

21.3.66

Wilma

1272

TERCEIRA TURMA

PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS Nº 42.958 - SÃO PAULO

IMPETRANTE E PACIENTE : OCTAVIO FONSECA

EMENTA : - Prescrição da ação penal e aplicação do verbete nº 146 da "Súmula".

- Função da jurisprudência predominante na Corte Suprema e atenuação, na prática, do rigor da emenda regimental aprovada a 26 / de agosto de 1963.

- Conveniência de evitar, quanto possível, a versatilidade nos julgados e de restituir à jurisprudência o valioso papel que desempenha na ordem jurídica, sem se incorrer, todavia, nos perigos da estratificação abusiva nem da coerção reprovável.

A C Ó R D ã O

Vistos e relatados estes autos de habeas / corpus originário nº 42.958, em que é impetrante e paciente o Bacharel Octavio Fonseca, decide a III Turma do Supremo / Tribunal Federal, à unanimidade, conceder a ordem, de acórdão com as notas juntas.

Distrito Federal, 21 de março de 1966.

\_\_\_\_\_, PRESIDENTE.

\_\_\_\_\_, RELATOR.

00658030  
04190420  
09581000  
00000120

revisão -  
146.

21.3.66

1273

HYLMA

TERCEIRA TURMA

REQUISIÇÃO DE HABEAS CORPUS Nº 12.958SÃO PAULO

RELATOR : O SR. MINISTRO PRADO KELLY

PACIENTE : OCTAVIO FONSECA

00658030  
04190420  
09582000  
00000260R E L A T Ó R I O

O SR. MINISTRO PRADO KELLY:— O Bacharel Octavio Fonseca impetrou habeas corpus em seu favor, por estar sofrendo cegação ilegal por parte do Tribunal de Alçada de São Paulo, que manteve decisões condenatórias dos Juizes de Direito de 16ª e da 11ª Varas Criminaes, proferidas em ações penais prescritas.

Pede a aplicação do entendimento assentado na Súmula 146:

"A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação."

Do confronto da inicial com os dados constantes dos documentos que a instruem e das informações de f. 14, apura-se que o impetrante paciente foi condenado em dois processos como incurso nas sanções do art. 129 do Código Penal:

No primeiro à pena pecuniária de \$ 500 (data do delito: 19 de fevereiro de 1954; da denúncia - abril de 1954; da sentença - 20 de junho de 1956; do acórdão confirmatório - 26 de outubro de 1956);

No segundo à pena de cinco meses de detenção, convertida, na 2ª instância, em multa de \$ 500 (data do delito: 15 de abril de 1956; da denúncia (recebimento) 14 de julho de 1956; da sentença: 6 de março de 1959; da apelação: 3 de julho de 1959).

Sustenta o ilustrado Ministro Humberto Andrade Junqueira, Vice-Presidente do Tribunal:

"... não ocorreu prescrição alguma, pois, em ambos os casos, o impetrante e paciente foi denunciado por lesões corporais (art. 129 do Cód. Penal), cuja ação penal somente prescreveria em 4 anos.

Antes de decorridos quatro anos sobreveio sentença condenatória, aplicando pena de multa no primeiro caso e pena de prisão (5 meses de detenção) no segundo caso, convertida em grau de recurso também em multa.

Se a ação penal não estava prescrita quando o magistrado proferiu decisão em ambos os casos, não seria o fato de aplicar tão somente a pena de multa que faria surgir a prescrição antes mesmo da sentença que estabeleceu a pena!

A pena de multa, cujo prazo prescricional é de dois anos, somente prescreveria dois anos

depois de sua fixação pela sentença condenatória.

Antes da sentença condenatória, a prescrição se regula pelo máximo da pena cominada, isto é, em 4 anos para o delito de art. 129.

Se a sentença condenatória aplica pena menor ou somente a pena de multa, conformando-se o órgão do Ministério Público, a partir daí a prescrição se regula pela pena imposta, e isto porque a sentença condenatória, que é sempre transitada, interrompe o curso da prescrição que vinha correndo desde o recebimento da denúncia."

É argumenta o culto magistrado em abono de suas afir-

mativas:

"Em matéria de prescrição, ou ela existe ou não existe.

Não se concebe que prescrição possa existir porque o julgador aplicou somente pena de multa ou pena inferior ao máximo; e que possa deixar de existir porque a superior instância aumentou a pena!

É inconcebível, também, que, para se reconhecer a prescrição haja necessidade da sentença condenatória; se há prescrição, quando os autos são conclusos para sentença o juiz deve reconhecê-la desde logo, sem apreciar o mérito da acusação; se não há prescrição, a impedir a apreciação do mérito, então não é possível conce-

1276

ber que a prescrição possa ter ocorrido antes da sentença mas por força da pena por esta fixada! Se a sentença aplicar a pena no máximo, não haverá prescrição, mas, se inferior ao máximo, a prescrição teria ocorrido antes da própria sentença!

A questão da prescrição segundo a Súmula nº 116, fica assim na mesma situação da corrente de ouro do português da anedota: ora é e ora não é, dependendo de quem a examine."

E, a propósito do tema, reporta-se a acurado estudo, apenso às informações, sobre o objeto da "Súmula" invocada. É o relatório.

V O T O

O SR. MINISTRO PRADO KELLY (Relator):- Se atendermos ao verbete acima transcrito, a prescrição se terá consumado consoante o art. 114 do Código Penal.

Se, na segunda condenação, a pena de cinco meses pra valcesse para efeito da prescrição, esta se teria operado em igual prazo, por força dos arts. 110 e 109, VI do referido Código, - não sendo de cogitar do aumento de um terço, conseqüente de reincidência (art. 110, *in fine*), pois a reincidência não se teria caracterizado nos termos do art. 46 prática do novo crime, depois do trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior.

1276

ber que a prescrição possa ter ocorrido antes da sentença mas por força da pena por esta fixada! Se a sentença aplicar a pena no máximo, não haverá prescrição, mas, se inferior<sup>or</sup> ao máximo, a prescrição teria ocorrido antes da própria sentença!

A questão da prescrição segundo a Súmula nº 116, fica assim na mesma situação da corrente de ouro de português da anedota: ora é e ora não é, dependendo de quem a examine."

E, a propósito do tena, reporta-se a acurado estudo, apenso às informações, sobre o objeto da "Súmula" invocada. É o relatório.

V O T O

O SR. MINISTRO PRADO KELLY (Relator):- Se atendermos ao verbete acima transcrito, a prescrição se terá consumado consoante o art. 114 do Código Penal.

Se, na segunda condenação, a pena de cinco meses pra valcesse para efeito da prescrição, esta se teria operado em igual prazo, por força dos arts. 110 e 109, VI do referido Código, - não sendo de cogitar do aumento de um terço, conseqüente de reincidência (art. 110, *in fine*), pois a reincidência não se teria caracterizado nos termos do art. 46 prática de novo crime, depois do trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior.

00658030  
04190420  
09583000  
01110310

## II

Porém o dote magistrado faz-se órgão do Tribunal de Alçada na fundada impugnação oposta à jurisprudência predominante nesta Corte Suprema.

Assiste-lhe a faculdade de fazê-lo, porquanto nos aos membros do nosso Tribunal, isoladamente, nem às Justiças estaduais autônomas se impõe, como de observância forçosa, a "Súmula" oficial, de que cuida o Regimento.

O rigor da emenda aprovada a 28 de agosto de 1963 foi mitigado, na prática, pelo cômputo de votos dissidentes na assentada de julgamento das espécies em que tenha lugar invocação da "Súmula".

Em todos os feitos, nos quais se vem aplicando o próprio verbete nº 146, as atas e os acordões consignam os votos dissidentes dos eminentes Ministros Luiz Gallotti, Hahnemann Guingães e Cândido Motta, em referência da tese agora defendida pelo honrado Vice-Presidente do Tribunal paulista, no brilhante estudo de f. 17-34 dos presentes autos.

Nem poderia ser de outro modo, pois então estaria vulnerada a competência constitucional dos membros de colégio judiciário, como o desta elevada instância, para "julgar", segundo a sua consciência, os feitos que lhes são submetidos.

Não preciso lembrar que todo e qualquer "juízo" pressupõe a aplicação do direito à espécie para firmar estável - mente na parte vencedora a relação jurídica litigiosa. Neste sentido se entende a divisa de Brandeis: ex facto jus oritur. Aquela operação participa, a um só tempo, de autoridade política e de força social, como ensinou JOÃO MONTEIRO: "Tem o Poder Judiciário

ário por função específica a paração política de estabelecer, de definitiva e permanentemente, o reequilíbrio das relações de direito que foram violadas ou apenas ameaçadas; na sentença reside a força social capaz de tornar estável aquele reequilíbrio ou, e que é o mesmo, resolver, definitiva e coativamente, o passageiro desequilíbrio funcional das relações de direito" ("Programa", vol. III, ps. 28-29, § 190).

Antecipou Aristóteles que uma legislação sábia utilizará deliberadamente critérios vagos e flexíveis em muitas questões. E, para os que vêm na função judiciária, com a vêm as nações americanas, uma "delegação da legislatura" (impotente, por definição, para "executar" as leis que elabora), a interpretação dos tribunais tanto abrange a norma quanto os factos, segundo a clara demonstração de FRANK ("El actual pensamiento jurídico norteamericano", p. 194). Até para os juizes que, em respeito ao sistema adotado em suas nações, seguem "standards" e precedentes confiados na lenta cristalização da verdade jurídica, a razão, na dia, retorna o seu império ao longo da judicatura, como de si confessou BENJAMIN N. CARDOZO:

"Quando exercia minha profissão no fóré, eu procurava encontrar o caso pertinente e aplicá-lo ao que tinha em mão. Não me importava muito se éle era justo, desde que estava certo de que era pertinente, e eu tinha uma fé cega, que persistia em face das decisões contrárias e dos desencorajamentos, que, se a sua pertinência estava estabelecida e se lhe applicava bem e verdadeiramente, os tribunais e seguiriam inexoravelmente até o limite de sua lógica. Aprendi, mediante triste experiência, que éles falha-



van aqui e ali e deixavam de chegar ao ponto que eu esperava que chegassem ... O problema se me apresentou de uma luz nova quando tive de encará-lo como juiz. Verifiquei que o elemento creador era maior do que imaginara.

... Alguns casos existem naturalmente em que só há um único caminho possível. São os casos em que a lei é determinada e rígida. Sobra-lhes em quantidade o que lhes falta em interêsse. Outros casos apresentam uma verdadeira oportunidade para a escolha - não entre duas decisões, uma das quais pode ser considerada como quase absolutamente certa e a outra como quase absolutamente errada - mas uma escolha de tal modo equilibrada que, uma vez anunciada, faz surgir uma nova concepção do que é direito e do que não o é. Não quero com isso dizer, é claro, que mesmo nesses casos a preferência seja cega ou arbitrária. A balança se inclina não pelos gostos ou pela fantasia, mas pela razão. O juiz que escolhe acredita, com intensidade variante de convicção, que escolheu bem e sabiamente. Não obstante, mesmo em seu espírito, houve uma verdadeira alternativa, e não simplesmente nominal. Havia dois caminhos, todos dois abertos, embora conduzissem a fins diferentes. A encruzilhada no caminho não foi neutralizada, para o viajante, por uma barreira atravessada numa das rotas com o título: "trânsito impedido". Ele deve reunir tôdas as suas faculdades intelectuais, armar-se de coragem e adiantar-se na direção de um caminho ou de outro, rogando que esteja avançando não para uma emboscada, para um pantano ou para a escuridão, mas em segurança, em espaço livre e iluminado." ("A Natureza do Processo e a Evolução do Direito", trad. de LEDA BOECHAT, ps. 149).

1280

## III

Atenuando a rigidez do primitivo texto, é de interpretar como "facultativas" as prescrições do art. 15 da Emenda de 26 de agosto de 1963, não só porque nela se ressalva o procedimento de revisão, senão ainda porque se enseja interposição de agravo (art. 15 § 1º).

Afastou-se, portanto, o risco da revivescência de editos pretorianos (Fr. 2.º § 1.º D. I, 2; MACKELDEY - "Elementos de Direito Romano" §§ 30 a 32; P. KEUGER - "História, fontes e literatura do Direito Romano", ps. 35 e s.) ou de "assentos do Supremo Tribunal de Justiça" (Decretos ns. 2.684 de 1875 e nº 6.142 de 1876; Lei de 18 de setembro de 1828, art. 19), na esteira dos assentos das casas de suplicação (Ord. L. I, Tit. 4 § 1, Tit. 5 § 5; Lei de 18 de agosto de 1769 § 4; RIBAS - "Curso de Direito Civil Brasileiro", ps. 121 e s.), e que o Supremo Tribunal, desde a fundação da República, reputou inconstitucionais, no dizer de MACEDO SOARES, por não ter ele recebido tal poder nem do art. 59 da Constituição de 1891, nem do Decreto nº 848 de 1890, nem da Lei nº 221 de 1894 (Conselheiro CANDIDO DE OLIVEIRA - "Legislação Comparada", ps. 106).

Atendeu-se tão só à conveniência de evitar, quanto possível, a versatilidade nos julgados, tão censurada por LAFAYETTE ("Direito das Coisas", prefácio, ps. IX), e de restituir à jurisprudência o valioso papel que desempenha na ordem jurídica (PAULA BATISTA "Hermenêutica", § 51; CLOVIS BEVILAQUA - "Revista Trimestral", vol. 83 ps. 338-9), sem se incorrer toda via nos perigos da estratificação abusiva nem da coerção reprovável. Daquela, porque já RUY advertia: "Tudo o aprender, todo o melhorar, todo o viver é mudar" ("Rev. do Supr. Trib.", vol.

91, p. 169); desta, porque já PEDRO LESSA satirizava o vício da submissão constrangida aos arrestos judiciais, em prejuízo da consulta aos grandes intérpretes do direito público federal, aos mais autorizados expositores do direito civil, do comercial ou do penal (Sessão de 11 de dezembro de 1920), tanto quanto estigmatizara a figura do "juiz legislador", não prevista "pelos que organizaram e limitaram os nossos poderes políticos" ("A Idéia de Justiça" em "Rev. Supr. Trib.", vol. 13, p. 103 e s.). Com igual clarividência, EDUARDO ESPINOLA deixou assinalado: "No sistema continental europeu como no (substancialmente idêntico em matéria de direito privado) latino americano, as leis dominam as jurisprudências discrecionárias; no sistema anglo-americano, ao invés, são estas que preponderam e se auto-limitam" ("Pandectas", vol. I, ps. 13).

O mesmo podia dizer em relação à tendência soviética de igualar o direito elaborado pelos órgãos legislativos com o direito elaborado pelos juizes, segundo se afigurou a LAMBERT:

"O legislador soviético não contribuiu apenas para alargar a esfera inevitável de ação franqueada à prática judiciária pelas lacunas ou pelos silêncios da lei, arrolando com extrema parcimônia os direitos e contratos afetos à disciplina oficial.

Apelen refletida e determinadamente para o concurso da jurisprudência, quer consagrando um instituto, como a certidão de herança (art. 435 do C. Civil), sem prever nenhuma das condições do seu funcionamento, quer declarando as regras da venda ou as da tutela de menores e dos alienados aplicáveis a instituições como a treca (art. 207 C. Civil) ou a curatela dos

1282

prédigos (art. 246 do Código de família) sob reserva das modificações necessárias, isto é, após adaptação pelos tribunais (cf arts. 349, 363 C. Civ.)."

Sem tais defeitos, a síntese de nossas decisões, empreendida com singular devotamento por eminentes membros deste órgão, representa esforço meritório, que, sem injustiça, merece creditado ao principal responsável pela iniciativa e por sua execução - o Ministro Victor Nunes Leal. Em conferência que proferiu em Belo Horizonte, a 12 de agosto de 1964, justificou a nova organização de nossos trabalhos, evitando os escolhos de uma jurisprudência impositiva: "Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é frequentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é a maia terna, para que o Supremo Tribunal possa cumprir o seu mister de definir o direito-federal, eliminando ou diminuindo os dissídios de jurisprudência."

Como "repertório de jurisprudência", o mais valioso, e mais autorizado, a "Súmula" presta inegável serviço aos profissionais do Fôro. Oficializada como se acha, sobreleva aos ensaios congêneres de seleção e metodização dos julgados, como os que o Prof. CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO arrolou em "Direito Teórico", ps. 78-82, com a citação, entre outros, do "Manual" e do "Anuário de Jurisprudência Federal" do Ministro Octavio Kelly.

## IV

Na espécie, porém, não cinjo o meu voto ao modelado na "Súmula" - e, sim, ao tendo a uma consideração sobranceira à

própria tese que se discute.

Quanto à exegese do texto penal, daria toda a adesão a opinião expendida pelo eminente Ministro Luiz Gallotti e transcrita a f. 18 dos autos:

"Preferida a sentença condenatória recorri-  
vel, nesse dia a prescrição se interrompe (art.  
117, vol. IV e recomeça, então, por inteiro (art.  
117, § 2º): Nessa altura, não se sabe ainda se  
vai haver apelação. Se não houver, passa em jul-  
gado a sentença e já se trata, daí em diante, de  
prescrição da condenação regulada pela pena im-  
posta (art. 110). Se a defesa e a acusação ape-  
lam, ou se só esta o faz, continua a reger a  
prescrição, mesmo daí em diante, a pena máxima  
"in abstracto". A prescrição que recomeçou por  
inteiro na data da sentença, assim continua. Se,  
porém, só apela o réu, a situação se modifica,  
por força do parágrafo único do art. 110: passa  
a regular a prescrição da ação penal, depois da  
sentença, a pena imposta" (Rev. Trib. 216/574)."

Mas deparemos uma série densa de acórdãos com o sufrá-  
gio de maioria altamente expressiva, que nada autoriza a crer re-  
considere os rumos traçados.

Por isso me externalizei desta forma em causa recente (re-  
curso de "habeas corpus" nº 42.987; sessão de 4 de fevereiro de  
1966):

"Por mais discutível que seja tecnicamente a conclusão  
(em tal sentido) de inúmeros julgados, força é convir que a orien-

tação invariável, nêles seguida, consagra uma concessão liberal, de que já não é lícito, pela generalidade e pela extensão dos seus efeitos, retratar-se a Alta Corte. Só ao legislador fica ressalvada a explicitação, em lei, de diverso critério, se assim o exigir o interêsse social."

Em atenção aos precedentes, concedo a ordem impetrada.

DL

1285  
TERCEIRA TURMA

00658030  
04190420  
09584000  
00000430

PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS Nº 42.958 - SÃO PAULO

IMPETRANTE

e PACIENTE: Octavio Fonseca

D E C I S ã O

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:  
CONCEDIDO UNÂNIMEMENTE PARA JULGAR EXTINTA A PUNIBILIDADE  
PELA PERSECUIÇÃO, COM RESSALVA DO ENTENDIMENTO, EM CONTRÁ-  
RIO, DO PRESIDENTE.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI.

Relator, o Exmo. Sr. Ministro PRADO KELLY.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Mi-  
nistros CARLOS NEDEIROS SILVA, PRADO KELLY, HERMES LIMA,  
CONÇALVES DE OLIVEIRA e LUIZ GALLOTTI.

Em 21 de março de 1966

DR. ÁLVARO FERREIRA DOS SANTOS  
Vice-Diretor Geral