de aumento especial da pena do roubo – o emprego de armas e o concurso de agentes – só por si não basta para exacerbar a sanção ao máximo do acréscimo percentual autorizado em lei: a graduação há de decorrer de circunstâncias do caso concreto, declinadas na motivação da sentença.” (**Habeas Corpus** n. 69.753-SP, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 19.2.1993).

“Crime de roubo, com emprego de armas e pluralidade de agentes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal).

A concorrência de mais de uma causa de aumento não induz, por si só, a dupla agravação da pena-base, ainda que possa, na fixação desta, ser levada em conta, se for o caso.

Também não pode, a simples verificação de mais de uma agravante especial, justificar, sem fundamentação específica, a opção pelo percentual máximo de exasperação.” (**Habeas Corpus** n. 72.796-RJ, Primeira Turma, rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 1.3.1996).

“**Habeas corpus**. Roubo. Aumento da pena em face das qualificadoras: uso de arma e concurso de pessoas. Artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

1. O juiz fixou na sentença a pena-base em seis anos de reclusão em face da reincidência e dos antecedentes e aplicou o aumento máximo por se tratar de duas qualificadoras.

2. O Tribunal coator, em grau de apelação, reduziu o aumento da pena pelas duas qualificadoras para 2/5, considerando ser a média aproximada entre o mínimo de 1/3 e o máximo da metade: em grau de revisão criminal, ratificou este critério de agravar a pena em 1/3 para uma, de 2/5 para duas e de metade para três ou mais qualificadoras.

3. A jurisprudência deste Tribunal não acolhe critérios como o adotado, de se estabelecer uma tabela, optando por dar ênfase à efetiva fundamentação da causa especial de aumento da pena, dentro dos limites previstos, com base em dados concretos. Precedentes.

4. **Habeas corpus** conhecido e deferido, em parte, para que o acréscimo previsto no artigo 157, § 2º, do Código Penal, seja estabelecido em 1/3 da pena-base, à míngua de fundamentação com base em

dados concretos para elevá-lo acima deste mínimo legal.” (**Habeas Corpus** n. 73.070-SP, Segunda Turma, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, DJU de 29.9.2000).

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Pena. Fixação. Causa especial de aumento de pena. Opção pelo índice máximo. Necessidade de fundamentação.

I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, prevendo o tipo penal os índices mínimo e máximo para o agravamento da pena, em decorrência de causa especial de aumento, não pode a sentença adotar o índice máximo sem fundamentação específica.

II – Anula-se, no caso, o acórdão e a sentença no ponto em que foi fixada a pena, para que, mantida a condenação, seja a pena fixada com a devida fundamentação.

III – **Habeas corpus** deferido.” (**Habeas Corpus** n. 73.884-RJ, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 8.11.1996).

Na *Sexta Turma desta Corte*, tem-se:

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado. Soma das qualificadoras. Exasperação da pena. Regime fechado. Fundamentação. Deficiência.

1. Fazendo-se manifesto que a recusa do regime inicial semi-aberto ao condenado decorre de pura e simples presunção de periculosidade, derivada da natureza abstrata do delito, cabe **habeas corpus** para superação do constrangimento ilegal caracterizado.

2. A consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de pena, submetidas a regime legal alternativo, é expressão, em última análise, da responsabilidade penal objetiva, enquanto a qualitativa é própria do direito penal da culpa e atende aos imperativos da individualização da pena, permitindo, **ad exemplum**, que uma única causa especial de aumento alternativa possa conduzir o **quantum** de pena para além do mínimo legal do aumento, que, em contrapartida, pode ser insuperável, diante do caso concreto, mesmo em se caracterizando mais de uma causa especial de aumento dessa espécie.

3. Ordem concedida.” (**Habeas Corpus** n. 14.809-SP, Sexta Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 13.8.2001).

E, nesta Turma, recentemente, também houve julgamento nesse sentido:

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Roubo. Duas majorantes. Pena. Fundamentação.

I – Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do § 2º do art. 157, ambos do Código Penal, o aumento de pena, acima do máximo, pela ocorrência de duas majorantes específicas deve ser fundamentada.

II – Não se acolhe pretensão recursal que objetiva restabelecer solução carecedora da imprescindível fundamentação.

Recurso desprovido.” (REsp n. 264.224-DF, Quinta Turma, DJU de 8.4.2002).

Colocados estes aspectos, vê-se que o r. **decisum** de 1ª grau operou o aumento (pela metade) sem maiores explicitações.

Dessarte, a súplica deve ser acolhida para que os autos retornem ao Juízo de origem, a fim de que a fixação da pena seja adequadamente fundamentada.

Voto, pois, pela concessão da ordem.

---

## RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 9.847 – BA

(Registro n. 2000.0029141-2)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca  
Recorrente: Josaphat Marinho  
Advogado: Josaphat Marinho  
Recorrido: Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
Paciente: Gabino Kauark Kruschewsky  
Sustentação oral: Josaphat Marinho (pelo paciente) e Nabor Bulhões (pelo Conselho Federal da OAB)

**EMENTA:** Recurso em **habeas corpus** – Crimes, em tese, de calúnia e injúria, perpetrados contra magistrado – Trancamento da ação penal por atipicidade da conduta – Inocorrência – Imunidade judiciária – Ausência de dolo – Inviabilidade de apreciação em sede de **habeas corpus**.

Em sede de **habeas corpus**, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie.

A imunidade judiciária contemplada no art. 133 da Constituição Federal e no art. 142, inciso I, do Código Penal, não abrange a ofensa irrogada ao juiz da causa, bem como não alcança o crime de calúnia, mas, tão-somente, a injúria e a difamação.

Quanto a estes, tal imunidade não se reveste de caráter absoluto, não abrangendo ofensas pessoais que não guardem relação com a discussão da causa, nem imputação de crime, como ocorreu no caso.

Inviável apreciar a alegação de que o causídico não teria atuado com o **animus** de ofender a honra alheia, porquanto não é o **habeas corpus** instrumento hábil para se aferir o elemento subjetivo da infração.

Recurso a que se nega provimento, ficando cassada a liminar.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, cassando a liminar concedida. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 1<sup>a</sup> de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

---

Publicado no DJ de 27.8.2001.

### RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto pelo ilustre jurista Josaphat Marinho, em favor de Gabino Kauark Kruchewsky, contra acórdão unânime proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional

Federal da 1ª Região, denegatório de *writ* em que se postulava o trancamento de ação penal a que responde o Paciente pela prática, em tese, dos crimes de calúnia e injúria, por ter investido “contra a honra do Juiz Federal Antônio Cláudio da Silva, da 1ª Vara Federal daquela Seção Judiciária, imputando-lhe, falsamente, na condição de magistrado, fato definido como crime, bem como ofendendo-lhe a dignidade e o decoro funcionais”, incorrendo assim nas penas dos artigos 138 e 140, c.c. os artigos 141, inciso II, e 69, todos do Código Penal.

Simultaneamente ao oferecimento da denúncia, o Ministério Público Federal ofereceu proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 (fls. 19/32).

Pretendendo trancar a ação penal em referência, ingressou o ilustre patrono do Paciente com pedido de **habeas corpus** perante a Corte Regional, alegando, em síntese, falta de justa causa para a ação penal por serem atípicas as condutas narradas na inicial acusatória, aduzindo, ainda, que as expressões consideradas lesivas à honra do pretense ofendido teriam sido proferidas no estrito desempenho da atividade profissional do Paciente, acobertado pela imunidade judiciária contemplada nos arts. 133 da Constituição Federal; 142, I, do Código Penal, e 2º, § 3º, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/1994), acrescentando que tais expressões “têm raízes na própria petição de exceção de suspeição de parcialidade” e, conseqüentemente, “não podem configurar crime, porque são apreciações formuladas em função da causa defendida”. Acrescentou, ademais, que não teria o causídico denunciado atuado com o **animus** de ofender a pretensa vítima, mas, tão-somente, no desiderato de defender satisfatoriamente as pretensões de sua constituinte, o que teria realizado em conformidade com suas prerrogativas profissionais.

Apreciando o *writ*, a Corte Federal da 1ª Região denegou a ordem, entendendo que a imunidade judiciária do advogado tem caráter relativo, não abrangendo ofensas pessoais que não guardem relação com a discussão da causa, nem imputação de crime, sendo necessário que os fatos tidos como ofensivos guardem indispensável correlação com a causa defendida, o que não ocorreu na espécie. Ademais, seria necessário um exame aprofundado de provas para se aferir o **animus** do agente, o que não se coaduna com a via eleita (acórdão de fls. 340/362).

Contra essa decisão, interpôs-se o presente recurso ordinário, em que se reiteram os argumentos expendidos na inicial do *writ*, insistindo na tese de que “como todas as expressões acusadas de ofensivas, no caso, constam

da exceção de suspeição de parcialidade, e foram aplicadas em função dela, é irrecusável a impossibilidade de tipificação de ato delituoso”. Argumenta-se, outrossim, que “se houve algum excesso, não se revestiu, em nenhum ponto, de intenção danosa, não envolveu aquele ‘exclusivo fim perverso de ofender’ do conceito de **Hungria**, e nem exprimiu juízo sem qualquer relação com a discussão da causa – circunstâncias a que aludiu o Ministro Moreira Alves, como excepcionalmente suscetíveis de afastar a imunidade judiciária”. Alega-se, ainda, que poderia ter o magistrado riscado as expressões porventura excessivas e comunicado o fato à Ordem dos Advogados do Brasil, para exame no plano disciplinar. O que é inadmissível é a responsabilização criminal do advogado, ora paciente, em face da imunidade judiciária.

Com as razões vieram os documentos de fls. 395/401.

Ante o pedido formulado às fls. 393/394, deferi medida liminar para suspender a audiência designada para os fins do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, que seria realizada em 24 de abril próximo passado.

Ouvido, o Ministério Público Federal, em parecer lavrado pelo Dr. José Flaubert Machado Araújo, propugna pelo desprovimento do recurso.

À fl. 422, deferi pedido formulado pelo egrégio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, para que ingressasse no feito como assistente do Recorrente.

É o relatório.

## VOTO

Eis os fundamentos expostos pela egrégia Corte **a quo** para indeferir a pretensão de trancamento da ação penal, relator o ilustre Juiz Mário Cesar Ribeiro, **verbis** (fls. 348/356):

“É certo que a jurisprudência tem assentado o entendimento de que não cabe trancamento de ação penal, quando a denúncia descreve fatos que, em tese, configuram a prática de crime.

Com efeito, a justa causa que autoriza o trancamento da ação penal é aquela que se apresenta clara e incontroversa ao simples compulsar dos autos; é aquela que se revela cristalina, evidente, sem necessidade do aprofundamento do exame de prova.

Ora, no caso, verifico que a ação penal foi proposta para a apuração da responsabilidade criminal do Paciente, pela prática dos delitos



previstos nos artigos 138 e 140 do Código Penal, por ter ‘tecido considerações caluniosas e injuriosas em torno da figura do aludido magistrado; aleivosias essas lançadas no firme e deliberado propósito de atingir a honorabilidade do juiz do feito’ (cf. fl. 105); ‘de denegrir a sua honra como autoridade judiciária, espargindo imerecida nódoa, (...) na imagem da própria magistratura federal baiana’.

O crime previsto no artigo 138 do Código Penal (calúnia), segundo **Damásio E. de Jesus**, tem como conduta punível ‘atribuir a outrem, falsamente, a prática de fato definido como crime’. Incrimina-se, assim, o comportamento de quem atribui a terceiro, falsamente, a prática do crime, tendo como elemento subjetivo do tipo, em primeiro lugar, o dolo de dano, ou seja, ‘o sujeito tem a intenção de macular a reputação da vítima’, ou seja, a sua honra objetiva. ‘O momento consumativo da calúnia ocorre no instante em que a imputação chega ao conhecimento de um terceiro que não a vítima’. (in *Direito Penal*, 2<sup>a</sup> vol., parte especial, Saraiva, 21<sup>a</sup> ed., 1999, pp. 210/212).

Na espécie, imputa-se ao referido magistrado o crime de prevaricação, consistente em ‘retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal’ (artigo 319, CP) e, no particular, destaco o seguinte trecho da denúncia, instruída pelos respectivos documentos, que, em tese, configura a conduta acima descrita:

‘As ofensas irrogadas pelo *denunciado* (...) atribuiu ao magistrado postura de juiz interessado no julgamento da causa (v. fl. 27), sem, contudo, indicar, de forma clara e objetiva, nem, muito menos, comprovar o interesse alegado. Assim, (...) nem de longe, demonstrado – deixou nítido o causídico ora *denunciado* seu franco e único objetivo de injuriá-lo, mediante a insinuação de que, na condução do processo, estivera a dar vazão a sentimento pessoal.

(...) o causídico, ora *denunciado*, de novo, atribuiu ao magistrado, na mesma peça processual, a prática do delito de prevaricação (art. 319 do CP), quando, após insinuar que o Diretor de Secretaria da 3<sup>a</sup> Vara Federal lhe teria criado obstáculos para retirar os autos da execução, registrou, textualmente, que tal teria se dado ‘deserto com o conhecimento e anuência’ do juiz, que, em outras palavras, estaria, deliberadamente, possibilitando, com

sua concordância ou omissão, fossem criados embaraços ao exercício da atividade advocatícia do *denunciado*, para satisfazer interesse ou sentimento de ordem pessoal.

A intenção de ofender o Dr. Antônio Cláudio Macedo da Silva, na petição da exceção (**animus injuriandi**), restou ainda mais evidente, quando, em 11 de março do ano fluente, dez dias após a arguição da Exceção de Suspeição n. 99.1922-2, distribuída em 1.3.1999, o Bel. Gabino Kauark Kruchewsky fez publicar um artigo no jornal A Tarde, intitulado Notas de Ontem e de Hoje (fl. 49), reafirmando, ali, ainda que de forma sutil e encoberta, as ofensas que já exteriorizara na peça de exceção.' (cf. fl. 108).

Quanto à 'injúria', prevista no artigo 140 do Código Penal, é a ofensa à dignidade ou ao decoro de outrem, protege a honra subjetiva, que constitui o sentimento próprio a respeito dos atributos físicos, morais e intelectuais de cada um. E também discorrendo sobre o tema, esclarece **Damásio Evangelista de Jesus**:

'Dignidade é o sentimento próprio a respeito dos atributos morais do cidadão. Decoro é o sentimento próprio a respeito dos atributos físicos e intelectuais da pessoa humana. Assim, a honra subjetiva pode ser dividida em honra-dignidade e honra-decoro. No primeiro caso, trata-se dos atributos morais; no segundo, dos dotes físicos e intelectuais. Se o sujeito chama a vítima de analfabeto, lhe está ofendendo a honra-decoro. Se a chama de cafajeste, ofende-lhe a honra-dignidade.' (ob. cit., fl. 221).

Exige-se o dolo de dano, direto ou eventual, consubstanciado na vontade de o sujeito causar dano à honra subjetiva da vítima. O dolo de dano, entretanto, não é suficiente para integrar o tipo, é imprescindível que o sujeito aja com o denominado elemento subjetivo do tipo (ou elemento subjetivo do injusto), que imprima seriedade à sua conduta.

Vejamos os fatos imputados ao Paciente.

Consta da denúncia que o *denunciado*, na investida contra a honra subjetiva da vítima, apontou na peça processual de exceção, no tocante ao posicionamento do juiz da causa, a existência de 'um silêncio dolorosamente comprometedor de seu saber e da sua parcialidade' (fl.

37), evidenciando, destarte, o verdadeiro desiderato de atingi-lo, conspurcando-lhe a dignidade e o decoro funcionais.

Consta, ainda, as seguintes expressões, destaco:

‘Tumultuando o iter processual, e estabelecendo a cizânia, o Excepto, fazendo vistas grossas, a um fato inconsusso e de geral conhecimento, inclusive dos iniciantes em Direito...’ (fl. 29) (grifei).

E, prossegue a denúncia, anotando que o denunciado comparou o magistrado ofendido aos juízes ‘tardineiros’ de que falava **Ruy Barbosa**, ao escrever, **verbis**:

‘É de lamentar-se o desempenho do ilustre Excepto no feito que imereceu um só despacho seu, frentes às repetidas e quase cansativas postulações feitas pela Excipiente, em derredor de matéria da mais alta relevância face à **vexata quaestio**, impossibilidade, essa, que traz o grande **Ruy** à baila, na Oração aos Moços: ‘Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardineiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando’.”

E, no mesmo diapasão, encontra-se consignado no referido artigo publicado no jornal A Tarde, intitulado Notas de Ontem e de Hoje (cf. fl. 110):

‘Outra passagem que muito me impressionou trazida a lume por **Nelson Carneiro**, na obra fundamental A Nova Ação de Alimentos, diz respeito a legendário rei de Portugal, cuja leitura se recomenda aos juízes tardineiros, lentos nas decisões:’

Do mesmo artigo extraio, **verbis**:

‘Mas, um dia desses, deparei-me com um despacho de jovem magistrado, de futuro aparentemente promissor, publicado no Diário da Justiça, através do qual recomendava explicitamente aos

advogados da causa que, nas manifestações determinadas, não fossem eruditos e nem se utilizassem da retórica.

Pasmo, consultei o velho Aurélio, a ver se erudição tinha significado outro, além daquele que aprendi nos bancos escolares. Não, foi a resposta: erudição continuava sendo instrução vasta e variada, adquirida sobretudo pela leitura, sabedoria; fiz o mesmo com o verbete retórica. Idem, continuava sendo eloquência.

Cisme, e, mais que isso, contristei-me.

Claro que vejo, sinto e sofro o desprestígio do verbo, reduzido a quase nada face à imagem e ao som. Costumo até dizer que as novas gerações compor-se-ão, de futuro, de iletrados e surdos: iletrados porque poucos são os que lêem, surdos porque os sons estridentes têm que ser ouvidos na maior altura.

Contristei-me, sim, porque, sem embargo do despreparo dessas novas ‘fornadas’ de bacharéis, imaginei que o Judiciário ainda não tivesse sido contaminado pelo mau gosto, no que toca à redação das peças processuais, que preferisse – pelo menos na pessoa de um juiz, que assim publicamente entremostrou – os termos chulos e rasos, os textos pobres e opacos, sem o brilho da erudição, isto é, do saber, e o rebrilho da eloquência, isto é, da boa retórica.

Lembrei-me de **Ruy**, patrono da cultura nacional, e de sua verberação a quantos se opunham à instrução pública:

‘A ignorância é a mãe de todas as misérias!’

Após a leitura de tão ‘rútilo’ despacho, só não chorei porque não tenho mais lágrimas para essas e outras; meu ‘couro’ já está grosso, de dar e tomar pancadas ...’ (cf. fls. 111/112).

Ora, também, nesse ponto, como se pode verificar dos termos acima expostos, não se pode afastar de pronto a existência, em tese, de crime de injúria.

Com efeito, na injúria, esclarece **Júlio Fabbrini Mirabete**, ‘não há imputação de fatos precisos e determinados como na calúnia e na difamação. Refere-se ela à manifestação de menosprezo, ao conceito depreciativo; mencionam-se vícios ou defeitos do sujeito passivo, ou

mesmo fatos vagos e imprecisos desabonadores que não chegam a integrar outro crime contra a honra’.

E, mais adiante, acrescenta: ‘Pode a injúria ser praticada pelos mais variados meios, como por escritos, desenhos, gestos, meios simbólicos, comportamentos, etc.’ (in Manual de Direito Penal, vol. 2, Atlas, 3ª ed., p. 146).

De acrescentar, ademais, que saber se o Paciente, através das manifestações consignadas na referida peça de exceção de suspeição de parcialidade, teve a vontade de ofender a honra subjetiva do sujeito passivo e atingir a sua honra objetiva, é questão que envolve dilação probatória, o que é incabível na via estreita do **habeas corpus**.

A propósito, sobre a matéria veiculada nos presentes autos, assim decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal:

‘**Habeas corpus**. Inviolabilidade do advogado. CF/1988, art. 133. Ofensas morais irrogadas em juízo e dirigidas ao magistrado. Valor relativo da garantia constitucional. Inviabilidade do **habeas corpus** para efeito de discussão das excludentes anímicas. Ordem indeferida.

– A proclamação constitucional da inviolabilidade do advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, traz uma significativa garantia do exercício pleno dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica a esse indispensável operador do Direito.

– A garantia da intangibilidade profissional do advogado não se reveste, contudo, de valor absoluto, eis que a cláusula assecuratória dessa especial prerrogativa jurídico-constitucional expressamente a submete aos limites da lei.

– A invocação da imunidade constitucional, necessariamente sujeita às restrições fixadas pela lei, pressupõe o exercício regular e legítimo da advocacia. Revela-se incompatível, no entanto, com práticas abusivas ou atentatórias à dignidade da profissão ou às normas ético-jurídicas que lhe regem o exercício.

– O art. 142 do Código Penal, ao dispor que não constitui injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador – excluídos, portanto, os comportamentos caracterizadores de calúnia (RTJ

92/1.118) – estendeu, notadamente ao advogado, a tutela da imunidade judiciária, desde que, como ressalta a jurisprudência dos Tribunais, as imputações contumeliosas tenham relação de pertinência com o **thema decidendum** (RT 610/426 – RT 624/378) e não se refiram ao próprio juiz do processo (RTJ 121/157 – 126/628).

– O **habeas corpus** não constitui meio processual adequado à análise das excludentes anímicas – **animus defendendi**, **animus narrandi**, **animus consulendi**, v.g., –, cuja concreta ocorrência teria o efeito de descaracterizar a intenção de ofender.

– O remédio heróico não se presta, em função de sua natureza mesma e do caráter sumaríssimo de que se reveste, à indagação probatória efetivada com o objetivo de apurar, a partir dos elementos instrutórios produzidos nos autos, a ocorrência de justa causa para a ação penal ou para a condenação criminal.

– Ordem indeferida.’ (HC n. 69.085-RJ, Primeira Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.3.1993).

‘**Habeas corpus**. Advogado. Inviolabilidade. Crime contra a honra. A inviolabilidade, a que se refere o art. 133 da Constituição Federal, protege o advogado, por seus atos e manifestações, no exercício da profissão, encontrando, porém, limites na lei.

– Hipótese em que o advogado, inconformado com a sentença, no recurso, não se restringiu ao debate jurídico da questão, mas investiu contra a honra do juiz, imputando-lhe fatos ofensivos à sua reputação.

– Denúncia por difamação e injúria. Teor das expressões assacadas contra o magistrado que afasta, desde logo, a alegação de falta de justa causa para a ação penal.

– Limites da imunidade judiciária. Código Penal, art. 142, I.

– **Habeas corpus** indeferido.’ (HC n. 69.366-SC, Segunda Turma, rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 12.3.1993).

Compulsando os presentes autos, verifico que a exceção de suspeição encontra-se fundamentada no artigo 135, inciso V, do Código de Processo Civil que assim dispõe:

‘Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

(...)

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.’

Ocorre que a leitura das razões da exceção de suspeição, constituída de vinte e uma (21) laudas, não revela de forma clara e objetiva porque o ofendido tem interesse no julgamento dos Embargos à Execução n. 97.7845-6, em favor da Caixa Econômica Federal, o que implica, em princípio, na inexistência de pertinência das imputações contumeliosas com o **thema decidendum**, mas com o próprio juiz do processo, além dos limites delimitados no mencionado artigo 135, inciso I, do Código de Processo Civil, o que ficou, inclusive, evidenciado com a publicação do referido artigo no jornal A Tarde.”

Examinando detidamente essa fundamentação e confrontando-a com os demais elementos constantes dos autos, constato que se houve com acerto o Tribunal **a quo**.

Com efeito, é sabido que o **habeas corpus** não se presta ao exame da falta de justa causa para a ação penal se isso reclama detido revolver de provas, nem é o meio adequado para examinar o elemento subjetivo da infração. O trancamento da ação penal ou de inquérito policial, mediante o *writ*, é hipótese excepcional que somente se justifica quando demonstrado inequivocamente que o fato apontado não constitui crime ou inexistiu, ou quando ausente qualquer elemento indiciário da participação do indiciado ou denunciado nos fatos apurados, ou, ainda, quando se acha extinta a punibilidade. Nesse sentido, a iterativa jurisprudência desta Corte:

“Processo Penal. RHC. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Denúncia inepta. Falta de justa causa.

(...)

2. Em sede de **habeas corpus**, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, (1) desponta a inocência do acusado, (2) a atipicidade da conduta ou (3) se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie.

3. Recurso improvido.” (RHC n. 6.305-SP, DJ de 13.10.1997, p. 51.646, relator Ministro Fernando Gonçalves).

“**Habeas corpus**. Trancamento da ação penal. Alegação de falta de justa causa. Descabimento.

– O trancamento da ação penal só excepcionalmente é de ser admitido, em casos de evidência absoluta que, nem mesmo em tese, o fato constitui crime, de vez que a estreita via eleita não se presta ao exame de provas, a não ser para apreciar a existência ou não da legalidade do ato, mas nunca para saber se há ou não procedência na imputação, se ocorre ou não justa causa para a ação penal, aspectos que demandam aprofundado exame de provas, o que só poderá ser feito no decorrer normal da instrução.

– Ordem denegada”. (HC n. 346-RJ, Sexta Turma, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJ de 5.8.1996, p. 26.368).

**In casu**, da leitura da cópia da denúncia, acostada às fls. 19/29 e dissecada atentamente no v. aresto hostilizado, observa-se, consoante salientou a Corte **a quo**, que a **imputatio facti** apresenta claramente situação típica atribuída ao Paciente, estando formalmente apta para instaurar o processo-crime em questão, pois atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e narra, com todos os elementos indispensáveis, a existência, em tese, dos crimes de calúnia e injúria, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Assim, não há falar em falta de justa causa para a ação penal, ao argumento de serem atípicos os fatos narrados na peça acusatória.

No que concerne às alegações de que as expressões consideradas leves à honra do magistrado teriam sido proferidas no estrito desempenho da atividade profissional do Paciente, acobertado pela imunidade judiciária contemplada no art. 133 da Constituição Federal e reproduzida nos arts. 142, inciso I, do Código Penal, e 2º, § 3º, do Estatuto da Advocacia, cumpre assinalar, primeiramente, que é pacífico o entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte no sentido de que tal imunidade não abrange a ofensa irrogada contra o juiz da causa:

“(…)

II – A imunidade prevista no inciso I do art. 142 do Código Penal, não abrange ofensa dirigida ao juiz da causa. Precedentes do STF.

III – No caso, a denúncia descreve crime em tese – difamação, art. 139 do Código Penal.



IV – Recurso improvido.” (RHC n. 69.619-SP, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 20.8.1993).

“Penal. Processual. Advogado. Imunidade judiciária. Extinção da punibilidade. **Habeas corpus**. Recurso.

1. Advogado que pratica crime contra a honra de juiz não se apresenta acobertado pelo benefício da imunidade judiciária.

2. Apreciação pelo juízo monocrático do pedido de extinção de punibilidade, é de se julgar prejudicada a impetração com este objetivo.

3. Recurso julgado prejudicado.” (RHC n. 4.978-SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 13.10.1997).

Não menos pacífico é o entendimento de que a referida excludente não alcança o crime de calúnia, mas, tão-somente, a injúria e a difamação. E, mesmo quanto a estes últimos, têm a doutrina e a jurisprudência entendido que tal imunidade não se reveste de caráter absoluto, somente podendo ser reconhecida quando as ofensas irrogadas estejam em estreita conexão com o direito de ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e se apresentem imprescindíveis ao exercício da nobre atividade advocatícia. À guisa de exemplo, cito:

“Recurso em **habeas corpus**. Crimes contra a honra. Trancamento da ação penal por atipicidade da conduta. Inocorrência. Imunidade judiciária. Ausência de dolo. Inviabilidade de apreciação em sede de **habeas corpus**.

Em sede de **habeas corpus**, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie.

*A imunidade judiciária contemplada no art. 133 da Constituição Federal e no art. 142, inciso I, do Código Penal, não alcança o crime de calúnia, mas tão-somente a injúria e a difamação.*

*Quanto a estes, tal imunidade não se reveste de caráter absoluto, sendo imprescindível perquirir se as ofensas irrogadas guardam correlação direta com o direito defendido em juízo, providência essa que demanda exame aprofundado de provas, incabível, pois, na via estreita do **habeas corpus**.*

*Inviável apreciar a alegação de que o causídico não teria atuado com o **animus** de ofender as pretensas vítimas, porquanto não é o **habeas corpus** instrumento hábil para se aferir o elemento subjetivo da infração.*

Recurso desprovido.” (RHC n. 9.277-PB, de minha relatoria, DJ de 4.9.2000).

“Penal. Processual. Crime contra a honra. Advogado. Imunidade. Ausência de dolo. **Habeas corpus**. Recurso.

1. A Constituição Federal assegura ao advogado, inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão (CF, art. 133).

*A imunidade judiciária, não obstante, não acoberta crime, em tese, de calúnia (CP, art. 142).*

2. *Determinar se houve conexão entre a ofensa e o exercício da defesa de um direito em juízo, requisito primordial para a caracterização da excludente suscitada (CP, art. 142), é matéria afeta à instrução criminal.*

3. *Havendo controvérsia de fatos e provas, o trancamento prematuro da ação penal seria o mesmo que cercear a pretensão acusatória do Estado. As provas, em **habeas corpus**, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes.*

4. Recurso a que se nega provimento.” (RHC n. 9.299-SC, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 21.2.2000).

“Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Queixa-crime. Recebimento. Fundamentação. Calúnia. Imunidade judiciária. Inocorrência. Princípio da indivisibilidade da ação penal. Violação. Ausência. Dolo. Decadência. Apreciação. Impossibilidade.

I – Reiterada jurisprudência desta Corte no sentido de que o recebimento da denúncia ou queixa-crime dispensa fundamentação (art. 516 do CPP).

II – *A imunidade judiciária prevista no art. 142, I, do CP, e no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994 não abrange o crime de calúnia.*

*Precedentes.*

III – Inocorrência de violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal privada se os terceiros excluídos da queixa-crime apresentaram em juízo afirmações diversas das imputadas aos querelados, além de terem sido proferidas em local, tempo e processo diversos.

IV – *Se as alegações de falta de justa causa e decadência da ação*

*penal exigem, para a sua confirmação, o minucioso cotejo analítico do material cognitivo, então elas não podem ser valoradas na estreita via do writ.*

Recurso desprovido.” (RHC n. 9.038-RS, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 14.2.2000).

**In casu**, os fatos imputados ao Paciente consistiram em imputação de crime de prevaricação e ofensas pessoais que não guardam relação com a discussão da causa, fatos que, por óbvio, não se inserem no âmbito de incidência da imunidade judiciária, consoante restou demonstrado cabalmente pelo julgado recorrido.

Note-se que o simples fato de estarem as expressões ofensivas contidas na própria petição de exceção de suspeição de parcialidade, não lhes confere automaticamente a qualidade de “expressões formuladas em função da causa defendida”. No particular, obtemperou com propriedade o Ministério Público Federal, às fls. 416/417, **verbis**:

“Cumpre, por fim, ressaltar que é irrelevante o fato de as supostas ofensas contra o magistrado terem sido feitas em exceção de suspeição, haja vista que tais ofensas constituem, em tese, os crimes de calúnia e injúria, devendo, por conseguinte, responder a parte ou o seu procurador pela prática dos mesmos. A exceção de suspeição do juiz, oposta pelo advogado com poderes especiais, não acoberta ofensas, sobretudo quando as mesmas, em tese, configuram infrações penais. Não é, pois, o incidente processual em referência causa de exclusão da tipicidade de ofensas infligidas ao julgador. A suspeição, saliente-se, assenta nos motivos legais, taxativamente, elencados no art. 254 do Código de Processo Penal, os quais retratam, tão-somente, situações em que a parcialidade do juiz poderia ser posta em dúvida, sendo, por conseguinte, recomendável o seu afastamento. São situações que nem de longe legitimam a imputação ao magistrado de ofensas que, em tese, constituem crimes.”

De outro lado, inviável a apreciação da alegação de que o causídico não teria atuado com o **animus** de ofender a honra do magistrado. Ora, para aferir o elemento subjetivo da infração também seria necessário um exame aprofundado de provas, providência incompatível com a via estreita do *writ*.

Em consonância com todas essas diretrizes, a Corte Estadual denegou a ordem impetrada, em acórdão muito bem fundamentado e que não merece

qualquer censura, por refletir inclusive o posicionamento jurisprudencial desta Corte e do Excelso Pretório.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso, ficando cassada a liminar.

---

## RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 11.474 – MT

(Registro n. 2001.0075885-9)

Relator: Ministro Edson Vidigal  
Recorrente: Joaquim Euzébio de Figueiredo  
Advogado: Marco Aurélio Campos de Toledo  
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso  
Paciente: Joaquim Euzébio de Figueiredo  
Sustentação oral: Cláudia Viana Garcia (pelo recorrente)

**EMENTA:** **Habeas corpus** – Representação contra juiz em face de demora na análise de processo judicial – Injúria, difamação e calúnia – Ausência de justa causa – Lei n. 8.906/1994.

1. No cumprimento do seu dever de ofício, ou seja, na ação restrita à causa de seu patrocínio, o advogado tem a cobertura de imunidade profissional, em se tratando de crime contra a honra. (Lei n. 8.906/1994, art. 7<sup>º</sup>, § 2<sup>º</sup>).

2. Não obstante a impropriedade verbal em representação intentada contra magistrados, por demora na tramitação de processos, sob seu patrocínio profissional, situação esta por nenhum momento contestada, não há como se concluir, no caso, pela ocorrência de falsa imputação de fato definido como crime.

3. Recurso provido.

## ACÓRDÃO

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

e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso para trancar o inquérito policial e, por maioria, negar a proposta de solicitação de informações à Corregedoria de Justiça do Estado do Mato Grosso. Os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Relator quanto ao provimento do recurso. Os Ministros Relator e José Arnaldo da Fonseca votaram vencidos quanto ao pedido de solicitação.

Brasília-DF, 28 de agosto de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

---

Publicado no DJ de 4.2.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Sentindo-se prejudicado pela demora no julgamento de processos em que atua como advogado, na Comarca de Barra do Garças-MT, Joaquim Euzébio de Figueiredo, senhor de oitenta e dois anos, ex-Juiz de Direito, casado e advogado, representou junto à Corregedoria Geral do Estado do Mato Grosso.

Dentre os citados na representação está o Juiz da 2ª Vara Cível daquela Comarca, Abel Balbino Guimarães que, julgando-se ofendido na sua honra, queixou-se ao Ministério Público, dizendo-se vítima de injúria, calúnia e difamação.

Intimado a prestar esclarecimentos à autoridade policial, impetrou, em causa própria, **habeas corpus** no Tribunal de Justiça do Mato Grosso, requerendo o trancamento do inquérito policial, alegando falta de justa causa.

A ordem foi denegada, e ementada assim a decisão:

“Ementa: Processual Penal. **Habeas corpus**. Trancamento de inquérito policial. Falta de justa causa. Impossibilidade. Manifestação injuriosa e difamatória. Crime em tese. Índícios de autoria. Imunidade penal judiciária. Inocorrência. Mero procedimento administrativo investigatório. Constrangimento ilegal inexistente. Decisão unânime. Ordem denegada.

Não se há de proteger com o manto da imunidade penal judiciária o advogado que acusa, mediante representação, servidores e órgãos

públicos de estarem mancomunados com interesses escusos quando tais imputações fundadas na morosidade da tramitação processual não guardam nenhuma relação com a discussão das causas.

Se, por irresponsabilidade ou má-fé, o Impetrante-paciente irrogou fatos que constituem não apenas ofensas morais, mas que tipificam crime, impõe-se a apuração em inquérito policial e ação penal.

Em se tratando de inquérito policial de procedimento administrativo investigatório em que não há acusação formal, a sua instauração não configura constrangimento ilegal a ser debelado pela via do **habeas corpus**, salvo em hipóteses excepcionais de atipicidade manifesta ou evidente impossibilidade de ser o Paciente o autor do delito.”

Neste recurso ordinário, alega não ter feito nada além de exercer um direito assegurado pelo Regimento Interno do Tribunal, que não pode ser erigido à condição de ilícito penal, sob pena de configuração de repugnante “espírito corporativista, que inspira mesmo a tese daqueles que comungam da necessidade do controle externo do Poder Judiciário”.

Acrescenta que, não obstante a aspereza de suas palavras, ditadas pela irresignação e revolta pela demora no provimento judicial, não houve qualquer intenção de ofender o juiz, tampouco de lhe imputar qualquer cometimento de crime.

Em parecer de fls. 224/228, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo não-provimento do recurso.

*Relatei.*

## VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, o procedimento investigatório contra o advogado Joaquim Euzébio busca apurar suposto cometimento dos crimes de injúria, difamação e calúnia ao representar à Corregedoria de Justiça reclamando da demora nos processos em que é parte, na Comarca de Barra do Garças-MT.

O Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n. 8.906/1994, assim assegura:

“Art. 7<sup>o</sup> ...

§ 2<sup>o</sup>. O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua

parte, no exercício de sua atividade em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.”

Logo, como Joaquim Euzébio entrou com a representação na condição de advogado, não obstante em defesa de direito próprio, não há falar-se em apuração de cometimento dos crimes de injúria e difamação.

Alguns doutrinadores entendem pela aplicação do artigo também para o caso de calúnia. Nesse sentido, as palavras de **Damáσιο de Jesus**:

“A Constituição Federal de 1988, em seu art. 133, tornou o advogado ‘inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’. Concedeu-lhe a imunidade penal judiciária (material), semelhante à dos parlamentares (CF, art. 53, **caput**). Vide art. 7<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e OAB). Trata-se da causa de isenção profissional de pena, com efeito extintivo da punibilidade da pretensão punitiva. Significa que não responde por eventuais delitos contidos em seus atos e manifestações orais e por escrito (petições, razões, debates, etc.), como a calúnia, a difamação, a injúria e o desacato. Impede o inquérito policial e a ação penal. Exige-se estreita relação entre a eventual ofensa e o exercício da profissão (defesa de um direito).”

Apesar de coadunar do mesmo posicionamento, mesmo que entendesse de forma contrária, não há como se vislumbrar neste caso eventual cometimento do crime de calúnia pelo ora recorrente.

Destaco a parte pertinente da representação que deu ensejo à abertura do inquérito policial:

“Longo e penoso tem sido o calvário do representante e sua esposa, no que se refere à transmissão de bem imóvel de sua propriedade, procedida fraudulentamente, com o concurso dos Cartórios de Registro de Imóveis das Comarcas de Aragarças-GO e Barra do Garças-MT, e na busca da prestação jurisdicional tendente a tornar os fatos ao seu **status quo ante** com a exemplar punição dos culpados. O concurso criminoso dos titulares do Juízo e Ofício Imobiliário suso mencionados, bem assim do serventuário da Justiça nominado, mancomunados que estão com interesses escusos do espólio de João Marques de Oliveira, nos autos de Inventário de Bens n. 423/1996, do Juízo da 2<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Barra do Garças-MT, afrontam os mais elementares princípios de Direito e os propósitos de moralidade, rápida

e eficaz distribuição da Justiça, que inspiram o ânimo desta egrégia Corregedoria Geral de Justiça.

(...) O emperramento da marcha processual nos feitos e incidentes que são partes o representante e seu cônjuge na Comarca de Barra do Garças-MT, foge à normalidade, esta já repudiada no cotidiano forense e já não querida pela maciça maioria dos representantes do Poder Judiciário nacional, do qual este nobre Corregedor e, sem chance de equívoco, um dos exemplares representantes, daí porque a medida extrema da representação como remédio saneador da omissão criminosa, da indolência que à injustiça conduz, da parcialidade danosa, enfim, para podar rente os propósitos escusos de todos os que se irmanaram para prejudicar os direitos de cidadania e patrimonial do representante.”

Em seu recurso, alega José Euzébio ter sido áspero na utilização das palavras em razão do seu natural inconformismo com a demora na análise dos processos em que apontava suposta fraude perpetrada contra ele na venda de um imóvel de sua propriedade.

Esclarece que ao utilizar o termo ‘concurso criminoso’, por nenhum momento quis imputar o cometimento de qualquer crime pelos magistrados apontados, querendo somente demonstrar o seu sentimento de repugnância frente à demora na análise dos feitos.

Em que pese a agressividade das alegações tecidas pelo ora paciente na referida representação, consigno não ter restado configurada qualquer ofensa direta à honra do juiz, mas tão-somente uma grande irresignação, por parte de José Euzébio, com a delonga do trâmite dos referidos feitos na Comarca.

Sem embargo da incisiva argumentação tecida no procedimento questionado, não há como se concluir que o Recorrente tenha tido a intenção de imputar falsamente qualquer prática de crime pelo magistrado, cumprindo observar que o tema central da representação – o atraso no trâmite de determinados processos, não foi por nenhum momento refutado, impondo-se, assim, a meu ver, o reconhecimento de ausência de justa causa para o prosseguimento do processo investigatório.

Pelo que dou provimento ao recurso ordinário, para determinar o trancamento do inquérito policial.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, voto pelo trancamento do inquérito, sem adendo.



**VOTO-VENCIDO (EM PARTE)**

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Sr. Presidente, quero, com a permissão de V. Ex.<sup>as</sup>, fazer um singelo registro.

Com a vênia do Sr. Ministro Edson Vidigal, confio inteiramente no Poder Judiciário. Dou-lhes dois exemplos concretos: um, o do Sr. Ministro-Relator que, há pouco, ganhou uma postulação antiga, dez anos; e, o outro, aquele em que eu e alguns colegas do Ministério Público Federal fomos vítimas de arbitrariedades praticadas pelo então Presidente do Congresso Nacional, pelo então Procurador-Geral da República, pelo Ministro da Justiça, também ganhamos no egrégio Supremo Tribunal Federal. Portanto, acredito na Justiça.

Precisamos tornar eficazes as sentenças e decisões que aqui realizamos. Agora que assumimos a Presidência da Terceira Seção, deparamos com um mandado de segurança concedido há dois anos e que não foi, devidamente, cumprido, mas lhe daremos o devido cumprimento.

Não é possível que fatos levados ao conhecimento do Corregedor, que, em tese, tipificam delitos, não se tenha a notícia de providências por parte da Corregedoria. Solicito ao eminente Ministro-Presidente que officie ao Corregedor do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso para que informe a esta Corte, no prazo fixado por V. Ex.<sup>a</sup>, as providências a serem tomadas, porque sua omissão pode, inclusive, implicar em crise de prevaricação.

Acompanho integralmente o voto do eminente Ministro-Relator, dando provimento ao recurso e determinando o trancamento do inquérito, com esse adendo, o qual gostaria que V. Ex.<sup>a</sup> submetesse ao crivo dos eminentes pares.

---

---

**RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 11.847 – SP**

(Registro n. 2001.0111563-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp  
Recorrente: Armando Ciccone  
Advogados: Marcelo Rosa e outro  
Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo  
Paciente: Armando Ciccone

**EMENTA:** Criminal – RHC – Lei n. 9.099/1995 – Intimação via telefônica – Validade – Intimação não procedida com as cautelas necessárias – Prejuízo – Nulidade configurada – Recurso provido.

I – Os procedimentos da Lei n. 9.099/1995 são regidos pela informalidade, contemplando a intimação por “qualquer meio idôneo de intimação” – art. 67 da Lei n. 9.099/1995, incluindo-se, aí, a intimação via telefônica.

II – A par da informalidade, a intimação deve ser realizada com as cautelas necessárias à obtenção de sua finalidade.

III – Evidenciada a ocorrência de prejuízo para a defesa, é de rigor a anulação da intimação realizada em pessoa diversa daquela que se pretendia intimar.

IV – Recurso provido para declarar a nulidade do feito, a partir da audiência preliminar.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, deu provimento para declarar a nulidade do feito, a partir da audiência preliminar. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 26 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

---

Publicado no DJ de 8.4.2002.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 141/143, **in verbis**:

“Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto por Armando Ciccone contra v. aresto do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que denegou ordem originária onde o

Recorrente pretendia a nulidade de ação penal pela prática do delito de lesão corporal, aos argumentos de que nula a sua intimação para a audiência preliminar de composição de danos civis (art. 74 da Lei n. 9.099/1995). Por outro lado, que a audiência de composição não transcorreu em conformidade com a lei, já que com nítido caráter intimatório.

O v. acórdão recorrido julgou improcedente a ordem, aos fundamentos assim anotados, na parte que interessa:

‘Das informações prestadas e documentos que a instruíram, tem-se que o Paciente figurou como autor do fato em termo circunstanciado de ocorrência policial, em face da prática do delito de lesão corporal dolosa.

Foi intimado, via telefone, para audiência inicial, na qual não compareceu. A vítima ofereceu representação.

Designada audiência em nova data, o Paciente não aceitou proposta de composição civil, apesar da redução e parcelamento, proposto pelo Juiz de Direito.

Posteriormente, o Ministério Público ofereceu denúncia, formulando proposta de suspensão condicional do processo, esta ainda sujeita à apreciação do Paciente.

Contrariamente ao alegado pelo Paciente, foi ele regularmente intimado, por telefone, para comparecer à audiência preliminar, que seria realizada no Fórum local. Não trouxe qualquer prova no sentido de que da intimação não tivesse tomado conhecimento.’ (fl. 103 dos autos).

O apelo repisa os argumentos expostos na inicial.”

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fl. 143).

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso ordinário

em **habeas corpus**, interposto em favor de Armando Ciccone, contra decisão proferida pela Décima Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que indeferiu *writ* ali impetrado, através do qual se pretendia a anulação de procedimento instaurado sob a égide da Lei n. 9.099/1995.

Consta dos autos que o Paciente foi apontado, em termo circunstanciado, como autor de lesões corporais leves, motivo pelo qual se iniciou procedimento nos termos da Lei n. 9.099/1995.

O Paciente teria sido intimado, via telefone, da realização da audiência preliminar, à qual não compareceu. Em face de sua ausência, foi oferecida representação pela vítima.

Nova audiência foi designada. Desta vez, a realização contou com a presença do Paciente, intimado via carta precatória. Formulada proposta de composição civil, esta foi recusada pelo Paciente, que entendeu inviável o valor que lhe foi proposto.

Oferecida a denúncia e proposta a suspensão condicional do processo pelo *Parquet*, foi manejado **habeas corpus** em favor do Paciente, visando à anulação do procedimento, por vício de intimação.

Denegado o *writ*, foi interposto o presente recurso, onde se repisam os argumentos previamente deduzidos, no sentido da invalidade da intimação via telefone, que não teria sido realizada com as cautelas necessárias, causando constrangimento ilegal, posto que restou inviabilizada a audiência preliminar, ocasião em que poderia ter havido composição nos termos do art. 74 da Lei n. 9.099/1995.

O cerne da questão é saber se a intimação pode ser realizada por meio telefônico, nos procedimentos da Lei n. 9.099/1995.

Os procedimentos da Lei n. 9.099/1995 são regidos pela informalidade, com vistas a privilegiar a celeridade processual, em feitos que apuram infrações consideradas de menor potencial ofensivo.

Em face disso, a Lei dos Juizados Especiais previu, ao lado das formas tradicionalmente consagradas, a intimação por “qualquer meio idôneo de comunicação” (art. 67 da Lei n. 9.099/1995), incluindo-se, aí, a intimação via telefônica.

Contudo, apesar de a informalidade ser a característica primordial desses procedimentos, não há que se perder de vista que a intimação deva ser sempre realizada de forma cautelosa, de maneira que se tenha a certeza de

que sua finalidade – dar conhecimento à parte de algum ato ou momento processual, foi alcançada de forma eficaz.

Dessa forma, tenho que, no caso dos autos, a intimação realizada não foi acompanhada de todos os cuidados necessários à sua legitimação.

Da certidão expedida pelo Sr. Oficial de Justiça, à fl. 17, verifica-se que a intimação do Paciente, realizada via telefone, foi efetivada na pessoa da Sra. Angélica, reputada secretária do comércio denominado Amici Imóveis, e de quem não consta sequer o sobrenome. De fato, há dúvida suficiente no sentido de que o Paciente poderia não ter tido ciência da audiência a ser realizada no Juizado Especial.

É cediço que, em se tratando de nulidade no processo penal, tem-se como princípio básico o disposto no art. 563 do CPP, ou seja, só se declara nulidade quando evidente, de modo objetivo, efetivo prejuízo para o acusado. Tal prejuízo restou evidenciado **in casu**, pois, da ausência do Paciente na primeira audiência realizada, decorreu a representação contra sua pessoa, o que poderia ter sido evitado, caso houvesse sido levada a efeito, naquela oportunidade, a composição prevista no art. 74 da Lei n. 9.099/1995.

Diante disso, dou provimento ao recurso para declarar a nulidade do feito, a partir da audiência preliminar.

É como voto.

---

---

## RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 11.861 – MG

(Registro n. 2001.0114495-7)

Relator: Ministro Edson Vidigal  
Recorrente: Joaquim Vieira Filho  
Advogado: João Carlos Miguel Cardoso  
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais  
Paciente: Joaquim Vieira Filho (preso)

**EMENTA:** Penal – Processual – Crime contra os costumes – Maior de setenta anos, condenado ao regime semi-aberto – Moléstia grave – Prisão domiciliar – Indeferimento – Habeas corpus – Recurso.

1. A idade avançada, por si só, não garante ao condenado ao regime semi-aberto o direito à prisão domiciliar.
2. Se o recorrente deixa de trazer aos autos prova incontroversa de que depende de tratamento médico que não pode ser administrado nos locais e horários admitidos pela autoridade responsável, deve ser negado o benefício da prisão domiciliar.
3. Recurso em **habeas corpus** conhecido, mas não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 11 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

---

Publicado no DJ de 18.2.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Condenado, pela prática de atentado violento ao pudor, contra menor de quatorze anos, à pena de seis anos e oito meses de reclusão, em regime semi-aberto, Joaquim Vieira Filho quer cumprir a pena em prisão domiciliar. Isto, afirma, “em razão de estar doente, debilitado física, mental e psicologicamente, com problemas vasculares, de hipertensão arterial, *stress* emocional e doença prostática em fase de averiguação, aliado à sua idade avançada (79 anos)” (fl. 122).

A pretensão foi assim denegada pela origem:

“**Habeas corpus**. Prisão domiciliar. Impossibilidade de concessão. Regime prisional fixado no semi-aberto. Inteligência do art. 117 da LEP. Paciente que apresentou melhora em seu quadro de saúde. Ordem denegada. A prisão domiciliar, por força do art. 117 da LEP, é absolutamente incompatível com o regime semi-aberto. Se o sentenciado, portador de hipertensão arterial sistêmica, devidamente compensado

com tratamento clínico, não necessita de recolhimento em residência particular, tal situação não se adequa ao art. 117 da Lei n. 7.210, de 1984.”

Neste recurso, pede a reforma daquela decisão, para que “o Paciente possa ser recolhido à prisão domiciliar para tratamento de saúde, por um período de 30 (trinta) dias, quando deverá ser avaliado pelos peritos nomeados pelo juízo singular” (fl. 123).

O Ministério Público, nesta Instância, é pelo não-provimento.

*Relatei.*

### VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, a prisão domiciliar, via de regra, somente é admitida quando tratar, a hipótese, de réu inserido no regime prisional aberto. Diz a Lei n. 7.210/1984, art. 117:

“Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I – condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II – condenado acometido de doença grave;
- III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV – condenada gestante.”

Já decidimos, é certo, pela aplicação analógica de referido dispositivo a condenados a regime mais gravoso, se satisfeitos os comandos legais.

Não é o caso. Nada há, nestes autos, a indicar, de forma incontroversa, que o tratamento a que o Recorrente estaria submetido não pode ser ministrado nos locais e horários admitidos pela autoridade responsável. Ao contrário, informa o acórdão recorrido, tem ele recebido tratamento médico adequado, reportando, inclusive, “boa evolução” em seu quadro clínico (fl. 113).

A idade avançada, por si só, não basta à concessão do benefício, se não preenchidos os demais requisitos legais. Assim, tendo em vista que o Recorrente nada trouxe a fundamentar e comprovar o que alega, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

*É o voto.*

## **RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.288 – RJ**

(Registro n. 2000.0074964-8)

Relator:	Ministro Gilson Dipp
Recorrente:	Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro – Sindjustiça
Advogados:	Jorge Álvaro da Silva Braga Júnior e outros
Tribunal de origem:	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Impetrado:	Desembargador Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido:	Estado do Rio de Janeiro
Procuradores:	Patrícia Ferreira Batista e outros

**EMENTA:** Constitucional – Servidor público – Direito de greve – Ausência de legislação infraconstitucional regulamentadora – Eficácia limitada – Poder-dever da Administração em instaurar procedimento ou processo administrativo para averiguação de atos lesivos ao interesse público – Processo administrativo – Desrespeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa – Impossibilidade da antecipação da reprimenda, sem o respectivo desfecho do compêndio administrativo – Suspensão preventiva e relotação – Falta de motivação específica.

I – O direito de greve, nos termos do artigo 37, VII, da Constituição Federal, é assegurado aos servidores públicos. Todavia, o seu pleno exercício necessita da edição de lei regulamentadora. Com isso, “O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício. (Mandado de Injunção n. 20-DF, relator Min. Celso de Mello, DJ de 22.11.1996).

II – Nos termos do artigo 306 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, “A autoridade que tiver



ciência de qualquer irregularidade no serviço público é obrigada a promover-lhe a apuração imediata, por meios sumários ou mediante processo administrativo-disciplinar”. Neste contexto, escoreito o ato do Ex.<sup>mo</sup> Desembargador-Corregedor do Tribunal de Justiça Estadual, ao instaurar processo administrativo para apurar incidentes lesivos ao normal funcionamento do fórum. A edição da Portaria n. 17/1998 inspirou-se no princípio da legalidade, sendo defeso ao administrador furtar-se deste poder-dever.

III – O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito *líquido e certo*, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la, por ilegalidade ou abuso de poder. No caso em espeque, *não há direito líquido* a ser defendido, já que a pretensão do livre e pleno exercício de greve é *certo*, mas de eficácia limitada, pois carece de regulamentação infraconstitucional.

IV – Quanto às sanções “preventivas” aplicada aos grevistas, *suspensão e relotação*, da leitura da motivação tecida na Portaria n. 17/1998, não se verificam as circunstâncias especiais que levaram a Administração a mitigar os princípios basilares do processo (devido processo legal, contraditório e ampla defesa). Ao contrário, a fundamentação é clara ao traduzir mera antecipação dos resultados do compêndio administrativo. Desta forma, despicienda a imposição de qualquer pena intitulada “preventiva”, quando, em verdade, o que se pretende é a produção antecipada das reprimendas, sem o desfecho do respectivo processo. Aliás, quanto a este pormenor, tanto a suspensão quanto a relotação, só fariam sentido caso a permanência dos servidores inviabilizasse a consecução do processo, mais precisamente, na fase instrutória, momento especial onde o escopo maior é a minuciosa apuração dos fatos ensejadores da instauração do PAD.

V – Recurso conhecido e parcialmente provido, tão-somente, para afastar a suspensão preventiva e relotação dos servidores sindicalizados, já que as mesmas não foram motivadas de maneira pormenorizada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal

de Justiça. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, tão-somente, para afastar a suspensão preventiva e relocação dos servidores sindicalizados, já que as mesmas não foram motivadas de maneira pormenorizada. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 13 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

---

Publicado no DJ de 8.4.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro – Sindjustiça, com base na alínea **b**, inciso II do art. 105 da Constituição Federal, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, denegatório de mandado de segurança.

Na inicial do *writ*, o Impetrante pleiteia a anulação da Portaria n. 17/1998, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que instaurou processo administrativo-disciplinar e determinou a suspensão preventiva, com redução de vencimentos na proporção de 1/3 (um terço) durante o afastamento, bem como o cancelamento das lotações originárias e conseqüente disponibilidade ao Núcleo Especial da Corregedoria, de todos os servidores públicos que aderiram ao movimento grevista deflagrado no dia 31 de julho de 1998.

Todavia, antes do julgamento do **mandamus**, a autoridade coatora noticiou a revogação da suspensão preventiva e cancelamento da lotação com relação a trinta e dois servidores (fls. 36/37).

Conclusos os autos para julgamento, o Colegiado decidiu a lide, oportunidade em que a ementa restou assim vazada:

“Mandado de segurança coletivo. Servidores punidos pela Portaria n. 17/1998 da egrégia Corregedoria Geral da Justiça. Inexistência de ilegalidade do ato impugnado, fruto que foi do legítimo exercício do poder-dever disciplinar inerente ao órgão administrador, para enfrentar greve abusiva. Denegação.” (fl. 163).

Incontinenti, foram opostos embargos de declaração apontando omissão no v. acórdão embargado, restando o mesmo rejeitado pelo Tribunal local, às fls. 177/178.

Daí, a interposição do presente recurso ordinário, onde o Sindicato repisa toda a tese lançada na exordial, qual seja, o direito líquido e certo à anulação da Portaria n. 17/1998, haja vista que as sanções aplicadas não foram precedidas do respectivo processo legal, contraditório e ampla defesa, sem falar no descumprimento constitucional quanto ao direito de greve.

Ao final, o Sindicato aduz que o ato atacado constitui represália de caráter pessoal e subjetivo, mesmo porque o movimento paredista somente foi deflagrado a partir das 15 horas do dia 31 de julho, em um único dia de paralisação, em respeito à continuidade do serviço público, deliberando-se, inclusive, pela paralisação parcial de alguns setores.

Contra-razões, às fls. 195/199, propugnando pela manutenção do v. acórdão recorrido.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 210/212, opinando pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Primeiramente, registre-se que o presente recurso foi interposto em tempo hábil e precedido do respectivo preparo, cujas guias encontram-se acostadas às fls. 192/193.

Ultrapassado o conhecimento, passo ao exame do mérito propriamente dito.

Consoante acima relatado, o presente recurso ordinário cinge-se à aferição do direito líquido e certo do Recorrente à anulação da Portaria n. 17/1998, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que instaurou processo administrativo-disciplinar, contra alguns servidores sindicalizados, ocasião em que os mesmos foram suspensos, preventivamente, bem como relatados na Corregedoria.

O ato hostilizado estampou a seguinte fundamentação:

“A decisão de adesão ao movimento paredista por reduzido número de servidores, inquestionavelmente, caracteriza infração disciplinar de natureza grave, a indicar o enquadramento das sanções legais

segundo dimensão dos danos causados à Administração Pública comprometendo a regularidade da sua missão na prestação jurisdicional, a par da ostensiva rebeldia aos princípios basilares da legalidade jurídico-constitucional.

Neste roteiro, em linguagem de meridiana compreensão, alçam-se as normas consubstanciadas nos artigos 38 do Decreto-Lei n. 220, de 18.7.1975 e art. 305 do Decreto n. 2.479, de 8.3.1979, cuja transcrição se impõe por oportuno aviso:

‘Constitui infração disciplinar toda a ação ou omissão do funcionário capaz de comprometer a dignidade e o decoro da função pública, ferir a disciplina e a hierarquia, prejudicar a eficiência do serviço ou causar dano à Administração Pública.’

Destaque-se, no elenco dos deveres do funcionário a *‘lealdade e respeito às instituições constitucionais e administrativas a que servir’*. (art. 39, inciso VI, do Decreto-Lei n. 220/1975).

Neste contexto, o ato de manifesta insubordinação perpetrado pelo servidor, ausentando-se do local de trabalho durante a jornada normal de expediente, particularmente agravado pela expressa e ostensiva desobediência e confronto à orientação previamente traçada pela Administração, impõe a imediata *instauração de processo administrativo-disciplinar*, para apuração e definição quanto à extensão do ilícito administrativo praticado e suas óbvias conseqüências, posto que, em princípio altéia como infração, em tese, do disposto nos artigos 38, 39 e 40, incisos XI e XII, do Decreto-Lei n. 220, de 18.7.1975, bem como artigos 285, 286, incisos XI e XII, e 305 do Decreto n. 2.479, de 8.3.1979, imputáveis a todos os funcionários que se ausentaram das respectivas serventias antecipadamente do horário de expediente do dia 31 de julho do corrente, cuja relação, a seguir explicitada, restou transmitida à Corregedoria Geral da Justiça pelos Ex.<sup>mos</sup> Srs. Juizes de Direito ou por servidores encarregados da respectiva fiscalização, assim cumprindo estes *expressa determinação do Corregedor-Geral*.

A gravidade da infração, por outra vertente, está a recomendar a imperativa adoção da cautela ditada pelo art. 308 do Decreto n. 2.479, de 8.3.1979, o que, então, se adota, decretando *a suspensão preventiva* de quantos servidores grevistas, tanto mais porque a permanência dos mesmos, ante a manifesta rebeldia de suas condutas, contrasta com o

princípio de obediência à ordem jurídica e compromete a normalidade das atividades judiciais além de arranhar os princípios da autoridade e hierarquia, predicados inabdicáveis à disciplina do serviço público.

Por óbvia conseqüência da medida preventiva, os servidores relacionados suportarão a inafastável incidência da regra restritiva remuneratória prevista no art. 145, inciso I, do referido decreto, **in verbis**:

‘Art. 145. O funcionário deixará de receber:

I – 1/3 (um terço) do vencimento e vantagens, durante o afastamento por motivo de suspensão preventiva ou recolhimento à prisão por ordem judicial não decorrente de condenação definitiva, ressalvado o direito à diferença se absolvido afinal, ou se o afastamento excede o prazo de condenação definitiva.’

Encaminhe-se a relação dos servidores indicados ao *setor de pagamento* para as providências correlatadas, assim como, concomitantemente, ao *setor de lotação e movimentação*, a fim de que se proceda ao cancelamento das suas lotações atuais e correspondentes disponibilidades ao *núcleo especial*.

Outrossim, ao presente ato serão adicionados outros servidores que, igualmente, tenham incidido em idêntica falta funcional, em listagem que venha a ser recepcionada supervenientemente.” (fl. 33).

Ao atacar a portaria, o Sindicato-impetrante esclarece, na exordial do *writ*, algumas impropriedades ocorridas. Da peça, colhe-se o seguinte excerto:

“Fundamenta a base legal do ato coator no Decreto-Lei n. 220, de 18 de julho de 1975, Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais, e Decreto n. 2.479, de 8 de março de 1979, Regulamento do Estatuto.

Esses decretos, apesar de terem força de lei, são fruto de um poder ditatorial, que não passaram pelo crivo democrático do Poder Legislativo Estadual, como também, a maioria de seus dispositivos encontram-se revogados ou derogados por não terem sido recepcionados pelas Constituições da República de 1988 e Carta Estadual de 1989.

O Governo Federal, entendendo sabiamente que após a promulgação

da nova ordem constitucional não poderia mais continuar aplicando aos seus servidores o velho Estatuto, com muitos artigos revogados ou derogados por essa nova Constituição, tratou logo de mandar projeto ao Congresso que se transformou na Lei Federal n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, inteiramente adaptada ao comando constitucional, mas o Estado do Rio de Janeiro não tomou esse cuidado e continua aplicando o velho e arcaico Decreto-Lei n. 220, de 1975, aos seus servidores até hoje.

Dentre outros princípios fundamentais, a garantia constitucional do devido processo legal, insculpida no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, sequer, faz parte do contexto desses decretos utilizados como escopo legal para punir sumária e violentamente os servidores públicos.

O ato coator que ora se ataca é tão violento, que em um dos seus parágrafos, mencionando o artigo 145 do decreto, ameaçando de *'prisão administrativa os servidores por ordem judicial não decorrente de decisão definitiva'*, quando esse dispositivo encontra-se revogado pela nova ordem constitucional.

*A redução de 1/3 dos vencimentos* dos servidores durante o período da suspensão preventiva, também é outra aberração de não deixar inveja aos áureos tempos da ditadura, já que o artigo 37 da CRFB, em seu inciso XV, *veda expressamente a redução de vencimentos de servidores públicos*, mas a autoridade coatora a aplicou com base no decreto estadual *dos anos ditatoriais de 1975*. Ainda, se descontasse o período não trabalhado que foi de horas, até poder-se-ia, num esforço sobremaneira aceitar, *mas descontar 1/3 dos vencimentos por prazo indeterminado da suspensão*, é realmente inaceitável, inacreditável e intolerável.

O decreto-lei, em seu artigo 38, mencionado pela autoridade coatora, institui pena disciplinar ao servidor infrator, mas não individualiza a pena, ferindo novamente o texto constitucional, mas a autoridade coatora faz sua valoração pessoal de *infração* grave a merecer a reprimenda *incontinenti* e preventiva com redução de vencimentos, em total afronta ainda ao consagrado princípio constitucional da ampla defesa.

A remoção **ex officio**, para localidade bem distante das atuais lotações, quase sempre para o interior do Estado, a título de punição sumária, é outra violência causada ao servidor, sem precedentes, já que além de descontrolar toda a vida do servidor que normalmente reside

próximo ao órgão de trabalho, acarreta-lhe gastos inesperados, que também de uma forma indireta acarretam redução de vencimentos, além de não estar disciplinada nem neste decreto que ora se comenta.” (fls. 5/7).

Ao opor-se à pretensão formulada em juízo, a autoridade coatora pres-  
tou informações, salientando o seguinte:

“Verbera o Impetrante o que chama de ‘ato coator’ (cf. fl. 9), praticado como ‘represália de caráter pessoal e subjetivo, totalmente incompatível com as funções de administrador inerente (sic) a (sic) Autoridade coatora’ (loc. cit.).

*E isso porque os substituídos, que frise-se, sequer se sabe quais são, nada teriam feito, além de fomentar e participar de greve em serviço público, manipulados por interesses políticos que bradavam, pelas ruas, a plenos pulmões (e aparelhos de som, adite-se ...), prometendo-lhes ilegal incorporação estipendial da ordem de 70,5% (setenta inteiros e cinco décimos percentuais), sob ‘pena’ de deflagrarem greve.*

*Não satisfeitos, porém, quer porque quer que os breves períodos de ilegal paralisação, com públicos e notórios arrastões (procedimento de vândalos) nos corredores do Foro, sejam considerados justificados, a teor do art. 156 do Código de Normas ...”*

(...)

*Insiste, todavia, o autor na tese da legalidade da greve, transcrevendo, em seu favor, aresto do colendo Superior Tribunal de Justiça (fl. 12).*

*Ora ... É notório que, em matéria constitucional é o Supremo Tribunal Federal, e não o Superior Tribunal de Justiça o órgão investido de competência, ex vi do preceituado no art. 102 da Constituição da República.*

*E a mais alta Corte de Justiça do País não pensa como gostaria o autor, o que consta, com todas as letras, do julgamento do Mandado de Injunção n. 20/1994, no qual foi relator o eminente Ministro Celso de Mello, e cuja ementa é a seguir transcrita, para que dúvidas não parem:*

“Mandado de injunção coletivo. Direito de greve do servidor público civil. Evolução desse direito no constitucionalismo

brasileiro. Modelos normativos no Direito Comparado. Prerrogativa jurídica assegurada pela Constituição (art. 37, VII). Impossibilidade de seu exercício antes da edição de lei complementar. Omissão legislativa. Hipótese de sua configuração. Reconhecimento do estado de mora do Congresso Nacional. Impetração por entidade de classe. Admissibilidade. *Writ* concedido.

*Direito de greve no serviço público:* o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição.

A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício.

O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção.

A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa – não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora – vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.

*Mandado de injunção coletivo:* a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.’ (MI n. 20-DF, relator Min. Celso de Mello, DJ de 22.11.1996).”



Ao cotejar os argumentos tecidos pelas partes, o Tribunal Estadual resolveu referendar o ato, por entender abusivo o movimento paredista, acrescentando, ainda, que o ato do Ex.<sup>mo</sup> Sr. Corregedor-Geral era fruto do “*legítimo exercício do poder-dever disciplinar inerente ao órgão administrativo*” (fl. 163).

Com isso, verifica-se que a Administração *pode e deve valer-se do seu poder disciplinar*, ante a total ausência de regulamentação específica relativa ao exercício do direito de greve, no âmbito do serviço público. A instauração do processo administrativo-disciplinar está em perfeita sintonia com o princípio da legalidade, haja vista a disposição precisa contida no artigo 306 do Regulamento:

“*Art. 306. A autoridade que tiver ciência de qualquer irregularidade no serviço público é obrigada a promover-lhe a apuração imediata, por meios sumários ou mediante processo administrativo-disciplinar.*”

Neste ponto, cumpre relembrar o ensinamento do saudoso **Hely Lopes Meirelles** que, sobre o tema, assim lecionou:

“Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. *É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza*, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.

O poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico, mas com ele não se confunde. No uso do poder hierárquico, a Administração Pública distribui e escalona as suas funções executivas; no uso do poder disciplinar, ela controla o desempenho dessas funções e a conduta interna de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas. Daí a exata afirmativa de **Marcello Caetano** de que ‘*o poder disciplinar tem sua origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público*’. Realmente, a Administração, como titular do poder disciplinar, só o exerce a benefício do serviço, e, perseguindo esse objetivo, é o único juiz da conveniência e oportunidade da punição do servidor, dentro das normas específicas da repartição.” (Direito Administrativo Brasileiro, 23<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 108/109).

Destas inferências anteriormente transcritas, impõe-se bipartir a fundamentação alusiva ao caso concreto.

Primeiramente, escorreito o raciocínio tecido pelo Tribunal **a quo** ao rechaçar a possibilidade do pleno exercício de greve, enquanto não for editada a lei regulamentadora deste direito constitucional. Aliás, a jurisprudência do Pretório Excelso é cristalina ao dispor:

“O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em conseqüência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição.” (MI n. 20-DF, relator Min. Celso de Mello, DJ de 22.11.1996).

No âmbito deste Tribunal, a jurisprudência segue a mesma orientação pretoriana. Ilustrativamente:

“Constitucional. Direito de greve. Servidor público. Regulamentação. Lei complementar. Descontos dos dias não trabalhados.

– A jurisprudência pretoriana vem se firmando no sentido de não ser auto-aplicável o direito inscrito no art. 37, VII, da Constituição Federal, dependendo, para seu amplo exercício, regulamentação disciplinada em lei complementar.

– Legitimidade do ato que promove o desconto dos dias não trabalhados.

– Recurso ordinário improvido.” (RMS n. 4.538-SC, DJ de 27.11.1995).

“Administrativo. Servidor. Greve.

– O mandado de segurança não comporta dilação probatória. A ação mandamental pressupõe prova pré-constituída, devendo o direito exsurgir límpido e inquestionável.

– O direito de greve, nos termos do art. 37, VII, da Constituição Federal, é assegurado aos servidores públicos, porém, não são ilegítimos os descontos efetuados em razões dos dias não trabalhados.

– Precedentes.

– Recurso desprovido.” (RMS n. 4.512-SC, DJ de 6.10.1997).

Com base no exposto, não há direito líquido e certo a ser defendido quanto a estes pormenores, já que *a via do mandado de segurança é inadequada para aferir direito certo, mas carecedor de regulamentação infraconstitucional, por consequência, ilíquido.*

Superados estes aspectos, assiste razão ao Sindicato quanto às inconstitucionalidades das penalidades *previamente aplicadas*, quais sejam, suspensão e relotação. Para asseverar tal tese, impõe-se transcrever a fundamentação esposada na Portaria n. 17/1998:

“A gravidade da infração, por outra vertente, está a recomendar a imperativa adoção da cautela ditada pelo art. 308 do Decreto n. 2.479, de 8.3.1979, o que então se adota, decretando *a suspensão preventiva* de quantos servidores grevistas, tanto mais porque a permanência dos mesmos, ante a manifesta rebeldia de suas condutas, contrasta com o princípio de obediência à ordem jurídica e compromete a normalidade das atividades judiciais além de arranhar os princípios da autoridade e hierarquia, predicados inabdicáveis à disciplina do serviço público.

Por óbvia consequência da medida preventiva, os servidores relacionados suportarão a inafastável incidência da regra restritiva remuneratória prevista no art. 145, inciso I, do referido decreto, **in verbis**:

‘Art. 145. O funcionário deixará de receber:

I – 1/3 (um terço) do vencimento e vantagens, durante o afastamento por motivo de suspensão preventiva ou recolhimento à prisão por ordem judicial não decorrente de condenação definitiva, ressalvado o direito à diferença se absolvido afinal, ou se o afastamento excede o prazo de condenação definitiva.’

Encaminhe-se a relação dos servidores indiciados ao *setor de pagamento* para as providências correlatadas, assim como, concomitantemente, ao *setor de lotação e movimentação*, a fim de que se proceda ao cancelamento das suas lotações atuais e correspondentes disponibilidades ao *núcleo especial*.

Outrossim, ao presente *ato* serão adicionados outros servidores que, igualmente, tenham incidido em idêntica falta funcional, em listagem que venha a ser recepcionada supervenientemente.” (fl. 33).

Da leitura do texto, depreende-se que ambas reprimendas não respeitaram alguns princípios da Carta Magna de 1988 (devido processo legal, contraditório e ampla defesa). As sanções preventivas só podem ser aplicadas *restritivamente*, ou seja, somente nas hipóteses em que se fizer indispensável, razão pela qual, *prescinde de fundamentação específica, explicitando quais os motivos que levaram a Administração a mitigar os princípios basilares do processo*.

No caso em espeque, tanto a suspensão quanto a relotação, só fariam sentido caso a permanência dos servidores inviabilizasse a consecução do processo. Aliás, somente na fase instrutória é que se aceita a exceção, já que neste momento o objetivo maior é a *ampla apuração dos fatos ensejadores da instauração do PAD*.

Desta forma, despicienda a imposição de qualquer sanção intitulada “preventiva”, quando, em verdade, o que se pretende é a produção antecipada da reprimenda, sem o desfecho do respectivo processo.

Por derradeiro, necessário se faz distinguir duas hipóteses: a *primeira*, atinente ao pleno exercício do direito de greve, cuja eficácia está, constitucionalmente, limitada à edição da lei regulamentadora. A *segunda*, o poder-dever da Administração em apurar os atos funcionais lesivos ao interesse e desenvolvimento do serviço público, oportunidade em que as sanções ou quaisquer outros atos punitivos prescindem, obrigatoriamente, da respectiva apuração em processo administrativo-disciplinar, regulado pelos indissociáveis princípios constitucionais anteriormente descritos.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, tão-somente, para afastar a suspensão preventiva e relotação dos servidores sindicalizados, já que as mesmas não foram motivadas de maneira pormenorizada.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 262.809 – CE

(Registro n. 2000.0058166-6)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini  
Recorrente: Francisco Eugênio Araújo Maia  
Advogado: João Estênio Campelo Bezerra  
Recorrida: União

**EMENTA:** Administrativo – Recurso especial – Servidor público militar – Reforma remunerada – Transferência – Indenização de transporte – Decreto n. 986/1993.

1. O militar transferido para reserva remunerada tem direito à percepção da “indenização de transporte” para custear a realização do deslocamento de pessoal e traslação da respectiva bagagem da localidade onde servia, para outra onde irá fixar residência. Inteligência do art. 6º do Decreto n. 986/1993. Assim, não pode uma portaria administrativa, no caso concreto a de n. 588/GM, restringir ou suprimir direitos já reconhecidos e determinados por uma norma hierarquicamente superior.

2. Precedente (REsp n. 216.452-PB).

3. Recurso conhecido e provido para, reformando **in totum** o v. acórdão de origem, restabelecer a r. sentença monocrática, em todos os seus termos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 4 de abril de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

---

Publicado no DJ de 20.5.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso especial em apelação cível interposto por Francisco Eugênio Araújo Maia, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 80, prolatado pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, à unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa oficial.

A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Administrativo. Militar. Licenciamento. Indenização de transporte.

– O Decreto n. 986, de 12 de novembro de 1993, que *regulamenta a execução do transporte em território nacional em tempo de paz, dos militares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica*, atendendo aos comandos normativos do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal e o art. 99 da Lei n. 8.237, de 30 de setembro de 1991, disciplina a matéria de forma a prescrever que *só faz jus à indenização por transporte para militar licenciado e sua família retornarem ao local em que residiam originariamente, apenas se o deslocamento tiver ocorrido por imposição ou interferência da Administração, em virtude de necessidade ou conveniência do serviço militar*.

– Precedentes do STJ e deste Tribunal:

– *STJ*, MS n. 2.572/1993, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 2.6.1997, p. 23.750.

– *TRF-5ª Região*, AMS n. 61.268-RN, rel. Juiz Rogério Fialho Moreira, DJU de 5.12.1997, p. 106.523.

– Apelação e remessa oficial providas.”

Alega o Recorrente, na via do especial, em síntese, que o v. aresto guerreado violou o art. 6º do Decreto n. 986/1993, que regulamentou a Lei n. 8.237/1991, posto que não reconheceu “ao Recorrente o direito à indenização para transporte de bagagem, de veículo e passagens aéreas para si e seus dependentes, no trecho Manaus-Fortaleza, por ocasião da passagem deste para a reserva remunerada, após mais de trinta anos de efetivo serviço militar” (fls. 82/87).

Contra-razões apresentadas às fls. 91/93.

Admitido o recurso à fl. 100, subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido e provido.

Alega o Recorrente infringência pelo v. julgado **a quo**, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, ao artigo 6º do Decreto n. 986/1993, que regulamentou a Lei n. 8.237/1991. Afasto a incidência da Súmula n. 356-STF, *para conhecer do recurso por tal fundamento.*

Razão assiste-lhe no presente recurso.

No caso **sub judice**, o Recorrente, 1ª Sargento da reserva remunerada, foi transferido da Base Aérea do Recife para a Base Aérea de Manaus em 16.12.1995, recebendo por isso a devida “indenização de transporte”, a que tinha direito. Ocorre que em 19.3.1997, foi concedida sua transferência para a reserva remunerada, fixando esta residência em Fortaleza-CE. Assim, requereu ajuda de custo para transporte pessoal e de bagagem (indenização de transporte). Todavia, esta foi-lhe negada pela Administração, sob o argumento de que o militar não satisfazia as exigências da Portaria n. R-588/GM-6, de 3.9.1996. Ora, a legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, tida como violada, é o Decreto n. 986/1993, art. 6º, que regulamentou a Lei n. 8.237/1991, **in verbis**:

“Ao militar transferido para a reserva aplica-se o disposto no art. 3º, **caput** e § 1º, entre a unidade de origem e a localidade onde vai fixar residência.”

Reza o art. 3º do referido decreto, **verbis**:

“Militar da ativa, quando movimentado por interesse do serviço, terá direito ao transporte para si, seus dependentes e um empregado doméstico, compreendendo a realização do deslocamento de pessoal e traslação da respectiva bagagem da localidade onde servia, para outra onde fixar residência, dentro do território nacional.

§ 1º. O militar obrigado a mudar de residência na mesma sede por interesse do serviço ou **ex officio**, terá direito somente ao transporte de bagagem, exceto automóvel ou motocicleta.”

Consoante se depreende do decreto supracitado, para a concessão do benefício, não há que se fazer distinção entre a modalidade de reserva a pedido ou **ex officio**, bem como sobre eventual prazo mínimo de permanência na localidade da organização militar à qual pertença. Certo é que não pode uma portaria fixar critérios para o pagamento da “indenização de transporte”, os quais não eram previstos originariamente no Decreto n. 986/1993,

na medida em que, como atos administrativos que são, os decretos hierarquicamente não se subordinam às portarias. Assim, não pode esta restringir ou suprimir direitos já reconhecidos pela via escorreita.

Nesse diapasão, leciona-nos **Hely Lopes Meirelles**, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., 1990, pp. 160/161, **verbis**:

“Atos administrativos ordinatórios são os que visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. São provimentos, determinações ou esclarecimentos que se endereçam aos servidores públicos, a fim de orientá-los no desempenho de suas atribuições. Tais atos emanam do poder hierárquico, razão pela qual podem ser expedidos por qualquer chefe de serviço aos seus subordinados, desde que o faça nos limites de sua competência.

Os atos ordinatórios da Administração só atuam no âmbito interno das repartições e só alcançam os servidores hierarquizados à chefia que os expediu. Não obrigam aos particulares, nem aos funcionários subordinados a outras chefias. *São atos inferiores à lei, ao decreto, ao regulamento e ao regimento.* Não criam, normalmente, direitos ou obrigações para os administrados, mas geram deveres e prerrogativas para os agentes administrativos a que se dirigem.

Dentre os atos administrativos ordinatórios de maior frequência e utilização na prática, merecem exame as instruções, as circulares, os avisos, *as portarias*, as ordens de serviço, os ofícios e os despachos.” – grifo nosso.

Neste mesmo entendimento, vale conferir precedente desta Corte:

“Administrativo. Servidor público. Militar. Reserva remunerada. Transporte. Lei n. 8.237/1991, art. 58, II.

I – Nos termos do art. 58, II, da Lei n. 8.237/1991, a União deve proporcionar ao militar transferido para a reserva remunerada o transporte seu e de seus familiares, bem como a traslação da respectiva bagagem, do local onde servia para a localidade onde decidiu fixar residência.

II – Havendo requerimento para o referido transporte, mas embora excessiva e injustificada da União em proporcioná-lo, motivando o servidor a arcar, à suas próprias expensas, com as despesas da viagem, faz jus o militar ao ressarcimento dos gastos realizados com o deslocamento.



Recurso não conhecido.” (REsp n. 216.452-PB, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 2.5.2000).

Por tais fundamentos, *conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando in totum o v. acórdão de origem, restabelecer a r. sentença monocrática, em todos os seus termos.*

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 285.560 – SP

(Registro n. 2000.0112160-0)

Relator: Ministro Felix Fischer  
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo  
Recorrido: Clayton Mendes de Souza  
Advogados: Maria José da Costa Ferreira e outros

**EMENTA:** Penal e Processual Penal – Recurso especial – Tentativa de roubo e lesões corporais – Tentativa de roubo qualificado.

I – Por força do disposto no parágrafo único do art. 18 e no art. 19, ambos do Código Penal, a responsabilidade penal, mesmo nos crimes qualificados pelo resultado, não pode ser objetiva (*princípio da culpabilidade*).

II – Se, em relação ao resultado mais grave, não ocorreu dolo ou culpa, ele não pode ser atribuído ao acusado. O reexame do suporte fático sobre o asseverado caso fortuito, implicaria, no feito, em vedado reexame de **quaestio facti** (*Súmula n. 7-STJ*).

III – Admitindo-se a possibilidade, *em certos casos*, na linha da dicção de parte da doutrina, da **conatus** em crimes preterdolosos (v.g., quando a ação realiza culposamente o resultado mais grave e não perfaz totalmente a forma básica do delito), tal não alcançaria a hipótese em que o evento mais grave, a par de incompleto, se realiza acidentalmente (sem afirmação, sequer, de culpa).

IV – O dissídio pretoriano calcado em hipóteses diversas não preenche o exigido nos arts. 255 do RISTJ, e 541 do CPC c.c. o art. 3º do CPP.

Recurso não conhecido.

## ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 11 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 5.8.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da Carta Magna, pelo *Parquet*, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em sede de **conatus** do delito previsto no art. 157, § 3º, do CP.

No julgamento da apelação do Réu, agora recorrido, disse o voto-condutor do v. acórdão reprochado:

“Sônia é policial militar. Ela estava indo para sua casa em trajes civis quando foi abordada por duas pessoas do sexo masculino, que lhe apontaram uma arma e anunciaram assalto. O revólver foi encostado no abdômen de Sônia por um dos abordantes.

Sônia relatou esses fatos quando foi inquirida em juízo. Acrescentou que a pessoa, que estava empunhando a arma e a encostava em seu abdômen estava nervosa. Disse que pediu para ele afastar a arma e, antes que algo fosse feito, ocorreu o disparo. Contou que saiu correndo e os abordantes, também, correram, mas em sentido contrário à direção que ela tinha tomado.

O relato de Sônia revela uma abordagem com anúncio de assalto, um disparo de revólver e as fugas dos abordantes sem levar qualquer bem da vítima, o que confirma que a prática do ilícito penal permaneceu na esfera da tentativa.

Sônia foi submetida a exame de corpo de delito. Os peritos, que subscreveram o laudo pericial, concluíram que Sônia apresentava

ferimentos produzidos por arma de fogo. Afirmaram que havia necessidade de exame complementar para confirmar se as lesões eram de natureza grave ou se elas colocaram em risco a vida de Sônia.

A conclusão do laudo de exame de corpo de delito confirma a alegação feita por Sônia de que ela foi abordada por duas pessoas e que foi ferida por disparo feito por arma de fogo. Os depoimentos judiciais de Marcos, Alexandre e Vladimir, todos policiais militares, robusteceram as declarações judiciais de Sônia.

As provas produzidas confirmaram uma tentativa de subtração precedida de ameaças feitas com arma de fogo e violência à pessoa, disparo de revólver que atingiu a vítima e causou-lhe lesões corporais.

O exame do relato de Sônia permite que se afirme que o disparo foi acidental. Marcos, 2ª Tenente da Polícia Militar, afirmou, em juízo, que prendeu o Réu e este disse que o disparo foi acidental. Alexandre, policial militar, disse, em juízo, que o Réu alegou, quando foi preso, que o disparo foi acidental.

Se o autor do disparo desejasse matar Sônia, ele teria, após o primeiro disparo, acionado novamente o gatilho da arma que empunhava. Ele não agiu dessa forma. Ele apavorou-se e fugiu do local dos acontecimentos. O conteúdo do depoimento judicial de Sônia revela esses fatos. É de se reconhecer, diante desses fatos, que o Réu não acionou o gatilho da arma que empunhava com a intenção de matar Sônia. É que disparo acidental não pode ser considerado como feito com a intenção de matar outrem.

Afasta-se a alegação de que houve tentativa de homicídio. Sônia sofreu lesões corporais. Os peritos afirmaram que somente podiam reconhecer a natureza grave das lesões ou o perigo de vida, se Sônia fosse submetida a exame complementar. Sônia não se submeteu a exame pericial complementar e, assim, é de se reconhecer que ela sofreu lesões corporais de natureza leve.

Desclassifica-se, por esses motivos, o delito para roubo tentado e agravado pelo concurso de agentes e emprego de arma, ou seja, violação ao art. 157, § 2º, incisos I e II, e art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.” (fls. 208/210).

A seguir, ao analisar os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público foi dito, então, pelo voto-condutor:

“O exame do acórdão revela que a intenção de matar foi afastada porque ficou demonstrado que o Réu não teve a intenção de matar a vítima. Afirmou-se que se o Réu tivesse a intenção de matar Sônia, ele teria efetuado outro disparo e não fugido após o primeiro. Esse pormenor determinou que se reconhecesse que o disparo foi acidental e, assim, não se poderia falar em tentativa de homicídio.” (fls. 233/234).

*E, mais adiante:*

“O acórdão não eximiu o Réu de responder pelas conseqüências decorrentes do disparo feito contra a vítima. Afastou a tentativa de homicídio e afirmou que o Réu respondia pelas lesões corporais decorrentes do tiro que atingiu Sônia. Ocorre que a ausência de laudo complementar determinou a desclassificação do delito para roubo tentado e agravado pelo concurso de agentes e emprego de arma, porque não se podia reconhecer que Sônia tinha sofrido lesões corporais de natureza grave.

Observa-se que o acórdão afastou a intenção de matar sem deixar de responsabilizar o Réu pelas conseqüências do tiro que disparou contra a vítima e, assim, não se pode afirmar que a decisão é omissa.” (fl. 234).

Daí, o recurso, devidamente contestado às fls. 293/308.

A súplica foi admitida na origem.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo seu desprovimento.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A situação fática retratada nos autos (em 2ª grau) apresenta um quadro curioso. Uma tentativa de roubo com lesão *acidental* da vítima, provocada (na linha de apreciação abraçada na prestação de tutela jurisdicional) fortuitamente por arma de fogo (v.g., com os assaltantes correndo numa direção e a vítima noutra).

O egrégio Tribunal **a quo** asseverou, no caso, *textualmente*, que o “disparo foi *acidental*”, deixando, no mínimo, nebulosa a **quaestio facti** sobre

a própria ocorrência de *procedimento culposo* (o dolo está, aqui, totalmente descartado) quando à lesão corporal (*leve*). O desenvolvimento fático denota pelo menos a razoabilidade do exame efetuado em 2ª grau, no plano probatório, e que, agora, escapa ao controle nos estreitos limites do apelo especial (*Súmula n. 7-STJ*).

*Colocado, pois, este substrato fático, cumpre, prefacialmente, rememorar as hipóteses que ocorrem na relação lesão (morte)/subtração patrimonial. Primeiro, se o homicídio doloso é tentado e a subtração idem, tem-se a figura do art. 157, § 3º, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal. Assim, também, segundo alguns, se no projeto delituoso acaba por ocorrer tão-só o início da execução do homicídio. Segundo, se o homicídio doloso se consuma e a subtração resta tentada, tem-se a incidência da Súmula n. 610-STF. Terceiro, no caso de roubo tentado e homicídio culposo, há, segundo muitos, tentativa de roubo qualificado pelo resultado morte. Quarto, se o homicídio doloso é tentado e a subtração consumada, tem-se a tentativa do delito qualificado (tudo, cf. **H. C. Frago**).*

*Por outro lado, o crime previsto no art. 157, § 3º, do Código Penal é qualificado pelo resultado, mas com um aspecto peculiar: pode ser integralmente doloso (quanto ao **plus**), ou seja, qualificado pelo resultado propriamente dito, como, também, pode apresentar-se como preterdoloso (dolo em relação ao básico e culpa quanto ao resultado, o **plus**). Nesta última hipótese a sua estrutura típica é de congruente assimétrico (cf. **E. R. Zaffaroni** e **J. H. Pierangelli**) ou de incongruente (cf. taxionomia de **S. Mir Puig** e **R. Maurach**). E, aí, então, a regra inculpada no art. 18, parágrafo único, e no art. 19, ambos do Código Penal não pode ser olvidada sob pena de violação ao princípio da culpabilidade, incompatível com a responsabilidade penal objetiva (**Nilo Batista, in** Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, Renovar, pp. 102 e segs.). O resultado morte não é espécie de condição objetiva da punibilidade que dispensa dolo e/ou culpa. O resultado acidentalmente (caso fortuito) colhido não está incluído no tipo enfocado. E não é só. Admitindo-se, v.g., e, em casos bem delineados e peculiares, a **conatus** em crimes preterdolosos (conforme ensinanças de: **J. Cirino dos Santos, in** Direito Penal. A Nova Parte Geral, Forense, 1985, p. 133, e **in** A Moderna Teoria do Fato Punível, Freitas Bastos, p. 315, *tratando do estupro qualificado e de lesão corporal gravíssima preterdolosa*; **Aníbal Bruno, in** Crimes Contra a Pessoa, Ed. Rio, 1975, pp. 168/169; **N. Hungria, in** Comentários ao Código Penal, Forense, 1979, v. V, p. 305, e **H. C. Frago**, **in** Lições de Direito Penal, Forense, PE, v. I, p. 85, 11ª ed., estes três últimos tratando*

de *aborto qualificado*), ainda assim, a **quaestio facti** retrata situação totalmente distinta no plano de eventual ou hipotética *tentativa* (*mesmo na forma preterintencional*). É que o **plus**, próprio do tipo, ocorrido sem dolo, não se configurou (a **conatus**, nos exemplos alinhados pelos autores acima, ocorreria quando o *resultado lesivo mais grave – e culposo – se realiza e a parte fundamental dolosa não se concretiza in totum*). E, se tudo isso não bastasse, a lesão (*leve*) teria sido, aqui, *accidental*. Conseqüentemente, descartada está, de pronto, a tentativa do injusto previsto no art. 157, § 3º, do Código Penal.

Além do mais, nos termos dos arts. 255 do RISTJ, e 541, parágrafo único, do CPC, c.c. o art. 3º do CPP, é inegável que o apelo extremo deixou de evidenciar – apesar da louvável combatividade – o pretendido dissídio. Não se apresentou paradigma com idêntico ou assemelhado suporte fático. As particularidades relevantes do caso em tela impediram a concretização da almejada divergência.

Voto pelo não-conhecimento do recurso.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 285.687 – RJ

(Registro n. 2000.0112423-4)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini  
Recorrente: Empresa Brasileira de Treinamento Ltda – Embrat  
Advogados: Alfredo Bumachar Filho e outros  
Recorrido: Manoel dos Santos Bicho  
Advogado: Ivan Pacheco Marques

**EMENTA:** Processo Civil – Recurso especial – Locação – Embargos à execução – Instrumento de procuração – Ausência – Instância ordinária – Irregularidade sanável – Divergência jurisprudencial não comprovada.

1. A falta de procuração do advogado da parte nas instâncias ordinárias (quer no juízo monocrático, quer nos tribunais), constitui defeito sanável de representação processual, que deve ser regularizado mediante intimação pelo magistrado competente. Inteligência dos arts. 13 e 37, ambos do Código de Processo Civil.

2. Precedentes (REsps n. 199.833-SP, 156.102-RJ e 237.065-SP).

3. A teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea c, da CF), devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Inocorrendo isto na espécie, impossível o seu conhecimento sob este prisma.

4. Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para, anulando parcialmente o v. acórdão de origem, determinar ao Tribunal a **quo** que proceda à intimação da parte para regularização de sua representação processual, devendo, após, ser apreciado o mérito de sua apelação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

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

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

---

Publicado no DJ de 20.5.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso especial em apelação cível interposto pela Empresa Brasileira de Treinamento Ltda – Embrat, com fundamento no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 174/175 proferido pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, à unanimidade, não conheceu do recurso interposto pelo ora recorrente e, deu parcial provimento ao recurso interposto pelo ora recorrido. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Embargos à execução. Recurso da Embargante e do Embargado. Não se conhece do recurso daquela, por não constar dos autos a procuração e não ter sido ela juntada até a interposição do recurso. Ainda que pudesse constar dos autos da execução que ficaram no juízo de origem, caberia à parte trasladar cópia para estes autos. Precedentes do STF no sentido de que não se aplica o art. 13 do CPC. *Fraude à execução*: deve ser alegada, discutida e decidida nos autos da execução, onde também se apreciará eventual litigância de má-fé. *Multa contratual* – existência de duas cláusulas, uma aplicável à hipótese de falta de pagamento dos aluguéis e outra a qualquer infração à avença. Incidência somente da primeira, se a única falta atribuída ao locatário é o inadimplemento dos locativos. *Honorários advocatícios* em execução embargada – é devido um só percentual que remunera a sucumbência em ambos os processos.”

Opostos embargos de declaração (fls. 182/183) pelo ora recorrido, os mesmos foram rejeitados (fls. 186/187).

Sustenta a Recorrente, na via do especial, em síntese, que a falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, conforme o disposto no art. 13 do Código de Processo Civil, através de marcação, pelo juiz, de prazo razoável para que seja sanado o defeito, porquanto o v. aresto guerreado negou vigência a esse dispositivo legal. Aduz, ainda, divergência jurisprudencial (fls. 190/195).

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 210).

Inadmitido o recurso às fls. 211/212 e interposto agravo de instrumento desta decisão, dei-lhe provimento (fl. 217) paga que subisse o recurso especial, vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido pela alínea **a** e, neste aspecto, provido.

Inicialmente, quanto ao cabimento do presente recurso pela alínea **c** do art. 105, III, da Magna Carta, esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor o art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem



como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Como isso não ocorreu, posto que só fez menção ao repositório oficial, sem, contudo, transcrever as ementas tidas como paradigmas, bem como não fazendo o devido confronto analítico, *impossível, sob este prisma, conhecer da divergência aventada*.

Alega a Recorrente, também, violação, pelo v. acórdão **a quo**, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, ao art. 13 do estatuto processual civil, porquanto foi-lhe negado prazo razoável para a regularização da representação postulatória. Estando a matéria prequestionada, afastado a incidência da Súmula n. 356-STF para, com tal premissa, *conhecer do recurso sob este fundamento*.

Primeiramente, na esteira de cultos processualistas, anoto que a capacidade das partes e a regularidade de sua representação judicial são pressupostos processuais de validade, o que podem acarretar, se não cumpridos, a extinção do feito.

Todavia, alguns destes pressupostos podem ser sanados. A falta de procuração é um deles. Assim, não pode o magistrado monocrático de 1ª instância ou os tribunais ordinários reconhecer a inexistência dos atos processuais praticados, sem conceder à parte oportunidade para suprir a irregularidade da representação. Com precisão, registram **Theotonio Negrão** e **Nelson Nery Júnior** acerca do tema, respectivamente, o seguinte, **verbis**:

*“A falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se, para o fim de regularização de representação postulatória, o disposto no art. 13 do CPC.” (in Código de Processo Civil, 30ª ed., p. 138).*

*“O Tribunal não pode conhecer de recurso subscrito por advogado cujos poderes tenham cessado, nem pode apenar o recorrente sem lhe dar oportunidade de defesa. Deve intimar o recorrente para que regularize a representação, sob pena de não-conhecimento do recurso, por aplicação do CPC, 13 (RTJ 95/1.349)... Em sentido semelhante o STF cassou acórdãos que não conheceram do recurso subscrito por advogado sem procuração nos autos, por não haver sido dada oportunidade à parte para regularizar a representação, nos termos do CPC, 13: RTJ 90/559, 86/853.” (in Código de Processo Civil Comentado, RT, 4ª ed., p. 456).*

Neste diapasão, inúmeros precedentes desta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional, assim ementados, **verbis**:

“Processual Civil. Representação postulatória. Regularização nas instâncias ordinárias. CPC, art. 13. Precedentes.

1. Verificada a ausência da procuração outorgada ao subscritor do recurso de apelação, cabe ao relator abrir prazo razoável para que seja sanada a omissão. Aplicação do CPC, art. 13.

2. Precedente da Corte Especial – REsp n. 50.538-RS.

3. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 199.833-SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 10.5.1999).

“Processual Civil. Embargos de declaração opostos à sentença. Instrumento procuratório. Ausência. Irregularidade sanável. Aplicação do artigo 13 do Código de Processo Civil.

Nos termos da jurisprudência assente nesta Corte, o ato praticado, nas instâncias ordinárias, por advogado sem instrumento de mandato nos autos, somente é de ser reputado inexistente após o juiz, ou o relator no tribunal, oportunizar o suprimento da irregularidade.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 156.102-RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 25.10.1999).

“Processual Civil. Apelação interposta por advogado sem procuração nos autos. Possibilidade de suprimento. Inteligência do art. 13 do CPC.

1. Nas instâncias ordinárias, tanto no 1ª como no 2ª grau de jurisdição, há que se oportunizar à parte, antes de qualquer providência, o suprimento da falta de procuração nos autos, nos moldes do art. 13 do CPC.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 237.065-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 21.2.2000).

Tal posicionamento consubstancia o princípio de que se devem aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, nos termos acima expostos e, neste aspecto, dou-lhe provimento para, anulando parcialmente o v. acórdão de origem, determinar ao Tribunal a quo que proceda à intimação da parte para regularização de sua representação processual, devendo, após, ser apreciado o mérito de sua apelação.*

É como voto.

**RECURSO ESPECIAL N. 299.659 – PR**

(Registro n. 2001.0003672-4)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca  
Recorrente: Marcos Galdino dos Santos  
Advogado: Marcello Alvarenga Panizzi  
Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná

**EMENTA:** Recurso especial – Penal e Administrativo – Norma Penal em branco – Tráfico de entorpecente – Cloreto de etila (lança-perfume) – Resolução tomada, isolada e solitariamente, pelo Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, **ad referendum** da Diretoria, excluindo o lança-perfume da lista de substâncias de uso proibido – Ato não contemplado com o beneplácito da Diretoria Colegiada, que o cassou – Ato nulo, por incompetência do seu signatário, não produz efeitos – **Abolitio criminis** – Inocorrência – Índícios de prática de crime pelo agente público – Remessa de peças ao Ministério Público Federal, a teor do art. 40 do CPP.

Recurso a que se nega provimento.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, determinando remessa de cópias do acórdão e do processo administrativo em apenso ao Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro da Saúde e ao Ministério Público Federal. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

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

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

## SOBRESTAMENTO DE JULGAMENTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Sr. Presidente, sugiro que a Turma delibere no sentido de oficialiar ao Sr. Ministro da Saúde, para que seja esclarecido esse posicionamento do órgão responsável pelo setor, quanto à tirada e retirada dessa substância, inclusive encaminhando cópia do parecer.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso especial interposto por Marcos Galdino dos Santos, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, que, negando provimento à apelação do Réu, confirmou sentença de 1<sup>a</sup> grau que o condenou à pena de 3 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e 50 dias-multa, porque, “em razão de mandado de busca e apreensão em data de 5.2.1997, na residência localizada na rua Emílio de Menezes, n. 16, em compartimento de acesso exclusivo do acusado, foram encontrados guardados no interior do aposento do mesmo, em uma bolsa de sua propriedade, 24 frascos de lança-perfume, à base de cloreto de etila, devidamente acondicionados em pacotes de três frascos, com a finalidade de venda a terceiros” (fl. 175).

O v. aresto recorrido porta a seguinte ementa (fl. 172):

“Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Lança-perfume. Princípio ativo ‘cloreto de etila’. Substância que consta da relação de proscritos. Configuração do crime descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Inadmissibilidade de desclassificação para contrabando. Preliminar de nulidade rejeitada. Provas colhidas durante a instrução suficientes para a condenação do acusado. Regime fechado da pena corretamente estabelecido. Aplicação do art. 2<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>, da Lei n. 8.072/1990. Manutenção da sentença condenatória. Recurso improvido.”

Em suas razões de fls. 194/202, o Recorrente insiste na alegação de nulidade do processo por incompetência absoluta da Justiça Estadual, eis que a importação de lança-perfume não configura o crime de tráfico de entorpecentes, mas, sim, de contrabando, de competência da Justiça Federal. No particular, aponta dissídio jurisprudencial entre o v. aresto recorrido e vários julgados desta Corte.

Sustenta, por outro lado, violação ao art. 44 do Código Penal, aduzindo que, conquanto condenado por crime equiparado a hediondo, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor da nova redação do citado dispositivo legal, o qual somente exclui do seu âmbito de incidência os crimes cometidos com violência ou grave ameaça, o que não é o caso. Nesse ponto, sustenta dissídio jurisprudencial com julgado desta Corte, relator o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do recurso “para que seja declarada a incompetência aqui argüida ou se substitua a pena privativa de liberdade por pena substitutiva, dentre as previstas no art. 44 do Código Penal” (fl. 202).

Contra-arrazoado (fls. 238/249), o apelo foi admitido (fls. 251/255).

Neste grau de jurisdição, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não-provimento do recurso (fls. 301/303).

Com o retorno dos autos da Subprocuradoria Geral da República em 20 de março de 2001, determinei a inclusão do feito na pauta do dia 10 de abril subsequente.

Antes do julgamento, porém, os ilustres patronos do Recorrente ingressaram com a petição de fls. 309/315, com documentos anexos, requerendo seja declarada a extinção da punibilidade em decorrência da **abolitio criminis** (art. 107, III, do Código Penal), em face da Resolução RDC n. 104, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, de 6 dezembro de 2000, publicada no DOU n. 235-E, de 7 de dezembro de 2000, à p. 82, que *retirou o cloreto de etila* da Lista F2 – Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil, da Portaria SVS/MS n. 344/1998, de 12 de maio de 1998.

Levado a julgamento em 15.5.2001, a egrégia Quinta Turma, por unanimidade, converteu o feito em diligência, para que fossem solicitadas ao Ministério da Saúde cópias do processo administrativo, dos pareceres técnicos, etc., que ensejaram a edição da citada resolução (fl. 320).

Em suas informações de fls. 325/326, acompanhada de vasta documentação, o ilustre Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária noticia que o conteúdo da Resolução RDC n. 104, publicada em 7.12.2000, foi definido na reunião do Conad em 5.12.2000, após extensa discussão sobre as utilizações do cloreto de etila na indústria química e com base nas propostas apresentadas pelo conselheiro representante do Ministério da Justiça/Departamento de Polícia Federal.

Com essas informações, foram os autos novamente enviados ao Ministério Público Federal, tendo o Dr. Wagner Gonçalves, ilustre Subprocurador-Geral da República, firmado manifestação pelo não-reconhecimento da alegada causa extintiva de punibilidade, à míngua de sua caracterização. Aduz o ilustre membro do *Parquet*, em síntese, que o ato normativo em questão emanou de autoridade incompetente, sendo, portanto, nulo, já que a competência para a edição de tal ato é exclusiva da Diretoria Colegiada da Anvisa, não do seu Diretor-Presidente. De outro lado, não restou caracterizada a urgência invocada pelo agente público para a edição do ato, o qual não goza, pois, de aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): É certo que em julgado de minha relatoria, a egrégia Terceira Seção desta Corte, pacificando a divergência entre a Quinta e a Sexta Turmas, assentou, em 14.6.2000, ser o “cloreto de etila” – matéria-prima utilizada na fabricação do lança-perfume – substância proibida para fins de incidência do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, eis que arrolado, à época, na lista de substâncias psicotrópicas de uso proibido no Brasil, da Portaria n. 344-Dimed, do Ministério da Saúde:

“**Habeas corpus.** Argumentação deduzida em Agravo regimental que se confunde com o próprio mérito da impetração. Agravo prejudicado. Cloreto de etila (lança-perfume). Introdução no território nacional. Crime de tráfico de entorpecentes. Configuração. Portaria n. 344, de 19.5.1998, da Dimed, do Ministério da Saúde.

O cloreto de etila continua sendo classificado como substância vedada pela Lei n. 6.368/1976, de igual modo que a cocaína, a heroína e a **canabis sativa**.

Ordem denegada, prejudicado o agravo regimental.” (HC n. 9.918-MA, DJ de 27.11.2000, Min. José Arnaldo da Fonseca).

Nada obstante, constato, preliminarmente, estar prejudicado o presente recurso, porquanto se encontra extinta a punibilidade do ora recorrente, em face da **abolitio criminis** (art. 107, III, do Código Penal).

Sabe-se que o art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é exemplo típico de norma penal em branco, de incompleta definição, necessitando ser complementada

por normas de grau hierárquico equivalente, ou seja, por lei (complementação homóloga) ou inferior (portarias e resoluções editadas pelo Ministério da Saúde) – complementação heteróloga. No particular, prescrevem o art. 36 e seu parágrafo único, da mesma lei, **verbis**:

“Art. 36. Para os fins desta lei serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde.

Parágrafo único. O Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia deverá rever, sempre que as circunstâncias assim exigirem, as relações a que se refere este artigo, para o fim de exclusão ou inclusão de novas substâncias.”

Pois bem. Como é cediço, existem dois sistemas jurídicos no mundo para se verificar se uma determinada substância é ou não é entorpecente: a) sistema pericial (fazendo-se uma perícia em cada caso concreto, com a comprovação efetiva de que a substância causa dependência física ou psíquica), b) sistema da enumeração legal das substâncias entorpecentes, por órgãos competentes.

Desde 1976 o sistema jurídico brasileiro aderiu ao segundo modelo, como se depreende da leitura do citado art. 36.

A teor desse dispositivo legal, somente podem ser consideradas “substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica” aquelas que, previamente, assim forem especificadas em lei ou relacionadas em portaria ou resolução do órgão competente do Ministério da Saúde, que hoje é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.

Disso resulta que as resoluções da Anvisa no Brasil, em matéria de drogas, têm o mesmo valor de uma lei penal, pois o complemento da lei penal, segundo doutrina hoje absolutamente pacífica, também tem natureza penal, estando sujeito inclusive ao regime da sucessão de leis penais: proibição da retroatividade da norma criminalizadora e imposição da retroatividade da norma ou disposição descriminalizadora (artigo 5º, XI, da Constituição Federal).

Ocorre que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por meio da Resolução RDC n. 104, de 6 de dezembro de 2000, publicada no DOU n. 235-E, de 7 de dezembro de 2000, à p. 82 – cópia à fl. 316 dos autos –, *retirou*

*o cloreto de etila* da Lista F2 – Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil, da Portaria SVS/MS n. 344/1998, de 12 de maio de 1998, incluindo-o na Lista D2 (Lista de Insumos Químicos Utilizados como Precursores para Fabricação e Síntese de Entorpecentes e/ou Psicotrópicos, da Portaria SVS/MS n. 344/1998, sujeitos ao controle do Ministério da Justiça).

Eis o teor da resolução:

“Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Resolução – RDC n. 104, de 6 de dezembro de 2000

O Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o art. 13, inciso IV, do Regulamento da ANVS aprovado pelo Decreto n. 3.029, de 16 de abril de 1999,

considerando as diversas formas de emprego do cloreto de etila na indústria química; considerando a decisão do Conselho Nacional Antidrogas – Conad, em reunião realizada em 5 de dezembro de 2000,

considerando a urgência do assunto, adota, **ad referendum**, a seguinte resolução de Diretoria Coligada e determina a sua publicação:

Art. 1<sup>a</sup>. Excluir o cloreto de etila da Lista F2 – Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil, da Portaria SVS/MS n. 344/1998, de 12 de maio de 1998.

Parágrafo único. Fica proibido o uso do cloreto de etila para fins médicos.

Art. 2<sup>a</sup>. Incluir cloreto de etila na Lista D2 – Lista de Insumos Químicos Utilizados como Precursores para a Fabricação e Síntese de Entorpecentes e/ou Psicotrópicos, da Portaria SVS/MS n. 344/1998, de 12 de maio de 1998, sujeitos ao controle do Ministério da Justiça.

Art. 3<sup>a</sup>. Fica concedido o prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da data de publicação desta resolução para que as indústrias que utilizam o cloreto de etila em processos químicos, se adequem a esta resolução, junto ao órgão competente do Ministério da Justiça.

Art. 4<sup>a</sup>. Esta resolução da Diretoria Colegiada entra em vigor na data de sua publicação.

Gonzalo Vecina Neto

(Of. El. n. 418/2000).”



Logo, retirado o cloreto de etila do rol de substâncias psicotrópicas de uso proibido, e incluído na relação de insumos químicos de uso permitido, restou descriminalizada a conduta imputada ao Recorrente, eis que, não contemplando a norma complementar referida substância, restou afastada a eficácia da norma penal incriminadora do art. 12 da Lei Antitóxicos, no que se refere ao cloreto de etila.

Note-se que a Lista D2 não cuida de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, senão de “insumos químicos utilizados como precursores para a fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos”.

Daí que o cloreto de etila passou a figurar ao lado da acetona, ácido clorídrico, ácido sulfúrico, éter etílico, sulfato de sódio, permanganato de potássio, etc. Produtos esses que, respeitadas os controles e limites do Poder Público, qualquer pessoa pode comprar em qualquer farmácia do nosso país.

Trata-se, portanto, de autêntica hipótese de **abolitio criminis** (art. 2º do Código Penal) a ensejar a extinção da punibilidade do Recorrente, nos termos dos artigos 5º, XL, da Constituição Federal, e 107, III, do CP.

É verdade que, reconhecido o equívoco – se é que se pode falar em equívoco, dita Resolução RDC n. 104 foi republicada oito dias depois, no DOU n. 241-E, de 15 de dezembro de 2000, p. 92 (cf. cópia à fl. 317), com este teor:

“Agência Nacional de Vigilância Sanitária  
Diretoria Colegiada

Resolução – RDC n. 104, de 6 de dezembro de 2000 (\*)

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o art. 11, inciso IV, do Regulamento da ANVS, aprovado pelo Decreto n. 3.029, de 16 de abril de 1999, c.c. o § 1º do art. 107 do Regimento Interno aprovado pela Portaria n. 593, de 25 de agosto de 2000, em reunião realizada em 13 de dezembro de 2000.

Considerando as diversas formas de emprego do cloreto de etila na indústria química;

Considerando a decisão do Conselho Nacional Antidrogas – Conad, em reunião realizada em 5 de dezembro de 2000;

Adotou a seguinte Resolução de Diretoria Colegiada e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação:

Art. 1<sup>ª</sup>. Excluir o cloreto de etila, da Lista F2 – Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998.

Parágrafo único. Fica proibido o uso do cloreto de etila para fins médicos, bem como a sua utilização sob a forma de aerosol, aromatizador de ambiente ou de qualquer outra forma que possibilite o seu uso indevido.

Art. 2<sup>ª</sup>. Incluir o cloreto de etila na Lista B1 – Lista de Substâncias Psicotrópicas, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998.

Parágrafo único. O controle e a fiscalização serão exercidos pelo órgão competente do Ministério da Justiça, de acordo com a Lei n. 9.017, de 30 de março de 1995, Decreto n. 1.646, de 26 de setembro de 1995 e Decreto n. 2.036, de 14 de outubro de 1996.

Art. 3<sup>ª</sup>. Fica concedido o prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da data de publicação desta resolução, para que as indústrias que utilizam o cloreto de etila em processos químicos, se adequem a esta resolução, junto ao órgão competente do Ministério da Justiça.

Art. 4<sup>ª</sup>. Esta resolução da Diretoria Colegiada entra em vigor na data de sua publicação.

Gonzalo Vecina Neto

(\*) Republicada por ter saído com incorreção, do original, no DO n. 235-E, de 7 de dezembro de 2000, Seção I, p. 82.”

Como se vê, a justificativa para a republicação está no rodapé, acima transcrito. Nesta nova publicação, o cloreto de etila foi novamente inserido no rol de substâncias proibidas, desta vez na Lista B1 – “Lista de Substâncias Psicotrópicas, da Portaria SVS/MS n. 344/1998, de 12 de maio de 1998, sujeitos ao controle do Ministério da Justiça”, permitindo a incidência das penalidades previstas na Lei n. 6.368/1976.

Tal fato, porém, não obsta ao reconhecimento da **abolitio criminis**, no caso vertente.

É que essa nova resolução – proscrevendo novamente a substância cloreto de etila – não pode ter eficácia retroativa, aplicando-se exclusivamente a fatos posteriores à sua edição (art. 5<sup>ª</sup>, XL, CF). Como é cediço, a nova

publicação para correção do texto constituiu lei nova, conforme o disposto no § 4º do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, **verbis**: “As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova”.

Logo, nos casos de errata da lei ou resolução ou qualquer outro ato normativo, é preciso distinguir o seguinte: se a republicação cuida apenas da correção de um erro material (de grafia, de tipografia, etc.), não altera nada o conteúdo do ato normativo anterior; se a republicação modifica o sentido do ato anterior ou subtrai parcial ou totalmente o sentido do ato, cuida-se, então, de lei nova (cf. **R. Limongi França**, verbete Aplicação da lei no tempo, **in** Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 7, p. 175), que será retroativa ou irretroativa conforme seja benéfica ou maléfica ao réu.

A propósito, cabe trazer à baila a lição do saudoso mestre **Heleno Cláudio Fragoso**, sobre a retroatividade da **lex mitior** extrapenal que integra as normas punitivas em branco – questão, aliás, das mais controversas em Direito Penal:

“A solução que a doutrina formula para tais casos não é pacífica. Alguns autores entendem que a alteração dos complementos da lei penal em branco não afeta em caso algum a punibilidade do fato. Afirma-se que a norma permanece em vigor, cessando apenas os elementos ocasionais.

A doutrina prevalente pronuncia-se em contrário, entendendo que a alteração das disposições que integram a lei penal em branco modificam o estado jurídico total em que o réu se acha, não podendo deixar de ser consideradas caso venham a beneficiar o acusado. Parece-nos que a hipótese não permite solução unitária. *Em regra, a alteração dos complementos da norma penal em branco, se discriminar a ação ou beneficiar o réu, não pode deixar de retroagir. As disposições que completam as leis penais em branco integram o conteúdo de fato da conduta incriminada e sua alteração representa uma nova valoração jurídica do mesmo.* Todavia, a regra que estabelecemos não pode ser aplicada em casos como os de tabelamento de preços, dado o caráter excepcional desses tabelamentos, feitos para atender a situações de escassez de gêneros e dificuldades na produção e abastecimento.” (Lições de Direito Penal, p. 106, 8ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1985). Grifo nosso.

No caso em análise, a resolução publicada no dia 7.12.2000, como vimos, retirou o cloreto de etila da Lista F2 e colocou-o na Lista D2. A republicação, como facilmente se percebe, disse coisa completamente diversa:

excluiu-o da Lista F2 e colocou-o na Lista B1. São duas coisas completamente distintas. Logo, temos duas leis, isto é, dois textos normativos diferentes, cada um com seus efeitos jurídicos próprios.

Assim, conquanto em vigor por curto espaço de tempo – aproximadamente uma semana – a Resolução RDC n. 104, de 6 de dezembro de 2000, publicada no DOU n. 235-E, de 7 de dezembro de 2000, à p. 82, retirou a eficácia do art. 12 da Lei Antitóxicos, no que se refere aos crimes que têm por objeto o cloreto de etila, operando, assim, efeito extintivo da punibilidade das pessoas que praticaram tais delitos até 6 de dezembro de 2000. E mais: são atípicos os fatos praticados entre 7 e 14 de dezembro do mesmo ano, porquanto somente em 15.12.2000 ocorreu a republicação na Resolução RDC n. 104 no Diário Oficial da União n. 241-E, tipificando novamente o cloreto de etila como substância proibida para fins de incidência da Lei n. 6.368/1976. Leia-se: a republicação voltou a incriminar penalmente o lança-perfume, mas não alcança os fatos ocorridos até 14.12.2000. Só vale para fatos ocorridos de 15.12 em diante.

A propósito do tema ora em exame, é de bom alvitre trazer à colação a opinião do insigne penalista **Damásio E. de Jesus**, em recente estudo publicado na edição de maio do ano em curso no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, maio de 2001, Ano 9, n. 102, p. 8, sob o título Lei Antitóxicos, Norma Penal em Branco e a Questão do Lança-Perfume (Cloreto de Etila):

“No caso dos entorpecentes e substâncias afins, o art. 36 da Lei Antitóxicos determina que, para os seus fins, ‘serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde’. E o parágrafo único reza: ‘O Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia deverá rever, sempre que as circunstâncias o exigirem, as relações a que se refere este artigo, para o fim de exclusão ou inclusão de novas substâncias’.

Qual o efeito da exclusão de uma substância no rol das especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Ministério da Saúde?

Opera-se, a **abolitio criminis**, prevista nos arts. 5<sup>ª</sup>, XI, da CF, 2<sup>ª</sup>, **caput**, e 107, III, do CP: extingue-se a punibilidade quando a lei posterior deixa de considerar o fato como crime ou contravenção. Isso ocorreu em 1984 e 2000 com o cloreto de etila (lança-perfume).

Estava incluída na lista proibitiva da Portaria de 27.1.1983. Foi excluído na Portaria de 4.4.1984. Posteriormente, foi incluído novamente na Portaria n. 2/1985, de 13.3.1985.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na Resolução RDC n. 4 (leia-se: n. 104), de 6.12.2000, publicada no DOU de 7 de dezembro, p. 82, equivocando-se, retirou o cloreto de etila da Lista F2 de substâncias psicotrópicas, do Ministério da Saúde, incluindo-o na Lista D2 (insumos químicos que não são proibidos). Percebido o engano, a referida resolução foi republicada no DOU de 15.12.2000, incluindo a mencionada substância na Lista B1 (substâncias psicotrópicas de uso proscrito). Com isso, a resolução de 6 de dezembro alterou as normas incriminadoras da Lei Antitóxicos, tornando-as mais benéficas em relação ao cloreto de etila, com efeito retroativo extintivo da pretensão punitiva e executória. De modo que todos os que cometeram delitos previstos na Lei Antitóxicos, tendo por objeto material o cloreto de etila, até 6.12.2000, estão livres da persecução criminal por efeito da **abolitio criminis**. E são atípicos os fatos praticados entre 7 e 14 de dezembro, tornados novamente típicos a partir de 15 de dezembro do mesmo ano. Esse entendimento, no sentido extintivo da punibilidade, que já havia sido adotado pela jurisprudência por ocasião do primeiro episódio, em 1984 (STF, HC n. 68.904, Segunda Turma, DJU de 3.4.1992, p. 4.290; STF, HC n. 69.904, Segunda Turma, DJU de 3.4.1992, p. 4.290, e RTJ 139:216; RJTJRS 110:60) foi recentemente acatado pelo Ministro Marco Aurélio, da Segunda Turma do STF, citando **Luiz Flávio Gomes e Damásio de Jesus**, em concessão de liminar, no HC n. 80.752, de São Paulo, em 23 de fevereiro de 2001, ao apreciar os efeitos da Resolução RDC n. 4, de 6.12.2000.”

Também se debruçando sobre a questão, ao apreciar pedido de liminar nos autos do HC n. 80.752-SP, o eminente Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, esposou entendimento semelhante ao acima exposto, **verbis**:

“A sentença mediante a qual, no Processo-Crime n. 86/1993, da Comarca de Ponta Porã-MS, o Paciente foi condenado, consignada a prática que se teve como delituosa em 28 de fevereiro de 1992. Todavia, o órgão competente para a definição das substâncias apanhadas pelo artigo 12 da Lei n. 6.368/1976 retirou o cloreto de etila do rol das substâncias entorpecentes, classificando-o como insumo químico.

É certo que isso prevaleceu por curto espaço de tempo, ou seja, de 7 de dezembro a 15 de dezembro de 2000, quando republicada a resolução, cujos termos não permitem pese qualquer dúvida sobre o respectivo alcance, afastando-se, assim, a possibilidade de ter-se como ocorrido mero erro datilográfico.

Dispôs o artigo 1<sup>o</sup> da citada resolução:

‘Art. 1<sup>o</sup>. Excluir o cloreto de etila da Lista F2 – Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil, da Portaria SVS/MS n. 344/1998, de 12 de maio de 1998.

Parágrafo único. Fica proibido o uso do cloreto de etila para fins médicos.’

Já o artigo 2<sup>o</sup> incluiu o cloreto de etila na Lista D2, isto é, a lista de insumos químicos utilizados como precursores para fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos, da Portaria SVS/MS n. 344/1998, de 12 de maio de 1998, sujeitos ao controle do Ministério da Justiça (fl. 91). Verificou-se a prática de ato jurídico que, em situação idêntica, levou esta Corte, mais precisamente a Segunda Turma, a deferir **habeas corpus**, constando de ementa:

‘Penal. Tráfico ilícito de substância entorpecente. Lei n. 6.368/1976, artigo 36. Norma penal em branco. Portaria do Dimed do Ministério da Saúde, contenedora da lista de substâncias proscritas. Lança-perfume: cloreto de etila.

I – O paciente foi preso no dia 1.3.1984, por ter vendido lança-perfume, configurando o fato o delito de tráfico de substância entorpecente, já que o cloreto de etila estava incluído na lista do Dimed, pela Portaria de 27.1.1983. Sua exclusão, entretanto, da lista, com a Portaria de 4.4.1984, configurando-se a hipótese da **abolitio criminis**. A Portaria n. 2/1985, de 13.3.1985, novamente incluiu o cloreto de etila na lista. Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta.

II – Adoção de posição mais favorável ao réu.

III – HC deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por tráfico de substância entorpecente, examinando-se, entretanto, no Juízo de 1<sup>o</sup> grau, a viabilidade de renovação do procedimento pela eventual prática de contrabando – fls. 80 a 82.’

Vê-se, portanto, que a situação dos autos está coberta pelo precedente, variando, tão-somente, o ato praticado: nele foi a venda de lança-perfume, enquanto aqui o Paciente foi surpreendido no transporte de tal mercadoria. Também há uma pequena diferença relativamente ao ato que tirou a substância do rol dos entorpecentes.

Pelas razões acima, concedo a liminar, para que, expedido o alvará de soltura, venha a ser cumprido com as cautelas legais, ou seja, caso o Paciente não esteja sob a custódia do Estado por motivo diverso do retratado no Processo n. 86/1993, da Comarca de Ponta Porã.”

Note-se que o precedente jurisprudencial referido na decisão do eminente Ministro Marco Aurélio foi proferido em situação em tudo semelhante ao presente caso. Na época, o Dimed (órgão correspondente à atual Anvisa) procedera da mesma forma: o cloreto de etila era substância proibida, incluída na Portaria de 27.1.1983. Mas a Portaria de 4.4.1984 a excluiu da lista e, posteriormente, a Portaria n. 2/1985, de 13.3.1985, novamente incluiu o cloreto de etila na lista.

Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal considerou que se tratava de hipótese de **abolitio criminis**, “não se podendo falar em ultratividade da norma complementar materializada na Portaria n. 1/1983, que incluiu o cloreto de etila, depois excluído, nem evidentemente em retroatividade da Portaria n. 2/1985, publicada em 13.3.1985, que novamente incluiu o cloreto de etila, por não se tratar de norma excepcional ou temporária, na forma do que dispõe o art. 3º do Código Penal, não podendo, portanto, ser afastada a chamada retroatividade benéfica” (cf. STF, HC n. 68.904, rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 139/216 e JSTF 164/331), **apud Alberto Silva Franco et alli**, Leis Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, p. 1.025).

Finalmente, impõe-se tecer ligeiras considerações sobre os argumentos expendidos pelo zeloso órgão ministerial com ofício neste grau de jurisdição, ao pugnar pelo não-reconhecimento da alegada causa extintiva de punibilidade.

Primeiramente, aduz o Ministério Público Federal que o ato normativo em questão emanou de autoridade incompetente, pois a competência para a edição de tal ato é exclusiva da Diretoria Colegiada da Anvisa, não do seu Diretor-Presidente.

Contudo, **data venia**, tal argumento não procede.

É certo que o Decreto n. 3.029, de 16 de abril de 1999 (Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária), em seu art. 11, inciso IV, confere à Diretoria Colegiada a competência para “editar normas sobre matérias de competência da Agência”.

Todavia, esse mesmo diploma normativo, no seu art. 13, inciso IV, autoriza o Diretor-Presidente a “decidir **ad referendum** da Diretoria Colegiada as questões de urgência”.

E foi com base nesse dispositivo que a Resolução RDC n. 104, de 6 de dezembro de 2000, foi editada, tendo o Diretor-Presidente invocado como fundamentos “as diversas formas de emprego do cloreto de etila na indústria química”, “a decisão do Conselho Nacional Antidrogas – Conad, em reunião realizada em 5 de dezembro de 2000” e a “urgência do assunto” (cf. transcrição supra).

Conclui-se, dessa forma, que a edição de resoluções pelo Diretor-Presidente da Anvisa, **ad referendum**, não carece de respaldo legal, razão pela qual não se pode negar que a Resolução n. 104 é instrumento normativo formalmente válido, apto a produzir efeitos a partir de sua publicação, como de fato ocorreu.

De outro lado, no que se refere à alegação de que não restou caracterizada a *urgência* invocada pelo agente público para a edição do ato, cabe referir, singelamente, que se trata de matéria que escapa à apreciação do Poder Judiciário, por inserir-se no âmbito do poder discricionário do agente público, a depender de avaliação subjetiva, mediante critérios de oportunidade e conveniência, à semelhança do que tem decidido o Excelso Pretório em matéria de *urgência* para edição de medidas provisórias pelo Chefe de Executivo (v.g. ADIMC n. 1.376-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, DJ de 31.8.2001; ADIMC n. 1.717-DF, rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ de 25.2.2000).

Desse modo, não há como deixar de reconhecer, **in casu**, a extinção da punibilidade do Recorrente.

Nada obstante, recomenda-se e espera-se, doravante, mais cautela, prudência e senso de responsabilidade por parte dos agentes públicos, quando da elaboração dessas resoluções que alteram as listas de substâncias proibidas para fins de incidência da Lei n. 6.368/1976, sendo imperioso atentar para o fato de que, sendo esta, como já visto, norma penal em branco, as resoluções que a complementam não são meros atos administrativos normativos de grau inferior; ao revés, têm o mesmo valor de uma lei penal, e, em última



análise, substituem, por assim dizer, o papel do legislador, criminalizando ou descriminalizando condutas.

À vista do exposto, com a recomendação supra, declaro prejudicado o recurso e decreto a extinção da punibilidade do recorrente Marcos Galdino dos Santos, com fundamento no art. 107, inciso III, do Código Penal.

O Recorrente deverá ser imediatamente posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Comunique-se, com urgência, ao ilustre Presidente da Corte de origem, para as providências cabíveis.

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: A questão em debate diz respeito à ocorrência de **abolitio criminis** em face da Resolução RDC n. 104, de 6.12.2000 (DOU de 7.12.2000), tomada pelo Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, **ad referendum** da Diretoria Colegiada.

Conforme já expôs o eminente Ministro-Relator, o ato acima referido excluiu o cloreto de etila da *Lista F2* – Lista de Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil e o incluiu na *Lista D2* – Lista de Insumos Químicos Utilizados como Precursores para a Fabricação e Síntese de Entorpecentes e/ou Psicotrópicos.

No Diário Oficial da União de 15.12.2000 essa mesma resolução foi republicada, desta feita com a decisão da Diretoria Colegiada da Anvisa incluindo o cloreto de etila na *Lista B1* – Lista de Substâncias Psicotrópicas.

Sustenta a defesa que a primeira publicação da Resolução RDC n. 104, em 7.12.2000, ao excluir o cloreto de etila da lista de substâncias entorpecentes, por se tratar de norma complementar (complemento *heterólogo*, na taxionomia de **Nilo Batista**) à Lei de Tóxicos, promoveu a descriminalização da conduta imputada ao Réu – que fora condenado à pena de três anos de reclusão pela prática do crime do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, por ter em depósito vinte e quatro frascos de lança-perfume, à base de cloreto de etila. E a nova resolução tomada pela Diretoria Colegiada (publicada no DOU de 15.12.2000) não teria eficácia retroativa, aplicando-se exclusivamente aos fatos posteriores a sua edição, tendo em vista o disposto no art. 1º, § 4º, da LICC.

Não obstante as razões expendidas, a melhor solução, a meu ver, aponta no sentido da inoccorrência de **abolitio criminis**.

O cerne da questão recai sobre a validade da Resolução RDC n. 104, baixada pelo Diretor-Presidente no dia 7.12.2000, ou seja, cumpre decidir se esse ato, praticado isoladamente, teve validade no período até o advento da nova publicação, em 15.12.2000.

Com o devido respeito aos entendimentos em contrário, a solução que melhor se ajusta ao caso é considerar que a Resolução RDC n. 104, publicada no DOU de 7.12.2000 *não veio, efetivamente, a se tornar lei nova*, em face da republicação em 15.12.2001, na qual se corrigiu o erro contido na primeira publicação.

Conforme decidiu o colendo *Supremo Tribunal Federal* no HC n. 77.724-3-SP, em sessão plenária, relator o Ministro Marco Aurélio (DJ de 2.2.2001), o art. 1º, § 4º, da LICC não tem o condão de afastar do cenário jurídico-constitucional o devido processo legislativo. No precedente se discutiu a eficácia de norma (Lei n. 9.639/1998, art. 11, parágrafo único) concessiva de anistia aos agentes responsabilizados pela prática do crime do art. 95, letra **d**, da Lei n. 8.212/1991. Naquele caso, assim como no ora em exame, houve republicação da norma, alterando-se o seu conteúdo de modo a afastar o benefício penal – anistia e **abolitio criminis**.

A ementa desse julgado é a seguinte:

“Competência. **Habeas corpus**. Ato de Tribunal Regional Federal. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer **habeas corpus** impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

Anistia. Contribuição social. Ausência de recolhimento. Lei n. 9.639/1998. A norma do § 4º do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil não possui o efeito de afastar do cenário jurídico-constitucional o devido processo legislativo. Insubsistência do parágrafo único do artigo 11 da citada lei, no que estranho ao texto aprovado pelo Congresso Nacional.” (HC n. 77.724-3-SP, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 2.2.2001).

No mesmo sentido, destaque-se: HC n. 77.734-9-SC, Tribunal Pleno, relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 10.8.2000; RE n. 263.659-SP, Primeira Turma, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 18.5.2001; RE n. 273.761-SP, Primeira Turma, relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 10.11.2000.

Nesses acórdãos, o colendo Supremo Tribunal Federal concluiu pela

negativa da anistia aos agentes, considerando como inválida, com efeitos **extunc**, a norma penal benéfica, em face do vício contido na sua elaboração.

Nesse ponto, vale transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Maurício Corrêa no julgamento do HC n. 77.724-3-SP, acima citado:

“2.2. Não basta que um texto seja publicado no Diário Oficial com o nome de *lei* para que este simples fato o transforme em norma cogente, de observância obrigatória. É indispensável examinar a *natureza* ou a *origem* do vício que levou à republicação do texto.

Com efeito, caso ocorra algum erro de linotipia, de composição gráfica ou de digitação, que implique na modificação do texto original, ninguém ousaria, por esta razão, extrair a forçosa ilação de que o texto publicado é *lei* no sentido próprio, ainda que com este **nomen juris**.

Da mesma forma, no caso de ocorrer alguma fraude em um dos meandros percorridos pelo texto original, que implique na alteração do texto original, também, nem por esta razão, se ousaria dizer que o texto publicado é *lei* em seu sentido próprio e, assim, de observância obrigatória.

Vê-se, pois, que é preciso algo mais, ou seja, é preciso que o texto, mesmo equivocado, tenha legitimidade.

.....  
*Publicação* de texto que não corresponde ao original legislado, seja por *culpa* ou *dolo*, não pode ser considerado *lei*, ainda que eventualmente *sancionado* e promulgado, porque a *sanção* e a promulgação estão inseridas, apenas, na *fase final* do *processo legislativo*.”

No caso em tela, mesmo não tratando de lei em sentido estrito, mas de resolução administrativa com função complementar à norma penal em branco, é perfeitamente aplicável essa linha de entendimento adotada pelo Pretório Excelso, *eis que as situações guardam muitas e essenciais semelhanças entre si*.

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

O desacerto da decisão tomada pelo Diretor-Presidente, no que tange

à exclusão da substância entorpecente da Lista F2, nem se discute, eis que a própria Diretoria Colegiada *não referendou* o ato e manteve o cloreto de etila como substância psicotrópica.

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

O argumento de que não caberia ao Poder Judiciário analisar o *caráter urgente* do ato, por lhe ser vedado examinar a discricionariedade dos atos administrativos, não se aplica à hipótese. É que se mostra *manifesta a inexistência* do pressuposto para a prática do ato isoladamente pelo Diretor-Presidente da Anvisa. A competência para tomar tal medida é restrita à Diretoria Colegiada, atribuindo-se apenas em caráter extraordinário ao Diretor-Presidente a possibilidade de atuar isoladamente.

Ademais, vale destacar, conforme acentuam **Hely Lopes Meirelles** (in *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 21ª edição, 1996, p. 151) e **Celso Antônio Bandeira de Mello** (in *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 11ª ed., 1999, pp. 305 e segs.), que discricionariedade tem limites. Os atos discricionários não ficam ao livre sabor das vontades e interesses das autoridades; também eles devem guardar respeito aos princípios que regem a Administração Pública (legalidade, razoabilidade, moralidade, etc.) e aos parâmetros estabelecidos pela lei.

Em sendo *inquestionável – sublinho, totalmente e primo ictu oculi, inquestionável – a ausência de circunstância emergencial* que permitisse a iniciativa do Diretor-Presidente, é cristalina a sua incompetência para a prática do ato, que exsurge contaminado por vício relativo ao sujeito e, portanto, *absolutamente nulo de pleno direito*, eis que não poderia ser – como realmente não foi – convalidado. *Destaque-se, aliás, o seguinte argumento*: se a Diretoria Colegiada não quisesse apenas referendar o ato, bastaria elaborar nova resolução restabelecendo o **status quo ante**. Diante do vício contido na resolução do Diretor-Presidente, no entanto, houve a preocupação *de não apenas não referendar o ato, mas de deixar claro que ele não teve nenhum*

*valor jurídico. Por isso é que se procedeu à republicação, por erro no original, da Resolução RDC n. 104. Houve, repita-se, republicação daquilo que não foi – e nem poderia ser – referendado.*

Finalmente, **ad argumentandum**, observa que a Emenda Constitucional n. 32/2001, ao dar nova redação ao art. 62 da CF, proibiu expressamente a adoção de medidas provisórias em matérias relativas ao Direito Penal (§ 1º, alínea **b**). Ora, se o caráter urgente e relevante de uma medida penal, aos olhos do legislador constituinte derivado, não é capaz de autorizar nem o Presidente da República a editar medida provisória, o que se dirá então do Diretor-Presidente da Anvisa, no exercício de competência extraordinária, poder baixar resolução em matéria criminal, com efeitos descriminalizantes.

Pelo exposto, acompanho o posicionamento final do eminente Ministro-Relator para não reconhecer a **abolitio criminis** em favor do Réu.

### VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Ex.<sup>a</sup> no sentido de negar a concessão do **habeas corpus**, sugerindo que seja dada ciência ao Ministério da Saúde do teor da presente decisão.

### RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Sr. Presidente, recordo-me que esses dados só vieram depois do meu voto. V. Ex.<sup>a</sup> foi quem diligenciou, oficiando, inclusive, ao Ministro da Saúde. Não me oponho a aderir-me ao voto de V. Ex.<sup>a</sup>.

Acompanho a linha de voto de V. Ex.<sup>a</sup>, nego a concessão do **habeas corpus**. Proponho sejam extraídas as peças para encaminhamento ao Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, para as medidas penais cabíveis. Neste caso, mais que sintomático ter havido desvio na atuação desse diretor.

### ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Aditamento ao voto para, alterando-o, denegar a ordem de ofício e negar provimento ao recurso.

Consoante está no voto, entendi prejudicado o recurso especial e nele declarei a extinção da punibilidade, com base no art. 107, inciso III, do Código Penal, por operante a **abolitio criminis**.

Pediu vista o ilustre Ministro Felix Fischer e, na assentada de 7.2.2002, votou pela denegação da ordem de ofício por não reconhecer extinta a punibilidade.

Estas as razões expendidas pelo ilustre Ministro Felix Fischer:

“Conforme decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal no HC n. 77.724-3-SP, em sessão plenária, relator o Ministro Marco Aurélio (DJ de 2.2.2001), o art. 1º, § 4º, da LICC não tem o condão de afastar do cenário jurídico-constitucional o devido processo legislativo. No precedente se discutiu a eficácia de norma (Lei n. 9.639/1998, art. 11, parágrafo único) concessiva de anistia aos agentes responsabilizados pela prática do crime do art. 95, letra **d**, da Lei n. 8.212/1991. Naquele caso, assim como no ora em exame, houve republicação da norma, alterando-se o seu conteúdo de modo a afastar o benefício penal – anistia e **abolitio criminis**.

A ementa desse julgado é a seguinte:

‘Competência. **Habeas corpus**. Ato de Tribunal Regional Federal. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer **habeas corpus** impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

Anistia. Contribuição social. Ausência de recolhimento. Lei n. 9.639/1998. A norma do § 4º do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil não possui o efeito de afastar do cenário jurídico-constitucional o devido processo legislativo. Insubsistência do parágrafo único do artigo 11 da citada lei, no que estranho ao texto aprovado pelo Congresso Nacional.’ (HC n. 77.724-3-SP. Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 2.2.2001).

No mesmo sentido, destaque-se: HC n. 77.734-9-SC, Tribunal Pleno, relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 10.8.2000; RE n. 263.659-SP, Primeira Turma, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 18.5.2001; RE n. 273.761-SP, Primeira Turma, relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 10.11.2000.

Nesses acórdãos, o colendo Supremo Tribunal Federal concluiu pela negativa da anistia aos agentes, considerando como inválida, com

efeitos **ex tunc**, a norma penal benéfica, em face do vício contido na sua elaboração.

Nesse ponto, vale transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Maurício Corrêa no julgamento do HC n. 77.724-3-SP, acima citado:

‘2.2. Não basta que um texto seja publicado no Diário Oficial com o nome de *lei* para que este simples fato o transforme em norma cogente, de observância obrigatória. É indispensável examinar a *natureza* ou a *origem* do vício que levou à republicação do texto.

Com efeito, caso ocorra algum erro de linotipia, de composição gráfica ou de digitação, que implique na modificação do texto original, ninguém ousaria, por esta razão, extrair a força ilação de que o texto publicado é *lei* no sentido próprio, ainda que com este **nomen juris**.

Da mesma forma, no caso de ocorrer alguma fraude em um dos meandros percorridos pelo texto original, que implique na alteração do texto original, também, nem por esta razão, se ou-saria dizer que o texto publicado é *lei* em seu sentido próprio e, assim, de observância obrigatória.

Vê-se, pois, que é preciso algo mais, ou seja, é preciso que o texto, mesmo equivocado, tenha legitimidade.

.....  
*Publicação* de texto que não corresponde ao original legislado, seja por *culpa* ou *dolo*, não pode ser considerado *lei*, ainda que eventualmente *sancionado* e promulgado, porque a *sanção* e a promulgação estão inseridas, apenas, na *fase final do processo legislativo*.’

No caso em tela, mesmo não tratando de lei em sentido estrito, mas de resolução administrativa com função complementar à norma penal em branco, é perfeitamente aplicável essa linha de entendimento adotada pelo Pretório Excelso, *eis que as situações guardam muitas e essenciais semelhanças entre si*.

**In casu**, houve a prática de ato regulamentar *manifestamente inválido* pelo Diretor-Presidente da Anvisa, tomado **ad referendum** da

Diretoria Colegiada com fundamento no art. 13, IV, do Decreto n. 3.029/1999, tendo em vista uma alegada *situação de urgência*.

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

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

O argumento de que *não* caberia ao Poder Judiciário analisar o *caráter urgente* do ato, por lhe ser vedado examinar a discricionariedade dos atos administrativos, *não* se aplica à hipótese. É que se mostra *manifesta* a *inexistência* do pressuposto para a prática do ato isoladamente pelo Diretor-Presidente da Anvisa. A competência para tomar tal medida é restrita à Diretoria Colegiada, atribuindo-se apenas em caráter extraordinário ao Diretor-Presidente a possibilidade de atuar isoladamente.

Ademais, vale destacar, conforme acentuam **Hely Lopes Meirelles** (in *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 21<sup>a</sup> ed., 1996, p. 151) e **Celso Antônio Bandeira de Mello** (in *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 11<sup>a</sup> ed., 1999, pp. 305 e segs.), que discricionariedade tem limites. Os atos discricionários *não* ficam ao livre sabor das vontades e interesses das autoridades; também eles devem guardar respeito aos princípios que regem a Administração Pública (legalidade, razoabilidade, moralidade, etc.) e aos parâmetros estabelecidos pela lei.

Em sendo inquestionável – *sublinho, totalmente e primo ictu oculi, inquestionável* – a *ausência de circunstância emergencial* que permitisse a iniciativa do Diretor-Presidente, é cristalina a sua incompetência para a prática do ato, que exsurge contaminado por vício relativo ao sujeito e, portanto, *absolutamente nulo de pleno direito*, eis que



não poderia ser – como realmente não foi – convalidado. *Destaque-se, aliás, o seguinte argumento*: se a Diretoria Colegiada não quisesse apenas referendar o ato, bastaria elaborar nova resolução restabelecendo o **status quo ante**. Diante do vício contido na resolução do Diretor-Presidente, no entanto, houve a preocupação *de não apenas não referendar o ato, mas de deixar claro que ele não teve nenhum valor jurídico*. Por isso é que se procedeu à republicação, por erro no original, da Resolução RDC n. 104. Houve, repita-se, republicação daquilo que não foi – e nem poderia ser – referendado.

Finalmente, **ad argumentandum**, observa-se que a Emenda Constitucional n. 32/2001, ao dar nova redação ao art. 62 da CF, proibiu expressamente a adoção de medidas provisórias em matérias relativas ao Direito Penal (§ 1º, alínea **b**). Ora, se o caráter urgente e relevante de uma medida penal, aos olhos do legislador constituinte derivado, não é capaz de autorizar nem o Presidente da República a editar medida provisória, o que se dirá então do Diretor-Presidente da Anvisa, no exercício de competência extraordinária, poder baixar resolução em matéria criminal, com efeitos descriminalizantes.

Pelo exposto, acompanho o posicionamento final do eminente Ministro-Relator para não reconhecer a **abolitio criminis** em favor do Réu.”

Com efeito, dois aspectos merecem destaque no voto discordante: edição pelo Diretor-Presidente da Anvisa, solitariamente, da Resolução RDC n. 104, de 6.12.2000, e ato que não foi contemplado com o beneplácito da Diretoria Colegiada. Ao revés. Não só ela não o referendou, como cassou o ato singular, republicando referida resolução, incluindo o cloreto de etila na Lista B1 – Lista de Substâncias Psicotrópicas, que havia sido retirado pelo ato isolado do Diretor-Presidente.

Conforme a doutrina, para que o ato administrativo adquira existência legal deve estar completo o procedimento formativo. Por conseguinte, a partir da satisfação dos requisitos necessários à sua formação (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), é que o ato se torna eficaz.

E sublinha o publicista **Hely Lopes Meirelles**: “Mas, embora eficaz, pode o ato administrativo não ser exequível, por lhe faltar a verificação de uma condição suspensiva, ou a chegada de um termo, ou, ainda, a prática de um ato complementar (aprovação, visto, homologação, julgamento do recurso de ofício, etc.), necessário ao início de sua execução ou operatividade” (Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., pp. 135/136).

No caso, o ato deveria receber homologação. Não houve essa manifestação. Ao contrário, sobreveio a sua negativa, vale dizer, entendeu o órgão colegiado ilegítima ou ilegal a manifestação de vontade do ato solitário do Diretor-Presidente do Conselho.

É ainda do renomado Professor **Hely Lopes Meirelles**: “O ato dependente de homologação é inoperante enquanto não a recebe” (ob. cit., p. 166).

Em conclusão, o ato é manifestamente inválido, de nenhuma eficácia.

Ante o exposto, reconsidero o voto para, acompanhando o Ministro Felix Fischer, afastar a extinção da punibilidade, negando provimento ao recurso especial.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 302.360 – SP

(Registro n. 2001.0010433-9)

Relator: Ministro Felix Fischer  
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo  
Recorrido: João Alexandre da Silva  
Procuradora: Rita de Cássia Paulino

**EMENTA:** Penal – Recurso especial – Suspensão do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) – Processo em andamento – Princípio de não-culpado – Norma infraconstitucional aplicável.

I – Escapa à questão do princípio da inocência a exigência infraconstitucional acerca do *sursis* processual sobre a inexistência de outro processo em andamento contra o réu. A recusa no oferecimento da suspensão não acarreta qualquer presunção.

II – O benefício não alcança, pois, o réu que esteja sendo processado criminalmente (*precedentes do STF e do STJ*).

Recurso provido.

## ACÓRDÃO

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

indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 6.5.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** (cf. fl. 106) da **Lex Fundamentalis**, pelo *Parquet* contra v. julgado do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo em sede de concessão do *sursis* processual (art. 89 da Lei n. 9.099/1995).

Diz o voto-condutor do v. acórdão reprochado:

“A aplicação da Lei n. 9.099/1995 já foi recusada em 1ª instância, porém, sem razão.

Com efeito, a disposição do art. 89 do mencionado diploma, no sentido de que estando em curso outro processo contra o acusado, não haveria possibilidade de suspensão, afronta flagrantemente o princípio constitucional da presunção da inocência, pelo que o outro processo a que responde o réu, de que dá conta a certidão de fl. 49, não constitui óbice à concessão do benefício.

Em tais condições, converte-se o julgamento em diligência para que, em 1ª instância, em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição, verifique-se o preenchimento das condições legais para eventual aplicação do benefício da suspensão condicional do processo, anotado que persistindo recusa indevida por parte do Ministério Público, o *sursis* processual deverá ser aplicado de ofício pelo juiz.” (fls. 99/100).

Daí o recurso. Foram ofertadas contra-razões. E, ao inconformismo foi dado seguimento no provisório juízo de prelibação.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento do apelo raro.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Inicialmente, antes de adentrar na **quaestio** propriamente dita da súplica especial, o desdobramento suscitado no v. julgado guerreado evidencia um posicionamento que, também, não é seguido na instância incomum. Assim, vale dizer que é inadmissível a concessão do *sursis* processual **ex officio** pelo julgador. *A uma*, encarando-se o *sursis* processual como forma de transação (a lei é clara: ao Ministério Público cabe *proponere*; ao acusado, *acceptare*, ou não, e, ao juiz, *suspendere*, ou não), incabível é, na hipótese de divergência, a proposta partir, **extra legem**, do magistrado. Até pelos efeitos penais, tal solução é tecnicamente estranha, inusitada, visto que o juiz não é o **dominus litis**. Há flagrante ofensa ao *art. 129, inciso I, da Carta Magna* e violação ao *art. 25, inciso III, da LONMP*. Existe, aí, também, inobservância das regras processuais fundamentais, tais como a de relação processual – **actum trium personarum** – e da iniciativa das partes – **ne procedat iudex ex officio** – inerentes à sistemática legal moderna (**v.g.**, constitucionalmente: *arts. 5º, incisos LV e LIII; 92, 126 e 129, inciso I, da Lex Fundamental*). *A duas*, dizer-se que o *sursis* processual é *direito subjetivo do acusado*, em verdade, com a devida vênia de entendimento diverso, retrata algo superficial, destituído de conteúdo decisivo. Por óbvio, que o Estado não deve agir com arbitrariedade; os seus agentes devem observar a lei, o Direito. Dizer-se que se o acusado preenche os requisitos do *art. 89 da Lei n. 9.099/1995*, o Promotor de Justiça tem o dever de apresentar a proposta, porquanto direito subjetivo do acusado, é algo tão evidente que desmerece qualquer reflexão. Todavia, partir da premissa, num enfoque **ex ante**, de que o agente do *Parquet*, **ex hypothesis**, arbitrariamente, deixaria de realizar a proposta, denota silogismo de generalização precipitada calcado em premissa, por sua vez, alicerçada em presunção transmutada em pretensa verdade metafísica. Aliás, em nenhum sistema processual moderno, as propostas legalmente atribuídas ao órgão acusador podem ser efetuadas, *de pronto*, pelo juiz. Entretanto, o próprio ato do Chefe do *Parquet*, ato final do procedimento incidental, *este, sim*, pode ser, ou pode vir a ser, impugnado na via do remédio heróico (**v.g.** *art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna*). *A três*, falar-se de *indiscutível* direito subjetivo do Réu quanto ao *sursis* processual, é desconhecer a prática processual e equiparar *sursis* processual com a suspensão da pena. Se, *por um lado*, para a concessão da *suspensão da pena*, levada a efeito ao final (no mínimo) do processo, na sentença condenatória, podem certos requisitos ser *presumidos* em favor do Réu (o Estado teve toda a instrução

para juntar informações quanto à *pessoa do acusado*); *por outro*, tal não faria sentido, no início da ação penal quando, geralmente, pouco (obviamente) ou nada se sabe acerca da pessoa do denunciado. *E, não há que se confundir, aí, presunção de não-culpado (art. 5º, inciso LVII, da Lex Maxima) com presunção acerca dos requisitos da suspensão do processo.* São situações totalmente distintas, com objetos de valoração de dimensões diversas. De rigor, **ex vi** art. 89, o acusado deve preencher os requisitos *objetivos e subjetivos* do *sursis* processual para que, então, a proposta possa ser oferecida, eventualmente aceita e, por fim, homologada. Cometido um crime, a regra é o processo criminal. A exceção, por força dos requisitos legais é a suspensão **ab initio**. Suspender *de imediato*, uma ação penal asseverando-se um direito subjetivo do Réu, fulcrado, muitas vezes, na falta de informação acerca dos requisitos legais (em regra, os subjetivos), **data venia**, a par de criar conceito revolucionário no plano dos direitos, no mínimo, faz nascer, em muitos casos, um óbice **contra legem** para o andamento da **persecutio criminis in iudicio**, isto tudo, sem contar que possa ser considerada – a suspensão reprochada e faticamente desamparada – como quase um incentivo à impunidade ou, ainda, algo lúdico (cf. **Huizinga, in Homo Ludens**). Não se pode mutilar um ordenamento jurídico criando **extra legem** garantias fictas e privilégios que carecem de substrato jurídico e axiológico. *A quatro*, o art. 89 prevê uma proposta (ou oferta) e não uma decisão unilateral. Até porque o Réu pode recusá-la. Já na suspensão da pena, preenchidos os requisitos legais (após toda uma instrução), a concessão (e não oferta ou proposta) é obrigatória. *A cinco*, os argumentos de que o uso do mecanismo do art. 28 do CPP implicaria, uma vez oferecida a proemial acusatória, na abertura de incidental e estranho procedimento administrativo não tem a força e o alcance que se lhe pretende atribuir. Caso contrário, qual seria a solução para a recusa de aditamento no caso do parágrafo único do *art. 384 do CPP (mutatio libelli)*? O juiz ofereceria o aditamento? Aí, por igual, em caso de divergência, *na mesma instância*, não há previsão legal para o problema.

**Afrânio Silva Martins** observa, **in verbis**: “Em alguns países, com reformas processuais recentes, o Ministério Público não tem o dever de oferecer a denúncia e, por motivo de política criminal, poderá deixar de denunciar e requerer o arquivamento da investigação policial. Suponhamos que a nossa lei dissesse isto, o réu teria o direito subjetivo ao arquivamento do inquérito policial? Não. Seria apenas uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade. O nosso legislador não foi a tanto, diz que o Ministério Público não pode deixar de denunciar e requerer o arquivamento nem a pena, mas

pode requerer uma pena mais benevolente para o réu. Muda, em nível de sistema, a situação? Não. Ele tinha o dever de denunciar, mas, para essas infrações penais, ele não tem o dever de denunciar. Isto outorga ao réu o direito subjetivo de não ser processado? Parece-nos que não. Parece-nos que é uma faculdade que tem o Ministério Público naqueles casos, e, mesmo assim, só a pode exercer preenchidos determinados requisitos legais, não oferecendo a denúncia e sugerindo uma pena mais benevolente para o réu. Isso não seria, a nosso juízo, um direito subjetivo do réu, mas uma faculdade do Ministério Público” (Juizados Especiais, Belo Horizonte, 1996, Associação Mineira do Ministério Público, n. 2, pp. 78 e 79).” (fls. 110/111). *Mais adiante*: “Por outro lado, estabelecemos uma premissa para compreensão do sistema interpretativo proposto: quando o Ministério Público apresenta em juízo proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995, está ele exercendo ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral – como a denúncia – fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. Em outras palavras, o Promotor de Justiça terá que, oralmente, como na denúncia, descrever e atribuir ao autor do fato, uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-a no tempo (prescrição) e no espaço (competência de foro). Deverá, outrossim, em nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo (competência de juízo), segundo definição legal (artigo 61). Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação penal)”. *E, a seguir*: “... ao juiz é vedado fazer a proposta de aplicação de pena acima mencionada. Dentro do sistema processual acusatório, não é dado ao juiz provocar a sua própria jurisdição. Não pode o juiz acusar o autor do fato de ter praticado determinada infração de menor potencial ofensivo e sugerir-lhe a aplicação de uma pena. A relação processual assim teria feição meramente linear, própria do sistema inquisitório. Teríamos um processo penal sem a presença do autor da ação penal que, pela Constituição da República, é de exclusividade do Ministério Público.” *Por fim*: “Trabalhando dentro desta ótica, pode-se entender porque o juiz não pode fazer de ofício, a proposta de suspensão do processo contra a vontade do titular da ação penal pública. Primeiro, porque estaria dispondo do que não tem: o direito de ação; segundo, porque estaria impedindo que o titular do direito de ação – que tem natureza constitucional – continue a exercê-lo, porque estaria excluindo o Ministério Público da própria relação processual penal, destruindo a **actum trium personarum**, próprio do sistema

acusatório. Outrossim, afasta-se a idéia de que a disponibilidade limitada da ação penal pública condenatória possa ser entendida como um direito subjetivo do réu. Cuida-se de discricionariedade, contra a qual nos insurgimos, mas outorgada expressamente pelo legislador ao titular do direito de ação. Note-se que, na ação penal privada, exclusiva ou principal, onde o Código de Processo Penal deu discricionariedade, de o ofendido conceder ou não perdão ao querelado, que também depende de aceitação, jamais se sustentou que tal perdão seria um direito subjetivo do acusado.

É preciso interpretar a Lei n. 9.099/1995 dentro dos postulados dos princípios que informam o nosso sistema processual acusatório e não como desejaríamos que o legislador tivesse dito. Na espécie, as diversas interpretações açodadas e simpáticas não contribuem para a boa aplicação da lei, cujo espírito é corretíssimo e salutarmente vanguardista. O caos que se está criando na doutrina, já com reflexos na jurisprudência, em nada contribui para concretizar as mudanças que devem ser sempre desejadas, mas pode levar ao desprestígio esta importante experiência em nosso país” (Boletim IBCCrim, n. 48, novembro de 1996, p. 4).”

No **punctum saliens** acima delineado, seguem pela inadmissibilidade da oferta **ex officio** ou da substituição do Promotor de Justiça pelo Juiz de Direito quanto à proposta do *sursis* processual: **Alberto Zaccarias Toron** (in Boletim do IBCCrim, n. 35, novembro/1995, n. 6), **Eduardo Araújo da Silva** (Boletim do IBCCrim n. 35, p. 17), **Mario Pazzalini Filho & Alexandre A. de Moraes & Gianpaolo Poggia Smanio & Luiz Fernando Vaggini** (in Juizado Especial Criminal, Ed. Atlas, 1996, p. 97), **Pedro H. Demercian & Jorge Assaf Maluly** (in Juizados Especiais Criminais, E. Aida, 1996, p. 106), **Ada P. Grinover & Antônio Magalhães Gomes Filho & Antônio Scarance Fernandes & Luiz Flávio Gomes** (in Juizados Especiais Criminais, SP, RT, 1996, p. 211, n. 6.2).

No plano *jurisprudencial*, tem-se: a) no *colendo Supremo Tribunal Federal*, em sessão plenária, restou decidido no *HC n. 75.343-MG* (relator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence) pela aplicação do art. 28 do CPP (cf. Informativo n. 92, j. em 12.11.1997). Posteriormente, na douta Primeira Turma, reiterou tal posicionamento no *HC n. 76.439-SP* (relator Min. Octavio Gallotti, DJU de 21.8.1998, p. 4) e no *RHC n. 77.255-RJ* (relator Min. Sydney Sanches, DJU de 1.10.1999, p. 55); b) na *Quinta Turma* desta Corte, diverso não tem sido o entendimento esposado: I) *REsp n. 173.743-PR*, relator Min. Jorge Scartezzini, DJU de 13.9.1999, p. 90; II) *RHC n. 5.664-SP*, relator Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de

18.11.1996, p. 44.904; III) *REsp* n. 157.630-SP, relator Min. Edson Vidigal, DJU de 23.11.1998, p. 193; IV) *REsp* n. 194.369-SP, de minha relatoria, DJU de 24.5.1999, p. 190. Há precedente nesta linha, inclusive, na *Terceira Seção* (v.g. *EREsp* n. 185.187-SP, relator Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 22.11.1999, p. 146).

Ultrapassado este aspecto preambular, relevante e concretamente conexo, correta, **in casu**, a recusa de oferta do *sursis* processual.

*O óbice suscitado de que o Réu-recorrido estava sendo processado criminalmente em outro feito encontra amparo legal explícito ex vi art. 89 da Lei n. 9.099/1995. E, tal limitação não dasafia, nem de longe, qualquer regra da Carta Magna e muito menos o princípio de não-culpado (art. 5º, inciso LVII). A **questio** é de estrita aplicação de regra infraconstitucional. Cumpre sublinhar, o outro processo em andamento não leva à conclusão de que o réu, neste, seja culpado. Ele só não terá o benefício do *sursis* processual. A precipitada ou antecipada aplicação do princípio referido ao instituto sob análise, na realidade, conduziria ao plano oposto, com a aceitação de *presumida absolvição* (ou “merecimento ficto”) pelo início de um processo criminal. *Presunção de inocência não é presunção de mérito!**

Sob presunção diversa, o processo em andamento prorroga o período de prova do *sursis* (art. 81, § 1º, do CP), impede a extinção da pena no livramento condicional (art. 89 do CP), determina a regressão (art. 118, inciso I, da LEP) e induz à revogação prevista no art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995. A constitucionalidade, aí, jamais foi infirmada. E não é só. Como mui bem lembrado no recurso, “não se pode considerar inconstitucional a exigência de não estar sendo processado, é tratar diferentemente hipóteses semelhantes, pois um acusado que estivesse com a suspensão decretada e viesse a ser processado posteriormente acabaria tendo o primeiro processo com o curso retomado, enquanto outro que já possua processos em andamento, estaria agraciado com a suspensão.” (fl. 118).

No *Pretório Excelso* tem-se no **punctum saliens, in verbis**:

“Recurso em **habeas corpus**. Processo Penal Eleitoral. Falta de intimação do defensor. Não-oferecimento de contra-razões. Suspensão condicional do processo.

Quando há pluralidade de procuradores constituídos no mesmo instrumento de procuração, é suficiente a intimação de um deles para validade do ato processual. Precedentes.



O não-oferecimento de contra-razões pode ser estratégia do defensor.

O que gera nulidade do processo é a falta de intimação para o cumprimento de um determinado ato processual, ou seja, a não-concessão da oportunidade legal. Precedentes.

*A suspensão condicional do processo é benefício que não alcança o acusado que esteja sendo processado ou condenado por outro crime. Precedentes.*

Recurso desprovido.” (STF, RHC n. 79.460-SP, Pleno, relator para acórdão Min. Nelson Jobim, DJU de 18.5.2001).

*Nesta Corte:*

“**Habeas corpus.** Crime de dano. Ação penal privada. Artigo 89 da Lei n. 9.099/1995. Suspensão condicional do processo. Cabimento. Réu que responde a outros processos. Vedação. Inexistência de violação ao princípio da presunção de inocência, por se tratar de benefício legal. Ordem denegada.

1. A jurisprudência desta Corte Federal Superior é firme no sentido de que cabe *sursis* processual também para os crimes de ação penal privada.

2. *Tratando-se de benefício legal, pode a lei, ela mesma, estabelecer requisitos para a concessão da suspensão condicional do processo, não importando, pois, qualquer violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, a exigência de não estar o réu respondendo a outro processo (precedentes).*

3. Ordem denegada.” (STJ, HC n. 18.590-MG, Sexta Turma, relator Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 25.2.2002).

“Recurso especial. Processual Penal. Lei n. 9.099/1995, art. 89. Suspensão do processo **ex officio**. Impossibilidade. Titularidade do Ministério Público. Aplicação analógica do art. 28 do CPP. Acusado que responde a outros processos. Impossibilidade.

Não cabe ao juiz, que não é titular da ação penal, substituir-se ao *Parquet* para formular proposta de suspensão condicional do processo. A eventual divergência sobre o não-oferecimento da proposta resolve-se à luz do mecanismo estabelecido no art. 28 c.c. o art. 3<sup>o</sup> do CPP.

A teor do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, a suspensão condicional

do processo somente é possível se não há condenação contra o acusado e se ele não responde a outro processo. Requisito legal que não ofende o princípio constitucional da ‘presunção de não-culpabilidade’.

Precedentes do STF e desta Corte.

Recurso conhecido e provido.” (STJ, REsp n. 184.510-SP, Quinta Turma, relator Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 3.5.1999).

“**Habeas corpus**. Porte ilegal de arma de fogo. Suspensão condicional do processo. Réu que responde a outro processo. Inviabilidade de concessão do benefício (art. 89 da Lei n. 9.099/1995).

– *O art. 89 da Lei n. 9.099/1995, é claro ao condicionar a suspensão condicional do processo às hipóteses de não ser o réu reincidente ou de não estar sendo processado por outro crime. No caso, o paciente responde a outra ação penal pela prática de delito de igual natureza (porte ilegal de arma de fogo), o que impede a concessão do benefício.*

– Precedentes.

– Ordem denegada.” (STJ, HC n. 12.216-SP, Quinta Turma, relator Min. Jorge Scartezini, DJU de 5.3.2001).

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Suspensão condicional do processo. Recusa pelo Ministério Público. Requisitos objetivos e subjetivos. Ausência.

– *Segundo as disposições do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, a suspensão do processo nas hipóteses em que a pena mínima cominada ao crime for igual ou inferior a um ano deverá ser proposta se o réu não estiver sendo processado ou não for reincidente, e se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade, bem como os motivos e circunstâncias do crime indicarem ser necessário e suficiente o sursis processual.*

– Não configura ilícito constrangimento a ser reparado por **habeas corpus** a não-aplicação da suspensão condicional do processo na hipótese em que não coexistem os pressupostos objetivos e subjetivos.

– **Habeas corpus** denegado.” (STJ, HC de 10.668-MS, Sexta Turma, relator Min. Vicente Leal, DJU de 3.4.2000).

“Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Sonegação fiscal. Parcelamento após o recebimento da denúncia. Benefício do *sursis* processual. Acusado que responde a outros processos.

I – Não obsta a **persecutio criminis in iudicio** o parcelamento serôdio de débito tributário, ou seja, efetuado após o recebimento da denúncia (art. 34 da Lei n. 9.249/1995).

*II – A suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, só é possível se o acusado não responde a outro processo criminal.*

Recurso desprovido.” (STJ, RHC n. 8.926-SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 18.9.2000).

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995). Iniciativa da proposta. Presunção de inocência.

*I – O requisito previsto no artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 de que não esteja o réu respondendo a outros processos não fere a presunção de inocência (precedentes STF e STJ).*

II – O juiz não é parte e, portanto, inadmissível, em princípio, **ex vi** art. 89 da Lei n. 9.099/1995 c.c. os arts. 129, inciso I, da Carta Magna, e 25, inciso III, da LONMP, que venha a oferecer o *sursis* processual **ex officio** ou a requerimento da defesa.

Recurso provido.” (STJ, REsp n. 227.839-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 20.8.2001).

Voto pelo provimento do recurso para que, cassada a r. decisão impugnada, o egrégio Tribunal **a quo** examine os demais aspectos da apelação.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 331.365 – MG

(Registro n. 2001.0081461-4)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini  
Recorrente: Condomínio Indiviso Betim Shopping  
Advogados: Milton Eduardo Colen e outros  
Recorridos: Decollage Ltda – Microempresa e outro  
Advogados: Geraldo Lázaro Resende e outro

**EMENTA:** Civil – Recurso especial – Locação comercial –

*Shopping center* – Devolução antecipada do imóvel – Multa – Lei n. 8.245/1991 (art. 4º) – Arbitramento judicial – Possibilidade.

1 – É remansoso na doutrina que se permite ao inquilino a restituição do prédio locado, antes do termo final estipulado no contrato de locação. Para isso, a título de indenização do prejuízo que teve o locador, bem como pela falta de cumprimento das condições avençadas (**pacta sunt servanda**), o locatário terá que pagar a multa convencionalizada ou, se não houver acordo neste aspecto, a fixada em juízo, mediante arbitramento judicial. No caso concreto, tendo a 1ª e 2ª instâncias afirmado que não há multa pactuada, caberia a uma destas fixá-la por decisão judicial. Inteligência do art. 4º da Lei n. 8.245/1991.

2 – Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, determinar que seja arbitrada e aplicada aos recorridos, pela instância ordinária, a multa estabelecida no artigo legal violado.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 9 de abril de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezini, Relator.

---

Publicado no DJ de 20.5.2002.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezini: Cuida-se de recurso especial em apelação cível interposto por Condomínio Indiviso Betim Shopping, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 99/100, proferido pela Sétima Câmara Civil do Tribunal de Alçada

do Estado de Minas Gerais que, à unanimidade, negou provimento ao recurso. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Despesa de condomínio. Fundo de promoção destinado ao Dia das Mães. Evento a realizar-se após a desocupação pelo locatário de loja de *shopping center*. Improcedência do pedido de cobrança. Apelação improvida.

Destinando-se a parcela relativa ao fundo de promoção ao Dia das Mães, evento a realizar-se após a desocupação de loja de *shopping center* pelo locatário, não é por ele devida tal despesa.”

Interpostos embargos de declaração (fls. 105/113) alegando obscuridade e contradição, foram os mesmos acolhidos parcialmente a fim de declarar o acórdão (fl. 115).

Alega o Recorrente, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto guereado violou o art. 4º da Lei n. 8.245/1991, posto que é evidente, da inteligência deste dispositivo legal, a possibilidade de arbitramento judicial da multa pela rescisão antecipada e unilateral da locação, na hipótese desta penalidade não estar expressamente fixada no contrato (fls. 120/130).

Contra-razões apresentadas às fls. 133/135, sob alegação de que o presente recurso esbarraria no óbice da Súmula n. 5, deste Tribunal, posto que o Recorrente pretende o reexame do contrato de locação, bem como o artigo tido por violado (art. 4º da Lei n. 8.245/1991) não se aplica ao caso de relações locatícias entre lojistas e empreendedores de *shopping center*.

Admitido o recurso às fls. 137/138, subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido e provido.

Alega o Recorrente violação, pelo v. acórdão **a quo**, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, ao art. 4º da Lei n. 8.245/1991, porquanto não se pode deixar de aplicar a multa prevista neste dispositivo, sob alegação de não estar pactuada no contrato. Estando a matéria devidamente

prequestionada, afastando a incidência da Súmula n. 356-STF para, com tal premissa, *conhecer do recurso*.

Anoto, primeiramente, que a controvérsia em questão cinge-se, apenas, acerca da possibilidade de arbitramento pelo Judiciário da multa pela entrega do imóvel pelo locatário antes do advento do prazo determinado no contrato de locação, quando não estipulada no mesmo. A matéria pertinente à multa em razão do fundo de promoção destinado ao “Dia das Mães” restou superada e irrecorrida.

Adentro ao exame do pedido recursal.

Cumpulsando os autos, verifico que a r. sentença monocrática, ao tratar do tema, registrou que (fl. 76):

“Também não há como arbitrar-se a multa pela rescisão unilateral do contrato como quer o Autor, invocando o art. 4<sup>a</sup> da Lei n. 8.245. A multa prevista neste dispositivo deve ser pactuada. Se não o foi, não é devida, **data venia**.”

No mesmo sentido, o Tribunal **a quo** se manifestou (fl. 116), **verbis**:

“Foi feita abstração dessa multa porque não pactuada. Se não foi objeto do contrato, não poderia ser judicialmente estipulada, como na hipótese da falta de estipulação da proporção, não de estipulação da multa, somente devida quando pactuada no contrato, como decidido, com acerto, pela r. sentença recorrida (fl. 76). Quanto a essa questão, porém, não está bem claro o acórdão.”

Ora, reza tal dispositivo legal:

“Lei n. 8.245/1991.

Art. 4<sup>a</sup>. Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. *O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, segundo a proporção prevista no art. 924 do Código Civil e, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.*

Parágrafo único. ... **omissis**.”

Constato, inicialmente, que, no caso **sub judice** nesta via excepcional,

não se trata de análise de cláusula contratual como sustentam os Recorridos em suas contra-razões, a ensejar a incidência do Enunciado Sumular n. 5, desta Corte Superior. Cinge-se, justamente, na possibilidade de arbitramento judicial de multa não pactuada no contrato de locação, a qual já foi, como vimos, exaustivamente analisada pelas instâncias ordinárias.

Desta forma, denoto que o artigo supramencionado é bastante claro e singelo. É permitida ao inquilino a restituição do prédio locado, antes do termo final estipulado no contrato de locação. Para isso, a título de indenização do prejuízo que teve o locador, bem como pela falta de cumprimento das condições avençadas (**pacta sunt servanda**), o locatário terá que pagar a multa convencionada ou, se não houver acordo neste aspecto, a fixada em juízo, mediante arbitramento judicial.

Neste diapasão, aliás, preciosos os ensinamentos de **Sylvio Capanema de Souza**, in *Da Locação do Imóvel Urbano*, 1ª edição, 1999, Forense, p. 59, **verbis**:

“Sua interpretação tem de ser literal. Se o contrato foi silente, quanto à multa, para caso de devolução antecipada, caberá ao juiz fixá-la, de acordo com o seu prudente arbítrio, a requerimento de qualquer das partes interessadas, ou de ambas.”

Corroborando tal posição, **Franklin Delano do Rego Monteiro**, in *A Nova Lei do Inquilinato*, 1ª ed., 2001, Forense, p. 36, leciona-nos que:

*“10. Assim, inexistindo multa convencionada pelas partes, caberá ao Juiz fixar, através de sentença (cf. JTACiv.SP 90/364), por provocação, feita pelo locador, por meio da via comum (ação sumária ou ordinária, de acordo com o valor pleiteado), eis que inexistente dívida líquida e certa, cabendo inclusive a realização da prova pericial para a sua aferição, de ofício ou requerida pelas partes (arts. 130 e 145, CPC).”*

A propósito, merece transcrição de um trecho do voto proferido pelo ilustre Ministro Felix Fischer, no REsp n. 151.868-SP, DJ de 18.12.1998, nestes termos:

“Depreende-se, da análise desse artigo, que o locatário somente pode se desvencilhar do contrato de locação antes do término do prazo

previsto mediante o pagamento de multa que, no caso, por ausência de previsão contratual, é remetida à estipulação judicial.

Isto importa que, por expressa previsão legal, o pagamento dessa indenização é condição para que se tenham como satisfeitas as obrigações referentes ao contrato de locação por prazo determinado, não cumprido integralmente pelo locatário.

*Porém, conforme salientado, referida multa não foi prevista em contrato, a sua exigibilidade encontra respaldo no artigo mencionado, porém, a apuração do **quantum** devido a esse título deve ser feita, judicialmente, levando-se em consideração os termos do art. 924 do Código Civil e apurando-se eventuais prejuízos sofridos pelo locador.” – grifei.*

Mais não há que se explanar.

Todavia, finalizando, apenas para rechaçar qualquer dúvida acerca do tema e evitar qualquer instrumento declaratório, assevero que o disposto no citado artigo legal se aplica não só às locações residenciais, mas a todas as locações reguladas pela Lei de Locações, inclusive às não-residenciais, embora só aos contratos por tempo determinado. Desse modo, não prosperam as assertivas dos Recorridos quando sustentam que tal norma não se aplica às relações locatícias entre lojistas e empreendedores de *shopping center*. Válido o magistério de **Francisco Carlos Rocha de Barros** sobre o assunto, *in* Comentários à Lei do Inquilinato, 2ª edição, 1997, Saraiva, pp. 341/342, **verbis**:

“2. Mas não adianta discutir: esta lei de locação abrange o ajuste feito entre lojista e empreendedor, ainda que não sejam locatário e locador comuns.”

“Locação que é, aplicam-se a ela todas as regras gerais desta lei (arts. 1ª a 45), as especiais da locação não-residencial (arts. 51 e 52) e todas as normas sobre procedimentos (arts. 58 a 75). As únicas exceções são aquelas consignadas nos parágrafos que se seguem, além daquela já anotada (art. 52, § 2ª).”

Por tais fundamentos, *conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão de origem, determinar que seja arbitrada e aplicada aos Recorridos, pela instância ordinária, a multa estabelecida no art. 4ª, caput, in fine, da Lei n. 8.245/1991.*

É como voto.



**RECURSO ESPECIAL N. 351.906 – SC**

(Registro n. 2001.0127680-1)

Relator: Ministro Gilson Dipp  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradores: Ricardo Martins Baptista e outros  
Recorrido: Jaci Dutra  
Advogados: Mara Mello e outros

**EMENTA:** Constitucional e Previdenciário – Ação revisional de benefício acidentário – Competência – Auxílio-suplementar concedido na vigência da Lei n. 6.367/1976 – Transformação em auxílio-acidente.

I – É reiterada a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal sobre que “o processo e julgamentos das causas acidentárias, em ambas as instâncias, é da Justiça Estadual”. Súmula n. 501-STF.

II – Tendo a Lei n. 8.213/1991 (art. 86, inciso I, na redação original) absorvido o auxílio-suplementar de 20% como auxílio-acidente de 30%, razoável e justa se mostra a transformação do benefício, a contar da data seguinte ao da aposentadoria.

III – Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.

**ACÓRDÃO**

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

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

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 18.3.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: O INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, interpõe recurso especial contra acórdão do TJSC que deferiu ao Autor, aposentado por tempo de serviço em 27.2.1997, a transformação do auxílio-suplementar de 20% que vinha recebendo desde 6.4.1982, em auxílio-acidente de 30%, a contar de 24.7.1991, entrada em vigor da Lei n. 8.213/1991, assentando, ainda, ser possível a cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria.

Sustenta a Autarquia contrariedade ao art. 10 da Lei n. 5.010/1966, por entender competente a Justiça Federal para a revisão pleiteada e ao art. 6<sup>a</sup> da LICC por ter aplicado retroativamente o art. 86, I, da Lei n. 8.213/1991, a benefício concedido na vigência da Lei n. 6.367/1976 (art. 9<sup>a</sup>, parágrafo único). Aduz dissídio jurisprudencial.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): À questão da competência para o processo e julgamento de ação revisional de benefício-acidentário se dispensa maiores considerações, tendo em vista a reiterada orientação do colendo Supremo Tribunal Federal sobre que “o processo e julgamento das causas de acidente de trabalho, em ambas as instâncias, compete à Justiça Estadual”. (Súmula n. 501-STF). Daí a sem-razão da Autarquia nessa parte.

Por outro lado, também sem razão a Autarquia de respeito à transformação do auxílio-suplementar em auxílio-acidente. É que o auxílio-suplementar de 20%, concedido pela Lei n. 6.367/1976, (art. 9<sup>a</sup>, parágrafo único), foi absorvido pelo auxílio-acidente de 30% do art. 86, inc. I, da Lei n. 8.213/1991, na redação original. Assim, sobrevindo a aposentadoria por tempo de serviço à vigência da Lei n. 8.213/1991 e antes da Lei n. 9.528, de 10.12.1997, cabia ao INSS converter o benefício em auxílio-acidente de 30% e mantê-lo, vez que o valor do auxílio-suplementar não foi considerado no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria. Essa a orientação desta egrégia Corte, consoante se pode inferir dos seguintes julgados:

“Previdenciário e Processual Civil. Auxílio-suplementar concedido na vigência da Lei n. 6.367/1976. Transformação em auxílio-acidente. Retroatividade da lei mais benéfica. Precedentes.

1. Em face da relevância do benefício acidentário e do caráter de ordem pública da norma de regência, deve-se aplicar a lei mais benéfica ao acidentado. Precedente da Terceira Seção.

2. Tendo a Lei n. 8.213/1991 substituído o auxílio-suplementar acidentário pelo auxílio-acidente, inclusive aumentando o percentual incidente sobre o salário-de-contribuição, razoável a atribuição aos segurados os efeitos dessa transformação, ainda que o benefício tenha sido concedido sob a vigência da lei anterior.

3. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 231.047, DJ de 13.12.1999, rel. Min. Edson Vidigal).

“Previdenciário. Auxílio-suplementar. Auxílio-acidente. Lei mais benigna. Inteligência do artigo 145 da Lei n. 8.213/1991.

Transformado o auxílio-suplementar em auxílio-acidente, a norma tem incidência imediata, atribuindo aos segurados os efeitos desta transformação, sem embargo do benefício haver sido concedido sob a égide da lei anterior.

Dessa forma, a partir de 5 de abril de 1991 (artigo 145), o auxílio-suplementar, até então percebido, deveria ter sido transformado em auxílio-acidente, nos termos do artigo 86 do Plano de Benefícios da Previdência Social.

Recurso conhecido.” (REsp n. 72.275, DJ de 23.8.1999, rel. Min. Hamilton Cravhalido).

Não é outro o entendimento da doutrina, como se pode ler em Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, de **Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior**, para quem:

“Com o advento da Lei n. 8.213/1991, a disciplina legal do auxílio-suplementar restou totalmente absorvida pela do auxílio-acidente no artigo 86 e parágrafos. Este fato inquestionável leva ao reconhecimento de que as disposições relativas à extinção do auxílio-acidente deverão ser aplicadas também ao auxílio-suplementar. Como no novo Plano de Benefícios a concessão de qualquer outro benefício previdenciário não era causa extintiva do auxílio-acidente, podemos inferir que todos os segurados que se aposentaram na vigência da Lei n. 8.213/1991 possuem direito à percepção do auxílio-suplementar.”

Entendo, porém, que a transformação, não havendo determinação legal,

deve ocorrer somente a contar do dia seguinte ao da aposentadoria, 28.2.1997, que é quando passa a ter prejuízo o segurado.

Ante o exposto, conheço, em parte, do recurso e, nessa extensão, dou-lhe provimento, apenas para fixar o termo inicial da transformação em 28.2.1997.

É como voto.