

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
ESPECIAL N. 358.924 – RS**

(Registro n. 2001.0138315-3)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Agravante: Helena Maria Balardin Martinelli
Advogados: Mistica Dal Pozzo e outros
Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Neusa Mourão Leite e outros

EMENTA: Previdenciário – Benefício – Correção dos salários-de-contribuição – Índice – Art. 31 da Lei n. 8.213/1991 – INPC de março a agosto/1991 (79,96%) e abono de 54,60% – Inclusão deste – Impossibilidade – Agravo regimental.

I – Concedido o benefício em agosto/1993, os salários-de-contribuição devem ser atualizados pelo INPC, consoante o art. 31 da Lei n. 8.213/1991.

II – Impossibilidade de inclusão do abono de 54,60%, vez que expressa variação de preços já embutida no índice de 79,96%, referente à variação do INPC no mesmo período.

III – Descabe a alegação de maltrato aos princípios constitucionais da irredutibilidade dos benefícios e da preservação dos seus valores reais, porquanto, em ambos os casos, a Constituição Federal remete à lei a fixação dos critérios e esta definiu o INPC como o índice apto a assegurar os referidos princípios.

IV – Agravo desprovido.

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, negou provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 28 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 24.06.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão desta relatoria que, à vista da reiterada jurisprudência desta egrégia Corte, negou seguimento a recurso especial ao fito de ter incluído na atualização dos salários-de-contribuição ocorridos entre 8/1990 e 7/1993, formadores do salário-de-benefício, o índice de 147,06%, referente ao reajuste do salário mínimo em 01.09.1991, de Cr\$ 17.000,00 para Cr\$ 42.000,00.

Alega a Agravante, em suma, que: o índice de 147,06% corresponde à variação do INPC (79,96%) mais abono (54,60%) e um **plus** do salário mínimo de 12,50%; houve perdas com a aplicação do INPC na atualização dos salários-de-contribuição; o pedido na inicial é para incorporação dos abonos de 54,60% em 9/1991 na atualização dos salários-de-contribuição, além dos 79,96% já aplicados; a Constituição, como as Leis n. 8.212/1991 e 8.213/1991, garante a irredutibilidade dos benefícios e a preservação dos seus valores reais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): O índice de 147,06% representa o aumento do salário mínimo ocorrido em 01.09.1991, quando foi elevado de Cr\$ 17.000,00 para Cr\$ 42.000,00. O índice de 79,96% expressa a variação acumulada do INPC entre 3/1991 e 8/1991. O abono de 54,60% representa a variação do valor da cesta básica no mesmo período. O INPC reflete uma variação dos preços mensais de uma base de coleta de preços de produtos e serviços mais abrangentes que a da cesta básica, restrita esta a certos produtos de subsistência.

Assim, o abono de 54,60%, por ser menor, já está contido no índice de 79,96%, porquanto se referem ao mesmo período de inflação, só que um (79,96%) refere-se à variação acumulada do INPC e o outro (54,60%) à variação de preços da cesta básica.

Mostra-se, portanto, desarrazoada a pretensão de incluir o referido abono na atualização dos salários-de-contribuição em 01.09.1991, uma vez que resultaria em **bis in idem**.

Ademais, consoante afirmado na decisão agravada, o comando legal inserto no art. 31 da Lei n. 8.213/1991 definiu o INPC como o índice a aplicar na atualização dos salários-de-contribuição de benefício concedido em 8/1993.

A alegação de maltrato aos princípios da irredutibilidade dos benefícios (CF/1988, art. 194, parágrafo único, inciso IV) e da preservação dos seus valores reais (CF/1988, art. 201, § 4^a) não procede, porquanto, em ambos os casos, a Constituição Federal remete à lei a adoção dos critérios e esta definiu o INPC (IBGE) como o índice apto a assegurar os referidos princípios.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 17.454 – SP

(Registro n. 2001.0085879-1)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrantes: Rafael Gomes dos Santos e outro
Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Pacientes: Osmar Aparecido Gomes da Silva, Néelson Peres Garcia e Adílson Nesso (presos)

EMENTA: Penal e Processual Penal – **Habeas corpus** substitutivo de *writ* – Tráfico de drogas – Flagrante esperado e flagrante preparado – Atipia absoluta inócurrenente – Limite do exame.

I – O *writ* não é o meio adequado para o exame aprofundado do material de conhecimento. A atipia absoluta só pode ser reconhecida se a prova for convergente e destituída de questionamentos relevantes.

II – Se a prisão dos envolvidos se deu em decorrência de atividade investigatória da polícia, sem que esta tenha *induzido os envolvidos a depositar ou guardar a grande quantidade de tóxicos*

(quase três toneladas de “maconha”), incabível falar-se de flagrante preparado (Súmula n. 145-STF). O tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é *misto alternativo* e *congruente* (esgotando-se o tipo subjetivo no dolo, sendo despicando qualquer elemento subjetivo adicional). *Precedentes*.

III – Se, nos limites do *writ*, ficou provado que, no momento da prisão, uns acusados cuidavam do depósito e outros – os pacientes – ali chegaram para buscar parte da droga que já haviam adquirido, a alegada atipia absoluta se mostra carecedora de base empírica.

Writ denegado.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministor-Relator.

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

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 10.06.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Versam os autos acerca de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, em retrospecto bem delineado às fls. 547/549, **in verbis**:

“Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, impetrado por Rafael Gomes dos Santos e Márcio Tadeu Rodrigues em favor de Néelson Peres Garcia e Adílson Nesso, contra v. acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que nos autos do HC n. 344.509-3/3 conheceu, em parte, do pedido e, na parte conhecida, denegou a ordem impetrada naquele grau de jurisdição, ao argumento de que não se poderia conceder aos Pacientes o benefício de apelação em liberdade, pois

‘(...) os Pacientes foram presos em flagrante delito e permaneceram custodiados durante toda a **persecutio criminis**. Não faz sentido que, para recorrerem, lhes seja concedida liberdade provisória, visto que, monocraticamente, foram responsabilizados como autores do grave crime de tráfico de entorpecentes.

Ora, as pretensões referentes ao mérito da ação penal serão examinadas através da via recursal adequada, e já exercitada, sabendo-se à saciedade que são inoportunas através do *writ*, onde a demonstração e comprovação do alegado constrangimento ilegal, ao **status libertatis**, há que estar evidente e incontestável, o que não ocorre **in casu**.’ (fl. 466).

Liminar indeferida, os autos vieram, então, em seguida, a este Órgão Ministerial, que se manifestou, de imediato, pelo não-conhecimento do *writ* na parte em que assevera *falta de justa causa para a ação penal*, por se tratar de tentativa impossível, vez que tal matéria *já fora objeto de apreciação por essa Superior Corte de Justiça nos autos do HC n. 14.414*.

A colenda Quinta Turma desse Sodalício conheceu parcialmente do **mandamus**, às fls. 478/488, e, na parte conhecida, denegou a ordem, em acórdão que restou vazado nos seguintes fundamentos, **verbis**:

‘Inicialmente, cumpre asseverar que o pedido de trancaamento da ação não pode ser conhecido nesta Instância, por se tratar de mera reiteração do pleiteado no HC n. 14.414-SP.

(...)

Mister se faz destacar, ainda, que os tópicos levantados na inicial do *writ*, mas não apreciados no acórdão reprochado, não merecem conhecimento nesta Corte sob pena de supressão de instância.

E, por fim, como bem destacou o *Parquet*, não é de se relaxar a prisão cautelar, pois esta foi mantida de forma convincente, conforme se vê da decisão do juízo de 1^a grau (...).

Quanto ao direito de apelar em liberdade, observo que os ora pacientes responderam presos a toda a instrução criminal (flagrante de fls. 18/25 e sentença de fls. 365/381).

Assim, não podem recorrer em liberdade, conforme a jurisprudência pacífica do colendo Supremo Tribunal Federal e, também, desta Corte.

(...)

Pelo exposto, voto pelo conhecimento parcial do *writ*, e, na parte conhecida, pelo seu indeferimento.’

A partir de fl. 491 dos autos, noticia-se a impetração, perante o colendo Supremo Tribunal Federal, de remédio heróico (HC n. 81.184-1) vazado em fundamentos análogos aos do presente *writ*, que a colenda Primeira Turma daquele Excelso Sodalício, à unanimidade, indeferiu (fl. 541), concedendo, todavia, de ofício, a ordem para que se renove, parcialmente, nesse Tribunal, o julgamento do presente **mandamus** quanto à *alegação de nulidade da sentença por atipicidade do fato no qual fundou a condenação*”.

No julgado anterior, esta Turma decidiu na forma da seguinte ementa:

“Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Tráfico de entorpecentes. Trancamento da ação penal. Reiteração de pedido. Apelo em liberdade. Flagrante.

I – Não se conhece do *writ* no tópico em que é mera reiteração do pedido contido no HC n. 14.414-SP.

II – O direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica ao réu já preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de flagrante (*precedentes do STF e STJ*).

Habeas corpus parcialmente conhecido, e, aí, indeferido.” (fl. 479).

No voto consta, na parte pertinente, **in verbis**:

“Inicialmente, cumpre asseverar que o pedido de trancamento da ação não pode ser conhecido nesta Instância, por se tratar de mera reiteração do pleiteado no HC n. 14.414-SP. Naquela oportunidade, assim me manifestei:

‘Inicialmente, com relação à alegação de falta de justa causa para a ação penal, sustenta o Impetrante que a acusação atribuída

aos Pacientes é de tentativa impossível. A verificação da existência ou não de justa causa requer, portanto, aqui, exame detalhado do conjunto probatório.

Assim, a via eleita, de **per si**, não é a adequada para a pretensão, pois o **habeas corpus** não se presta ao aprofundado exame de provas.

O trancamento da ação penal, via do **mandamus**, por falta de justa causa, somente se justifica quando esta se mostra, desde logo, cristalina, evidente, o que não é o caso dos autos.

Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

‘Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Intempestividade. *Writ* substitutivo. Trancamento de ação penal. Exame de provas.

I – Nada impede que o recurso ordinário intempestivo possa ser conhecido como *writ* substitutivo.

II – A ausência de justa causa não pode ser reconhecida se, para tanto, for necessário o cotejo analítico do material cognitivo.

Recurso não conhecido e *writ* substitutivo indeferido.’ (RHC n. 7.545-PB, Quinta Turma, DJU de 03.08.1998).

‘Penal. Processual. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. Exame de provas. **Habeas corpus**. Recurso.

1. A alegada falta de justa causa para trancamento da ação penal exige apreciação aprofundada do elenco probatório, incabível no âmbito restrito do **habeas corpus**.

2. Recurso conhecido, mas não provido.’ (RHC n. 7.510-MG, Quinta Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 22.06.1998).

‘Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Ação penal. Trancamento de ação penal. Denúncia. Inépcia. Não-configuração. Descrição, em tese, de crime. Exame de provas. Improriedade.

– O trancamento de ação penal por falta de justa causa, postulada na via estreita do **habeas corpus**, somente se

viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente.

– Não é inepta a denúncia que descreve fatos que, em tese, apresentam a feição de crime e oferece condições plenas para o exercício de defesa.

– Se, para o deslinde da questão, é necessário o revolvimento da prova condensada no bojo dos autos, o tema situa-se fora do alcance do **habeas corpus**, que não é instrumento processual próprio para se obter sentença de absolvição sumária.

Recurso ordinário desprovido.’ (RHC n. 7.449-SP, Sexta Turma, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 29.06.1998).

‘RHC. Uso de documento falso. Trancamento de ação penal. Ausência de justa causa não evidenciada de plano. Improriedade do *writ*. Denúncia. Inépcia não reconhecida. Recurso desprovido.

I – A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

II – O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório – como a sustentada ocorrência de crime impossível – tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária.

III – Não se acolhe alegação de inépcia da denúncia, se a mesma encontra-se formalmente perfeita, descrevendo, satisfatoriamente, as condutas tidas como criminosas imputadas ao paciente, amparada em indícios de autoria e materialidade e com base nos elementos colhidos em inquérito policial não ilididos pela impetração.

IV – Recurso desprovido.’ (RHC n. 8.498-MG, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 20.03.2000).

‘RHC. Decadência. Ausência. Ação penal. Trancamento. Falta de justa causa.

1. Não há falar em decadência se a representação do ofendido ocorreu seis meses após a ciência do fato.

2. A justa causa, apta a impor o trancamento da ação penal, é aquela perceptível **ictu oculi**, onde a ilegalidade é patente e evidenciada pela simples enunciação dos fatos a demonstrar ausência de qualquer elemento indiciário que dê base à acusação.

3. Impossível a verificação da existência ou não de crime na via estreita do **habeas corpus** em razão da necessidade de análise aprofundada de provas.

4. RHC improvido.’ (RHC n. 8.860-RJ, Sexta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 21.02.2000).

‘Recurso em **habeas corpus**. Trancamento da ação penal. Alegação de falta de justa causa. Exame de prova. Inviabilidade.

Não há, dada a celeridade necessária ao feito, anulação de julgamento de **habeas corpus** porque não publicado em pauta – Súmula n. 431 do Pretório Excelso.

O pleito ora formulado encerra necessidade de um exame aprofundado de provas, inviável nos limites estreitos do *writ*.

Fato penalmente típico descrito na denúncia, razão pela qual não há que se falar em ausência de justa causa ensejadora da ação penal.

Recurso desprovido.’ (RHC n. 9.259-SP, Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 21.02.2000).’

Mister se faz destacar, ainda, que os tópicos levantados na inicial do *writ*, mas não apreciados no acórdão reprochado, não merecem conhecimento nesta Corte, sob pena de supressão de instância.” (fls. 479/481).

O parecer do Ministério Público foi, neste desdobramento, pela denegação.

Foram, dado o decurso de tempo, solicitadas informações adicionais.

O *Parquet* ratificou o parecer.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Os limites de apreciação, no momento, estão estabelecidos pelo *Pretório Excelso* e pela própria natureza da via eleita, quanto à eventual nulidade da decisão condenatória de 1^a grau por atipia absoluta das condutas dos Pacientes.

A r. sentença increpada, no **punctum saliens**, atinente aos Pacientes (Osmar, Néelson e Adílson), diz:

“Os policiais civis Sérgio Rodrigues, João Carlos da Silva e Valdir dos Santos, às fls. 419/424, em síntese, dão conta da informação anônima transmitida ao Denarc referente à existência de entorpecente no local dos fatos.

Após uma campana, o adolescente Rodrigo foi observado entrando e saindo, repetidas vezes, do estabelecimento, como que se observasse a movimentação exterior.

Abordado, o adolescente conduziu os policiais até onde estava parte dos acusados, alguns dentro e outros já saindo da edícula, no interior da qual foram apreendidas, aproximadamente, 2,7 toneladas de maconha, separada em sacos de quarenta ou cinqüenta quilos, bem como em tabletes menores, previamente marcados.

Ali detidos, portanto, além do adolescente Rodrigo, os acusados Fábio, Juraci, Marcelino, José Cláudio e Fernando, sendo que esse último trazia consigo um telefone celular, que acabou recebendo uma ligação.

Fazendo-se passar por Fernando, o policial Valdir conversou com um indivíduo, que disse que estava a caminho desta Capital para buscar a encomenda da maconha, que seria revendida na região de Campinas, Sumaré, Limeira.

Posteriormente, apareceram os acusados Osmar, Adílson e Néelson, sendo esse último aquele com quem tratou da entrega dos trezentos quilos de maconha, que seriam revendidos naquela região interiorana do Estado.” (fls. 372/373).

Mais adiante:

“Tal constatação está consubstanciada não só na palavra dos policiais, mas, também, no elucidativo laudo de exame pericial de fls. 513/518, concludente no sentido de que houve mesmo comunicação telefônica do aparelho apreendido com Fernando (com ligação atendida pelo investigador Valdir), com o celular do co-réu Osmar.

Importante ressaltar que da palavra dos policiais se extrai que o carregamento de cítricos que ocupava a caçamba da *pick-up* de Osmar e Adílson não impediria que a maconha também fosse ali colocada.

Obviamente, a erva não poderia ser transportada, de modo a que terceiros tivessem visão da mesma. Costumeiramente, outro tipo de produto ou substância é colocado na parte superior do compartimento de carga, não só para impedir a visão do entorpecente, como, também, para disfarçar seu odor.

A causa de aumento de pena alinhavada na denúncia, qual seja, a associação voltada para o narcotráfico, é extraída dessa divisão de tarefas envolvendo todos os acusados, ou seja, um primeiro grupo, que mantinha em depósito e guardava para fins de tráfico a representativa quantidade de maconha, e o outro, que veio buscar boa parte desta, também para fins de tráfico.” (fls. 375/376).

E, ainda:

“Não se pode alegar atípica a conduta de Adílson, Nélon e Osmar, isto porque já haviam adquirido o entorpecente; tanto que se dirigiram ao local, apenas e tão-somente, para obter a posse física do mesmo.

Demais disso, mantido em depósito naquele estabelecimento comercial, os trezentos quilos já pertencentes àqueles acusados (uma vez que não se pode confundir a aquisição antecedente com a posse física subsequente), e em se tratando de delito em permanente consumação, não é caso de incidência da Súmula n. 145 do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Melhor leitura que se faz dos documentos de fls. 779/781 é a de que Adílson e Osmar estavam mesmo associados a Nélon, porque, em sendo proprietários dos telefones celulares cujas linhas ali estão discriminadas, nada impede que Nélon utilizasse um ou outro aparelho para conversar com Valdir, que se fazia passar por Fernando.” (fls. 377/378).

Portanto, restrita que é a via do *writ*, inadmitindo-se o *revolvimento* e *cotejo analítico* do material de conhecimento, mormente em sede de justa causa e, mais especificamente, de atipicidade absoluta, percebe-se que o ataque ao r. **decisum** condenatório requisita – *para análise* da pretensão inculpada na exordial do remédio heróico – uma abordagem destituída das limitações aqui e agora existentes. Assim, reduzido o campo de exame, é bem de ver que os Réus-pacientes restaram condenados – em 1ª grau – como incursos nas sanções do *art. 12 c.c. o art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976*. E, realmente, a r. decisão reprochada apresenta fundamentação *fática e jurídica*.

Em primeiro lugar, não se pode olvidar que o tipo previsto no *art. 12 da Lei de Tóxicos* é *misto alternativo*, admitindo a fungibilidade entre os seus núcleos. Apresenta, segundo alguns, várias formas de cometimento daquilo que se proíbe, ali, sob ameaça de pena. Vai da *importação*, passando pela *re-messa, aquisição, venda, oferecimento até gratuito, o depósito*, até a *simples entrega*. Além do mais, o *tipo subjetivo* se esgota no dolo, tornando despiendo para a adequação típica a configuração de qualquer elemento subjetivo adicional (*v.g.*, especial fim de agir). É tipo *congruente* (na classificação dos tipos de **R. Maurach, S. Mir Puig e Jakobs**) ou *congruente simétrico* (na de **E. R. Zaffaroni**). O *art. 16*, exigindo o exclusivo *uso próprio* como objetivo, é que se apresenta como elemento subjetivo adicional, sendo *incongruente* (**R. Maurach, S. Mir Puig e Jakobs**) ou *congruente assimétrico* (**E. R. Zaffaroni**).

“Processual Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Exame de dependência. Indeferimento. Entorpecentes. Expressiva quantidade de droga apreendida. Admissibilidade. Dissídio não caracterizado. Art. 255 do RISTJ.

I – O indeferimento de pedido de realização de perícia médica acerca da dependência do réu não configura constrangimento ilegal se o Juiz, com fundamento nos elementos probatórios dos autos, entende dispensável tal perícia. Qualquer conclusão diversa exigiria reexame de provas incompatível com a via eleita (Súmula n. 7-STJ). Precedentes.

II – A expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado, normalmente, é suficiente para configurar o injusto previsto no art. 12 da Lei de Drogas, somente afastado quando o elemento ‘para exclusivo uso próprio’ encontra relevante respaldo na prova dos autos. O tipo previsto no art. 12 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se o tipo subjetivo no dolo.

III – Para caracterização do dissídio, os paradigmas invocados devem guardar similitude com a decisão reprochada.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 347.909-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 04.03.2002).

“Penal. Recurso especial. Art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Tipo subjetivo. Dissídio pretoriano.

I – O tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no *dolo* (**dolus naturalis**). As figuras, **v.g.**, de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem o fim de traficar ou comercializar. A própria entrega gratuita de pequena quantidade caracteriza o delito enfocado (precedentes do *Pretório Excelso* e do *Superior Tribunal de Justiça*).

II – Se, no recurso, a abrangência de situações similares não é alcançada pelos paradigmas colacionados, a pretensão recursal não pode ser avaliada, sob o permissivo da alínea **c** por inobservância ao contido nos arts. 255 do RISTJ, e 541 do CPC c.c. o art. 3^a do CPP.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 172.969-MG, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 28.06.1999).

“Penal e Processual. **Habeas corpus**. Tráfico de drogas. Flagrante. Exame de provas.

I – As condutas delituosas nas formas de ‘ter em depósito’, ‘transportar’, ‘trazer consigo’, ‘guardar’, inseridas no tipo misto alternativo do art. 12 da Lei n. 6.368/1976 apresentam forma típica congruente em que o tipo subjetivo se esgota no dolo, despiendo qualquer especial fim de agir.

II – A eventual simulação na compra de tóxicos, por parte de policial, sendo precedida ela da posse por parte do paciente, não tem o condão de descaracterizar a conduta deste último como incurso nas sanções do *art. 12*. Outras circunstâncias fáticas questionadas escapam dos limites do **habeas corpus**.

Writ indeferido.” (HC n. 11.099-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 28.02.2000).

“REsp. Tráfico de entorpecente. Trazer consigo e transportar. Dolo genérico. Forma tentada. Não-configuração.

– O tipo do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, mormente nas formas ‘trazer consigo’ ou ‘transportar’ é congruente, bastando o dolo genérico e

prescindido de qualquer outro elemento subjetivo diverso do **animus** de traficar para que se configure o delito em questão.

– O agente que, chamado para transportar droga, coloca-a no veículo e é logo após abordado por policiais, consumou o crime de tráfico de entorpecentes.

– Recurso provido para reformar parcialmente o acórdão recorrido, excluindo-se do cálculo da pena a redução decorrente do reconhecimento da forma tentada.” (REsp n. 142.971-GO, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 25.10.1999).

A r. sentença guerreada *reconheceu taxativamente* que o gigantesco depósito de drogas é inquestionável. *E, era do conhecimento dos envolvidos. Uns o guardavam e outros iriam distribuir parte dele para o consumo na sociedade. Mas, todos estavam, de uma forma ou de outra, envolvidos na trama criminosa.* Desnecessário, pois, destacar que o *concurso de agentes* (com a majoração do art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976) *não exige sequer o contato físico com a droga. Pelo menos, nunca de todos os implicados.*

Diz, outrossim, a r. sentença *incredula* que os três pacientes (Osmar, Nelson e Adilson) já haviam adquirido a droga e foram detidos quando pretendiam levá-la para a final distribuição. Conseqüentemente, sobre o depósito existente já se fazia incidir a referida trama – em concurso – delituosa. A **quaestio** poderia ser, **ad argumentandum tantum**, diversa se o tipo exigisse o especial fim de agir, digamos, da traficância. Ai, sim, a indagação iria recair sobre a caracterização, ou não, da **conatus** ou da existência de indevida prisão antecipada em fase, **ex hypothesis**, *preparatória*. Mas, mesmo neste caso, a atipia dificilmente poderia ser considerada absoluta. Nos termos da *teoria formal-objetiva*, a situação delineada no *writ* encontraria forte óbice no aspecto da adesão previamente pactuada. Na *teoria objetiva-individual*, preconizada por **Welzel** e **E. R. Zaffaroni**, considerando atos *executórios* (puníveis, portanto) aqueles que, de acordo com o plano do sujeito, são imediatamente anteriores ao início da execução da conduta típica (cf. **Damásio E. de Jesus** e **J. H. Piarengelli**), a súplica perderia toda sustentação (nos limites, destaque, do *writ*).

“**Habeas corpus**. *Flagrante preparado: inoccorrência. Crime permanente: flagrante.*

Não há flagrante preparado se a situação de que ele decorreu não foi provocada por outros com tal fim.

Nos crimes permanentes, conforme dispõe o art. 303 do CPP, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Assim, pode ser preso em flagrante o agente que mantém em depósito substância entorpecente que seria destinada ao tráfico, *embora possa ele não se encontrar, ao ser preso, junto aos tóxicos.*” (STF, RHC n. 65.311-MT, Segunda Turma, rel. Min. Aldir Passarinho, DJU de 02.10.1987, os grifos são nossos).

Em segundo lugar, a alternatividade própria do tipo em questão que, sem dúvida, é de grande (e necessária) abrangência, mostra que a *atipia absoluta* pretendida esbarra nas previsões de “ter em depósito” e “guardar”. Reconheceu-se que *uns “mantinham em depósito”* a maior parte da droga (retendo para proveito deles mesmos) e “*guardavam*” parte para a distribuição pactuada com os Réus-pacientes. E, estes, a par do acordado previamente, já haviam – cf. o r. **decisum** – adquirido a droga (em grande quantidade).

Vale destacar, aqui, precedentes da *Augusta Corte*:

“Denúncia. Atuação do Estado-Juiz. Transporte de substância entorpecente. Entrega a terceiro. Objetivo inalcançado. Conseqüências. Tentativa x consumação.

Se, de um lado, o julgador está jungido aos fatos imputados com a denúncia e dos quais o agente haja se defendido, de outro, atua com liberdade na definição jurídica cabível, procedendo conforme autorização contida nos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal. Compondo a peça do Ministério Público a notícia do transporte de substância entorpecente, *pouco importa, para que se tenha o crime como consumado, que o agente não tenha procedido à visada entrega a terceiro.*

Pena. Causa especial de aumento. Tóxicos. Preparação, execução ou consumação de ato. Estabelecimento penal. Abrangência.

A causa especial de aumento da pena prevista no inciso IV do art. 18 da Lei n. 6.368/1976, relativa a ato praticado nas cercanias de estabelecimento penal, e abrangente, alcançando não só as colônias, como, também, todo e qualquer presídio. A ausência de vírgula entre as expressões ‘de locais de trabalho coletivo’ e ‘de estabelecimentos penais’ não é conducente à interpretação restritiva. De qualquer forma, com a republicação da citada lei, a omissão datilográfica foi suprida – Diários Oficiais de 22 de outubro de 1976 e 29 de novembro

de 1976, prevalecendo o texto tal como sancionado – Projeto de Lei n. 2.380/1976 – Diário do Congresso, Seção I, 10 de junho de 1976.” (STF, HC n. 69.312-RJ, Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 22.05.1992).

“Tráfico de entorpecente. Tipo. Posse, guarda e alienação. Concurso material. Unicidade delituosa.

A teor do disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/1976, o crime de tráfico de entorpecente *pode revelar-se mediante procedimentos diversos*. A posse e a guarda de entorpecente consubstanciam núcleos do tipo e não concurso material, *considerada a alienação*. Insubsistência de decreto condenatório, no qual, a partir de figura imprópria à espécie – a do concurso material –, assentaram-se penas diversas, olvidando-se que o crime do artigo mencionado é passível de configuração em face a procedimentos múltiplos.” (STF, HC n. 70.035-RS, Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25.02.1994).

E, nesta Corte:

“**Habeas corpus**. Tráfico de entorpecentes. Ausência de correlação entre acusação e condenação. Desclassificação. Prova da mercancia. Inexigibilidade.

1. O crime do artigo 12 da Lei de Tóxicos é de perigo abstrato contra a saúde pública, caracterizando as ações insertas no seu núcleo plúrimo alternativo, elas mesmas, ações de tráfico.

2. Inexiste a alegada ausência de correlação entre acusação e condenação, eis que se encontra caracterizado o crime de tráfico – ‘guardar’, descrito na exordial, *o qual independe da prova do comércio, sendo irrelevante a venda ou oferecimento à venda a policial*.

3. Ordem denegada.” (STJ, HC n. 9.106-SP, Sexta Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 23.10.2000).

“Processual Penal. Tráfico. Denúncia por tentativa. Sentença condenatória por crime consumado. **Mutatio libeli**. Inocorrência.

1. Não há falar em nulidade da sentença por inobservância do art. 384 do CPP, se o réu, denunciado por tentativa de tráfico, é condenado pelo mesmo crime na forma consumada, limitando-se o Magistrado a dar nova definição jurídica ao fato descrito na denúncia (art. 383 do CPP), do qual houve ampla defesa.

2. *O comprador do esperado carregamento de droga não se livra do crime de tráfico pela falta de tradição da 'mercadoria', pois o delito já se consumara com a realização da avença, perfeita e acabada quando do consenso sobre o preço e a coisa. Precedente desta Corte.*

3. Ordem denegada.” (STJ, HC n. 8.681-SP, Sexta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 17.05.1999).

*Em terceiro lugar, os autos e a via abraçada não guardam espaço para que se possa reconhecer a ocorrência de flagrante preparado ou, ainda, de flagrante forjado. Deste, inexistente qualquer substrato fático, nem no plano do remoto. Daquele, até aqui não se pode dizer que tenha havido o denominado delito putativo por obra de agente provocador (flagrante preparado nos termos da Súmula n. 145-STF). É que, conforme está delineado no r. **decisum** obliterado, os policiais, através de diligências, localizaram o depósito e prenderam, inicialmente, parte dos acusados. Posteriormente, pela coincidência de um telefonema, no celular de um dos detidos, por parte de um dos pacientes, aguardaram a chegada destes últimos (que já haviam adquirido parte da droga que simplesmente era guardada pelos outros) que iriam realizar uma distribuição. Não há nada de censuravelmente preparado. O conluio, o pacto, já havia se realizado. A prisão **in loco** apenas demonstrou a *prévia prática delituosa*. Inocorreu o induzimento ou a montagem teatral de cena “aparentemente” criminoso.*

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Flagrante preparado: inocorrência. Prova: exame.

I – Não constitui flagrante preparado o fato de a polícia, identificada previamente da infração penal, diligenciar para surpreender o criminoso no momento da prática delituosa, sem que, para isso, tenha havido induzimento ou provocação por parte da autoridade ou de seus agentes.

II – O exame do conjunto probatório não é admissível em sede de **habeas corpus**.

III – HC indeferido.” (STF, HC n. 70.887-MG, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 30.09.1994).

“Competência. **Habeas corpus**. Ato de Tribunal de Justiça. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal

julgar todo e qualquer **habeas corpus** impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior.

Flagrante preparado. Configuração. O flagrante preparado pressupõe o ato de instigar a prática delituosa. Descabe colocar sob o mesmo teto, investigação policial, em que acompanhados os passos do agente, é o flagrante preparado.

Crime. Desclassificação. **Habeas corpus**. Improriedade. De início, o **habeas corpus** não é meio hábil a chegar-se, via o exame dos elementos probatórios dos autos, a desclassificação, do crime de tráfico para o de porte, visando ao uso de substância entorpecente.

Co-autoria. Absolvção de co-réu. Extensão. A extensão do provimento absolutório a co-réu pressupõe situação pessoal idêntica (artigo 580 do Código de Processo Penal).

Pena. Fixação. Mostra-se devidamente fundamentada a fixação da pena, dois anos acima do mínimo legal de três anos, quando previsto o teto de quinze anos, pela alusão à culpabilidade do agente, aos motivos do crime e suas conseqüências.” (STF, HC n. 73.108-PB, Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09.02.1996).

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

Flagrante. Valia. Diz-se preparado o flagrante quando a própria configuração do delito decorre de iniciativa do policial. *Ao reverso, mostra-se a consubstanciar simples estratégia a apresentação do policial como usuário de droga e, por essa via, ter acesso àquele que a mantém em depósito.* Precedentes: **Habeas Corpus** n. 69.476-SP, relatado perante a Segunda Turma pelo Ministro Néri da Silveira, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 12 de março de 1993; **Habeas Corpus** n. 72.824-SP, relatado pelo Ministro Moreira Alves, junto à Primeira Turma, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 17 de maio de 1996, e Recurso Especial n. 5.320-DF, relatado pelo Ministro Assis Toledo, do Superior Tribunal de Justiça, com aresto publicado no Diário da Justiça de 19 de novembro de 1990.

Sentença. Fundamentação. Estando a sentença lastreada não só na prisão em flagrante, como, também, em elementos probatórios coligidos, descabe falar em vício de procedimento.

Defesa. Réus diversos. Defensor único. Não se tratando de defesas colidentes, não há como tê-las como impróprias, isso considerado o fato de terem sido patrocinadas por representante processual único.” (HC n. 73.779-SP, Segunda Turma, relator Min. Marco Aurélio, DJU de 25.10.1996).

“Direito Penal e Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Flagrante forjado. Policiais como testemunhas. Revisão criminal. Provas. **Habeas corpus**.

1. Não está sendo impugnado, na impetração do presente **habeas corpus**, o acórdão condenatório, proferido em grau de apelação, mas, sim, o que indeferiu a revisão criminal, que tem suas limitações ditas pela própria natureza do instituto no Direito brasileiro ou do instrumento processual que o serve (artigos 621 e seguintes do Código de Processo Penal).

2. *Não houve, no caso, flagrante forjado ou resultante de uma armação policial, mas, sim, uma atividade da polícia, que, suspeitando das finalidades de uma viagem aérea, com base em certas averiguações e antecedentes, postou-se no aeroporto, à espera da chegada da aeronave, seguindo-se os atos de constatação e apreensão, tudo como relatado no acórdão impugnado.*

3. Não estavam os policiais, que participaram das investigações e das diligências, impedidos de figurar como testemunhas, no auto de prisão em flagrante e na instrução judicial, a menos que tivessem interesse em prejudicar o paciente, mesmo sem culpa, o que não é afirmado nos autos. Ademais, uma outra testemunha, não policial, prestadora de serviços no aeroporto, participou do exame da aeronave, a sua chegada, e foi ouvida a respeito.

4. No que concerne à alegação de imprestabilidade das provas para a condenação, tudo se situa no plano da interpretação dos elementos de convicção, os quais não podem ser revistos no âmbito estreito do **habeas corpus**.

5. Outras alegações constantes da petição inicial de **habeas corpus** não podem ser examinadas por esta Corte, pois não foram objeto de exame no acórdão que indeferiu a revisão, inclusive aquela relativa à liberação dos dólares, realizada, aliás, pelo Juiz da 8ª Vara da Justiça Federal em Curitiba, enquanto o processo criminal teve trâmite e foi julgado pelo da 1ª Vara Criminal da Justiça Federal naquela Capital.

6. HC indeferido.” (HC n. 76.937-3-PR, Primeira Turma, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 18.09.1998).

“**Habeas corpus**. Alegações de inexistência de crime, de flagrante preparado e de ilicitude da prova em que se baseou a condenação.

*Improcede a pretensão anulatória da condenação por crime inexistente. Não há falar em flagrante preparado, tendo em vista que limitou-se a autoridade policial, alertada da intenção criminosa, a tomar providências necessárias para surpreender o criminoso, no ato da consumação do delito. Inocorrência de ilicitude na prova constante de gravação audiovisual de conversa da ré com a detetive e a repórter de TV, que se fizeram passar por interessadas no anúncio veiculado. **Habeas corpus** indeferido.” (STF, HC n. 76.397-RJ, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 27.02.1998).*

“Competência. **Habeas corpus**. Ato de Tribunal de Justiça. 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.

Crime. Tráfico. Posse e venda de entorpecentes. *Não se tem a figura do crime impossível quando utilizada, pelos policiais, a estratégia de passarem-se por traficantes para surpreenderem os verdadeiros com a posse da droga. O núcleo que é a posse, entre tantos previstos (dezoito) no artigo 12 da Lei n. 6.368/1976, não se confunde com o da venda, em si, em relação à qual se poderia falar na impossibilidade da prática delituosa, tendo em conta a figura do pseudocomprador. Precedentes: **Habeas Corpus** n. 67.908, 73.898, 75.517 e 72.824, relatados pelos Ministros Célso Borja e Maurício Corrêa (os dois primeiros), por mim e pelo Ministro Moreira Alves (os dois últimos), perante a Segunda (os três primeiros) e Primeira Turmas, com acórdãos publicados nos Diários da Justiça de 19 de abril de 1990, 16 de agosto de 1996, 17 de abril de 1998 e 17 de maio de 1996, respectivamente.” (HC n. 78.107-SP, Tribunal Pleno, relator Min. Marco Aurélio, DJU de 09.04.1999).*

Conseqüentemente, a alegada atipia absoluta não pode ser acolhida nos limites do presente *writ*.

Voto pela denegação da ordem.

HABEAS CORPUS N. 18.800 – SP

(Registro n. 2001.0127196-2)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrante: Waldir Francisco Honorato Júnior (Defensor Público)
Impetrada: Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Edson Marcos de Matos (preso)

EMENTA: Habeas corpus – Processual Penal – Réu preso não requisitado para participar da audiência de inquirição de testemunhas de acusação, realizada em outra comarca – Nulidade relativa, para cujo reconhecimento faz-se necessária a ocorrência de efetivo prejuízo, não demonstrado, no caso – Defensor dativo – Intimação pessoal para o julgamento da apelação criminal – Nulidade do acórdão – Art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, e art. 370, § 4º, do CP.

A falta de requisição de réu preso para audiência de inquirição de testemunhas de acusação, efetuada em outra comarca, consubstancia nulidade relativa, devendo a mesma ser alegada no momento processual adequado, sob pena de preclusão, com demonstração do efetivo prejuízo, circunstâncias não evidenciadas no presente caso.

Nos termos do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, e art. 370, § 4º, a intimação do defensor dativo deve ser pessoal. Da análise sumária dos autos, verifica-se que o defensor dativo não foi intimado pessoalmente da data de realização da sessão de julgamento da apelação criminal. Precedentes.

Nulidade do processo a partir do referido julgamento, inclusive. Renovação do ato com prévia intimação pessoal do defensor dativo do paciente.

Ordem parcialmente 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, decretando a nulidade do

processo a partir do julgamento da apelação criminal, inclusive, e determinando a renovação do ato, com a prévia intimação pessoal do defensor dativo do paciente. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 23 de abril de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 10.06.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de **habeas corpus** impetrado pelo Procurador do Estado de São Paulo Waldir Francisco Honorato Júnior, em favor de Edson Marcos de Matos, em face de acórdão proferido pela Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à apelação criminal, tão-somente, para reduzir o **quantum** da pena aplicada (fls. 274 e segs.).

Narram os autos ter sido o Paciente denunciado e condenado, definitivamente, à pena de 7 anos de reclusão mais 18 dias-multa em regime fechado, por incurso nas penas do art. 157, § 2º, incisos I e II (duas vezes), do Código Penal.

Aduz o Impetrante que o Paciente está sofrendo constrangimento ilegal em razão dos seguintes argumentos: a) não ter sido o Paciente apresentado para participar da audiência de inquirição de testemunhas de acusação, ainda que a audiência tenha sido realizada em outra comarca; b) não-intimação do defensor dativo da data designada para a realização do julgamento do recurso, em evidente violação ao disposto no art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950.

Requer a concessão da ordem para que seja declarada a nulidade do processo a partir da referida audiência, ou, superado tal argumento, nulidade do feito a partir do julgamento da apelação criminal, inclusive, por não ter havido intimação pessoal do defensor dativo.

Não houve pedido de liminar.

Informações prestadas pela autoridade coatora à fl. 213.

O Ministério Público manifestou-se pela concessão parcial da ordem. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A ordem comporta parcial concessão.

No que diz respeito à apontada nulidade processual decorrente da não-apresentação do Réu para participar da audiência de inquirição de testemunhas de acusação realizada por meio de carta precatória, foi a mesma repelida de forma irrepreensível pela Corte **a quo**, como se extrai do trecho abaixo colacionado (fl. 277):

“Efetivamente, inoocorreram requisição e apresentação do Apelante para a oitiva de testemunha de acusação em comarca diversa daquela onde se viu processado, em outro Estado da Federação, porém, tal fato não tem o condão de macular a ação penal, a ponto de se proceder ao reconhecimento de uma nulidade.

A uma, porque se trata de nulidade relativa e, portanto, deveria ter sido argüida no devido momento processual, com demonstração do prejuízo ocorrido, o que não aconteceu.

A duas, porque, mesmo abstraindo-se o depoimento do menor infrator, a prova é segura para o convencimento de culpabilidade do agente, como se verá adiante, e mesmo a decisão recorrida fundamentou-se nos reconhecimentos, nas declarações das vítimas e nas apreensões do carro e da arma utilizada no roubo, fazendo apenas referência à delação efetuada pelo menor.

Assim, repita-se, ainda que não se leve em conta o depoimento prestado em sede de precatória, há elementos precisos para a convicção do julgador.”

Com efeito, o processo penal adota o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não se declara nulidade sem a ocorrência de prejuízo, ou quando o ato processual não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (art. 563, CPP).

No caso, a argüida nulidade é meramente relativa, consoante pacífica orientação desta Corte, cabendo citar, a título de exemplo, os seguintes julgados:

“Processual Penal. Sumário de culpas. Nulidade relativa. Preclusão. Incidência do art. 367 do CPP. Excesso de prazo na formação da culpa. Processo já sentenciado.

– A falta de *requisição do réu* para audiência de inquirição de *testemunhas* consubstancia nulidade relativa, que deve ser alegada no ensejo próprio, sob pena de ser sepultada pela preclusão.

– Não merece acolhida a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, se já proferida sentença condenatória.

– **Habeas corpus** denegado.” (HC n. 14.459-SP, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 18.06.2001).

“Penal e Processual Penal. Uso de documento falso. Corrupção de menores. Impossibilidade de apreciação em sede de **habeas corpus**. Cotejo de provas. Citação por edital. Réu preso. Ausência de requisição. Audiência de oitiva de *testemunhas*. Nulidade relativa.

I – A **questio** relativa à não-demonstração da co-autoria do paciente nos delitos quais foi condenado – art. 304 do CP, e art. 1º da Lei n. 2.252/1954 – não pode ser apreciada em sede de **habeas corpus**, tendo em vista que demandaria minucioso exame e cotejo do material cognitivo (precedentes).

II – Não se configura nulidade na citação por edital se restaram engendrados todos os esforços para encontrar o acusado no juízo deprecado, sobrevindo informação ao juízo deprecante acerca de que o réu se encontrava foragido.

III – Sendo o réu posteriormente preso em outra localidade, a eventual nulidade por falta de requisição para comparecer à audiência de oitiva de *testemunhas*, é relativa, devendo ser alegada no momento oportuno.

IV – O indeferimento da acareação, de **per si**, não implica em violação ao direito de ampla defesa, tendo em vista que cabe ao Juiz da causa decidir acerca da necessidade dessa diligência.

Habeas corpus indeferido.” (HC n. 13.719-RJ, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 05.02.2001).

“Criminal. HC. Vício na citação por edital. Nulidade na instrução criminal. Inocorrência. Ordem denegada.

I – Não se reconhece vício na citação por edital, sob a alegação de que o réu estaria preso quando da r. citação, se os autos demonstram que o mesmo só foi recolhido à prisão em data bem posterior à determinada para a realização do seu interrogatório.

II – Inexiste nulidade na instrução criminal, ante a falta de *requisição do réu* para audiência de instrução, se, inobstante ter havido a devida atuação do advogado nomeado no ato, ainda não restou demonstrada a ocorrência de prejuízo.

III – A falta de formulação de ‘reperguntas’ pelo defensor às *testemunhas* e à vítima também não caracteriza irregularidade hábil a ensejar a nulidade do feito.

IV – Ordem denegada.” (HC n. 10.763-SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 28.02.2000).

Logo, tratando-se de nulidade relativa, para o seu reconhecimento, faz-se necessária demonstração de efetivo prejuízo, o que, no caso, não logrou o Impetrante demonstrar.

A propósito, ressaltou o eminente Ministro Vicente Leal, ao relatar o RHC n. 8.742-SP:

“Em tema de nulidade no processo penal, as vigas-mestras do sistema assentam-se nas seguintes assertivas: (a) *ao argüir-se nulidades, dever-se-á indicar, de modo objetivo, os prejuízos correspondentes, com influência na apuração da verdade substancial e reflexo na decisão da causa* (CPP, art. 566); (b) em princípio, as nulidades consideram-se sanadas se não forem argüidas no tempo oportuno, por inércia da parte.”

Por outro lado, tendo em vista que a nulidade apontada pelo Impetrante exige exame aprofundado de provas e comprovação de eventual prejuízo acarretado ao Réu – o que refoge aos estreitos limites do **habeas corpus** –, deve ser prestigiada a decisão da Corte **a quo** que examinou a questão em apelação criminal, instrumento adequado para o debate de questões que demandem exame de provas.

A propósito, já decidiu esta Corte:

“Recurso em **habeas corpus** intempestivo. Penal e Processo Penal. Latrocínio. Nulidades do Processo Penal condenatório. Conhecimento e desprovimento.

(...) **Omissis.**

Exigindo as nulidades argüidas exame aprofundado de provas e comprovação de eventual prejuízo acarretado ao réu, deverão ser examinadas com mais profundidade no recurso de apelação interposto.

Recurso desprovido.” (RHC n. 8.980-MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 17.12.1999).

“RHC. Crime de aborto. Materialidade e autoria. Discussão em sede de **habeas corpus**. Impossibilidade. Nulidade. Declaração. Hipótese.

1. (...) **Omissis**.

2. De outro lado, o entendimento pretoriano é de que em sede de **habeas corpus** apenas se declara nulidade quando manifesta, ou seja, visualizada sem exame aprofundado ou valorativo de provas – CPP, art. 648, VI.

3. RHC improvido.” (RHC n. 6.784-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 30.03.1998).

Merece, entretanto, acolhida a súplica no que se refere à ausência de intimação pessoal do defensor dativo da data de realização do julgamento do recurso de apelação. Adoto, como razões de decidir, as judiciosas considerações exaradas pelo ilustre membro do *Parquet* Federal, Dr. Jair Brandão de Souza Meira, **verbis** (fls. 291/292):

“Quanto à alegada nulidade em razão da ausência de intimação pessoal do Defensor Público, razão assiste ao Impetrante.

É da letra do artigo 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, com redação dada pela Lei n. 7.871/1989, **verbis**:

‘(...)

§ 5º. Nos Estados onde a assistência judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça o cargo equivalente, *será intimado pessoalmente de todos os atos do processo*, em ambas as instâncias, contando-lhes em dobro todos os prazos.’ (sem grifos no original).

Ora, o que se tem das próprias informações prestadas pela autoridade tida como coatora (fls. 213/214), é que a pauta de julgamento foi publicada no Diário Oficial do Estado, em 24.04.1997, não se manifestando acerca da intimação pessoal da defesa, representada pela Procuradoria de Assistência Judiciária, diante do que se conclui-se que, realmente, não houve essa intimação pessoal.

Destaque-se que às fls. 190/191, verso, constam, respectivamente, despacho determinando a intimação pessoal do Procurador e a certidão

de que fora expedido o mandado, referindo-se, entretanto, ao resultado do julgamento do apelo.

Conclui-se, portanto, restar evidenciada a nulidade da decisão recorrida, por inobservância do disposto no art. 5^a, § 5^a, da Lei n. 1.060/1950, com a redação dada pela Lei n. 7.871/1989, sendo manifesto o prejuízo causado ao Paciente, diante do que, penso que a ordem deve ser concedida para se declarar nulo o julgamento do recurso de apelação, determinando-se que outro seja realizado.

Essa a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes precedentes:

‘Processo Penal. **Habeas corpus**. Defensor Público. Recurso em sentido estrito. Inexistência de intimação pessoal. Julgamento. Nulidade.

1. A teor do disposto no art. 5^a, § 5^a, da Lei n. 1.060/1950, com a redação dada pela Lei n. 7.871/1989, o Defensor Público deve ser intimado pessoalmente para todos os atos processuais, sob pena de nulidade.

2. Ordem concedida.’ (HC n. 17.078-SP, DJU de 29.10.2001, p. 274, rel. Ex.^{mo} Sr. Ministro Paulo Gallotti). (sem grifos no original).

‘**Habeas corpus**. Processo Penal. Nulidade. Sessão de julgamento. Apelação. Ausência de intimação pessoal do Defensor Público. Alegação de cumprimento da pena. Supressão de instância.

1. Na letra do artigo 5^a, § 5^a, da Lei n. 1.060/1950, a falta de intimação pessoal do Defensor Público produz a nulidade do julgamento do recurso de apelação.

2. (Omissis).

3. Pedido parcialmente conhecido e concedido nesta extensão.’ (HC n. 16.166-SP, DJU de 18.02.2002, p. 504, rel. Ex.^{mo} Sr. Ministro Hamilton Carvalhido) (sem grifos no original).”

Com esses fundamentos, concedo parcialmente a ordem decretando a nulidade do processo a partir do julgamento da apelação criminal, inclusive, e determinando a renovação do ato, com a prévia intimação pessoal do defensor dativo do Paciente.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 20.093 – RJ

(Registro n. 2001.0198475-5)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Luiz Gustavo Scaldaferrri Moreira (Defensor Público)
Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Ronaldo Linhares da Cruz (preso)

EMENTA: Penal – **Habeas corpus** – Homicídio qualificado – Crime anterior à Lei n. 8.930/1994 (alteração do art. 1º da Lei n. 8.072/1990) – Progressão de regime.

I – A **lex gravior**, mesmo em sede de execução, não retroage (art. 5º, incisos XXXIX e XL, da Carta Magna).

II – Os homicídios qualificados, antes da Lei n. 8.930/1994, não estavam arrolados na Lei n. 8.072/1990. Portanto, no caso, não se aplica a limitação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Writ concedido.

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, em relação aos homicídios qualificados relacionados na condenação enfocada, seja aplicada a incidência do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 2 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 03.06.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em feito assim delineado: “Luiz Gustavo Scaldaferrri impetra ordem de

habeas corpus, com pedido de liminar, em favor de Ronaldo Linhares da Cruz, se insurgindo contra v. acórdão da egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento à apelação do Paciente, para manter a sentença que o condenou a 38 anos e 4 meses de reclusão, como incurso nos arts. 121, § 2º, I (duas vezes); 157, § 2º, I e II, e 288, parágrafo único, do Código Penal; art. 12 da Lei n. 6.368/1976, na forma do art. 29 do Código Penal.

O Paciente foi condenado pelo Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo, como incurso nos artigos 121, § 2º, I e II, e 288, parágrafo único, ambos do Código Penal, e 12 da Lei n. 6.368/1976, a um total de 38 anos e 4 meses de reclusão e ao pagamento de 63 dias-multa, tendo sido aplicado, em relação ao delito taxado como hediondo e ao assemelhado, o regime integralmente fechado.

Inconformado com a r. decisão, o Paciente dela recorreu, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através da Primeira Câmara, mantido a r. sentença de 1º grau em todos os seus termos.

Impetra agora o presente **habeas corpus**, reclamando o fato de o crime de homicídio qualificado, que poderia ser considerado como hediondo, ter sido praticado antes da vigência da Lei n. 8.930/1994, que alterou o artigo 1º da Lei n. 8.072/1990, não havendo razão jurídica para a vedação de regime prisional.

Destaca o entendimento pacífico no sentido do regime prisional referir-se a tema de direito material e invocando o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, requer a concessão da ordem 'para o fim de se modificar o regime imposto, passando-o de integralmente fechado, para inicialmente fechado, em relação aos homicídios praticados em janeiro de 1994'. (fl. 4).

A liminar foi indeferida.

Solicitadas as informações, estas vieram e trouxeram a documentação pertinente para o deslinde da matéria". (fls. 57/58).

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Os incisos XXXIX e XL do art. 5º da Carta Magna se referem a crime e pena. Na verdade, a regra que

daí decorre é da extra-atividade da **lex mitior** e da não-retroatividade da **lex gravior**. E, isto se aplica não só à cominação e à aplicação da resposta penal, mas, também, à sua execução. Aliás, *pena sem execução não é pena*. Neste sentido, com ampla incidência de um dos quatro desdobramentos do princípio da legalidade ou da intervenção legalizada tem-se atingido penas e até medidas de segurança, a regra **nullum crimen, nulla poena sine lege praevia** (cf. **Nilo Batista**, in Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, pp. 68/69, Revan, 3ª ed.; **Andrei Zenkner Schmidt**, in O Princípio da Legalidade Penal, pp. 214/217, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001; **José A. Sain Cantero**, in Lecciones de Derecho Penal, PG, 3ª ed., Bosch, 1990, pp. 333/340).

Os homicídios qualificados, pelos quais o Paciente foi condenado, foram praticados antes da vigência da Lei n. 8.930/1994, que alterou o art. 1ª da Lei n. 8.072/1990, incluindo, no rol dos delitos hediondos, o homicídio qualificado (v. denúncia usada na decisão de fls. 30/36). Conseqüentemente, a execução deve ser feita na forma da lei vigente à época dos fatos (art. 5ª, inciso XL, da **Lex Fundamental**, e art. 2ª, parágrafo único, do Código Penal). Nesta linha, tem-se, especificamente, Legislação Penal Especial, de **Alexandre de Moraes & Gianpaolo Poggio Smanio**, p. 55, Atlas, 4ª ed.

“Processual Penal. **Habeas corpus**.

Se a Lei dos Crimes Hediondos é um **posterius** em relação ao fato (homicídio), não pode ser aplicada, sob pena de violação ao princípio da anterioridade da lei penal. Pelo fato de o paciente viajar constantemente ao exterior e ali ter negócios, não é bastante para presumir que, se confirmada a condenação, frustrará a aplicação da lei penal. No caso, o Juiz não trouxe elementos concretos capazes de impedir o condenado de continuar em liberdade.

Ordem concedida.” (STJ, HC n. 4.179-RJ, Sexta Turma, relator Min. Adhemar Maciel, DJU de 15.04.1996).

“Direito de apelar em liberdade. Benefício negado com base no art. 2ª, § 2ª, da Lei n. 8.072/1990. Inadmissibilidade. Lei dos Crimes Hediondos, que é posterior ao delito cometido. Viagens constantes, ademais do réu ao exterior por necessidade profissional não é o bastante para presumir frustração da aplicação da lei penal.” (STJ, RT 730/482).

“Penal. Processual. Homicídio qualificado. Crime anterior à Lei n. 8.072/1990. Progressão do regime prisional. Possibilidade. **Habeas corpus**.

1. A Lei dos Crimes Hediondos, por se tratar de norma de direito material mais gravosa para o acusado, não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência.

2. **Habeas corpus** conhecido; pedido parcialmente deferido, para determinar que o Juízo das Execuções examine o pedido de progressão do regime prisional, afastada, desde logo, a incidência da Lei n. 8.072/1990.” (STJ, HC n. 16.896-SP, Quinta Turma, relator Min. Edson Vidigal, DJU de 24.09.2001).

Correta e louvável a súplica apresentada pela combativa *Defensoria Pública*.

Voto pela concessão do *writ* para que, em relação aos homicídios qualificados relacionados na condenação enfocada, seja afastada a incidência do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

HABEAS CORPUS N. 20.819 – MS

(Registro n. 2002.0015048-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Jorge da Silva Meira
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
Paciente: Reinaldo Bezerra (preso)

EMENTA: Penal e Processual Penal – **Habeas corpus** – Roubo qualificado pelo resultado morte – Exame minucioso de provas – Configuração típica – Participação de somenos – Cooperação dolosamente distinta.

I – Na via do *writ* não é permitido o minucioso cotejo do material de conhecimento.

II – O roubo qualificado pelo resultado morte (art. 157, § 3º, **in fine**, do CP) se configura tanto na forma integralmente dolosa (tipo

congruente), como na forma preterdolosa (tipo incongruente por excesso objetivo).

III – A participação de *somenos* (§ 1º do art. 29 do CP) não se confunde com a *mera participação menos importante* (**caput** do art. 29 do CP). Não se trata, no § 1º, de “*menos importante*”, decorrente de simples comparação, mas, isto sim, de “*menor importância*” ou, como dizem, “*apoucada relevância*”. (*Precedente do STJ*).

IV – O motorista que, combinando a prática do roubo com arma de fogo contra caminhoneiro, leva os co-autores ao local do delito e, ali, os aguarda para fazer as vezes de batedor ou, então, para auxiliar na eventual fuga, realiza com a sua conduta o quadro que, na dicção da doutrina hodierna, se denomina de *co-autoria funcional*.

Writ denegado.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 2 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 03.06.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Versam os autos sobre **habeas corpus** impetrado contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, em feito assim delineado: “Cuida-se de **habeas corpus**, impetrado por Jorge da Silva Meira, em favor de Reinaldo Bezerra, condenado à pena de vinte anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito insculpido no § 3º do art. 157, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal – pena essa que veio a ser confirmada, em sede de apelação, pela egrégia Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, de cuja ementa se lê:

‘Apelação criminal. Roubo qualificado. Ausência de substituição de testemunha arrolada e não encontrada. Cerceamento de defesa não demonstrado. Nulidade inexistente. Tortura. Ausência de provas. Absolvição. Improcedência. Conjunto probatório robusto e convincente. Condenação mantida. Redução de pena. Não-cabimento. Não provida.

...

Estando a condenação embasada em provas robustas e convincentes trazidas aos autos, que demonstram a autoria do crime, é incabível a absolvição, mantendo-se a pena aplicada, uma vez que estabelecida em consonância com os critérios legais.’

Dessa decisão, interpôs recurso especial, ao qual, todavia, veio a ser negado seguimento, consoante se observa às fls. 67 e 68 dos autos.

Postula o Impetrante, agora, a presente ordem mandamental, ao argumento de ser ilegal o decreto que condenou o Paciente às penas do § 3^a do art. 157 do Código Penal, uma vez que, segundo dispõe o art. 29 do mesmo **Codex**, só poderia ser responsabilizado pelo roubo.” (fls. 153/154).

Prestadas as informações, a douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pela denegação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Quanto à conduta do paciente, Reinaldo Bezerra, diz o v. acórdão reprochado: “O apelante Reinaldo, por sua vez, desempenhou fielmente a função que lhe coube, a de batedor, pois em seu veículo conduziu os demais co-réus para o local do crime e ficou aguardando em local próximo para garantir-lhes a fuga.

Portanto, está suficientemente demonstrada a participação dos Apelantes no crime, o que impossibilita a absolvição pretendida.

E, ainda, improcedente a alegação de que não houve latrocínio consumado que a subtração não se tenha efetivado. Latrocínio é crime complexo que se aperfeiçoa com o evento morte da vítima.

Ademais, trata-se de entendimento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, através da Súmula n. 610, que dispõe:

‘610 – Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.’

No que se refere à falta de prova da materialidade em relação à subtração do telefone celular, das importâncias de R\$ 6,00, em espécie, e R\$ 10.000,00, em cheque, é de anotar-se que por esses fatos os Apelantes não foram condenados (fl. 541). Foram eles sentenciados pela incontroversa vontade de roubarem o caminhão, e esse é o fundamento da condenação.

Ora, de todo o exposto nos autos, conclui-se que a prova produzida no inquérito encontra-se confirmada em juízo, demonstrando, inequivocadamente, a participação de todos os apelantes no crime.

Assim, não se há que falar em participação de menor importância, no que se refere aos apelantes Francisco Valdir e Rosimeire, pois aderiram de livre e espontânea vontade, bem como deram início à execução de um delito de roubo, aceitando o resultado morte que poderia ocorrer como um desdobramento da ação inicial.

Ora, no presente caso, houve divisão de tarefas para a perfeita consecução do intento criminoso, pois um dos réus forneceu a arma, outro ficou responsável por transportar em seu veículo os demais co-réus ao local do crime e dar-lhes fuga, e à outra ré coube a tarefa de atrair e conduzir a vítima para o local ermo, onde ocorreria o delito, não se verificando a participação de menor potencial ofensivo pretendida pela defesa.

Quanto ao patamar em que foi fixada a pena dos Apelantes, também não se verifica nenhuma irregularidade, pois apenas a reprimenda do co-réu Ademilson foi fixada acima do mínimo legal, em decorrência da reincidência.” (fls. 149/150). Tudo isto, nos autos asseverou: “Em face da não-subtração do veículo, empreenderam fuga no veículo do apelante Reinaldo, que ficou com a função de batedor e os aguardava em local próximo”. (fl. 148).

Nos limites da via eleita, em que é vedado, por óbvio, o cotejo do material cognitivo, a situação do Paciente é a de *co-autor*, **ex vi** art. 29 do CP. *Em princípio*, nas hipóteses de atuação de motorista, no concurso de pessoas, a do caso em tela se enquadra na “*execução fracionada*”. O Paciente participou do conluio, transportou os demais ao local e os aguardou para fugirem. Seria, se tivesse dado certo o **iter criminis** programado, batedor. Como diz **Nilo Batista** (in Concurso de Agentes, Liber Juris, RJ, pp. 84/85), “sua colaboração, conforme o acontecimento total, cujas rédeas (nunca a metáfora de **Maurach** seria mais adequada) estão também em suas mãos; há, nesta situação, *co-autoria*” (os grifos são nossos). **Damásio E. de Jesus**, também, situa a posição como a do Paciente na *co-autoria parcial ou funcional* (Direito Penal, 24^a ed., 2001, pp. 410/411, Saraiva). **Juarez Cirino dos Santos** (in A Moderna Teoria do Fato Punível, Freitas Bastos,

2000, p. 289) esclarece: “A realização comum do fato é constituída pelas contribuições objetivas de cada co-autor para o acontecimento total, que explicaria o domínio *funcional* do fato típico. As contribuições objetivas para o fato podem consistir na realização integral das características do tipo, na realização parcial dessas características ou, mesmo, na ausência da realização de qualquer característica do tipo, desde que a ação *atípica* realizada pelo co-autor seja necessária para realizar o fato típico: por exemplo, na *co-autoria do roubo*, um co-autor espera no carro com motor ligado para a fuga ...” Sobre o tema, **E. R. Zaffaroni** (Derecho Penal, Buenos Aires, PG, c/ A. Alagri & A. Slokar, Edeci, 2000, p. 753) diz: “*Será coautor el que realice um aporte que sea necesario para llevar a delante el hecho en la forma concretamente planeada*”. Embora, sem dúvida, a temática possa, no plano da dogmática jurídico-penal, tornar-se acentuadamente complexa (v.g., cf. **C. Roxin**, in *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, 7ª ed., 2000; **G. Jakobs**, in *Derecho Penal*, PG, Marcial Pons, 2ª ed., 1997, cap. IV; **E. Bacigalupo**, in *Derecho Penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, cap. XI), no caso em tela e, repito, nos limites do meio abraçado, não há que se falar de *participação de somenos* (art. 29, § 1ª, do CP) ou de *cooperação dolosamente distinta* ou de *desvio subjetivo* (art. 29, § 2ª, do CP).

Dizer-se, **ex hypothesis**, que o Paciente teve participação em sentido vulgar, leia-se *co-autoria funcional*, tudo isto, de somenos ou de relevância ínfima, refoge ao que foi detectado no v. julgado atacado. Não se pode confundir participação *menos importante* (art. 29, **caput, in fine**, do CP), existente em quase todos os casos de concurso de pessoas, com a *participação de somenos* (§ 1ª do art. 29 do CP). Esta enseja o efeito de minorante, aquela pode ter influência, apenas, nas circunstâncias judiciais. Além do mais, dar sempre relevância jurídica acentuada para quem teve menos importância, **data venia**, fere até o senso comum. Por maior razão, *premiar com minorante*. Esta é reservada para a *cooperação mínima*. É o que, com clareza ímpar, se vê no v. Acórdão n. 2.151 (Segunda Câmara Criminal do egrégio TAPR, publicado em *Temas Polêmicos, Estudos e Acórdãos em Matéria Criminal*, de **L. Viel**, JM Editora, pp. 229/230), **in verbis**: “Essa comparação de condutas é mais própria do **caput**, punindo-se cada agente na medida da sua culpabilidade, ainda que na mesma moldura típica.

Mas, só quando a atuação de algum for particularmente menor, virá o § 1ª do artigo 29 para reduzir especialmente a pena.

Assim, pode ocorrer que a pena de um ou outro seja menor que a de terceiro, por ser este, por exemplo, o capo do crime, ou por outras circunstâncias: a pena daqueles, pelo mesmo delito, pode ser menor que a deste.

Esta distinção é feita nas margens do tipo, com a individualização que o artigo 29, **caput**, parte final, prevê.

Já um pouco mais exigente é o § 1º do artigo 29: Não basta que haja atuação menor decorrente da simples comparação de condutas; é preciso que alguma seja, em si, de menor influência. A lei não diz atuação ‘menos importante’, mas ‘de menor importância’, em si mesma.

Pode, portanto, haver diversa culpabilidade, para punir um ou outro mais que terceiro, por aplicação do artigo 29, **caput**; e não ser usável o § 1º do artigo 29, porque nenhuma das contribuições, embora não iguais, seja de ‘menor importância’.

O § 1º, em questão, corresponde aproximadamente ao artigo 48, II, da lei anterior – mudou-se o lugar sistemático, é certo; também o grau de influência, antes diminuição livre, mas mera atenuante genérica, agora variável só entre dois termos fixos, e causa especial de diminuição –, segundo anotam **Fragoso** (Lições, parte geral, p. 270, n. 251, 7ª ed.) e **Paulo José da Costa Júnior** (Comentários, 1/233, 1ª ed.). **Aníbal Bruno** conceituava ‘escassa influência’ frente ao artigo 48, II, anterior (Comentários, Forense, 2/137, 1ª ed.) e **Damásio** escreve hoje ‘leve influência causal’ (Comentários, 1/539, 1ª ed.).” *Nesta linha*, tem-se **L. Régis Prado** falando de participação, no § 1º do art. 29 do CP, de ‘apoucada relevância’, o que é diverso de menos importante, em sede de graduação (cf. **René A. Dotti**, in Reforma Penal Brasileira, Forense, 1988, pp. 98/99, e in Curso de Direito Penal, PG, p. 358, Forense, 2001), e de **Jair Leonardo Lopes** (in Curso de Direito Penal, 2ª ed., RT, p. 183). Aliás, caso contrário, *vale repetir*, em todos os casos de concurso de pessoas em que houvessem partícipes, a aplicação da *minorante do § 1º* seria de incidência obrigatória, o que, *data venia*, carece de sentido (cf. REsp n. 64-SC, Quinta Turma, relator Ministro Flaquer Scartezini, DJU de 20.10.1989).

‘Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Júri. Tentativa de homicídio qualificado. Quesitação. Participação de somenos. **Reformatio in peius**.

I – Se a quesitação, não impugnada oportunamente, permite facilmente a compreensão do indagado, incabível reconhecer-se a alegada nulidade absoluta.

II – O questionamento acerca da participação de somenos (art. 29, § 1º, do CP) não pode ser feito de ofício (*precedente*). A participação

de somenos (§ 1^o), que é minorante, não se confunde com a mera participação menos importante (**caput** do art. 29 do CP).

III – A indevida inclusão, em 2^o grau, de agravante, enseja, aí, a concessão de *writ ex officio*.

Habeas corpus indeferido, ordem concedida de ofício para afastar agravante.” (STJ, HC n. 8.822-MG, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 18.10.1999).

O disposto no art. 157, § 3^o, do CP abrange tanto a situação do *preterdolo* (em que o tipo é *incongruente por excesso objetivo* na taxionomia de **S. Mir Puig** e à semelhança do posicionamento de **R. Maurach**, ou *congruente assimétrico*, na classificação de **E. R. Zaffaroni**) como a da qualificação do resultado a título de dolo (o tipo, aí, seria *congruente* ou *congruente simétrico*). É o que se vê de **J. F. Mirabete** (in Código Penal Interpretado, pp. 996/997, 1999, Atlas), a saber: “Respondem todos os agentes pelo latrocínio quando a morte é causada por um deles e houver previsibilidade do resultado, que ocorre quando têm eles consciência de que está sendo empregada arma na prática do crime. É irrelevante mesmo a identificação daquele que desferiu o golpe fatal contra a vítima. A aplicação do art. 29, § 2^o, do Código Penal, para a desclassificação do latrocínio para roubo só se justifica se o agente não podia prever o resultado morte e não tinha condições de evitá-lo”. (os grifos não são do original). Por igual, **L. Regis Prado** (in Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 2, RT, 2000, pp. 396/397): “Assim, é indiferente que o resultado seja voluntário ou involuntário, significando que a exasperação da pena ocorre se o resultado adveio de *conduta dolosa* (dolo direto ou eventual) ou *culposa*, deixando-se ao julgador o ajuste das circunstâncias no momento da fixação da pena (art. 59 do CP)” (os grifos são nossos). Assim, também, **Damásio E. de Jesus** (in Direito Penal, 2^o vol., Saraiva, 17^a ed., p. 311): “A morte pode ser dolosa ou culposa. Isso significa que o sujeito pode agir dolosa ou culposamente no tocante ao resultado morte”. Por derradeiro, a pena de **Nélson Hungria** (in Comentários ao Código Penal, vol. VII, pp. 59/60, Forense, 1980) já sustentava a posição acima alinhada, **in verbis**: “Assim, os eventos ‘lesão corporal de natureza grave’ e ‘morte’, a que se refere o parágrafo acima transcrito, devem ser, para que subsistam como qualificativas, do roubo, quando não dolosas, pelo menos culposas”.

Na *Augusta Corte*, aplicável à espécie, tem-se:

“Direito Penal e Processual Penal. Latrocínio: co-autoria. Caracterização. Prova. **Habeas corpus**.

1. Firmou-se a jurisprudência do STF, no sentido de que ‘o co-autor que participa de roubo armado responde pelo latrocínio, ainda que o disparo tenha sido efetuado só pelo comparsa’ (RTJ 98/636). E de que é desnecessário saber qual dos co-autores desferiu o tiro, pois todos respondem pelo fato (RTJ 633/380).

2. Ademais, não é o **habeas corpus** instrumento processual adequado para reexame dos elementos de prova, em que se baseou o acórdão condenatório, para concluir naquele sentido.

3. HC indeferido.” (STF, HC n. 74.861-SP, Primeira Turma, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 27.06.1997).

“Competência. **Habeas corpus**. *Ato de Tribunal de Justiça*. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à 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.

Latrocínio. Co-autoria. O fato de o disparo haver sido feito por co-réu não descaracteriza o crime de latrocínio. Presentes estão a subtração de coisa móvel, a violência e o resultado morte, respondendo os integrantes do grupo pelo crime tipificado no § 3º do artigo 1.576 do Código Penal.” (STF, HC n. 74.949-SP, Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 15.08.1997).

“Roubo com resultado morte (latrocínio). Concurso de agentes. Além de imputada ao paciente nas instâncias ordinárias, a autoria do disparo fatal não é pressuposto necessário a que responda o partícipe do roubo pelo resultado morte que agrava especialmente a pena.” (STF, HC n. 77.389-SP, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 26.03.1999).

Ora, **in casu**, o desdobramento trágico – morte da vítima causada por arma de fogo – era previsível. Dentro do que se pode e deve examinar em sede de remédio heróico, é forçoso concluir-se que o Paciente aderiu ao delito, agindo de forma que, *pelo menos*, o efeito concomitante mais grave da ação, quando não assumido (*dolo eventual*), decorreu do procedimento de risco inaceitável no convívio social ou de falta de cuidado (*em relação ao resultado previsível*) intolerável.

Voto pela denegação do *writ*.

HABEAS CORPUS N. 20.966 – SP

(Registro n. 2002.0018631-8)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Impetrante: Darwin Cury
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Pacientes: Fábio Gomes de Souza e Gilsom Paulínio da Silva (presos)

EMENTA: Processo Penal – Latrocínio – Cerceamento de defesa – Intimação – Equívoco reconhecido pelo Tribunal **a quo** – Nomeação de defensor dativo – Ausência de constrangimento ilegal.

– Segundo informações prestadas, no momento da apresentação das razões pela defesa, houve um equívoco cartorário na intimação do defensor dos réus, o que ensejou a nomeação de defensor dativo. Tal circunstância, entretanto, foi reconhecida pelo Tribunal **a quo**, que determinou nova intimação do patrono dos réus, tendo este apresentado novas razões. Destarte, inexistente constrangimento ilegal, já que a ampla defesa foi plenamente exercida.

– Ordem denegada.

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 denegar a ordem. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

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

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 18.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Darwin Cury, em benefício de Gilsom Paulínio da Silva, contra o v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

que negou provimento ao recurso de apelação ali interposto, nos termos da seguinte ementa (fl. 80), **verbis**:

“Latrocínio. Caracterização. Réus que, juntamente com um adolescente, todos armados, ingressaram na residência da vítima para roubar, sendo que o menor inimputável efetuou o disparo que matou o ofendido. Crime de latrocínio consumado, mesmo não tendo havido subtração. Aplicação da Súmula n. 610 do Supremo Tribunal Federal. Hipótese em que todos os comparsas respondem pelo evento morte, não se aceitando a alegação de que teriam intenção de praticar crime menos grave. Pena fixada no mínimo legal, não podendo, por conta da menoridade, ser reduzida aquém desse patamar. Impossibilidade de aumento da reprimenda, diante da referida circunstância atenuante e da primariedade dos réus. Absorção do delito de porte ilegal de arma. Apelos, dos Réus e do Ministério Público, não providos.”

Consta dos autos que os Pacientes foram condenados pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, do Código Penal (*latrocínio*), à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, sendo-lhes vedado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, pleiteando, fundamentalmente, a absolvição ou diminuição de pena. O recurso restou desprovido nos termos supramencionados.

Daí, o presente *writ*, onde o Impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal consubstanciado na violação à ampla defesa dos Réus, já que o defensor constituído não teria sido intimado para apresentação de razões e contra-razões de apelação, sendo que ele era o único com poderes para representação dos Réus. Requer, diante disso, a nulidade absoluta do julgamento **a quo**.

Sem pedido de liminar.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 88/92, opina pela denegação da ordem, sob o fundamento de que inexistiu prejuízo à defesa, já que apresentada as razões pelo defensor dativo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como se sabe, em nossa sistemática processual penal vigora o chamado princípio da

instrumentalidade das formas, segundo o qual não se declara a nulidade de ato processual desde que a violação à forma legal não tenha causado prejuízo à defesa.

Como salientado pelo eminente Ministro Francisco Rezek, por ocasião do julgamento do HC n. 69.934-SP, "... a teoria das nulidades no processo penal, segundo expressa norma do Código, tem como princípio regente o da necessidade do prejuízo para a anulação do ato ... circunstância que evoca a regra *pas de nullité sans grief*". Nesta esteira, dentre outros, HC n. 73.799-SP, rel. Ministro Ilmar Galvão, e HC n. 73.140-SP, rel. Ministro Moreira Alves.

No caso **sub judice**, verifico que as alegações do Impetrante de violação à ampla defesa dos Réus não procedem. Com efeito, segundo consta das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, no momento da apresentação das razões pela defesa, houve um equívoco cartorário que ensejou a nomeação de defensor dativo. Tal circunstância, entretanto, foi reconhecida pelo Tribunal **a quo**, que determinou a intimação do defensor constituído pelos Réus, sendo observada a inexistência de defesa de um deles. Nesse particular, destaco (fl. 67), **verbis**:

"Tendo em vista a ocorrência de equívoco da serventia, quando lavrou o termo de certidão cujo teor informa que os Réus não apresentaram razões de apelo (fl. 223), pelo MM. Juiz **a quo** foi determinada a intimação dos Réus para constituírem advogados. Assim, tendo transcorrido em **albis** o prazo legal, nomeou-se novos defensores aos Réus (fls. 244/245).

Verifica-se à fl. 221 que o Dr. Darwin Cury – OAB/SP 115.413 – exerceu tempestivamente o direito potestativo de oferecer as suas razões recursais em 2ª instância. Entendo que, em face do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF), não se pode admitir a falta de razões de apelação do defensor, pois é evidente o prejuízo do réu Gilsom Paulínio da Silva, que encontra-se em situação de indefeso. Além do que poderá acarretar a nulidade do julgamento.

Pelo exposto, *determino a intimação do defensor Dr. Darwin Cury, para cumprimento integral do exposto no § 4º, art. 600 do CPP.*"

Como se observa, o equívoco cometido foi reconhecido e devidamente reconsiderada a intimação do patrono dos Réus, ainda que para a apresentação das razões de um deles, uma vez que apenas este encontrava-se sem

a devida assistência técnica. De outro lado, basta uma simples leitura no v. acórdão guerreado para se constatar que o Tribunal **a quo** abordou, com abrangência, todas as teses suscitadas, analisando detidamente as provas, inexistindo, desta forma, qualquer prejuízo para a defesa dos Réus.

Não verifico, portanto, constrangimento ilegal. Nessa esteira, inclusive, já decidi:

“Penal e Processual Penal. Latrocínio e formação de quadrilha. Ausência de nomeação de curador. Indeferimento de perícias. Violação à ampla defesa. Suspeição. Nulidade. Inocorrência. Inocência do réu. Sentença condenatória. Impossibilidade do profundo exame de provas em sede de **habeas corpus**.

1. *A ocorrência de nulidade, em matéria processual penal, encontra-se sujeita à efetiva incidência de prejuízo para o réu.* Por outro lado, o deferimento ou não de diligências requeridas pela defesa na fase do art. 499 do CPP é ato que se inclui no âmbito da discricionariedade do Magistrado, não implicando, seu indeferimento, em cerceamento de defesa.

2. Por fim, a alegação de não-participação do réu no evento delituoso exige, para sua completa elucidação, o profundo exame de provas, inviável pela via escolhida.

3. Precedentes.

4. Ordem denegada.” (HC n. 14.447-PR, DJ de 25.02.2002).

Por tais fundamentos, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 25.067 – RJ

(Registro n. 2002.0139405-1)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrante: Célio Marcos Braga
Impetrada: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Sílvio José Thomaz (preso)

EMENTA: Habeas corpus – Penal – Atentado violento ao pudor – Vítima menor de 14 anos – Acréscimo de pena do art. 9º da Lei n. 8.072/1990 – Impossibilidade de incidência – Inexistência de lesão corporal de natureza grave ou morte.

Assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que, relativamente aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 do Código Penal, o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990 somente tem incidência se do fato resultar lesão corporal grave ou morte (art. 223 e parágrafo único, do CP).

A presunção legal de violência (art. 224, CP), por ser elemento constitutivo do tipo penal, não se pode converter, também, em causa especial de aumento de pena, sob consequência de ocorrer odioso **bis in idem**.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para afastar a incidência da causa de aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 16.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, da lavra da Dra. Delza Curvello Rocha, à fl.17, **verbis**:

“Cuida-se de **habeas corpus** impetrado por Célio Marcos Braga em favor de Sílvio José Thomaz contra decisão proferida pelo Tribunal

de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, buscando o afastamento do acréscimo de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

O Impetrante afirma, em suma, violação ao princípio **non bis in idem**, haja vista não caber a aplicação do art. 9º da r. lei, em casos de violência presumida. Por fim, aduz que o referido aumento somente se justifica nos casos em que se verificar a efetiva violência real.”

Devidamente instruídos os autos, dispensei as informações da Corte-impetrada.

Com vistas, o *Parquet* Federal pugnou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Tem razão o Impetrante.

Com efeito, esta Corte já assentou entendimento de que, relativamente aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 do Código Penal, o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990 somente tem incidência se do fato resultar lesão corporal grave ou morte.

Primeiro, porque o citado art. 9º faz remissão expressa ao art. 223, parágrafo único, do CP.

Segundo, porque a presunção legal de violência (art. 224, CP), por ser elemento constitutivo do tipo penal, não se pode converter, também, em causa especial de aumento de pena, sob pena de ocorrer odioso **bis in idem**.

Nesse sentido, indicam-se:

“Processual Penal. Recurso especial inadmitido. Agravo de instrumento improvido. Recurso especial não conhecido.

1. Não se conhece de recurso especial quando improvido o agravo de instrumento interposto contra decisão que o inadmitiu.

2. Recurso não conhecido.

Penal. Estupro. Vítima menor de 14 anos. Causa de aumento de pena do art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Inaplicabilidade. Inocorrência de lesão grave ou morte.

1. O aumento de pena previsto no art. 9^o da Lei dos Crimes Hediondos só é aplicável às hipóteses de lesão corporal grave ou morte, em face da expressa remissão da lei ao art. 223, **caput** e parágrafo único, do Código Penal.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 149.987-RS, DJ de 08.06.1998, rel. Min. Edson Vidigal).

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Estupro tentado. Aumento do art. 9^o da Lei n. 8.072/1990. *Sursis*.

I – O acréscimo de pena previsto no art. 9^o da Lei n. 8.072/1990 somente se aplica na eventualidade de lesão corporal grave ou morte. Precedentes.

II – Desde que preenchidos os requisitos legais, a serem verificados via de cognição mais ampla, o *sursis* pode ser concedido em caso de ilícito penal qualificado de hediondo. Precedentes.

Writ concedido.” (HC n. 7.919-SP, DJ de 22.02.1999, rel. Min. Felix Fischer).

“Penal. Estupro. Vítima menor de quatorze anos. Violência presumida. Dosimetria.

– Inteligência dos arts. 213 e 224, **a**, do Código Penal. Persistência do entendimento da Turma, sobre bastar à violência típica a presunção legalmente estabelecida, conquanto, **de lege ferenda**, mereça apreço a propensão de declará-la relativa, segundo o evolver da vivência social moderna.

– Dosimetria. Reiterada jurisprudência posta em proclamar que o aumento de pena cuidada pelo art. 9^o da Lei n. 8.072/1990, relativamente aos crimes de atentado violento ao pudor, como ao de estupro, somente se aplica nas hipóteses de lesão grave ou morte. Ilegalidade que, no caso, recomenda-se corrigida via **habeas corpus** concedido **ex officio**.” (REsp n. 113.172-GO, DJ de 06.04.1998, rel. Min. José Dantas).

“Penal. Atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos. Acréscimo do art. 9^o da Lei n. 8.072/1990. Impossibilidade de incidência. Inexistência de lesão corporal de natureza grave ou morte. Hediondez do crime afastada. Possibilidade de progressão de regime prisional.

1. Segundo pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o acréscimo da pena prevista no art. 9^a da Lei n. 8.072/1990 (crimes hediondos) somente se aplica na eventualidade de lesão corporal grave ou morte, dada a remissão expressa daquele dispositivo ao art. 223 e seu parágrafo único, do Código Penal. Entender de outro modo, resultaria em verdadeiro **bis in idem**.

2. A Lei n. 8.072/1990 apenas define como hediondo o atentado violento ao pudor do qual resulta lesão corporal de natureza grave ou morte, hipóteses ausentes do caso em comento (Lei n. 8.072/1990, art. 1^a, inc. VI), ficando, pois, afastado o regime prisional integralmente fechado, podendo haver progressão.

3. Ordem concedida.” (HC n. 9.937-RJ, DJ de 04.09.2000, rel. Min. Fernando Gonçalves).

“Penal. *Estupro*. Vítima menor de catorze anos. Pena cominada pela Lei n. 8.072/1990.

Na hipótese de crime contra os costumes praticado contra não-maior de 14 anos, com violência presumida, não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 9^a da Lei n. 8.072/1990, pois o fundamento dessa causa é a violência contra criança, e esta, em sua modalidade ficta, já constitui elemento constitutivo do tipo, sendo inadmissível um **bis in idem**.

Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e desprovido.” (REsp n. 276.689-SP, DJ de 19.02.2001, relator Min. Vicente Leal).

Ante o exposto, concedo a ordem para afastar a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 9^a da Lei n. 8.072/1990.

MEDIDA CAUTELAR N. 2.198 – RS

(Registro n. 1999.0114706-9)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Luiz Cláudio Portinho Dias e outros
Requerida: Ivone Muller

EMENTA: Processual Civil e Previdenciário – Benefício rural – Cassação – Ação de restabelecimento – Antecipação de tutela – Agravo – Recurso especial do art. 542, § 3º – Medida cautelar visando a efeito suspensivo e imediato processamento.

I – Dada a natureza da antecipação de tutela que restabeleceu o benefício rural cassado, mostra-se desaconselhável a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial retido. Precedentes.

II – Consoante jurisprudência da Corte, “A norma que elenca as hipóteses em que o recurso especial deve ficar retido na origem comporta exceções. A decisão que defere ou indefere a tutela antecipada provém de cognição sumária, eis que lastreada em juízo de probabilidade. Logo, nos casos em que o recurso especial desafia decisão interlocutória concessiva de tutela antecipada, é razoável determinar-se o seu imediato processamento, sob pena de se tornar inócua a apreciação da questão pelo STJ (MC n. 2.411-RJ)”. (MC n. 3.229, de 13.05.2002, de minha relatoria).

III – Medida cautelar conhecida, em parte e, nesta extensão, provida, para determinar o imediato processamento do recurso especial retido.

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 em parte da medida cautelar e deu-lhe provimento para determinar o imediato processamento do recurso especial retido. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 28 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 24.06.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de medida cautelar incidental, com pedido de liminar, objetivando o processamento imediato de recurso

especial fundado no art. 542, § 3º, do CPC, bem como conferir ao mesmo efeito suspensivo.

Consta dos autos que o INSS cassou o benefício rural e houve recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS). Concomitantemente, a segurada ajuizou ação de restabelecimento do benefício, com pedido de antecipação de tutela. Concedida esta, o INSS agravou da decisão, tendo sido confirmada pelo TRF-4ª Região, com esta ementa:

“Agravo de instrumento. Ampla defesa. Procedimento administrativo. Portaria n. 4.414/1998.

De acordo com a Portaria n. 4.414/1998, os recursos interpostos aos órgãos do Conselho de Recursos da Previdência Social têm efeito suspensivo, impossibilitando o imediato cumprimento da decisão administrativa antes de findo o prazo recursal.” (fl. 19).

Daí o recurso especial retido e a presente medida cautelar.

Nesta egrégia Corte, indeferi a liminar sob o seguinte fundamento:

“Não vislumbro a ocorrência dos requisitos ensejadores da liminar, em face mesmo do próprio fundamento-mor do acórdão, posto nestes termos:

‘Compulsando detidamente os autos, verifico que, embora tenha a Autarquia oportunizado defesa à parte-agravada, culminou por suspender o benefício e abrir prazo recursal respectivo. Todavia, o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), baixado pela Portaria n. 4.414, publicada no Diário Oficial de 1ª de abril de 1998, consigna, por seu artigo 31, que o recurso interposto aos órgãos daquele Conselho tem efeito suspensivo, o que faz claro não ter cabimento dar-se cumprimento imediato à decisão administrativa antes de findo o prazo recursal respectivo ou tendo da mesma sido interposto recurso. Portanto, a concomitância que se vê do documento de fl. 12 entre a suspensão do benefício e a abertura do prazo recursal afronta o direito do segurado e transforma a suspensão em ato atentatório à ordem jurídica.’ (fl. 17).

Cite-se a parte-reclamada para a contestação que tiver, prazo de 15 (quinze) dias.” (fl. 34).

Em face do tempo decorrido com a citação por carta de ordem, devido à indicação pelo INSS de endereço inexistente, pedi manifestação da Autarquia sobre a permanência do interesse no prosseguimento da medida, tendo sido confirmado.

Juntada cópia da decisão desta relatoria na MC n. 2.986 (fl. 87) e citada a Ré (fl. 131), não houve contestação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Embora me pareça desaconselhável dar efeito suspensivo ao recurso especial, em vista de a antecipação da tutela ter sido concedida para restabelecer benefício rural cassado pelo INSS, segundo o acórdão recorrido, sem observação do devido processo legal, tenho, porém, que a medida cautelar merece concedida para determinar o processamento imediato do recurso especial retido, consoante reiterada jurisprudência desta egrégia Corte. É conferir:

“Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Militar. Pensão por morte. Restabelecimento. Tutela antecipada. Lei n. 9.494/1997. Inaplicabilidade. Situação peculiar.

Esta Corte já se manifestou inúmeras vezes sobre a impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, mas a espécie dos autos não se enquadra nos precedentes, pois, como bem constatado pela instância ordinária, trata-se, tão-somente, de um restabelecimento de um benefício que já existia e teria sido cortado, aparentemente sem justificativa.

Recurso desprovido.” (REsp n. 364.789, DJ de 13.05.2002, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca).

“Administrativo. Tutela antecipada. Fazenda Pública. Estado de necessidade. Vida humana.

Conquanto o colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento em plenário da medida liminar na ADC n. 4, tenha entendido pela impossibilidade da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, tal restrição deve ser considerada com temperamentos. A vedação, assim já entendeu esta Corte, não tem cabimento em situações *especialíssimas*, nas quais resta evidente o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, sendo, pois, imperiosa a

antecipação da tutela como condição, até mesmo, de sobrevivência para o jurisdicionado. Precedentes.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 409.172, DJ de 29.04.2002, rel. Min. Felix Fischer).

“Processual Civil. Recurso especial. Retenção na origem. Art. 542, § 3º, do CPC. Medida cautelar para o STJ. Liminar concedida. Decisão interlocutória que apreciou pedido de antecipação de tutela. Necessidade de processamento do especial. Precedentes do STJ.

I – Conforme já decidido por este Tribunal, ‘A norma que elenca as hipóteses em que o recurso especial deve ficar retido na origem comporta exceções. A decisão que defere ou indefere a tutela antecipada provém de cognição sumária, eis que lastreada em juízo de probabilidade. Logo, nos casos em que o recurso especial desafia decisão interlocutória concessiva de tutela antecipada, é razoável determinar-se o seu imediato processamento, sob pena de se tornar inócua a apreciação da questão pelo STJ’. (MC n. 2.411-RJ).

II – Presentes os pressupostos autorizadores da concessão da medida cautelar, defere-se a liminar para determinar o imediato processamento do recurso especial, que na origem restou retido.” (MC n. 229, DJ de 13.05.2002, de minha relatoria).

Ante o exposto, conheço em parte da medida cautelar e dou-lhe provimento, para determinar o imediato processamento do recurso especial retido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 354.061 – CE

(Registro n. 2001.0116619-8)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Vanessa Vidal de Araújo e outros
Recorridos: Antônio João Batista e outros
Advogados: Elizabeth Braga Silva e outros

EMENTA: Constitucional e Processual Civil – Art. 100, § 3º, da CF/1988 – Precatório – Lei n. 8.213/1991, art. 128 – Lei n. 10.099/2000 – Crédito de pequeno valor – Incidência de lei.

I – Tendo sido regulamentado o § 3º do art. 100 da CF/1988 pela Lei n. 10.099/2000, que tem natureza adjetiva, aplica-se aos processos em andamento.

II – Os créditos em execução, dentro do limite fixado pelo art. 128 da Lei n. 8.213/1991, com redação determinada pela Lei n. 10.099/2000, devidamente atualizados, devem ser pagos no prazo de até 60 (sessenta) dias, não sendo admitido fracionamento. Caso excedam ao limite, e não havendo renúncia da parte ao excedente, devem ser pagos na via do precatório.

III – Caso em que a verificação quanto ao limite e opção fica delegada ao Juiz da execução ao atualizar a conta em liquidação.

IV – Recurso desprovido.

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 do recurso, mas lhe negou provimento. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 28 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 24.06.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de recurso especial com espeque nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contraposto a acórdão do TRF-5ª Região, com esta ementa:

“Agravado de instrumento. Previdenciário. Revisão de benefício previdenciário. Pagamento por guia de depósito judicial. Possibilidade. Emenda Constitucional n. 20.

1. A edição da Emenda Constitucional n. 20 possibilitou o pagamento, através de guia de depósito judicial, desde que o valor fosse abaixo do limite previsto no art. 128 da Lei n. 8.213/1991, com nova redação dada pela Lei n. 9.032/1995.

2. Agravo provido.” (fl. 77).

Aponta a Autarquia contrariedade aos artigos 128 da Lei n. 8.213/1991, 730 do CPC, e 4ª da Lei n. 9.469/1997, além de dissídio jurisprudencial entre o aresto recorrido e outro julgado deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Interpretando o art. 128 da Lei n. 8.213/1991, a jurisprudência desta egrégia Corte, ao tempo do acórdão recorrido, era no sentido de que, mesmo estando o valor em execução abrangido pelo referido artigo, o pagamento dependeria de precatório, visto que o colendo Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, em sessão de 28.05.1997, ao julgar a ADIn n. 1.252-5, DJ de 06.06.1997, declarou inconstitucional a parte final do referido art. 128, que assim dispunha: “... e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil”.

Contudo, com o advento da Emenda Constitucional n. 20/1998, foi acrescido ao art. 100 da CF/1988, o § 3ª, posteriormente alterado pela Emenda Constitucional n. 30, ficado com este teor:

“O disposto no **caput** deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital e Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.”

Tal dispositivo constitucional, até então sem eficácia plena porque condicionada à lei a definição das obrigações de pequeno valor, passou a ser exigido a contar da Lei n. 10.099, de 19.12.2000 que, por ser de ordem adjetiva, processual, apanha os casos em julgamento.

Pela referida lei, a redação do art. 128 da Lei n. 8.213/1991, passou a vigorar com este teor, no que interessa ao deslinde da controvérsia:

“As demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios regulados nesta lei cujos valores de execução não forem superiores a R\$ 5.180,25 (cinco mil, cento e oitenta reais e vinte e cinco centavos) por autor poderão, por opção de cada um dos exeqüentes, ser quitados no prazo de até sessenta dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade de expedição de precatório.” (NR).

Daí se vê que, estando o valor do crédito em execução dentro do limite fixado pela lei, devidamente atualizado, o pagamento deve ser feito em 60 (sessenta) dias, não sendo admitido o fracionamento, caso contrário, deve ser formulado o precatório, a não ser que o credor renuncie ao excedente deste valor.

No caso, em que depende de atualização da conta em liquidação, a verificação do limite, cabe ao Juiz da execução fazê-lo, devendo oportunizar a renúncia ao excedente, se acima do limite.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 376.249 – PR

(Registro n. 2001.0151788-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Milton Drumond Carvalho e outros
Recorrida: Eliane Gembarowski dos Santos
Advogados: Mário Sérgio de Almeida e outro

EMENTA: Recurso especial – Previdenciário – Aposentadoria por tempo de serviço – Conversão de tempo especial – Possibilidade – Lei n. 8.213/1991 – Art. 57, §§ 3º e 5º.

Segundo precedentes, “o segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo

nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico”. (Precedente: REsp n. 392.833-RN).

Recurso conhecido, mas desprovido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília-DF, 19 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 16.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, contra v. acórdão que determinou o fornecimento da certidão do tempo de serviço prestado sob o regime celetista, com o acréscimo determinado pela legislação específica ante a prática de atividade insalubre, para que pudesse proceder à averbação do referido tempo de serviço para fins de aposentadoria.

Sustenta o Recorrente que o segurado não implementou todas as condições para obter a aposentação, motivo pelo qual alega a inexistência de direito adquirido, afirmando-se que, **in casu**, somente há de ser conhecida uma expectativa de direito que não se chegou a concretizar.

Assevera, ainda, que não é permitida a contagem especial, na forma preconizada pela legislação anterior à Lei n. 9.032/1995, para obtenção de aposentadoria, pois não foram preenchidos, quando da vigência da lei revogada, todos os requisitos para a inatividade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Em vários julgados de minha relatoria, compreendi que a concessão da aposentadoria regula-se pela lei vigente ao tempo em que o servidor reuniu os requisitos para tanto.

Entretanto, após analisar os argumentos levantados pelo ilustre Ministro Felix Fischer, no REsp de n. 392.833-RN, rendo-me aos argumentos ali expostos e convenço-me do acerto de tal posicionamento, destacando a ementa do referido aresto, **verbis**:

“Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Conversão de tempo especial em comum. Possibilidade. Lei n. 8.213/1991, art. 57, §§ 3^a e 5^a.

O segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico. É permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria.

Recurso desprovido.” (DJ de 15.04.2002).

Realmente, seria ilógico não garantir ao segurado que presta serviços em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, o cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade.

A contagem do tempo de serviço na forma anterior, portanto, já está inserida em seu patrimônio jurídico.

Confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes:

“Previdenciário. Atividade insalubre. Contagem de tempo. Conversão. Aposentadoria.

1. A Lei n. 9.711/1998, bem como o Decreto n. 3.048/1999, resguardam o direito dos segurados à conversão do tempo de serviço especial prestado sob a vigência da legislação anterior, **in casu**, o Decreto n. 53.831/1964 até 14.10.1996. Precedentes.

2. Recurso conhecido e improvido.” (REsp n. 390.569-PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 02.09.2002).

“Administrativo. Recurso especial. Servidor público. Falta de prequestionamento. Súmula n. 356-STF. Aposentadoria. Ex-celetista. Atividade insalubre. Averbação do tempo de serviço. Possibilidade.

1. Não enseja interposição de recurso especial matéria (art. 202 do Decreto n. 89.312/1984, e art. 56 da Lei n. 8.213/1991) que não tenha sido ventilada no v. julgado atacado e sobre a qual a parte não opôs os embargos declaratórios competentes, havendo, desta forma, falta de prequestionamento. Aplicação da Súmula n. 356 do colendo Supremo Tribunal Federal.

2. O servidor público que, quando ainda celetista, laborava em condições insalubres, tem o direito de averbar o tempo de serviço com aposentadoria especial, na forma da legislação anterior, posto que já foi incorporado ao seu patrimônio jurídico.

3. Precedentes (REsp n. 321.108-PB, 292.734-RS e 307.670-PB).

4. Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, nesta parte, desprovido.” (REsp n. 259.495-PB, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 26.08.2002).

“Previdenciário. Trabalhador. Contagem de tempo de serviço exercido em condições insalubres. Legislação previdenciária.

1. O recurso especial não é sede própria para se insurgir contra acórdão que deferiu a segurado direito de averbação de tempo de serviço especial, porquanto preenchidos todos os requisitos legais. Vedação da Súmula n. 7-STJ.

2. Recurso não conhecido.” (REsp n. 388.707-SC, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 01.04.2002).

À vista do exposto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 407.160 – AM

(Registro n. 2002.0005758-2)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Atalício Vieira Lima
Advogados: José Eldair de Souza Martins e outro

Recorrido: Luciano de Assunção Ribeiro

Advogado: Adair José Pereira Moura

EMENTA: Civil e Processo Civil – Locação – Ação de cobrança de multa contratual por desvio de uso – Retomada para uso de descendentes – Destinação do imóvel – Exame de provas – Súmula n. 7-STJ – Transação (art. 1.027 do CC) – Interpretação restritiva – Dissídio pretoriano não comprovado.

1. A teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para a comprovação da divergência jurisprudencial aventada com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, não basta a simples transcrição de ementas, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que assemelham ou identificam os casos confrontados, bem como juntada cópia integral do julgado ou citado repositório oficial de jurisprudência. Apesar de terem sido citados os respectivos repositórios oficiais, não foi feito o devido confronto analítico dos julgados. Impossível, sob este prisma, conhecer da divergência aventada.

2. Para saber se houve ou não outra destinação ao imóvel daquela aventada no pedido de retomada (arts. 44, inciso II e parágrafo único, c.c. art. 47, III, ambos da Lei de Locação), usando-o o locador para fim diverso do declarado, imprescindível o exame de toda a prova produzida nos autos, o que é vedado pelo Enunciado Sumular n. 7 desta Corte.

3. Ademais, a transação efetuada entre as partes e homologada na ação de despejo para uso de descendentes, a teor do art. 1.027 do Código Civil, deve ser interpretada de forma restritiva, não podendo o aplicador da lei estender direitos ou extinguir obrigações.

4. No caso concreto, não tendo versado o acordo sobre a destinação do imóvel, subsiste a obrigação do locador de utilizá-lo na forma do pedido formulado na inicial, sob pena de prestigiar-se abuso de direito do senhorio. Neste diapasão, deve-se afastar a suposta inexistência da causa de pedir na ação de cobrança de multa por desvio de uso, pois não se pode dilatar os termos acordados na mencionada transação. Precedente (REsp n. 159.228-SP). V. aresto recorrido mantido, em todos os seus termos. Inteligência do art. 267, I, do Código de Processo Civil.

5. Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 3 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 11.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso especial em apelação cível interposto por Atalício Vieira Lima, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 159, proferido pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas que, por unanimidade, deu provimento ao recurso, determinando o retorno dos autos ao juízo monocrático para apreciação do mérito. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Ação ordinária. Multa por desvio de uso. Locação residencial. Acolhimento de preliminar. Inépcia da inicial. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Sentença anulada.

Não deve o juízo monocrático valer-se de preliminar de inépcia da inicial em ação ordinária com pedido de pagamento da multa do art. 44, parágrafo único, da Lei n. 8.245/1991, vez que não há necessidade de sentença de acolhimento da retomada, bastando, inclusive, simples notificação extrajudicial, conforme cediça jurisprudência.”

Alega o Recorrente, na via do especial, em síntese, que o v. aresto recorrido violou o art. 267, I, do Código de Processo Civil, bem como o art. 44, II, da Lei n. 8.245/1991, porquanto merece ser confirmada a sentença monocrática que acolheu a preliminar de inépcia da inicial, por ter havido transação entre as partes contratantes, para a desocupação do imóvel sem decisão de mérito. Sustenta ser incabível a pretensão do Recorrido em querer cobrar a multa a que alude o art. 47, II, da Lei do Inquilinato. Aduz, ainda, divergência jurisprudencial (fls. 164/174).

Contra-razões apresentadas às fls. 178/181.

Admitido o recurso às fls. 183/184, subiram os autos a essa Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

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

Quanto ao cabimento do presente recurso especial pela alínea **c** do permissivo constitucional, registro que esta Turma tem, reiteradamente, decidido que, a teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para comprovação do dissídio pretoriano aventado, 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. Apesar de terem sido citados os respectivos repositórios oficiais, não foi feito o devido confronto analítico dos julgados. *Impossível, sob este prisma, conhecer da divergência aventada.*

Alega, ainda, o Recorrente, infringência pelo v. julgado **a quo**, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, ao artigo 44 da Lei n. 8.245/1991.

Reza o artigo supracitado:

“Art. 44. Constitui crime de ação pública, punível com detenção de três meses a um ano, que poderá ser substituída pela prestação de serviços à comunidade:

I – ... **Omissis.**

II – deixar o retomante, dentro de cento e oitenta dias após a entrega do imóvel, no caso do inciso III do art. 47, de usá-lo para o fim declarado ou, usando-o, não o fizer pelo prazo mínimo de um ano;

III – ... **Omissis.**

IV – ... **Omissis.**

Parágrafo único. *Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, poderá o prejudicado reclamar, em processo próprio, multa equivalente a um mínimo de doze e um máximo de vinte e quatro meses do valor*

do último aluguel atualizado ou do que esteja sendo cobrado do novo locatário, se realugado o imóvel.”

Para saber se houve ou não outra destinação ao imóvel daquela aventada no pedido de retomada, usando o locador este para fim diverso do declarado, imprescindível seria o exame de toda a prova produzida nestes autos, sendo impossível o mesmo, em sede de especial, a teor da Súmula n. 7 deste STJ. *Por isso, também, neste aspecto, não conheço do recurso.*

No entanto, aduz, ainda, o Recorrente violação ao art. 267, I, do CPC. Estando a matéria devidamente prequestionada, afastado a incidência da Súmula n. 356-STF, *para conhecer do recurso pela alínea a do permissivo constitucional.*

O **decisum** de 1ª instância entendeu que, tendo sido homologado acordo na ação de despejo, desapareceu a causa de pedir na ação de cobrança de multa por desvio de uso, pois, se não houve decisão de mérito, descabe a multa prevista no art. 44, parágrafo único, da Lei n. 8.245/1991. O v. julgado recorrido anulou referida decisão e determinou o retorno dos autos ao juízo monocrático para apreciação do mérito.

Não há o que ser reformado no v. acórdão **a quo**.

Maria Helena Diniz comenta o seguinte acerca da transação:

“Como a transação envolve uma renúncia de direitos e por ter por escopo extinguir obrigações, deverá ser interpretada restritivamente, não comportando qualquer interpretação extensiva nem aplicação analógica. A transação é negócio jurídico declaratório, uma vez que tão-somente reconhece ou declara direitos, tornando certa uma situação jurídica controvertida.” (**in** Código Civil Anotado, Saraiva, SP, 1997, 3ª ed., p. 734).

A transação mencionada nos presentes autos recaiu sobre direitos contestados em juízo e, por termo nos autos, foi homologada (fl. 120). No entanto, em tal acordo, não constou que o locador ficava desobrigado a dar ao imóvel retomado a destinação que lhe permitiu ingressar com a ação de despejo, fulcrada no art. 47, III, da Lei n. 8.245/1991. Logo, não se pode estender direitos ou extinguir obrigações que não foram pactuadas e devidamente homologadas. O contrato de locação foi desfeito, nos termos da transação, extinguindo-se a ação de despejo, com a desocupação do imóvel por parte da locatária e o pagamento de certa quantia em dinheiro por parte

do locador. Desse modo, concessões mútuas existiram, mas, nada se tratou sobre o tema em testilha, subsistindo, então, a obrigação do locador de utilizar o imóvel na forma do pedido formulado na inicial. Não há, dessa forma, como se falar em inexistência da causa de pedir nos autos **sub judice**, fulcrando tal assertiva na mencionada homologação transacionada, pois estaríamos dilatando os termos acordados, o que é vedado ao aplicador da lei.

Sylvio Capanema de Souza ensina-nos que:

“Uma retomada que não se revestir de um mínimo de justificativa, traduzindo, assim, interesse meramente especulativo, colidiria de frente com a proteção especial que a lei confere ao locatário residencial, traduzindo abuso de direito.

Caso o locador não queira se submeter ao crivo rigoroso da aferição da sinceridade do seu pedido de reprise, que aguarde o prazo que lhe permita deduzir a pretensão imotivada. Para isto, a nova lei criou hipóteses de denúncia vazia, em que, por definição, não há que se discutir a sinceridade do pedido.” (in *Da Locação do Imóvel Urbano – Direito e Processo*, Forense, RJ, 1999, p. 284) – destaquei.

No mesmo diapasão, precedente por mim relatado, assim ementado:

“Civil e Processo Civil. Locação. Ação de cobrança de multa contratual por desvio de uso. Litigância de má-fé (arts. 17 e 18 do CPC). Embargos declaratórios. Súmula n. 211-STJ. Retomada para uso de descendentes. Destinação do imóvel. Exame de provas. Súmula n. 7-STJ. Transação. Art. 1.027 do CC. Interpretação restritiva.

1. Não se conhece do recurso especial se, apesar de provocado em sede de embargos declaratórios, o Tribunal de origem não apreciou a matéria, no caso, os arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil (litigância de má-fé). Para conhecimento deste recurso sobre este prisma, necessário seria a Recorrente interpô-lo alegando ofensa, também, ao art. 535 do estatuto processual civil. Aplicação da Súmula n. 211-STJ.

2. Para saber se houve ou não outra destinação ao imóvel daquela aventada no pedido de retomada (arts. 44, inciso II e parágrafo único, c.c. art. 47, III, ambos da Lei de Locação), usando o locador este para fim diverso do declarado, imprescindível o exame de toda a prova produzida nos autos, o que é vedado pelo Enunciado Sumular n. 7 desta Corte.

3. No entanto, a transação efetuada entre as partes e homologada na ação de despejo para uso de descendentes, a teor do art. 1.027 do Código Civil, deve ser interpretada de forma restritiva, não podendo o aplicador da lei estender direitos ou extinguir obrigações.

4. No caso concreto, não tendo versado o acordo sobre a destinação do imóvel, subsiste a obrigação do locador de utilizá-lo na forma do pedido formulado na inicial, sob pena de prestigiar-se abuso de direito do senhorio. Neste diapasão, deve-se afastar a suposta inexistência da causa de pedir na ação de cobrança de multa por desvio de uso, pois não se pode dilatar os termos acordados na mencionada transação.

5. Recurso parcialmente conhecido e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão atacado, rejeitar os embargos infringentes e restabelecer a sentença de 1ª instância em todos os seus termos.” (REsp n. 159.228-SP, DJU de 27.03.2000).

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, nos termos acima expostos e, neste aspecto, nego-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 415.629 – RR

(Registro n. 2002.0018259-1)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Sindicato dos Servidores Públicos Federais do Estado de Roraima – Sindsep-RR
Advogados: José Eymard Loguércio e outros
Recorrida: União

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Servidores públicos federais – 3,17% – Sindicato – Ação ordinária – Defesa de interesses dos filiados – Desnecessidade de autorização ou relação dos substituídos – Legitimidade ativa **ad causam** – Lei n. 8.073/1990 – Dissídio pretoriano não comprovado.

1. Esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para comprovação e apreciação da divergência 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, impossível, sob este prisma, conhecer do dissídio.

2. A Lei n. 8.073/1990 (art. 3º), em consonância com as normas constitucionais (art. 5º, incisos XXI e LXX, CF/1988), autorizam os sindicatos a representarem seus filiados em juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual. Desnecessária, desta forma, autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos (cf. STF, AgRg no RE n. 225.965-DF, e STJ, RMS n. 11.055-GO, e REsp. n. 72.028-RJ).

3. Recurso conhecido, nos termos acima explanados e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, afastar a ilegitimidade **ad causam** do sindicato-autor e determinar o retorno dos autos ao Tribunal **a quo** para exame do mérito.

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 José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 27 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 11.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso especial em apelação cível interposto pelo Sindicato dos Servidores Públicos Federais do Estado de Roraima – Sindsep-RR, com fundamento no art. 105, III, alíneas

a e c, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 96 proferido pela Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, à unanimidade, julgou extinto o processo, sem apreciação do mérito, por ilegitimidade de parte. A ementa do julgado encontra-se assim expressa:

“Constitucional e Administrativo. Servidores públicos. Reajuste em janeiro/1995. Resíduo de 3,17%. Sindicato. Substituto processual. Ausência de relação dos substituídos. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

1. Não se nega ao Sindicato legitimidade para atuar como substituto processual de seus filiados, mas, para tanto, terá que apresentar a relação dos servidores substituídos, além dos documentos comprobatórios de sua existência e os indispensáveis ao ajuizamento da ação.

2. Processo extinto sem julgamento do mérito.”

Aduz o Recorrente, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto ataca-do infringiu o art. 3ª da Lei n. 8.073/1990, bem como divergiu de outras Cortes, já que desnecessária a autorização expressa, bem como a relação nominal dos associados para o Sindicato atuar como substituto processual dos representados (fls. 391/396).

Contra-razões apresentadas às fls. 133/137.

Admitido o recurso à fl. 142, 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 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 do 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, *impossível, sob este prisma, conhecer do recurso.*

Aduz o Recorrente, ainda, violação ao art. 3º da Lei n. 8.073/1990, referente à sua legitimidade. Estando a matéria prequestionada, afasto a incidência da Súmula n. 356-STF, *para conhecer do recurso, por tal fundamento.*

Assim dispõe o art. 3º da Lei n. 8.073/1990:

“Art. 3º. *As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria.*”

Ora, conforme se depreende da norma supra, o legislador ordinário autorizou as entidades sindicais a representarem seus filiados em juízo. Esta legitimidade processual é, nos dizeres de **Barbosa Moreira**, *autônoma*, porque o Sindicato age em nome próprio; *concorrente*, pois não exclui a iniciativa individual do filiado e, *extraordinária*, porquanto este não é titular do direito material submetido à tutela jurisdicional.

Sobre a questão, o colendo Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do ilustre Ministro Carlos Velloso, quando do julgamento do AgRg no RE n. 225.965-DF, DJU de 05.03.1999, assim assentou:

“... Registre-se, entretanto, que tais decisões foram tomadas relativamente ao mandado de segurança coletivo: CF, art. 5º, LXX, **b**.

No caso sob julgamento não se tem mandado de segurança coletivo, mas ação sob o procedimento ordinário. Neste caso, evidentemente, não há invocar o art. 5º, LXX, **b**, da CF. Seria impertinente, também, a invocação do art. 8º, III, da mesma Carta, dado que a mencionada norma tem como destinatário o sindicato. A Recorrente não é sindicato, mas entidade de classe. No art. 5º, LXX, **b**, a Constituição não distingue entre entidade de classe e organização sindical. Trata-se, aí, entretanto, conforme já foi dito, de segurança coletiva. Quando a Constituição não distinguiu procedimentos judiciais, instituindo a substituição processual – CF, art. 8º, III –, distinguiu, entretanto, entre entidade de classe e organização sindical, conferindo a substituição processual apenas ao sindicato. E, quando a Constituição exigiu autorização expressa dos filiados – CF, art. 5º, XXI – distinguiu entre entidade associativa e organização sindical: a autorização é exigida daquela, apenas. No voto que proferi no RMS n. 21.514-DF, registrei a distinção, escrevendo que ‘entidades associativas’ não compreendem organizações sindicais, mas associações de classe, de natureza jurídica diversa daquelas.

Assim posta a questão, verifica-se que o RE é inviável: a Recorrente é uma associação de classe e tem-se, no caso, ação ordinária. Aplica-se-lhe, portanto, a regra do art. 5º, XXI, da CF.”

Na mesma esteira, precedentes deste Colegiado de Uniformização Infraconstitucional, assim ementado:

“Recurso em mandado de segurança. Processual Civil e Administrativo. Impetração por sindicato. *Desnecessidade de apresentação de relação nominal*. Legitimidade ativa que deve ser reconhecida. Impossibilidade de discutir-se, na via do recurso, o mérito não analisado na Corte de origem.

Esta Corte já firmou jurisprudência no sentido da desnecessidade da apresentação de relação nominal quando a impetração é movida por Sindicato, na defesa dos interesses e direitos relacionados aos fins da entidade e seus filiados.

Impossibilidade de discutir-se, no recurso ordinário, a questão relativa ao próprio mérito da demanda, sob pena de supressão de instância.

Recurso parcialmente provido, para retorno dos autos ao tribunal de origem para julgamento do mérito.” (RMS n. 11.055-GO, rel. Ministro José Arnaldo, DJU de 02.04.2001) – grifei.

“Processual Civil. Recurso especial. Mandado de segurança coletivo. Sindicato. Legitimidade ativa **ad causam**. Violação à lei federal. Ausência de fundamentação. Dissídio pretoriano não comprovado. RISTJ, art. 255 e parágrafos. Precedentes.

– Não se caracteriza violação à lei federal se o recorrente deixa de particularizar os dispositivos legais supostamente contrariados, ou sequer, indica a legislação infraconstitucional que teria sido afrontada pelo aresto recorrido.

– A divergência jurisprudencial só está configurada se o acórdão recorrido e o paradigma colacionado decidiram sobre tema rigorosamente idêntico, à luz dos mesmos preceitos legais, porém, dando-lhes interpretação distinta.

– *Os precedentes jurisprudenciais desta egrégia Corte vêm decidindo pela legitimidade ativa **ad causam** dos sindicatos para impetrar mandado de segurança coletivo, em nome de seus filiados, sendo desnecessária autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos.*

– Recurso não conhecido.” (REsp. n. 72.028-RJ, rel. Ministro Peçanha Martins, DJU de 08.03.1999) – destaquei.

Desta forma, o Sindicato-recorrente possui legitimidade ativa **ad causam**, *independentemente da relação nominal dos substituídos*, merecendo ser reformado o r. aresto guerreado.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, nos termos supra-explanados e, neste aspecto, dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão de origem, afastar a ilegitimidade ad causam do Sindicato-autor e determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo para exame do mérito.*

É como voto.

