

disposto no art. 255, § 2º, do RISTJ, com a redação determinada pela Emenda Regimental nº 01.

Quanto à decisão publicada na RT 603, pág. 438 (HC 65.262-9), foi afastada a nulidade que, segundo o recorrente, teria ocorrido por não haver, no quesito, referência à causa que teria levado o paciente a erro. Ali, o acórdão entendeu incabível admitir-se a nulidade argüida. Registrou o eminente Ministro: "no tocante ao erro previsto no art. 17 do Código Penal, é necessário que a defesa o apresente, ou o alegue, nos debates, mas a petição de *habeas corpus* a nenhum erro se refere como tendo sido apresentado ou a respeito lembrado nos debates, pelo que, deste modo, tendo em vista o que sobre tal ponto dispõe o art. 487, III, do CPP, não se pode considerar haver nulidade absoluta, no particular, *se, inclusive, chegou a haver quesito genérico sobre a existência de erro de fato, e ele foi respondido negativamente. De considerar, outrossim, que a significação dos quesitos é explicada, segundo determina o art. 479 do CPP, e a impetração não alega que tal explicação foi omitida*" (fls. 440).

Não caracterizada divergência, inviável também o apelo fundado na alínea c." (fls. 5/7).

Com apoio nestas considerações, adequadas e pertinentes à espécie, não conheço do especial pelas duas alíneas (a e c).

Recurso Especial Nº 36.797-2 – SP
(Registro nº 93.0019121-7)

Relator: O Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Eduardo Henrique Machado da Silva

Advogado: Drs. Luiz Antônio F. Mateus

EMENTA: REsp – Penal – Pena cumulativa – Pena privativa do exercício do direito de liberdade por multa. As normas integram-se logicamente. Não ocorre mera soma aritmética. Em consequência, cumpre levar em conta o significado de cada uma. No tocante às penas, pode ocorrer cominação: a) isolada; b) cumulativa; c) alternativa. Teleologicamente, não se confundem. Cominação cumulativa tem, como

antecedente, situação normativa diferente da cominação isolada, ou alternativa. Responde a conduta mais grave, colocando-se em posição oposta à cominação isolada, pondo-se, no meio-termo, a cominação alternativa. O juiz não pode transformar a cumulação (cumulação de espécies) em identidade de espécies (ainda que cumuladas). Não estaria aplicando a pena dentro da cominação legal, em frontal oposição ao princípio constitucional da "prévia definição legal". Cumpre manter o significado de cada categoria normativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento para restabelecer a sentença condenatória. Votaram de acordo os Srs. Ministros **Pedro Acioli**, **Adhemar Maciel** e **Anselmo Santiago**. Ausente por motivo justificado o Sr. Ministro **José Cândido**.

Brasília, 14 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Vicente Cernicchiaro**: Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em autos de ação criminal em que contende com *Eduardo Henrique Machado da Silva*.

Noticiam os autos ter o recorrido sido condenado à pena de seis meses de detenção, com *sursis* por dois anos, além de multa pecuniária, nos termos do art. 16 da L. 6.368/76.

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu parcialmente o recurso apelatório para converter a pena privativa de liberdade em pena pecuniária de dez dias-multa, no piso menor e para declarar que a multa de vinte dias, imposta na sentença, deve obedecer o piso mínimo da L. 6.368/76.

Exsurge daí o presente Apelo Especial com fulcro na alínea c do permissivo constitucional.

Alega o Recorrente que o v. aresto hostilizado diverge de decisões recentes dos Egrégios Tribunais de Justiça de Minas Gerais, de Alçada Criminal de São Paulo e deste Colendo Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, conforme parecer de fls. 109/112, opina pelo provimento do Recurso, por entender inaplicável a regra geral do Cód-

go Penal que permite a substituição de pena privativa de liberdade não superior a 6 meses pela pena pecuniária, face à sua incompatibilidade com o artigo 16 da Lei de Tóxicos, que prevê a cumulatividade de penas.

Admitiu o Recurso o despacho de fls. 101/103.

Contra-razões do Recorrido às fls. 97/99.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Vicente Cernicchiaro** (Relator): O Direito é sistema. Portanto, unidade. As normas se harmonizam. Não há contradição lógica.

O Código Penal é, doutrinariamente, denominado – Direito Penal Fundamental – no sentido de constituir a lei geral dessa área dogmática. Aplica-se a todo o sistema. Salvo se lei especial dispuser contrariamente.

Nenhuma restrição, pois, a que a Parte Geral do Código Penal se aplique à Lei nº 6.368/76.

As normas, porém, integram-se logicamente. Não ocorre mera soma aritmética de leis. Em conseqüência, cumpre levar em conta o significado de cada uma.

No tocante às penas, pode ocorrer cominação: **a)** isolada; **b)** cumulativa; **c)** alternativa.

A referida integração (porque lógica) não induzirá a que a cominação isolada se torne cumulativa, ou alternativa; a cumulativa, isolada, ou alternativa; a alternativa, isolada ou cumulativa.

Teleologicamente, cominação cumulativa não se confunde com cominação isolada ou alternativa. Evidencia-se, antes de tudo, maior rigor. Tem, como antecedente, situação normativa diferente. Axiologicamente (tomando-se o desvalor como referência), dir-se-á a cominação cumulativa responde a conduta mais grave, colocando-se em posição oposta à cominação isolada, pondo-se no meio-termo, a cominação alternativa. Há, pois, projeção de *dégradé* normativo.

Além disso (também logicamente) a pena privativa do exercício do direito de liberdade é mais grave que a pena pecuniária.

Em sendo assim, se a cominação é pena privativa do exercício do direito de liberdade cumulada com multa, como a aplicação projeta *in concreto* a cominação, o Juiz não pode transformar a cumulação (cumulação de espécies) em identidade de espécies (ainda que cumuladas).

O magistrado, se assim o fizesse, teria transformado a pluralidade de espécies em unidade de espécies, malgrado a soma aritmética do valor da(s) multa(s).

Em breve, o Juiz não estaria aplicando a pena dentro da cominação legal, em frontal oposição ao princípio constitucional da "prévia definição legal".

É certo. O Código Penal enseja a substituição da pena privativa do exercício do direito de liberdade por multa (art. 60, § 2º).

Diferente, no entanto, se a cominação da pena for cumulativa. Neste caso, a lei impôs pluralidade de sanções (espécies diferentes), entendendo que a infração penal impunha mais rigor.

Em se fazendo unificação (de espécie) alterar-se-á a própria cominação. Em outras palavras, aplicar-se-á ao delito mais grave pena menos severa. Evidente contradição lógica.

Conheço do recurso. Dou-lhe provimento para restabelecer a sentença condenatória.

Recurso Especial Nº 82.440 – PB
(Registro nº 95.0066300-7)

Relator: O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro

Recorrentes: José Carlos Falcão e Silva e José Carlos Silva

Recorrido: Ministério Público do Estado da Paraíba

Advogados: Drs. Fernando de Azevedo Porpino e outro

EMENTA: REsp – Processual Penal – Nulidade – Testemunhas – Inversão da ordem de audição – O processo é dialético. O órgão da acusação deve manifestar-se antes para ensejar a defesa. A ordem dos atos processuais, portanto, é lógica. A plenitude da defesa volta-se para um fim: visa a impedir prejuízo para o réu. A inversão da ordem de audição das testemunhas, em princípio, não configura nulidade. Este instituto não se confunde com a mera irregularidade. O primeiro acarreta prejuízo. O segundo não produz esse efeito. O fato, ademais, não consta do amplo leque do art. 564, III do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso por ambas as alíneas, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.