

JURISPRUDÊNCIA DA QUINTA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 6.748 — GO

(Registro nº 98.0000023-2)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Impetrantes: *Aldeci Ferreira de Sá e outros*

Advogado: *Carlos Soares Rocha*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás*

Pacientes: *Aldeci Ferreira de Sá (preso), Tadeu Ferreira de Sá (preso),
Fernando Oliveira da Silva (preso), Antonio de Jesus Sousa
(preso), Valmir Carlos de Almeida (preso) e Luiz Felipe
Machado (preso)*

EMENTA: Penal. Processual. Incompetência do juízo. Excesso de prazo. Habeas corpus substitutivo.

- 1. Tendo em vista a natureza permanente do crime de formação de quadrilha, se praticado em território de mais de uma jurisdição a competência será firmada pelo Juiz que primeiro atuar no processo.**
- 2. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo — Súmula 52/STJ.**
- 3. Habeas corpus conhecido; pedido indeferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas, José Arnaldo e Felix Fischer.

Brasília, 26 de maio de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 22-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Os pacientes pretendiam as-

saltar um carro-forte na cidade de Santa Helena de Goiás, mas não esperavam que a polícia da cidade de Minaçu/GO os aguardava. Foram presos em flagrante porque encontrados, nos forros das laterais traseiras, armas de fogo do tipo fuzil, de comercialização proibida, e muita munição.

Denunciados pelos crimes de porte ilegal de armas e formação de quadrilha, pedem, neste **habeas corpus**, o reconhecimento do excesso de prazo na instrução criminal e da incompetência do juízo processante.

O Tribunal de Justiça de Goiás denegou a ordem originariamente impetrada, assim ementando sua decisão:

“Habeas corpus. Formação de quadrilha. Competência. Excesso parcial de prazo.

— A formação de quadrilha é crime permanente, enquanto não cessar a atividade antijurídica o crime está se consumando. O Juiz que primeiro tomar conhecimento do fato e praticar ato no respectivo processo firma sua competência para julgá-lo. Daí não ser ilegal, por incompetência do juiz, a confirmação da prisão em flagrante.

— Por outro lado, o excesso parcial de prazo não caracteriza o constrangimento ilegal, se no cômputo geral, o tempo necessário para o encerramento do processo não restou excedido.

— Ordem indeferida.”

Neste substitutivo de Recurso Ordinário, reitera as argumentações expendidas na impetração originária.

Liminar indeferida à fl. 46. Informações prestadas às fls. 50/51 e 67/103.

O MPF, nesta instância, é pelo não conhecimento da ordem.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhores Ministros, preliminarmente cabe-me conhecer desta impetração como substitutiva de Recurso Ordinário.

No mérito, nenhum dos argumentos trazidos devem prosperar.

Efetuada a prisão em flagrante dos pacientes, estes foram colocados à disposição do Juiz da Comarca de Minaçu, e é disto que reclamam. Dizem que tendo se unido na cidade de Palmas/TO, lá foi consumado o crime de formação de quadrilha, e lá deveriam ser processados e julgados.

O crime de formação de quadrilha tem natureza permanente; sua consumação se protraí no tempo. Enquanto não cessar a atividade ilícita, o crime está se consumando. O CPP, art. 71, fixa a competência, tratando-se de infrações permanentes, pela prevenção, ou seja, aquele que primeiro atuar no processo, geralmente onde feita a prisão em flagrante. Aqui, o primeiro Juiz a tomar conhecimento das condutas

delituosas foi o Juiz da Comarca de Minaçu, firmando ele sua competência para conhecer da causa.

Já no tocante ao excesso de prazo para a formação da culpa, melhor sorte não os socorre.

Contatos telefônicos foram feitos junto à Vara Única da Comarca de

Minaçu, chegando-me a informação de que já está encerrada a instrução criminal. Aplica-se, neste caso, a Súmula 52-STJ.

Assim, conheço da impetração, mas indefiro o pedido.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 6.838 — PB

(Registro nº 98.0002033-0)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Impetrante: *Mario Maciel da Cunha*

Impetrado: *Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba*

Paciente: *Ary Alves da Silva*

EMENTA: Penal. Processual. Crime de receptação. Competência. Habeas corpus substitutivo.

- 1. Em regra, é competente para processar e julgar o crime de receptação o juízo do lugar de sua consumação.**
- 2. É viável a modificação desta competência em razão da conexão com o respectivo furto, desde que suscitada oportunamente.**
- 3. Habeas corpus conhecido; pedido indeferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os

Srs. Ministros José Dantas, José Arnaldo e Felix Fischer.

Brasília, 12 de maio de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 08-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Condenado a cumprir pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, sob a acusação de receptação, busca o paciente, neste **habeas corpus**, anular o processo **ab initio** sustentando a incompetência absoluta do prolator da sentença condenatória. Diz que o furto ocorreu em Recife, não podendo ser processado e julgado na Comarca de João Pessoa.

O Tribunal de Justiça da Paraíba denegou a ordem originariamente impetrada, assim ementando sua decisão:

“Habeas corpus — Receptação — Crime autônomo — Pretensão nulidade do processo pela incompetência do juízo sentenciante — Inocorrência — Delito que poderia ser julgado com o de furto pela conexão — Nulidade inexistente pelo seu caráter relativo — Decisão condenatória, ademais, amparada na regra prevista no art. 70 do CPP — Denegação da ordem.”

Sendo o crime de receptação considerado como delito autônomo, poderia ser julgado pela conexão com o de furto, ocorrido em outra Comarca, mas não sendo levantada essa questão incidental tempestivamente, a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração.”

Neste substitutivo de Recurso Ordinário, reitera o pedido feito na

impetração originária, inovando apenas ao alegar a nulidade da citação.

Liminar indeferida pelo Ministro-Presidente Américo Luz, face à minha ausência durante o recesso forense.

Informações prestadas às fls. 44/48.

O Ministério Público Federal, nesta instância, opina pelo não conhecimento do *writ*.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhores Ministros, a impetração merece ser conhecida, mas somente no tocante à alegação de incompetência do juízo sentenciante.

A questão da nulidade da citação não foi analisada e discutida pelo Tribunal **a quo**, de maneira que sua apreciação, neste **habeas corpus**, importaria a supressão de instância.

Com efeito, as informações prestadas dão conta de que o veículo realmente foi furtado em Recife/PE, mas transitava em Campina Grande/PB, onde foi apreendido pela Polícia local. O carro estava na posse de Josuel Pereira da Costa, que alegou em juízo ter comprado de seu tio, ora paciente. Denunciados, Josuel foi absolvido, enquanto Ary, revel no processo, foi condenado porque “sabia de antemão da origem

ilícita do FIAT e nem assim dominou sua má índole, vendendo-o para o sobrinho de sua amásia, entregando-lhe apenas um documento falsificado.” (fl. 15)

A receptação tem sua consumação no ato da tradição da **res furtiva**, e considerado autônomo, poderia ser julgado pela conexão com o respectivo furto, ocorrido em outra Comarca (Recife/PE), mas não sendo levantada essa questão incidental tempestivamente, a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração (Campina Grande/PB). A propósito:

“**Habeas corpus**. Crime de receptação. Competência **ratione loci**.

— Inexistindo identificação da autoria do crime de furto, é competente para o processo e julgamento do crime de receptação o juízo do local de sua consumação.

— Tratando-se de competência **ratione loci**, prorroga-se ante a inexistência de oportuna **declinatoria fori**.

— **Habeas corpus** indeferido.”

Assim, conheço do **habeas corpus** mas indefiro o pedido.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 7.385 — PB

(Registro nº 98.0029104-0)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Impetrante: *Carmecy Rodrigues Abrantes*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba*

Paciente: *Sinval Joaquim da Silva (preso)*

EMENTA: *Penal. Processual. Fixação da pena-base. Redução. Competência. Habeas corpus.*

1. O Tribunal estadual é competente para conhecer de habeas corpus visando a eventual correção da pena, se a matéria não foi decidida no recurso de apelação.

2. Habeas corpus conhecido; pedido parcialmente deferido para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba aprecie o mérito da impetração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir parcialmente o pedido para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba aprecie o mérito do pedido. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas e José Arnaldo. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Felix Fischer.

Brasília, 18 de junho de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 03-08-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Processado e condenado, sob a acusação de homicídio duplamente qualificado, Sinval Joaquim da Silva quer a redução de sua pena. Sustenta que, apesar de todas as circunstâncias a seu favor, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e pior, sem qualquer fundamentação nesse sentido.

O Tribunal de Justiça paraibano não conheceu do **habeas corpus** originariamente impetrado, sob o argumento de que o impetrante investiu contra sentença condenatória, confirmada em grau de apelação; portanto, manifesta sua incompetência.

Reagiu com este substitutivo de Recurso Ordinário, reiterando as mesmas argumentações deduzidas na impetração originária.

O MPF, nesta instância, opina pelo deferimento parcial da ordem.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhores Ministros, o paciente foi condenado a cumprir 15 (quinze) anos de reclusão, e agora reclama da sentença condenatória, já que, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, deveria estar fundamentada.

O mérito desta impetração — a redução da pena — não poderia ser aqui analisada sem que se suprimisse a instância, já que o colegiado paraibano não se manifestou a respeito.

Mas tenho como parcialmente procedente a súplica.

Alegou o TJPB, ao julgar o *writ* originário que, tendo analisado o recurso de apelação interposto pela defesa, tornou-se autoridade coatora, não podendo conhecer do **habeas corpus** impetrado contra ato próprio.

Na verdade, o **habeas corpus** não se volta contra o Acórdão proferido na apelação. Nesta, a alegação foi a de que a decisão do Júri foi contrária à prova dos autos; naquele, pretende-se a redução da pena, pois fixada acima do mínimo legal. Observo tratar-se de pretensões distintas.

Destarte, o Tribunal estadual é o competente para apreciar o pedido, com vista à eventual correção da sentença de 1º grau, no ponto não impugnado através do recurso de apelação.

Assim, conheço do **habeas corpus** e o defiro parcialmente, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba aprecie o mérito do pedido.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 7.243 — SP

(Registro nº 98.0008691-9)

Relator: *O Sr. Ministro Felix Fischer*

Recorrentes: *Waldir Troncoso Peres e outro*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Pacientes: *Eduardo Diniz Junqueira, Pedro Tassinari Filho, Cícero Junqueira Filho, Ricardo Junqueira de Almeida Prado, Ricardo Brito Santos Pereira e Luiz Lacerda Biagi*

Advogados: *Waldir Troncoso Peres e outro*

EMENTA: Penal e Processual Penal. Recurso ordinário de habeas corpus. Delito tributário. Art. 83 da Lei nº 9.430/96.

I — O art. 83 da Lei nº 9.430/96 não criou qualquer óbice para a atuação do Ministério Público (art. 129, incisos I e VIII da Carta Magna).

II — O procedimento administrativo não tem o condão de, por si só, obstaculizar formalmente uma apuração criminal.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas,

Cid Flaquer Scartezzini e José Arnaldo. Votou vencido o Ministro Edson Vidigal.

Brasília, 19 de março de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 03-08-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso ordinário de **habeas corpus** interposto contra parte de v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pelo qual não se acolheu, **in totum writ** impetrado no qual se almejava: a) o acolhimento da inépcia da denúncia; b) que a apuração do débito na via administrativa seria condição de procedibilidade para ação penal.

O retrospecto está às fls. 188/189, **in verbis**: “Alega-se estarem os pacientes a sofrer constrangimento ilegal decorrente da instauração da referida ação penal sem a prova da existência do ilícito administrativo, que somente se constituirá com o esgotamento dos recursos na esfera administrativa.

Aduz-se, em sede de **Habeas Corpus** Originário, que a Lei nº 9.430/96, que se aplicaria retroativamente à espécie, em seu artigo 83, cria um pressuposto para os crimes contra a ordem tributária definidos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, qual seja, a decisão final, na esfera administrativa, ou, se se adotar entendimento diverso, modifica a estrutura do crime fiscal, erigindo “como prova do prejuízo ao erário público o julgamento definitivo da increpada sonegação fiscal da contribuinte pessoa jurídica”. (fls. 21).

Acrescenta que, qualquer que seja o entendimento adotado, a conduta dos pacientes é atípica, posto que não se esgotaram os recursos administrativos, de forma que não

está ainda configurado o ilícito penal.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça do Estado, às fls. 167/171, pelo improvimento do Recurso.”

A doutra Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): A apuração administrativa não tem o condão, e nem pode ter, de obstaculizar a **persecutio criminis in iudicio**. Carece de razão de ser e seria, a pretensão prejudicial (v.g., art. 93 do CPP), até inconstitucional (art. 129, incisos I e VIII da **Lex Fundamental**is). E não é só! Levaria a que se admitisse o mesmo raciocínio para a conclusão de inquérito policial como condição para a ação penal. A esfera administrativa como óbice de apuração de um ilícito é algo tão inusitado quanto temerário.

O tema já foi objeto da ADIn 1.571 (Relator Ministro Néri da Silveira, no informativo do Supremo Tribunal Federal, nº 64) . Assim, também, no HC 75.723-SP, DJU de 6/2/98, pág. 5, 2ª Turma, relator Ministro Carlos Velloso. Nesta Corte, é também o entendimento predominante, a saber:

“RHC — Penal Tributário — Processo Penal — Crime tributário — Instância administrativa — Condição de procedibilidade —

Lei 9.430/1996 — O Ministério Público é titular de ação penal. A instância administrativa não constitui condição de procedibilidade. A Lei 9.430/1996 tem outro sentido. Determina que, havendo indícios de crime, a autoridade administrativa deverá comunicar o fato ao Ministério Público.” (RHC 6.162/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 19/05/97, pág. 20.685).

“— *Penal. Sonegação fiscal. Condição de procedibilidade. Lei 9.430/1996.*

— A decisão em processo administrativo, de natureza fiscal, não constitui requisito de procedibilidade da ação penal.

— O art. 83 da Lei 9.430/1996, estabelece comando dirigido à própria Administração.

— Recurso desprovido.” (RHC 6.803/SC, Rel. Min. William Patterson, DJ 17/11/97, pág. 59.611).

“*Penal. Sonegação fiscal. Condição de procedibilidade.*

— Lei 9.430/96, art. 83. Remetida ao próprio procedimento fiscal, a regra articulada não constitui requisito de procedibilidade de ação penal.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.” (RHC 7.043/SC, Rel. Min. José Dantas, DJ 02/03/98, pág. 124).

“*Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário — Pressupostos idênticos ao deste, especialmente em limitar a discussão aos temas*

apreciados no juízo de origem — Art. 83 da Lei n. 9.430/96 — Inexistência de condição de procedibilidade — Norma dirigida ao Executivo e não ao Ministério Público.

1. Tratando-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, os temas em discussão hão de se limitar àquilo analisado e julgado na instância de origem, sob pena de supressão de instância.

2. Consoante decidiu recentemente a Suprema Corte, na ADIn n. 1.571/DF não impede o art. 83, da Lei n. 9.430/96, a atuação do Ministério Público que se fulcra no art. 129, incs. I, IV e nos casos de sonegação de impostos, sem se sujeitar ao término do procedimento administrativo-fiscal.

3. **Habeas corpus** parcialmente conhecido, mas negado nessa parte.” (HC 6.285/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 01/12/97, pág. 62.814).

“*Processual Penal. Crimes contra a ordem tributária. Lei n. 9.430/96. Ação penal. Representação fiscal. Ato prescindível.*

— Em sede de crimes contra a ordem tributária, a representação fiscal a que se refere o art. 83 da Lei n. 9.430/96 não é condição de procedibilidade para a promoção da ação penal, podendo o Ministério Público, no exercício de sua competência legal, valer-se de quaisquer outros elementos informativos da ocorrência do delito para oferecer a denúncia.

— Recurso ordinário desprovido.” (RHC 6.898/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 17/11/97, pág. 59.612).

Aliás, a própria existência do art. 83 — mesmo sem afetar diretamente a atividade do *Parquet* — tem merecido contundentes e fundamentadas críticas (v.g. “art. 83 da Lei 9.430/96 e art. 34 da Lei 9.249/93: Elementos para uma crítica ao Direito Penal Tributário vigente”, de **Cristina Maria Suter Correia da Silva, Eliezer Gomes da Silva, Marcelo Alves de Souza**, publicado in “Araucária”, Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, vol. 1, págs. 399 e segts.).

Voto, pois, pelo desprovemento do recurso.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhores Ministros, meu ponto de vista a respeito do tema já é conhecido neste colegiado.

A Lei 9.430/96 em seu art. 83 dispõe:

“A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária, definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.”

Qual o sentido dessa norma? A que, efetivamente, se destina? Em

um Estado de Direito democrático, como o Brasil, não é possível promulgar-se uma lei e lançá-la no universo normativo, negando-lhe, em contrapartida, eficácia.

Penso que esta norma está em vigor para ser interpretada, por nós do Judiciário, e encontrarmos um sentido para que ela possa responder, eficazmente, aos fins a que se destinou.

Portanto, peço vênha para entender de maneira distinta do Ministro-Relator. Por muito tempo também eu repeti, de uma forma quase que mecânica, nas ementas, que o ilícito administrativo — o que era um dogma — se distingue da infração penal. Até aquele momento, sim. Nos idos de 1964 chegou a surgir na legislação tributária uma disposição nesse sentido, praticamente, quase que com a mesma redação, mas com esse objetivo. A lei que surgiu em 1965, que tratava de crimes de sonegação fiscal, omitiu-se e, portanto, derogou a norma que existia na lei de 1964. Podemos encontrar na lei que veio posterior, ainda em vigor, uma distinção: a anterior tratava de crimes de sonegação fiscal e esta trata de crimes contra a ordem tributária. São, portanto, crimes que só se materializam, só se realizam com a obtenção do resultado. Há que haver crime. Não são crimes de mera conduta, mas se realizam pela consumação. Esse quesito é sustentado por inúmeros comentaristas da Constituição e do Direito Tributário, inclusive, o ex-Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira,

num trabalho recentemente editado na Revista dos Tribunais.

Agora, pessoalmente, juntei-me ao coro de que o ilícito administrativo não se confunde com o ilícito penal. Até esse ponto tudo certo, mas eis que o legislador traz essa norma e a lança no universo legal do País. Todos nós, encarregados de interpretar e aplicar o Direito, precisamos saber a que fim a lei se destina. Estaria lançada como um asteróide que, a qualquer momento, se não pegar deverá ser revogada. Mesmo assim, é uma norma que está em vigor.

Alinho-me dentre os pensadores que entendem que essa lei cria uma condição de “procedibilidade”. O Eminentíssimo Subprocurador-Geral da República muito bem nos informou que o Supremo não decidiu, absolutamente, essa questão. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a liminar foi indeferida. O voto do Sr. Ministro Nery da Silveira sai um pouco pela tangente e não enfrenta a questão, se há ou não condição de “procedibilidade”.

Ao contrário. Na pesquisa que estou empreendendo, quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já encontrei um precedente da Relatoria do Ministro Paulo Brossard, no qual os pacientes no HC 71.788/SC tiveram a ação penal trancada porque restou demonstrado um equívoco do Ministério Público em sua precipitação de, tão logo feita a autuação da autoridade fiscal administrativa, encaminhar a denúncia. Ao fim do processo, concluíram que os pacientes, naquele

caso, estavam excluídos da obrigação da prestação do tributo, pois sua empresa trabalhava com exportação de um tipo de madeira sobre a qual não incidia ICMS.

No entanto, foi preciso que se fizesse a denúncia e se instaurasse a ação penal para, ao fim, no Supremo Tribunal Federal chegar-se a conclusão de que aquela ação deveria ser trancada, após terem os pacientes padecido o constrangimento ilegal até aquela instância.

Essa norma destina-se, exatamente, a evitar, impedir, que: primeiro, o Judiciário fique congestionado com tantas ações e, depois, ao final, tudo pode acontecer, até a quitação do débito antes do oferecimento da denúncia.

Recentemente, o Professor Geraldo Brindeiro recuou, publicamente, numa entrevista que concedeu ao jornal “O Globo”, do Rio de Janeiro, na intenção do Ministério Público Federal oferecer denúncia contra o ex-Presidente Fernando Collor. No caso, publicamente sabido, em que aquele é acusado de sonegação fiscal.

O argumento público do Professor Geraldo Brindeiro foi que a própria Receita Federal, no exame administrativo do caso, havia reduzido à metade o débito que inicialmente havia sido imputado àquele cidadão-contribuinte. Ele justifica dizendo que se a Receita tem suas dúvidas, ainda não concluiu a respeito do ilícito, não haveria por que se antecipar e oferecer a denúncia. Isso foi dito publicamente a um jornal de grande circulação do País,

sinalizando que, na verdade, embora tenha levado ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade, já existe a tendência, dentro do Ministério Público Federal, de se buscar uma efetiva aplicação para esse dispositivo legal.

Portanto, peço vênias ao eminente Ministro-Relator, para dar provimento ao recurso, a fim de trançar a ação penal contra o ora paciente.

É o voto.

RECURSO EM **HABEAS CORPUS** Nº 7.253 — MG

(Registro nº 98.0008709-5)

Relator: *O Sr. Ministro José Arnaldo*

Recorrente: *Sílvio Ribeiro Alves*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Paciente: *Sílvio Ribeiro Alves (preso)*

Advogado: *Dr. João Baptista Garcia Neto*

EMENTA: *Recurso em Habeas Corpus. Crime de quadrilha ou bando. Apelação em liberdade. Prisão em flagrante.*

— Crime de quadrilha, pelo seu caráter plurissubjetivo, “dispensa o exame aprofundado do grau de participação de cada um na ação delituosa”, bastando o fato da integração na quadrilha para figurar o acordo para a prática de crimes.

— Tratando-se de paciente preso em flagrante e que permaneceu recolhido durante o curso do processo, não tem direito de apelar em liberdade, porquanto um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão.

— Recurso conhecido, em parte, e nessa parte improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer

parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Edson Vidigal, José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 17 de março de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ ARNALDO, Relator.

Publicado no DJ de 27-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO: Assim relata a espécie, o il. Subprocurador-Geral da República, Dr. Jair Brandão de Souza Meira (fls. 169/71):

“Trata-se de recurso ordinário interposto contra v. acórdão proferido pela Eg. Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou **habeas corpus** impetrado em favor de Sílvio Ribeiro Alves, assim ementado:

Ementa: Habeas corpus — Liberdade provisória — Porte ilegal de arma e formação de quadrilha armada — Art. 10, § 2º, da Lei nº 9.437/97 e art. 288, parágrafo único, do CP — Prazo da **vacatio legis** — Sentença absolutória quanto à primeira imputação e condenatória pela segunda (art. 288, parágrafo único, do CP) — Inadmissibilidade. Constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo na formação da culpa — Inexistência em face de prolação de sentença condenatória. Presunção constitucional de inocência e direito de recorrer em liberdade — Inadmissibilidade em face da natureza da infração — Crime hedion-

do — Art. 9º da Lei 9.034/95 e Súmula 09 do STJ — Ordem denegada.

Os pacientes, Salvador Rodrigues de Souza, Júlio César Roque Monteiro da Silva e Carlos Luiz da Costa Silva foram denunciados por terem se associado para o fim de cometer crimes, principalmente assaltos e roubo de carga, quando foram abordados no estabelecimento comercial — Restaurante Viagem BR-040 — por policiais rodoviários, sendo apreendidas, na oportunidade, armas de fogo de grande poder ofensivo e de uso restrito, restando incurso nas sanções do artigo 10, § 2º, da Lei nº 9.437/97 c/c artigo 288, parágrafo único e artigo 69, **caput**, do Código Penal.

Inconformado, impetrou **habeas corpus** alegando constrangimento ilegal eis que, por ocasião dos fatos, ainda não havia entrado em vigor o artigo 10, da Lei nº 9.437/97, que dependia de regulamentação.

Aduziu, ainda, violação ao princípio da presunção de inocência, pois se encontra preso sem que tenha sido proferida sentença condenatória, além de estar caracterizado excesso de prazo para a formação da culpa, vez que completou mais de cem dias de prisão celular, sem que tenha dado qualquer causa à dilação dos prazos.

Diante da informação que havia sido proferida sentença condenando o acusado, ora paciente, à

VOTO

pena de 4 (quatro) anos de reclusão, como incurso nas sanções do artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, absolvendo-o, porém, da imputação contida no artigo 10, § 2º, da Lei 9.437/97 e artigo 69, **caput**, do Código Penal, a defesa aditou a exordial da impetração pleiteando a concessão da ordem a fim de que possa recorrer em liberdade ao fundamento de que é primário, possui endereço certo, profissão comprovada, além de não ter oferecido qualquer entrave à instrução, sendo desnecessário manter-se recolhido.

Denegada a ordem, sobreveio o presente recurso ordinário constitucional onde pretende o direito de apelar em liberdade. Insurge-se ainda o recorrente, contra a condenação por formação de quadrilha, eis que o MM. Juiz, ao absolver o paciente da imputação de porte ilegal de arma, não pode aplicar o parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal.

Finalmente, alega que o flagrante é inócuo, nada comprovando as testemunhas, não podendo, assim, persistir.”

Sem contra-razões, vieram os autos a esta instância.

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 169/74) pelo conhecimento parcial do recurso, e nessa parte, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): De logo, arrede-se a postulação atinente à inocuidade da prisão em flagrante, visto que não foi objeto de exame na Corte de origem, o que obsta dela se conheça, sob pena de supressão de instância.

Dois são os fundamentos do recurso: não poder o recorrente ser condenado por formação de quadrilha, porquanto ao se lhe absolver da prática de porte ilegal de arma, afastada está a aplicação do disposto no parágrafo único, do art. 288, do CP; direito a apelar em liberdade, vez que reúne os requisitos legais que o autorizam.

Consta do aresto recorrido que o recorrente e três outros (fls. 137):

“.....
surpreendidos pela Polícia Rodoviária, em um restaurante às margens da rodovia BR 040 — Restaurante Viagem, quando ali pararam para lanchar, trazendo consigo, ilegalmente, no interior dos veículos em que viajavam — VW Santana e Voyage, quatro (4) *armas de fogo* de grande poder ofensivo e de *uso restrito*, ou seja, uma pistola Taurus n. TKL 24495, com dois carregadores, 9 mm, uma pistola Luger, n. Y6756, com dois carregadores, 9 mm e uma pistola Taurus, n. TNI 91664, com um carregador, 9 mm, além de farta munição, todas aptas para ofender a integridade corporal de alguém.

Em ambas as fases do processo, cada qual dos meliantes assumiu a propriedade de uma das armas apreendidas, tendo todos justificado que estavam indo caçar e pescar na cidade de Teixeiras. No entanto, em nenhum dos veículos foi encontrado qualquer apetrecho de pescaria (varas, anzóis, molinetes, etc).

Suspeitos de integrarem uma poderosa quadrilha especializada em roubo de cargas de caminhões, as investigações rumaram nessa direção logrando esclarecer que todos os indiciados, inclusive o paciente, foram reconhecidos por caminhoneiros que tiveram seus caminhões e respectivas cargas roubadas (fls. 85/92). Daí a procedência da ação penal quanto à imputação contida no art. 288, parágrafo único, do Cód. Penal.”

Vê-se, pois, que estavam reunidos e associados para o objetivo de praticarem o delito, máxime assaltos e roubos de carga em veículo de transporte em trânsito pela rodovia BR-40, qual assentado na sentença, com base nos elementos probatórios colhidos durante a instrução criminal.

A propósito, extrai-se às fls. 107:

“Segundo o STF — HC — Rel. Rafael Mayer — RTJ 116/514:

“No crime de quadrilha há a associação de pessoas para prática de crimes. Constitui infração permanente, crime au-

tônomo, que independem dos crimes que vieram a ser cometidos pelo bando, conforme a exata exegese do art. 288 do CP”.

“O crime de quadrilha ou bando configura-se, não pela sua publicidade, notoriedade ou indeterminação de crimes, bastando organização rudimentar, capaz de levar a cabo o fim visado...” STF — HC — RT 460/386.”

Irrelevante, no caso, a absolvição do paciente quanto à imputação do art. 10, § 2º, da Lei 9.437/97, porquanto, no dia dos fatos, ainda não vigia esse preceito, o que não impede recair a penalidade prevista no art. 288, parágrafo único, do Estatuto Repressivo, uma vez que, consoante o quadro fático indicado na decisão condenatória, “basta o fato da integração na quadrilha para figurar o acordo em torno do fim comum”; a “natureza plurissubjetiva dispensa o exame aprofundado do grau de participação de cada um na ação delituosa.”

No que se refere ao apelo em liberdade, improcede o pedido: é que, conforme orientação do STF e do STJ, o benefício previsto no art. 594 do CPP, que autoriza apelação em liberdade, não incide no caso de réu preso em flagrante ou em decorrência de decreto de custódia prévia.

Sejam exemplos os coletados pelo Ministério Público Federal às fls. 173: HC 5.664-SP — Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini — DJ 6.10.97, pág. 50.013; RHC 5.675/SP, Rel. Min.

Fernando Gonçalves, DJ 21.10.96, pág. 40.724.

O paciente/recorrente foi preso em flagrante e nessa situação per-

maneceu durante o curso do processo, advindo a condenação.

Conheço do recurso, em parte, e nessa parte o improvejo.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 7.379 — RS
(Registro nº 98.0018811-8)

Relator: *O Sr. Ministro Felix Fischer*

Recorrente: *Maristela Rejane da Silva*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Paciente: *Maristela Rejane da Silva*

Advogado: *Juarez Torres — defensor*

EMENTA: *Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Auto-aborto. Suspensão do processo. (Art. 89 da Lei nº 9.099/95).*

I — O fato de ser, o auto-aborto, crime doloso contra a vida não é, por si, óbice para a aplicação da suspensão prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

II — Recurso provido, para que, afastada a limitação contra lei, sejam examinados os demais requisitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para que, reconhecendo a possibilidade da aplicação da suspensão, seja observado o disposto no art. 89 e parágrafos da Lei 9.099/95. Votaram com o Re-

lator os Ministros Edson Vidigal, José Dantas e José Arnaldo.

Brasília, 07 de maio de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 24-08-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso ordiná-

rio de **habeas corpus** interposto contra v. acórdão do e. Tribunal de Justiça pelo qual não se possibilitou, em processo acerca de auto-aborto, a aplicação da suspensão prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

O retrospecto está delineado às fls. 62/64, **in verbis**:

“Cuida-se de recurso ordinário de **habeas corpus**, interposto por Maristela Rejane da Silva (fls. 49/52), em face do v. acórdão de fls. 43/46, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado, **verbis**:

“**Habeas corpus**. Aborto. Suspensão do processo. Inaplicabilidade da Lei 9.099/95. Os crimes da competência do Tribunal do Júri têm rito especial e, portanto, a eles não se aplica o benefício da suspensão do processo, conforme ressalva a própria lei, no artigo 61. Ordem denegada” (fls. 43).

Narram os autos que a Recorrente/Paciente foi denunciada e pronunciada por infração ao artigo 124, do Código Penal (fls. 08/24). Por ocasião da pronúncia, a MMª Juíza, entendendo cabível a suspensão do processo aos delitos de competência do Tribunal do Júri, determinou que o Promotor de Justiça considerasse a possibilidade de aplicação da Lei 9.099/95 (fls. 22). O Representante do *Parquet* ofereceu a proposta (fls. 26/27), tendo a ora Recorrente comparecido ao cartório da Vara do Júri, declarando estar ciente da proposta do *sursis* pro-

cessual, mediante a apresentação semestral perante o Juízo a quo (fls. 29).

A suspensão condicional do processo foi indeferida pelo novo Juiz da Vara do Júri, sob o fundamento de que não há referência, no termo de comparecimento, a respeito da aceitação ou não do benefício. Em assim sendo, considerando que ainda não havia decisão a respeito, indeferiu a proposta, entendendo não ser possível a suspensão condicional do processo nos crimes dolosos contra a vida (fls. 30/32).

O **habeas corpus** foi impetrado no Tribunal a quo, sob a alegação que a Paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente da recusa do deferimento da suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95. O aresto impugnado entendeu inexistente a possibilidade do *sursis* processual.

A Recorrente sustenta que não foi respeitado o seu direito público e subjetivo em obter a suspensão condicional do processo. Propugna pelo provimento do recurso, para que seja cassada a decisão recorrida, e, conseqüentemente, a decisão do Magistrado, restaurando a suspensão do processo anteriormente proposta e aceita.”

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

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): O art. 61 e o art.

89 da Lei nº 9.099/95 apresentam campos de incidência diferenciados. O último não diz somente com aquelas da **lex specialis**. Portanto, restrição no texto legal, bem assim, no cotejo dos dispositivos, inexistente no sentido da aplicação da suspensão ao delito de auto-aborto. Nesta linha de pensamento, **v.g., Mirabete, Damásio E. de Jesus** (in “Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada”, pág. 100, Ed. Saraiva), **Ada P. Grinover & outros** (in “Juizados Especiais Criminais”, pág. 261, 2ª ed., RT), **Mário Pazzagli-Filho & outros** (in “Juizado Especial Criminal”, pág. 132, Atlas).

Embora o momento próprio para a proposta de suspensão, seja logo após o oferecimento da exordial acusatória, nada impede que, sendo o caso, tal ocorra posteriormente. Equivocado seria a não aplicação do dispositivo legal, apenas, em decorrência de esquecimento, etc.

De qualquer modo, mesmo em se tratando de crime doloso contra a vida, a suspensão, preenchidos os seus requisitos legais, pode ser aplicada. Para tanto, vale lembrar a ensinância de **Damásio E. de Jesus** (ob. cit., pág. 150), **in verbis**: “O auto-aborto e o aborto provocado com o consentimento da gestan-

te (CP, art. 124) admitem a suspensão condicional do processo. Não há lesão ao princípio constitucional da competência do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5º, XXXVIII, **d**), uma vez que a medida se insere no rito processual próprio (arts. 394 e s. e 406 e s. do CPP). Tanto é que, revogada a suspensão, o processo tem seu curso normal, podendo o acusado vir a ser julgado pelos jurados. E se, terminado o período de prova sem revogação, o juiz declara extinta a punibilidade? Não estaríamos subtraindo ao Júri o julgamento do auto-aborto? Não, tendo em vista que a Lei nova criou mais uma causa extintiva da punibilidade, incidente sobre a pretensão punitiva. Nesse caso, tal como ocorre com a absolvição sumária e a impronúncia, não há lesão ao princípio constitucional da competência do Júri”.

Dada a situação pouco clara acerca da homologação, o objeto da suspensão deve ser analisado, em primeiro grau, afastando-se o óbice aqui rejeitado.

Voto, pois pelo provimento parcial do recurso para que, reconhecendo-se a possibilidade da aplicação da suspensão, seja observado o disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 7.484 — AC

(Registro nº 98.0025072-7)

Relator: *O Sr. Ministro Felix Fischer*

Recorrentes: *Odilardo José Brito Marques e outros*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Acre*

Paciente: *Leonildo Rosas Rodrigues*

Advogados: *Odilardo José Brito Marques e outros*

EMENTA: *Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Writ substitutivo. Crime de imprensa. Crítica e ofensa. Liberdade de imprensa. Ausência de justa causa (art. 647, inciso I, do CPP).*

I — O recurso ordinário intempestivo pode ser conhecido como writ substitutivo.

II — Observações críticas, ainda que irritantes, nos limites da divulgação da situação fática, não configuram, de per si, crime de imprensa (art. 27, inciso VIII da Lei de Imprensa).

III — Não se pode alçar à condição de ilícito penal aquilo que somente é desejado pela especial susceptibilidade da pessoa atingida e nem se deve confundir ofensa à honra, que exige dolo e propósito de ofender, com crítica jornalística objetiva, limitada ao animus criticandi ou ao animus narrandi, tudo isto, sob pena de cercear-se a indispensável atividade da imprensa.

IV — “A relação entre lei e liberdade é, obviamente, muito estreita, uma vez que a lei pode ser usada como instrumento de tirania, como ocorreu com freqüência em muitas épocas e sociedades, ou ser empregada como um meio de pôr em vigor aquelas liberdades básicas que, numa sociedade democrática, são consideradas parte essencial de uma vida adequada.” (Dennis Lloyd).

Writ substitutivo concedido, trancando-se a ação penal, com extensão a todos os querelados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do pedido como writ substitutivo, deferindo-o para trancar a ação penal por falta de justa causa, com extensão para todos os querelados. Votaram com o Relator os Ministros Ed-

son Vidigal, José Dantas e José Arnaldo.

Brasília, 04 de junho de 1998
(data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 10-08-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata a espécie de recurso

ordinário interposto contra v. acórdão da egrégia Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Acre pelo qual foi denegado *writ* impetrado em favor de Leonildo Rosas Rodrigues, para o fim de trancar a ação penal nº 001.97.005968-0 (iniciada mediante queixa por injúria e difamação), que tramita contra o paciente, por inexistência de justa causa e atipicidade da conduta. Aduzem ainda os impetrantes que houve cerceamento ao direito de defesa do acusado no processo.

Narra a queixa:

“Diariamente, a partir de 24 de junho de 1997, o periódico denominado “Página 20”, dirigido pelo primeiro querelado, passou a noticiar, com destaque e sensacionalismo, fato atentatório à honra e à dignidade pessoal e funcional da querelante, estabelecendo indevida vinculação da pessoa desta aos malsinados questionamentos que teriam sido suscitados a partir de carta anônima publicada pelo referido noticioso acerca da Prova Preambular do VIII Concurso Público para ingresso na carreira do Ministério Público deste Estado a seguir pormenorizado:

Conforme pode ser constatado através dos documentos anexos, consta do jornal “página 20”, publicação do dia 24 de junho de 1997, em chamada de primeira página, sob o título “Denúncias de fraudes no Concurso do Ministério Público”. Logo a seguir, à pagina 3, em coluna nominada “Es-

paço do Leitor”, o periódico divulgou carta anônima supostamente firmada por “Grupo de Candidatos”, contendo, no item 4, expressão referência à querelante, conforme a seguir reproduzido:

04 — Por último citamos o caso do aprovado Raimundo Menandro, esposo da Desembargadora Eva Evangelista, ter sido autorizado através de mandado de segurança a fazer as provas, conseguindo assim aprovação também com nota acima de 60 pontos. Tal fato também é suspeito, haja vista que no concurso anterior limitou-se a idade máxima para inscrição em 50 anos, tendo vários candidatos à época impetrado mandados de segurança, sendo entretanto denegados”.

No dia seguinte, 25 de junho de 1997, quarta-feira, com nova chamada de primeira página foi destacada a seguinte manchete “Fraude pode anular concurso para Promotor de Justiça”, noticiando o periódico:

“Um das evidências da Fraude são disquetes contendo as questões da prova que foram apresentados à comissão de sindicância instaurada para apurar as denúncias.”

Não fora isso, no mesmo dia, à pág. 3, em artigo intitulado “O perigo da desmoralização”, o jornalista Leonildo Rosas, em con-

tundente artigo, referindo-se ao Poder Judiciário acreano, estabelece relação da pessoa da querelante na qualidade de membro desse Poder, às hipotéticas irregularidades do certame, conforme transcrito a seguir, **in verbis**:

“Agora, como se não bastasse a série de denúncias que pipocam diariamente envolvendo políticos e entidades ligadas ao Executivo, estoura um escândalo pela banda do Ministério Público Estadual, ligado ao Judiciário.”

A seguir, em 26.06.97, quinta-feira, na edição nº 374, à primeira página do diário, a título de manchete (chamada de primeira página), publicou fotografia equivalente a quase 1/3 de página, da querelante, com suas vestes talaes, sendo também incisiva e acusatória a chamada nos seguintes termos:

“Provas podem ter sido fraudadas no computador de Eva Evangelista”.

E à página 7, o articulista que assina como Tião Vitor, em extensa matéria, reproduzindo a chamada de primeira página “Provas podem ter sido fraudadas no computador de Eva Evangelista”, contendo a fotografia da mesma em suas vestes talaes, consignou, especialmente:

“As denúncias de fraude no concurso para Promotor Substituto do Ministério Público

Estadual começam a tomar corpo e a envolver membros graduados do Poder Judiciário. Vários Promotores de Justiça afirmam há cerca de uma semana já tinham conhecimento de disquete contendo 40 questões da prova que foi aplicada no último domingo. Segundo eles, o disquete é de procedência do computador da desembargadora Eva Evangelista, que tem o seu esposo, Raimundo Menandro de Souza, como um dos aprovados com média acima de 60 pontos”.

Se tudo isso não bastasse, em aviltante charge, com insuperável escárnio, a referida gazeta diária, na mesma data (26/06), à página 3, simula a pessoa da querelante, sentada à mesa, como se estivesse em seu gabinete de trabalho, frente ao computador, com a inscrição:

“Benhê, tua prova já tá saindo quentinha”.

Também, no mesmo periódico, e na mesma data, na coluna “No Plug”, sob o título “Bolsa de Valores”, à página 19, a colonista Nena Mubárac, asseverou:

“Na dúvida, o mais correto seria a comissão que apura fraudes no concurso para promotor substituto do Ministério Público Estadual, anular as provas iniciais, realizadas no último domingo. Podem não haver provas concretas, mas as evidências de favorecimento são quase inegáveis.

Cotação: quem não tem competência não pode entrar pela janela!

Não adianta querer culpar a imprensa. Graças a Deus, ainda sobra consciência para que fatos como este, envolvendo o Ministério Público Estadual, sejam levados a público. *É inadmissível que, beirando o século XXI, tenhamos que conviver com trapaças tão infames, que continuam a envergonhar os cidadãos que procuram viver corretamente e fazendo a sua parte, como manda a Lei. Por isso mesmo, é que não se pode aceitar que, as próprias instituições que têm por dever cumprir e fazer cumprir as Leis, sejam manobradas pela ambição torpe de “alguns”.*

Não bastasse termos que conviver com as malandragens dos poderes executivo e legislativo, agora temos, também que encarar o titubeio do Poder Judiciário.

Cotação: Se não conseguem amar, pelo menos tenham pena desse nosso Estado.

Num país de analfabetos e famintos, custa aceitar a prepotência com que alguns membros do Judiciário se portam. O fato de possuírem conhecimento sobre as Leis que regem o país, não devia lhes dar o direito de achar que são seres inabaláveis ou superiores. Ao contrário, deviam ser os primeiros a dar exemplo de retidão.

Cotação: Como condena a Bíblia: Vaidade ... tudo é vaidade”.

Simulando nesse mesmo dia, e no mesmo Jornal, Antônio Stélio, Diretor do Jornal e Editor Chefe na coluna “Página 20”, à fl. 19 verso, sob o título “E agora, José?”, registrou:

“Se for realmente comprovado que a fraude no concurso para Promotor de Justiça tem origem no computador da desembargadora Eva Evangelista, a responsabilidade de punição não é apenas do Ministério Público, mas também do próprio Tribunal de Justiça, que não deve jamais permitir o envolvimento de importantes membros de sua corte nesses descabros. E agora, doutor Gercino?”

Por último, na edição do mesmo jornal que circulou no dia 17 de julho, foi estampada na última página a seguinte matéria da colunista Nena Mubárac, que externou o seguinte protesto:

“A fraude no concurso para promotor substituto do Ministério Público Estadual, ainda está fazendo emergir do fundo da desconhecida mente humana alguns fatos que merecem ser registrados em tom de protesto, ... tornar impunes os que se encontram nos níveis mais elevados da hierarquia...”

Mais adiante, a colunista vem questionar a busca da prestação jurisdicional da ora postulante, expondo:

“que além de exigir-lhes explicações, exige a apreensão de documentos e disquetes que contêm provas mais que suficientes sobre a ilegitimidade dos resultados das provas, que culminaram com a anulação do concurso.”

“Ambos os atos judiciais trazem como reclamante a desembargadora Eva Evangelista de Souza, citada nos depoimentos, já que seu nome fora impresso no arquivo que identifica e “guardava” grande parte das questões...”

Face à extensão do artigo em foco, e para não alongarmos ainda mais na demonstração dos crimes praticados pelos querelados, vejamos tão-somente mais este parágrafo:

Quanto à desembargadora Eva Evangelista de Souza, magistrada de elevada sapiência jurídica, *pesa atualmente o fato de ter seu nome vinculado aos referidos e recentes acontecimentos.*

Tentando usar a lógica do pensamento, me pareceria mais racional pensar *que seria a excelentíssima desembargadora, e não os outros, quem deveria preocupar-se em defender-se, apresentando provas que des-*

digam o que consta nos autos, ao invés de tentar imputar aos procuradores e ao promotor a culpa dos danos causados à sua imagem pública, por ocasião da revelação da fraude do concurso e seus implicados.

Como está demonstrado, não resta dúvida de que tais matérias afiguram-se difamatórias e injuriosas à dignidade pessoal da querelante, com reflexos em sua vida funcional, atribuindo-lhe hipotética participação em irregularidade atinente a concurso público realizado em instituição diversa daquela a que pertence.” (Fls. 22/26).

O acórdão teve a ementa assim definida:

“Direito Constitucional, Penal e Processual Penal — Habeas corpus — Trancamento de ação penal — Inadmissibilidade.

1. Não sendo o **Habeas Corpus** meio idôneo para exame percuciente da prova não se pode, por sua via estreita, trancar-se a ação penal, salvo se flagrante a falta de justa causa, ou seja, de não ter o ato de que se queixa o impetrante, a sanção da lei ou não satisfazer os requisitos desta.

2. Em outras palavras, justa causa é aquela sem a qual a coação não tem base em lei, e, não sendo possível no âmbito do **Habeas Corpus** o confronto e a valoração da prova, denega-se a ordem.

3. Inteligência dos arts. 647 e 648, do Código de Processo Penal.

4. Precedentes jurisprudenciais.” (Fls. 103).

Nas razões recursais, alega-se o seguinte: **a)** os trechos transcritos pela querelante na queixa-crime não configuram crime, pois não houve violação à honra, imagem ou moral da vítima; **b)** o querelado apenas exerceu seu direito de expressar livremente suas opiniões e de informar, não havendo intenção de ofender; **c)** a querelante não classificou o delito imputado ao querelado, o que o impossibilitou de saber se está sendo acusado pela prática de injúria ou difamação; **d)** a ação penal não tem condições de prosseguir, porque a peça acusatória não preenche o requisito do art. 43, III, do CPP; **e)** o querelado teve seu direito à ampla defesa violado, porque a publicação do despacho de recebimento da queixa não trouxe os nomes dos seus advogados.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou, inicialmente, pela intempestividade do recurso. No mérito, manifestou-se pelo desprovimento da súplica.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): Nos termos do parecer do Ministério Público, conhecido do pedido como *writ* substitutivo.

Pelo que se vê dos autos, e de outros tantos com igual objetivo e pre-

tensão, a imprensa noticiou fortes críticas em relação a um concurso do Ministério Público local. O concurso veio a ser anulado. O marido da querelante estava entre os que seriam aprovados. Levantou-se a questão de um disquete que seria da própria e pretensa ofendida. O relatório do *Parquet* local diz: “f) Envio de cópia do presente relatório ao Presidente do Tribunal de Justiça para as providências que entender necessárias, em vista de indícios de envolvimento da Desembargadora Eva Evangelista de Araújo Souza com as irregularidades apontadas no Concurso.” (Fls. 66). Portanto, é, lamentavelmente, natural que um caso como este tivesse alcançado grande repercussão. Sem querer, nem de longe, endossar as reprochadas críticas, não se pode, por outra, deixar de compreender a ocorrência do desdobramento em sede de imprensa. As narrativas e as críticas, no caso, se referem a uma situação objetiva. Eventuais lapsos de valoração, quando não intencionais ou de má-fé, correm, também, sob o manto da liberdade de imprensa.

Assim, de pronto, percebe-se que os dados que serviram de fulcro para a propositura da ação penal, em verdade, não se ajustam a qualquer modelo de conduta proibida no plano criminal. Isto, sem contar que a peça inicial increpada, a toda evidência, ao invés de apresentar o *objeto de valoração*, *objeto cognitivo*, exterioriza uma deslocada e antecipada *valoração do objeto*, o que, se não configura sintoma de inép-

cia (e **error in procedendo** no respectivo recebimento daquela), pelo menos, denota irregularidade de certa monta.

Em primeiro lugar, os dizeres havidos como injuriosos e/ou difamantes, **de per si**, embora possam ter — o que é comum — irritado a querelante, não chegam, nem de longe, a ser ofensivos. Tem-se, **in casu**, narrativas críticas, próprias da imprensa. E, em sede do tema condições da ação, o denominado *interesse de agir* (implícito no CPP, decorrente do sistema como um todo, **ex vi** arts. 648, I, 27, 39, § 5º, 44 e 46, § 1º do CPP), na *repressão criminal*, exsurge, concretamente, quando, e somente quando, existirem “elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que o seu autor foi a pessoa apontada...” (**Fernando da Costa Tourinho Filho**, in “Processo Penal”, vol. I, pág. 439). Daí, como exemplo de ausência de justa causa, tem-se a reconstrução inócua, ineficaz, em termos de **fumus boni uris**, a respeito da existência de evento delituoso ou dos indícios de autoria. Ou, então, a transmutação prática, ainda, como que num exercício de semântica, de elementos seguros de algo atípico em típico. Este é o caso dos autos.

A liberdade de informação jornalística, tratada no *art. 220 e § 1º da Lex Fundamentalis*, que envolve um *direito de informar* (até de forma crítica), no regime democrático, caracteriza, também, um *dever de informar* (v.g., **José Afonso da Sil-**

va, in “Curso de D. Constitucional Positivo”, págs. 224/225, 8ª ed.). A informação é indispensável no Estado de Direito Democrático! A omissão e a ocultação, como os excessos ou desvios, é que são socialmente danosos (v.g. artigo XIX da “Declaração Universal dos Direitos Humanos” e a carta de princípios da “Inter American Press Association”, em particular, n.ºs II e V). E, *ressalvadas as inequívocas ofensas, bem delineadas* (aquelas, porventura, indiretas ou ambíguas, devem ser, previamente, esclarecidas e não, simplesmente, presumidas), ninguém está isento ou imune a qualquer narrativa crítica. Nem mesmo os denominados *agentes políticos* (chefes de executivo, auxiliares imediatos, membros das Corporações Legislativas, membros do Ministério Público, membros do Poder Judiciário, dos Tribunais de Contas, etc., no dizer de **Hely Lopes Meirelles**, in “D. Administrativo Brasileiro”, págs. 68/69, 16ª ed.), podem pretender uma posição, frente aos meios de comunicação, privilegiada, própria de regimes de opressão, autoritários (*comparativamente: Serrano Neves*, in “Direito de Imprensa”, págs. 14/18 e **L. F. Coelho**, in “Introdução à Crítica do Direito”, para quem, nunca é demais lembrar, “os valores jurídicos têm por juiz a coletividade, através de seus *representantes*. Na organização política do mundo civilizado, esta *representação* configura um poder, o poder judiciário, a quem a coletividade delega a decisão sobre os atos de conduta social, *na forma estabelecida pela ordem jurídica.*” (pág.

119). Aliás, ensina **Dennis Lloyd**, da Universidade de Londres, que “A relação entre lei e liberdade é, obviamente, muito estreita, uma vez que a lei pode ou ser usada como instrumento de tirania, como ocorreu com freqüência em muitas épocas e sociedades, ou ser empregada como um meio de pôr em vigor aquelas liberdades básicas que, numa sociedade democrática, são consideradas parte essencial de uma vida adequada.” (in “A Idéia de Lei”). *E, mais adiante*: “Em qualquer comunidade onde predominam os valores democráticos e igualitários, é óbvio que o direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade de imprensa devem ser qualificados como valores fundamentais, pois sem eles a possibilidade de desenvolvimento e cristalização da opinião pública, permitindo que ela exerça influência sobre os órgãos governamentais do Estado, estaria condenada a ser virtualmente ineficaz.” (ob. cit., p. 127/128).

A **vexata quaestio**, aqui, não guarda vínculo com aquela da *limitação* da imunidade judiciária (art. 142, I, do CP), em que as ofensas irrogadas contra magistrados e membros do *Parquet* (quando **custos legis**), não excluem a antijuridicidade (posição doutrinariamente polêmica, mas unânime nos Tribunais Superiores). Por uma, a imunidade só é discutida, ali, em havendo, de fato, uma ofensa (*no feito em tela, ela inexistente*). Por outra, a restrição, salvo engano, longe de ter um conteúdo místico ou sacralizador, decorre do próprio momento em que é proferida a ofensa, contra quem

ali se encontra, justamente, para apreciar ou fiscalizar o desfecho de um caso (a ofensa é abusiva).

Nos limites do *tipo objetivo*, é bem de ver que a expressão insultuosa ou ofensiva, em qualquer forma de exteriorização, para ser aqui latada como tal, deve ter o seu significado captado objetivamente, no sentido que “a expressão tem no ambiente em que o fato se desenvolve, segundo a opinião da *generalidade das pessoas*” (**H. C. Frago**so, “Lições de D. Penal”, PE., vol. I, pág. 215). Nunca, “se considerando a *especial susceptibilidade da pessoa atingida*” (**H. C. Frago**so, ob. cit., pág. 216). Neste sentido, também: **Aníbal Bruno** em “Crimes contra a Pessoa”, pág. 303, 3ª ed., Ed. Rio; **Euclides Custódio da Silveira**, em “Direito Penal, Crimes Contra a Pessoa”, pág. 223, 2ª ed.; **Nelson Hungria** em “Comentários ao Código Penal”, vol. VI, pág. 93, 5ª ed.

Em segundo lugar, já quanto ao *tipo subjetivo*, mesmo se a manifestação atribuída é, objetivamente, deseducada ou deselegante, ainda assim, *de pronto*, não pode ser considerada típica. Neste particular, aplicável à qualquer forma de exteriorização, preleciona **H. C. Frago**so (ob. cit., págs. 221/222) que a injúria não se configura “se a expressão ofensiva for realizada sem o *propósito de ofender*. É o caso, por exemplo, da manifestação eventualmente ofensiva feita com o *propósito de informar* ou *narrar um acontecimento* (**animus narrandi**) ou com o propósito de debater ou criticar (**animus criticandi**)”. Entre

nós, os crimes contra a honra, em particular destaque, a injúria e a difamação, configuram *tipos incongruentes* (na classificação de **S. Mir Puig**, in “Derecho Penal”, pág. 205, 4ª ed., 1996, Barcelona, **G. Jakobs**, in “Derecho Penal”, pág. 215, 2ª ed., Madrid e de **Maurach/Zipf**, in “Derecho Penal”, PG., vol. 1, págs. 354/356, Astrea, 1994) ou *congruentes assimétricos* (na classificação de **E. R. Zaffaroni**, in “Tratado de Derecho Penal”, vol. III, págs. 296/298, Ediar), com o *tipo subjetivo* exigido a ocorrência do propósito de ofender (afastado quando há o propósito de *narrar criticamente*). Aliás, mais adiante, calcado no art. 27, VIII da *Lei de Imprensa*, e ressaltando a *inequívoca* intenção de injuriar ou difamar, ensina, ainda, **H. C. Fragoso**: “A vigente lei de imprensa (Lei nº 5.250, de 09.02.67) expressamente esclarece que não constitui crime a “crítica inspirada pelo interesse público” ... (ob. cit., pág. 222). Igualmente, afastado o abuso ou a má-fé (não se vislumbra, aqui, indícios dos mesmos), comentando o referido inciso VIII do art. 27, diz **Manoel Pedro Pimentel** (ob. cit., pág. 174): “As leis são feitas para servir a sociedade, regulando direitos e deveres. Devem, por isso mesmo, ser úteis e atuais. Certas normas deixam de ter alcance prático, ou se excedem em franquias ou restrições, prejudicando direitos ou interesses não considerados pelo legislador. *A função crítica, portanto, é imperativa.*” E, ainda quanto ao art. 27, inciso VIII, da *Lei de Imprensa*, em caso que envolvia a atividade do Ministério Público de São Paulo, **Freitas Nobre** (“Comentá-

rios à Lei de Imprensa”, pág. 131) apresenta o seguinte comentário:

“A exclusão de criminalidade reconhecida em razão do direito, melhor dizendo, do dever de crítica do jornalista, na conformidade do inciso VIII, do art. 27, foi a base da decisão da 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que confirmou sentença do Juiz Roberval Batista Sampaio, da 7ª Vara Criminal que rejeitara a denúncia contra o jornalista Ruy Mesquita, diretor do *Jornal da Tarde*. O processo foi promovido em razão do editorial “Uma instituição que se vem deteriorando”, publicado a 3 de outubro de 1977, e no final eram feitas críticas à atual orientação do Ministério Público.

Não se conformou o Ministério Público com a decisão do magistrado que rejeitou a denúncia e apelou para o Tribunal de Alçada Criminal.

O defensor do jornalista Ruy Mesquita, Dr. Manoel Alceu Afonso Ferreira, ressaltou que a lei prevê não “constituir abuso de informação” a crítica inspirada pelo interesse público”. Respaldo no direito de crítica lembrou que o jornalista Ruy Mesquita e, de resto, os jornais da empresa, quando elogiavam não era para bajular e, da mesma maneira, quando o criticavam, não era para injuriar.

O julgador de primeira instância bem fundamentou sua decisão no inciso VIII do art. 27, quando decidiu que tudo quanto se evidenciou no escrito que provocou o ajuizamento da denúncia foi o

“exercício do direito de crítica”, e que, por isso, “não existe delito punível”.

Nesta linha, na jurisprudência, tem-se, ainda:

“Crime de Imprensa — Elemento subjetivo — Se as críticas levadas a efeito pelo agente, apesar de rudes, forem inspiradas no interesse público, é o bastante para afastar a má-fé do articulista, necessária para configurar o crime de imprensa.” (TACRIM-SP — AC 260.835 — Rel. Baptista Garcia.)

E, já citado nestes autos, o v. acórdão (nº 614) do e. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, na Apelação Criminal nº 774/89, da douta 2ª Câmara Criminal (relator: Juiz Luiz Viel), julgado em 8/2/90 e publicado em 1/3/90 (D.J.E.), assim ementado:

“Crime de imprensa — Denúncia rejeitada — Recurso não provido.

Não são confundíveis a crítica jornalística objetiva com ofensa à honra vista apenas com os olhos da sensibilidade exagerada.”

No corpo do v. julgado paranaense consta:

“Não se pode confundir a observação crítica com a ofensa de-

litiva, sob pena de cercear-se fundamentalmente a atividade jornalística.

Há, isto sim, interesse social e administrativo do mais alto valor que a imprensa possa acompanhar o desempenho funcional dos servidores públicos em geral, realçando erros e virtudes. Sem imprensa os direitos e garantias individuais seriam meramente sombras sem consistência para a concretização real, assim como a ação governamental em geral perder-se-ia nos abusos e nos desperdícios, pois todos os atos da autoridade pública ficariam isentos de fiscalização e a cobrança seria irrealizável.

Uma linha muito clara separa a crítica extremada, exagerada, que constitui abuso do direito de informar e a observação, ainda que deselegante, meramente noticiosa, *nos limites da divulgação dos atos e feitos das pessoas em geral e dos servidores públicos em particular.*”

A ausência de justa causa, *em relação a todos os querelados*, ressalta aos olhos, **ex vi** art. 648, inciso I do CPP.

Voto, pois, em conhecer do pedido como *writ* substitutivo, deferindo-o para trancar a ação penal por falta de justa causa, com extensão para todos os querelados.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 8.938 — SC
(Registro nº 97.0065204-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *José Michel Cherem*

Advogados: *Drs. Paulo Leonardo Medeiros Vieira e outro*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*

Impetrados: *Secretário de Transporte e Obras do Estado de Santa Catarina e Diretor Geral do Departamento de Edificações e Obras Hidráulicas do Estado de Santa Catarina — DFOH*

Recorrido: *Estado de Santa Catarina*

EMENTA: Administrativo. Lei estadual. Gratificação denominada “agregação”. Alteração da forma do cálculo.

— Direito adquirido. Ofensa inexistente, desde que, mantido o sistema anterior, a gratificação incorporada aos vencimentos do servidor não lhe foi suprimida.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 07 de abril de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

Publicado no DJ de 18-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de hipótese assim

relatada, no Tribunal de origem, pelo Des. Alcides Aguiar:

“José Michel Cherem, funcionário público aposentado, impetra mandado de segurança contra ato do Exmo. Secretário de Estado de Transportes e Obras e do Ilmo. Diretor Geral do Departamento de Edificações e Obras Hidráulicas (DEOH), aduzindo ser arquiteto e ter dirigido por mais de cinco anos o Setor de Projetos e Desenhos do antigo DAE, tornando-se, desta maneira, beneficiário do instituto da estabilidade financeira e conseqüentemente com direito a incorporar aos vencimentos do cargo efetivo a diferença entre o valor destes e os do cargo comissionado.

Ao longo destes vinte anos de existência, o antigo DAE sofreu

diversas transformações e reestruturações.

Na Estrutura Organizacional Básica implantada pelo Decreto n. 1.181/75, o Setor de Projetos e Desenhos foi vinculado à Diretoria de Estudos e Projetos, conforme disciplinado no Capítulo das Atividades Finalísticas do Regimento Interno vigente à época.

Com o advento do novo Regimento aprovado pelo Decreto n. 5.075/90, aparece no Capítulo V, sob o título Nível Departamental Finalístico, a Diretoria de Projetos, cujas atribuições identificam-se com aquelas.

Finalmente, com a recriação de tal órgão, sob a denominação de Departamento de Edificações e Obras Hidráulicas, foi aprovado o novo Regimento através do Decreto n. 4.437/94, que em seu Capítulo IV, que trata Dos Órgãos de Atividades Finalísticas (art. 32), contempla uma Gerência de Estudos e Projetos, cujas atribuições se confundem com as da Diretoria de Projetos do Regimento anterior ou as do antigo DAE.

Com esta reimplantação, o impetrante estava certo de ver o valor de seus vencimentos reajustados para o valor devido, de acordo com a correlação expressa no Anexo Único da Lei Complementar n. 70/92 e no artigo 32 do referido Regimento Interno.

Enfim, existe correlação entre o antigo Setor de Projeto e Desenhos com a Gerência de Estudos e Projetos, tendo em vista a evolução do referido cargo.

Todavia, o impetrante continua a perceber a incorporação em valores congelados pela Lei Complementar n. 43/92.

Pleiteia a final o reconhecimento da incorporação da diferença entre os vencimentos do cargo efetivo e do comissionado, diante da correlação entre o cargo de Chefe de Setor de Projetos e Desenhos e o de Gerente de Estudos e Projetos.

Juntou os documentos de fls. 12 **usque** 22.

Solicitadas as informações de praxe, o Ilmo. Diretor Geral do Departamento de Edificações e Obras Hidráulicas suscita, preliminarmente, a impossibilidade de impetração do mandado de segurança quando se tratar de matéria de índole controvertida e que demanda provas pré-constituídas.

Ainda em preliminar, suscita a impossibilidade da concessão da liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

No mérito, aduz não haver qualquer tipo de correlação entre os cargos, além do que os antigos foram extintos por Decreto, e a redução salarial se deve às reformas administrativas existentes que proibiram as vinculações ou equiparações de vencimentos; que os artigos 90 das Leis ns. 6.745/85 e 7.373/88, são incompatíveis com as Constituições Federais anterior e atual, e devem ter declaradas suas revogações. In-

voca as disposições do art. 17 do ADCT, da CF e a Súmula 339 do STF, esta vedando ao Judiciário majorar vencimentos do servidor público.

O Exmo. Secretário de Estado de Transportes e Obras propugna, preliminarmente, pela impossibilidade do **mandamus** por não tratar o caso concreto de direito líquido e certo do impetrante, e por estarem ausentes os requisitos concessivos da liminar.

No mérito, ressalta ser impossível de se efetuar a correlação dos cargos, por ferir o princípio da isonomia, igualando-se os desiguais, pois o nível de escolaridade é diferente para os cargos pleiteados.

Propugna pela improcedência do pleito pela falta de previsão legal, pois não existe norma regulamentadora que trate das funções FG e os novos cargos em comissão. Ademais, houve extinção dos cargos, e não transformação como pretende demonstrar o impetrante.

Sustenta ainda que o impetrante optou pela aplicação da Lei Complementar n. 83/93, que mudou os critérios de reajuste do valor agregado previsto na Lei Complementar n. 43/92.

Suscita a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 90 da Lei n. 6.745, que trata da agregação, pois incompatível com a Ordem Constitucional em vigor, com o que reforça colacionando diversos julgados desta Corte. Ademais,

incidentalmente opõe declaração de inconstitucionalidade da lei referida, bem como do art. 24 da Lei n. 7.373/88, face à manifesta incompatibilidade com a Carta Federal vigente.

Alega que o Poder Judiciário não pode intervir na política remuneratória dos servidores, concedendo aumentos e reajustes, tal como pleiteia o impetrante. Ressalta que o Estado apenas deseja a adequação política remuneratória instituída pela Constituição, o que só será concretizado com a aplicação da Lei n. 43/92, vedando a correlação de cargos distintos.

Relata que a transformação e reclassificação de cargos, dispostos no art. 40, § 4º da Constituição Federal, se refere apenas aos cargos efetivos em que o servidor se aposentou, e não às funções e cargos de confiança.

Argumenta que os proventos da inatividade de que trata a Lei n. 6.745/85, vem confirmar a tese esposada, qual seja a de que a correlação existe apenas quando se verificar alterações na estrutura dos cargos efetivos.

Por fim, sustenta que as vantagens oriundas do instituto da agregação auferidas pelos servidores, devem ser reduzidas de imediato, em conformidade com o que preceitua o art. 17 do ADCT da Constituição Federal de 1988.

Por derradeiro, conclui o impetrado que a procedência do pedido do impetrante implicaria em

negar vigência a diversos artigos constantes da Carta Federal, pelo que pugna pela denegação da segurança e pela declaração de inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 90, face à Constituição Federal de 1967 e revogação deste mesmo dispositivo frente a Carta Magna de 1988.

Indeferida a liminar, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Sérgio Torres Paladino, pelo indeferimento da ordem.” — fls. 106/109.

Indeferiu-se a segurança, conforme acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança — Servidor público estadual — Agregação — Lei n. 6.745/85, art. 90, LC 43/92 — Opção pelo cálculo da agregação prevista na LC 83/93 — Renúncia ao critério erigido pela LC 43/92 — Precedentes jurisprudenciais — Denegação da ordem.” — fls. 106.

Daí o presente recurso ordinário, posto em reiteração da inicial e colação de precedente do próprio Tribunal — fls. 113/117.

Nesta instância, o parecer do Subprocurador-Geral Antonio Fernando é contrário ao recurso, com estas assertivas sumulares:

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. Servidor público estadual inativo. Agregação referente a cargo em comissão de ní-

vel médio. Pretendida alteração para cargo de nível superior. Inadmissibilidade. Parecer pelo desprovimento do recurso.” — fls. 136.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, a partir da pretensão do impetrante à remuneração do cargo superior ao que exercera na atividade e no qual se deu a discutida agregação, sabe-se do longo rol dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, aqui relacionados pelo parecer do Ministério Público Federal, desta forma:

“4. O recurso não deve ser provido. Não é demais lembrar que inexistente direito adquirido à manutenção de gratificações ou vantagens e que a irredutibilidade de vencimentos não implica inalterabilidade do regime remuneratório.

5. Inexistente direito adquirido à manutenção de gratificação ou vantagem porque, como observou com precisão **Hely Lopes Meirelles**,

“... desde que o estado não firma contrato com seus servidores, mas para eles estabelece unilateralmente um regime de trabalho e de retribuição, lícito lhe é, a todo tempo, alterar as condições de serviço e pagamento, uma vez que o faça

por lei, sem discriminações pessoais, visando às conveniências da Administração.” (in Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 15ª edição atualizada pela Constituição de 1988, pág. 393).

6. No mesmo sentido é o escólio de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, referindo-se ao regime estatutário,

“... ao contrário do ocorrente quando o vínculo é contratual, não se constitui em favor do funcionário direito adquirido à persistência das condições de prestação de serviço ou de direitos e deveres existentes ao tempo da formação do vínculo, isto é, vigente à época de sua investidura no cargo.” (in Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, páginas 13/14)

7. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido no sentido de que a redução ou extinção de gratificações, desde que os novos vencimentos ou proventos igualem ou superem os anteriores, não ofende direito adquirido, nem o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Veja-se:

“Ministério Público do Estado do Amazonas. Proventos. Incorporação a vencimentos ou

a proventos não ofende direito adquirido, desde que os vencimentos ou proventos novos igualem ou superem o total das vantagens percebidas no regime anterior. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE nº 86.695-AM, 2ª Turma, Rel. Min. Leitão de Abreu, in RTJ 95/718)

“A extinção de gratificação, mediante incorporação das vantagens aos vencimentos ... não viola direito adquirido nem o princípio da irredutibilidade de vencimentos.” (RE nº 103.224-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, in DJU de 10/05/85, pág. 6.856)

“Magistrados. Incorporação de gratificações a vencimentos sem a redução destes.

Ainda que as gratificações estejam previstas em lei de organização judiciária, podem ser incorporadas a vencimentos sem as restrições temporais e formais a que estejam sujeitas leis daquela natureza, porquanto a concessão ou a supressão de vantagens pecuniárias de magistrados não está contida no âmbito da organização judiciária.

Não ocorrência, no caso, de violação do princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos, porquanto a extinção das gratificações se deu mediante a sua incorporação aos vencimentos, que, assim, não foram diminuídos.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 113.431-ES, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, in RTJ 122/1.190)” fls. 137/139.

De outra parte, também deste Superior Tribunal é o mesmo entendimento, a exemplo do acórdão da 6ª Turma, proferido sobre essas mesmas leis do Estado de Santa Catarina, **verbis**:

“Recurso em mandado de segurança — Lei estadual — Gratificação denominada de “agregação” — Alteração na forma do cálculo — Opção pelo sistema antigo, ou pelo atual — Servidor que deixou de optar no prazo da lei respectiva — Alegada infringência a direito adquirido e ofensa ao princípio da isonomia, por que estaria em situação inferior aos optantes — Documentação anexada que se mostra não coincidente com as alegações da peça vestibular e que não demonstra o alegado prejuízo.”

- “1
2. Não há de se falar em ofensa ao direito adquirido, se, mantido o sistema anterior, a gratificação incorporada aos vencimentos do funcionário não lhe foi suprimida.
- 3.....
- 4.....” — RMS 6.803, em 11.12.97.

Donde proceder a fundamentação do v. acórdão recorrido, aduzida deste modo:

“Postula o impetrante — arquiteto — como servidor Estadual aposentado e integrante do quadro de pessoal do extinto DAE, que se lhe reconheça a correlação entre o cargo comissionado que ali exerceu de Chefe de Setor de Projetos e Desenhos e o de Gerente de Estudos e Projetos, do atual Departamento de Edificações e Obras Hidráulicas e, conseqüentemente, à agregação da diferença entre os vencimentos do cargo efetivo e o dito comissionado, de modo a lhe assegurar a estabilidade financeira e que lhe restou subtraída com a edição da LC 43/92, que congelou o valor da remuneração do cargo em comissão.

Nas informações entre outras prejudiciais, é ressaltado haver o impetrante optado pelo cálculo da vantagem nominalmente identificável, ou agregação, erigido pela LC 83/93, em razão do que renunciou ao critério ditado pela LC 43/92.

Com efeito, evidenciam os demonstrativos salariais de fls. 21/22 que o impetrante desde o mês de março de 1994, recebe o valor agregado de conformidade com a LC 83/93, vale dizer, optou pela disciplina erigida pela citada LC, para aferição do **quantum** devido em razão do exercício do cargo em comissão com que foi aposentado em 17 de dezembro de 1992.” — fls. 110.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 111.015 — PB

(Registro nº 96.0066012-3)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorridos: *Miguel Carlos Lopes e Uiracy Veloso Castelo Branco Lopes*

Advogado: *Omar Bradley Oliveira de Souza*

EMENTA: REsp — Penal — Contribuição previdenciária — Ausência de recolhimento — Parcelamento do débito — Trancamento da ação penal.

— O parcelamento do débito previdenciário em atraso, antes do oferecimento da denúncia, esvazia o tipo penal previsto no art. 95, d, da Lei 8.212/91, tornando-se simples dívida civil, sujeita à cobrança pelas vias regulares.

— Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 05 de fevereiro de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 16-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Cuida-se de recur-

so especial intentado pelo Ministério Público Federal, com espeque no art. 105, inciso III, alínea a da Constituição Federal, contra o v. acórdão do Eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sob alegação de ofensa ao art. 95, d, da Lei 8.212/91, na medida em que concedeu a ordem de **habeas corpus** impetrada em favor de Miguel Carlos Lopes e outra, para trancar a ação penal, ao fundamento de ausência do elemento subjetivo específico do crime de apropriação indébita, relativo às contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e não recolhidas aos cofres públicos.

Sustenta o recorrente que o parcelamento do débito não altera a consumação do delito, que consubstanciou-se quando os recorridos deixaram de recolher, na época própria, as contribuições sociais arrecadadas.

Remetido o feito a esta Superior Instância, opina a douta Subprocuradoria Geral da República pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, nenhuma censura merece o v. **decisum** objurgado, à vista do entendimento consolidado no âmbito desta Colenda Quinta Turma, no sentido de que o acordo de parcelamento do débito previdenciário, antes do oferecimento da denúncia, extingue a punibilidade prevista no art. 14 da Lei 8.137/90, tal como decidido pelo Eg. Tribunal **a quo**, cujo aresto restou sumariado da seguinte forma, **verbis**:

“Penal. Apropriação indébita. Contribuições previdenciárias. Habeas corpus.

— O crime definido pelo art. 95, da Lei nº 8.212/91, não se configura sem a vontade de apropriar-se dos valores não recolhidos. Interpretar tal norma como definidora de crime de mera conduta é colocá-la em conflito com a norma da Constituição que veda a prisão por dívida.

— O ânimo de apropriar-se está ausente se o débito foi parcelado, antes mesmo do oferecimento da denúncia, encontrando-se devidamente quitado.

— Ordem concedida.”

Com efeito, não há que se falar em violação à norma federal, como quer fazer entender o recorrente, à vista das normas legais pertinentes, que regem a matéria em questão. Senão vejamos.

Com o advento da Lei 9.249, de 26.12.95, restabeleceu o legislador a possibilidade do agente, nos crimes contra a ordem tributária, ver extinta a punibilidade, se promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do oferecimento da denúncia (art. 34).

A Lei 8.620/93, por sua vez, em seu art. 12, permitiu, excepcionalmente, o parcelamento das contribuições descontadas dos segurados, empregados e trabalhadores avulsos, e não recolhidas ao INSS, mediante determinados prazos e condições.

A par de tudo isso, entendo por inexistir o ilícito penal buscado pelo ilustre representante do *Parquet*, neste recurso especial, considerando que o débito tributário encontra-se devidamente quitado, conforme cópia autenticada de Declaração fornecida pelo próprio INSS (fls. 21), restando evidente a ausência do **animus rem sibi habendi**, permitindo, ainda, por considerá-lo inexistente desde o acordo de parcelamento firmado anteriormente, demonstrando a manifesta intenção dos recorridos de não se apropriarem dos valores devidos.

Com estas considerações, conheço do recurso e lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 111.933 — ES

(Registro nº 96.0068285-2)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Município de Linhares*

Advogados: *Carlos Dorch e outros*

Recorrido: *Ailton Messias Soares*

Advogado: *Luiz Alves Machado*

EMENTA: *Administrativo. Anulação de concurso público. Demissão de funcionário sem o devido processo legal. Súmula 07/STJ. Dissídio jurisprudencial indemonstrado. Art. 255, RISTJ.*

— **Consoante enunciado da Súmula 07/STJ, é vedado conhecer de recurso especial que demanda reexame de provas.**

— **Da mesma forma, não prospera o apelo extremo, pelo pretendido dissídio pretoriano, quando não observadas as formalidades essenciais do art. 255 do RISTJ.**

— **Recurso não conhecido.**

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo, Felix Fischer, Edson Vidigal e José Dantas.

Brasília, 03 de março de 1998
(data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Cuida-se de recurso especial intentado com espeque no art. 105, inciso III, alíneas a e c da Constituição Federal, buscando a reforma do v. acórdão da Colenda Terceira Câmara Civil do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que negou provimento à apelação interposta pelo Município de Linhares-ES, para manter a r. decisão monocrática, que concedeu a segurança impetrada contra ato do Prefeito local, em aresto sumariado da seguinte forma, **verbis**:

“Preliminar de decadência rejeitada — Apelação cível em man-

Publicado no DJ de 13-04-98.

dado de segurança visando reintegração dos impetrantes que foram exonerados abusivamente — Recurso improvido.

Não há de ser admitida a preliminar argüida, posto que não existe nos autos prova idônea da publicação oficial do ato impugnado que comprove que o apelado dele teve conhecimento, para que se pudesse sustentar de forma cabal a preliminar de natureza peremptória.

Somente através de apuração judicial ou administrativa, em que se comprove motivo ensejador da dispensa, é que se legitima a desinvestidura do servidor efetivo.”

Sustenta o recorrente que o Eg. Tribunal **a quo**, ao assim decidir, contrariou o art. 18 da Lei 1.533/51, pelo não reconhecimento da decadência, bem como violação às Súmulas 346 e 473 do STF, aduzindo ainda divergência jurisprudencial, frente a decisões deste Tribunal.

Inadmitido o recurso na origem, subiu a esta Superior Instância, por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, o inconformismo presente neste recurso especial não reúne condições de prosperar.

De fato, não há como apreciar a preliminar de decadência alegada pelo recorrente, tendo em vista inexistir nos autos prova da publicação oficial do ato impugnado, que comprovasse o seu conhecimento pelo recorrido, para, a partir daí, poder-se verificar a ocorrência da preliminar.

E como bem elucidado pelo eminente presidente do Eg. Tribunal recorrido, *o reexame dessa questão levaria à reapreciação de elementos fáticos e probatórios da causa, o que é vedado pela Súmula 07 do STF. (fls. 264)*

Não prospera, ainda, o inconformismo, no que pertine ao permissivo da alínea **a**, quanto à alegada violação às Súmulas 346 e 473 do STF, eis que súmula não é lei federal.

Melhor sorte não tem o recorrente quanto ao pretendido dissídio pretoriano, eis que não foram observadas as formalidades estabelecidas no art. 255 do RISTJ, pois não basta a transcrição das ementas de arestos que entende divergentes para demonstração analítica da divergência. Acrescente-se que os acórdãos paradigmas não guardam similitude com a hipótese dos autos, qual seja, anulação de concurso público e demissão de funcionário sem o devido processo legal.

Com estas considerações, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 142.528 — DF

(Registro nº 97.0053689-0)

Relator: *O Sr. Ministro José Arnaldo*

Recorrente: *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*

Recorrido: *Antonio Carlos Verissimo*

Advogado: *Dr. Fernando Boani — defensor*

EMENTA: *REsp. Lei de Execução Penal. Regime penitenciário aberto. Falta de estabelecimento adequado. Concessão de prisão-albergue em caráter excepcional. Omissão do Estado.*

— **Recurso do Ministério Público não conhecido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Felix Fischer, Edson Vidigal e José Dantas.

Brasília, 16 de abril de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ ARNALDO, Relator.

Publicado no DJ de 25-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO: Interpôs o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios recurso especial sob as alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra aresto do Tribunal de Justiça que

negou provimento a agravo de execução, ao argumento, em abreviado, de negativa de vigência ao art. 117, da LEP e de dissenso pretoriano, posto impossível a concessão de prisão-albergue domiciliar no caso.

Contra-razões de fls. 82/90, pela Defensoria Pública.

Admitido, subiram os autos, e nesta instância, opinou o *Parquet* Federal pelo desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): Assentou o acórdão recorrido, da lavra do Des. Ribeiro de Sousa (fls. 56):

“Recurso de agravo — Réu condenado — Prisão domiciliar — Inexistência de Casa de Albergado — Concessão — Recurso — Pretendida modificação do ato — Agravo a que se nega provimento.

Satisfazendo o réu as condições previstas na Lei de Execução Penal, deve o Juiz autorizar o cumprimento da pena em regime de prisão domiciliar, se inexistente Casa de Albergado.”

A hipótese é idêntica à versada no REsp 130.282-DF de que fui relator. Assim, transcrevo o voto:

“Preceitua o art. 117, da LEP:

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

I — condenado maior de 70 (setenta) anos;

II — condenado acometido de doença grave;

III — condenado com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV — condenada gestante.”

Atento a esse dispositivo, o STF e o STJ têm proclamado que não se admite o cumprimento de pena em prisão domiciliar fora das hipóteses elencadas no transcrito artigo 117 da LEP, ainda que não haja, no local, casa de albergado ou estabelecimento similar (HC 66.594-RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 07.10.88; HC 68.630-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 6.9.91; HC 69.119-6, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 29.5.92; HC 68.012-SP, Rel. Min. Celso de

Mello, DJ 02.10.92; HC 69.689-9, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 16.10.92; HC 74.045-6, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04.10.96). Do STJ, temos: RHC 2.098-6 e RHC 2.362-8, ambos relatados pelo Min. Edson Vidigal, in DJ 5.10.92 e 7.12.92; HC 2.043-RJ, Rel. José Cândido, DJ 06.12.93; RHC 4.325-MG, Rel. Min. Ademar Maciel, DJ 24.05.95, extraídos das razões do recurso ministerial. Há lições de doutrina que guardam simetria com esse entendimento (**Mirabete**, Execução Penal, págs. 312/3).

Não se olvida que o legislador, ao limitar a concessão do benefício do regime aberto em residência particular, fê-lo com previsão para situações especiais que alinhou, isso para evitar a concessão indiscriminada e, via de consequência, a impunidade com evidentes reflexos negativos à ordem social e ao próprio regime aberto.

Nada obstante, obtempera o il. relator, Desembargador Pedro Aurélio às fls. 58:

“A falha do Estado em manter uma Casa do Albergado não pode trazer o ônus ao condenado que cumpra sua pena em regime aberto, a recolher-se à prisão durante o repouso noturno.

A falha do Estado em não cumprir com sua mínima obrigação não pode exasperar o regime imposto ao condenado, determinando-lhe o recolhimento noturno à prisão.

As decisões emanadas neste sentido da Excelsa Corte demonstram o quão a mesma está, **data venia**, afastada da grave realidade carcerária do País, onde a excessiva lotação dos presídios e delegacias obrigam os presos e condenados a fazer um rodízio nas celas a fim de que possam dormir, tal o enorme número de condenados e a inexistência de vagas novas e decentes em número suficiente no sistema.

Obrigar um condenado que cumpre sua pena em regime aberto a recolher-se à prisão, onde irá aumentar ainda mais o déficit de vagas no sistema, e a entrar no rodízio do sono, é exasperar a pena que lhe foi imposta, bem como o regime de seu cumprimento.

A LEP previu uma situação que não foi atendida pelo Estado, e assim não pode o condenado sofrer as conseqüências do inadimplemento oficial.

A dialética da situação imposta ao Juiz indica que sua decisão de impor ao condenado cumprir pena em regime aberto, de recolher-se em sua própria residência consoante as condições gerais e especiais previstas no art. 115, da Lei nº 7.210/84, está absolutamente correta.”

Esse reparo não desafina com o explicitado no magistério do Prof. **Júlio Mirabete**, citado às fls. 81:

“A prisão-albergue domiciliar só é cabível nas hipóteses do artigo 117 da LEP. Entretanto, quando o Estado não está aparelhado para oferecer o estabelecimento prisional adequado, de sorte a poder-se observar, rigidamente a progressão legalmente determinada, o direito do condenado que faz jus ao regime aberto não pode ser obstado por essa omissão. Por isso tornou-se praticamente pacífico, inclusive nos Tribunais Superiores, que o condenado que fizer jus ao regime aberto tem direito a prisão-albergue domiciliar quando inexistir casa de albergado onde possa cumprir a pena no regime aberto fixado inicialmente ou pela progressão (in Execução Penal, Ed. Atlas, 5ª ed., 1993, pág. 295)”.

A Terceira Seção desta Corte, pelas suas duas Turmas, tem temperado o rigor do **numerus apertus** do texto legal, para, atentas às condições precárias da carceragem no Brasil, permitir a prisão domiciliar no caso de falta de estabelecimento adequado, sob pena de constituir constrangimento ilegal.

Sejam exemplos: HC 2.055-3, Rel. Min. Assis Toledo, DJ 27.9.93, pág. 19.825; RHC 2.952-8, Rel. Min. Assis Toledo, DJ 27.9.93, pág. 19.825; Rel. Min. William Patterson, 6ª Turma, RT 675/422; HC 4.207, Rel. Min. Cid Fla-

quer Scartezzini, DJ 2.9.96, pág. 31.090 (extraídos das contra-razões do recurso, assinadas pelo Defensor Público, Dr. Fernando Boani).

Ante o exposto, atento à peculiaridade do caso, não conheço do recurso.”

Nessa linha, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 151.150 — SC
(Registro nº 97.0072203-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Nery Clito Vieira Filho (preso)*

Advogados: *Drs. Claudio Gastão da Rosa e outro*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

EMENTA: Processual Penal. Narcotráfico. Flagrante. Prova policial.

— **Validade. Reiterada jurisprudência sobre a eficácia probatória dos testemunhos reiterados em juízo pelos policiais que flagraram a prática do crime.**

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros José Arnaldo, Felix Fischer e Edson Vidigal.

Brasília, 07 de abril de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Eis como foi relatada a espécie no Tribunal **a quo**, pelo Des. Genésio Nolli:

“Na comarca da Capital, Nery Clito Vieira Filho foi denunciado como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Segundo a preambular acusatória, no dia 22 de outubro de 1996, policiais em diligências de repressão à criminalidade, ao se aproximarem da residência do denunciado perceberam que este arremessou pela janela tijolos de

Publicado no DJ de 18-05-98.

maconha. Ato contínuo, os policiais invadiram a residência do acusado, onde apreenderam dez papalotes de cocaína, juntamente com um revólver calibre 38 e 11 projéteis intactos.

Regularmente instruído o feito, sobreveio a sentença que desclassificou a peça acusatória inicial, e condenou o acusado à pena de 01 (um) ano de detenção e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor previsto no art. 38 da Lei de Tóxicos, por infração ao art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Inconformados com o decreto condenatório apelaram, tanto a defesa como o representante do Ministério Público. A defesa pleiteou a absolvição do réu, alegando carência probatória a sustentar o decreto condenatório. O Ministério Público, por seu turno, pediu a reforma do **decisum**, a fim de que seja o réu condenado por tráfico de entorpecentes, art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Rebatidos ambos os recursos, ascenderam os autos, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo provimento do recurso defensivo, ou caso inacolhida esta proposição, pelo provimento do recurso ministerial." — fls. 232/33.

Negou-se provimento à apelação do réu, enquanto se proveu a do Ministério Público, conforme acórdão assim ementado:

"Tráfico de entorpecentes. Preliminares. Rejeição.

Não nulifica o processo a ausência de Mandado de Busca e Apreensão, por tratar-se o tráfico de drogas de delito permanente.

As palavras dos policiais, mormente em sede de crimes de tóxicos, têm alto valor probante quando destituídas de má-fé e harmônicas.

A ausência de testemunhas do povo no flagrante, não passa de mera irregularidade, justificada pela própria proteção as suas integridades físicas.

A denúncia não é inepta se descreve uma das condutas do tipo penal (art. 12, Lei 6.368/76). No caso "guardar e ter em depósito substâncias entorpecentes destinadas ao tráfico". Ademais a arguição de eventuais nulidades da fase de denúncia, precluem após a prolação da sentença.

Comprovada está a materialidade do delito, se não há dúvida da apreensão de tóxico, embora existam pequenas divergências sobre a sua quantidade.

Atividade comercial ilícita comprovada pelos depoimentos harmônicos dos policiais que efetuaram a prisão do réu. Análise das disposições do art. 37 da Lei de Tóxicos, que caracteriza perfeitamente o delito de tráfico.

Réu que possui péssimos antecedentes, inclusive com condenações por crimes de tóxico. Conhecido nos meios policiais como traficante. Condição de viciado, reconhecida por exame, que não ex-

clui a sua culpabilidade para o tráfico. Quantidade e ‘variedade’ da droga apreendida que indica a traficância.

Desprovemento do recurso defensivo, e provimento do ministerial a fim de condenar o réu por tráfico ilícito de entorpecentes.” — fls. 231.

Daí o presente recurso inadmitido pela letra **a** (art. 157 do CPP), mas admitido pelo fundamento da letra **c** do permissivo, desta forma:

“Para que se proceda ao exame da alegada violação ao dispositivo infraconstitucional invocado, necessária seria a reavaliação de todo o conjunto probatório, o que não é permitido em sede de recurso especial, **ex vi** da Súmula 7, do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Ademais, o artigo mencionado não foi objeto do indispensável prequestionamento, requisito essencial e pressuposto específico de admissibilidade do recurso. Sua inobservância inviabiliza o acesso à via especial, incidindo o óbice das Súmulas 282 e 356, do Excelso Pretório.

No que pertine à alínea **c**, o recorrente conseguiu demonstrar **quantum satis** a pretendida divergência pretoriana, nos termos do artigo 255 e parágrafos do RISTJ, uma vez que o julgado oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo (LEX 102/435) traz tese diversa do acórdão recorrido, em situações semelhantes, notadamente quanto ao recru-

tamento de testemunhas do povo, sempre que possível, no momento do flagrante. De fato, a matéria é de alta relevância, reclamando apreciação pela Corte Superior.” — fls. 270.

Nesta instância, o parecer do Subprocurador-Geral Eitel Santiago é contrário ao recurso, conforme o seguinte enunciado:

“Recurso especial. Pretensão de reexame do conjunto probatório. Inviabilidade. Alegada afronta a preceitos da legislação federal. Tema que, não sendo cogitado no acórdão recorrido, deveria ter sido ventilado através de embargos de declaração. Falta de prequestionamento. Parecer pelo não conhecimento do apelo excepcional.” — fls. 276.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, início por confirmar a inadmissão do recurso pela letra **a**, consoante o dizer do despacho, quer à míngua do necessário prequestionamento, quer pela vedada ingerência do recurso pelo reexame da prova, da qual em boa hora se valeu o v. acórdão recorrido, deste modo:

“2. Os depoimentos dos policiais merecem valor probante pois harmônicos e insuspeitos.

3. Já a falta de testemunhas do povo, não passa de mera irregu-

laridade, além do mais, justificada pela própria segurança daquelas. Com relação a esta preliminar também inexistiu prejuízo, eis que o réu foi assistido por advogado, e não ficou demonstrado qualquer tipo de violência contra ele praticada. Em sede de crimes de tóxicos, normalmente inexistem testemunhas do povo, pelo próprio temor de sofrerem represálias dos traficantes.

4. A pequena divergência havida entre a quantidade de droga apreendida e a periciada, como é consabido, não pode nulificar o processo, pois o fato incontroverso é que foi apreendida grande quantidade de droga pertencente ao acusado e destinada ao tráfico.” — fls. 233.

.....

“Atendendo às disposições do art. 37 da Lei Antitóxicos, o delito de tráfico de entorpecentes, restou plenamente caracterizado, desta forma:

a) O réu é portador de antecedentes criminais em delitos envolvendo entorpecentes, inclusive tráfico, conforme a certidão da Corregedoria Geral de Justiça acostada às fls. 35/36;

b) Conforme demonstra o relatório para a operação policial, Nery, de alcunha ‘Jarrão’, era conhecido traficante. Também no Processo 96.003207-0, julgado por esta 1ª Câmara Criminal, em acórdão da lavra do eminente Des. Nilton Ma-

cedo Machado, foi ele citado como traficante;

c) A sua condição de viciado em grau moderado, não exclui a sua culpabilidade pelo delito de tráfico, conforme atestou o laudo de dependência toxicológica de fls. 73/75;

d) A quantidade de droga apreendida, e também a sua ‘variedade’, pois guardava cocaína e maconha, comprovam a sua atividade comercial ilícita;

e) Por fim, o local em que foi preso, sabidamente aos moradores desta cidade, é região de tráfico de drogas.

Os testemunhos dos policiais incriminam o réu, senão vejamos:

“... o depoente viu quando o acusado Nery jogou pela janela da residência, três tijolos de maconha (...); ... que o depoente entrou na casa depois do Grupo Cobra e constatou que foram apreendidas na residência, dentro de um vaso, uma lata de pastilhas contendo cocaína e mais certa quantidade de maconha e também um revólver.” (Edson Laurentino Guimarães, fls. 92/93).

“... o depoente viu o acusado aqui presente jogar por uma das janelas da frente da casa, dois ou três torrões de maconha (...); ... que um Sargento do Cobra mostrou uma latinha contendo algo parecido com

cocaína em papé debates...” (Luiz Antônio Adriano, fls. 94/95).

A circunstância alegada pela defesa, de que os policiais após prenderem o acusado pararam ainda no quartel, não merece maiores considerações pois, inócua. Os policiais passaram no quartel apenas para guardar o armamento pesado. E ademais, este fato em nada alterou a verdade, e muito menos trouxe prejuízo ao réu.

Logo, perfeitamente caracterizado ficou o delito de tráfico de entorpecentes, art. 12 da Lei n. 6.368/76.” — fls. 234/35.

Por sua vez, quanto ao dissídio pretoriano, conquanto que suficiente ao juízo de admissibilidade, no entanto, falta ao caso o necessário assento da similitude factual das hipóteses confrontadas. Isso, aliás, fora muito bem anotado pelo Ministério Público Estadual, quanto pelo Federal, tal qual a excelência do parecer oferecido nesta instância, com estas anotações da jurisprudência deste Superior Tribunal:

“10. A hipótese dos autos, sendo distinta daquela retratada nos julgados citados como paradigmas, teve solução compatível com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Estes costumam admoestar que “os eventuais defeitos do auto de flagrante não constituem causa de nulidade do processo instaurado por denúncia” (RT 538/464), ou que “sem a pro-

va de ocorrência de prejuízo para a acusação ou para a defesa, não se anula nenhum ato processual” (RSTJ 17/172). E vêm proclamando:

“Não cabe falar em flagrante preparado quando o crime não resulta da ação direta do organismo policial que apenas foi informado da prática delituosa e procedeu à prisão do acusado.” (STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJU 13.6.94, pág. 15.112).

“Processual penal. Recurso em **habeas corpus**. Flagrante preparado ou provocado. Pretendida nulidade. Crime permanente. Excesso de prazo.

“— Preso na posse de cocaína, não há falar em nulidade do flagrante sob a alegação de haver sido preparado ou provocado. O crime de tráfico, dado o seu caráter permanente, consuma-se com a só guarda e transporte de substância entorpecente.

“— Sobrevindo sentença condenatória, resta sem fundamento a alegação de excesso de prazo como fator de constrangimento.

“— Recurso improvido.” (STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJU 14.3.94, pág. 4.528).

“RHC. Constitucional. **Habeas Corpus**. Prisão em flagrante. Domicílio. Invasão.

“A Constituição registra que o domicílio é o asilo inviolável

do cidadão (art. 5º, XI). O direito, porém, não é absoluto. É consentido nele penetrar em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

“Nos limites normativos do **habeas corpus**, resta difícil, sem análise da prova, elucidar aspectos que não sejam meramente formais de prisão em flagrante.” (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 05.04.93, pág. 5.860).

“A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas. Precedente.” (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 12.12.96, pág. 49.949).

“Prova. Depoimento. Diligência. Policiais. A ordem jurídica em vigor agasalha a possibilidade de policiais que participaram de diligências virem a prestar depoimento, arrolados pela acusação.” (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12.12.96, pág. 49.944).

“Validade do depoimento testemunhal de agentes poli-

ciais. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais — especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar — tal como ocorre com as demais testemunhas — que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e Jurisprudência.” (STF, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 18.10.96, pág. 39.846).

11. Nota-se, assim, que a tese do especial diverge da orientação dos Tribunais Superiores. Daí porque cabe invocar a Súmula 83, do STJ:

“Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” — fls. 280/82.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 155.767 — GO

(Registro nº 97.0082924-3)

Relator: *O Sr. Ministro José Arnaldo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Goiás*

Recorrido: *Salomão Ribeiro de Freitas*

Advogado: *Dr. Amadeus Leão Sanches*

EMENTA: Processual Penal. Homicídio. Pronúncia. Exclusão de circunstância qualificante. Competência do Tribunal do Júri.

— Em linha de princípio, a sentença de pronúncia não pode afastar qualificadoras da denúncia, porquanto, por força do texto constitucional, é o Tribunal do Júri o Juiz natural dos crimes contra a vida, e assim a esse órgão popular cabe dizer da ocorrência ou não de tal circunstância. Todavia, esse entendimento não deve ser absoluto ante qualificadoras propostas pela acusação se mostrarem manifestamente improcedentes com segurança ou, sem dúvida razoável.

— No caso, restou comprovada a qualificadora, consoante se deduz do decreto de pronúncia. Ao Tribunal de Justiça descabia afastá-la.

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento para restabelecer a sentença de pronúncia. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Edson Vidigal e José Dantas.

Brasília, 16 de abril de 1998 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ ARNALDO, Relator.

Publicado no DJ de 25-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO: Denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incs. II e IV c/c o art. 61, II, e, do Código Penal e art. 1º, da Lei 8.072/90, e nestes dispositivos pronunciado. Salomão Ribeiro de Freitas, por seu il. patrono, recorreu em sentido estrito,

sustentando, ter agido em legítima defesa, merecer aguardar solto o julgamento por reunir os requisitos previstos no CPP e serem incabíveis as qualificadoras do § 2º, incs. II e IV, do art. 121, do CP. Mantida a pronúncia, subiram os autos ao Tribunal de Justiça, que deu parcial provimento para afastar a qualificadora *surpresa*, inc. IV.

Irresignado, recorre o Ministério Público, alegando divergência jurisprudencial.

O *Parquet* Federal, em pronunciamento da Dra. Márcia Dometila Lima de Carvalho, il. Subprocuradora-Geral da República, opina pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): A parte do acórdão sob reexame traz esta ementa (fls. 168):

“Homicídio. Qualificadoras surpresa e motivo fútil. Prisão Preventiva.

“Se o agente já havia revelado, anteriormente, sua atitude agressiva para com a vítima, não se pode dizer que tenha sido surpreendida por um ataque insidioso e inteiramente inesperado” (RJ 448/350).

Uma discussão familiar de somenos importância justifica, plenamente, o reconhecimento do motivo fútil na pronúncia, cabendo ao Júri aceitá-la ou não, confor-

me for examinado e discutido em plenário” (RT 520/450).”

Visa a irresignação a interpretação correta para o art. 121, § 2º, da lei substantiva penal c/c o art. 408, do estatuto adjetivo, ou seja, se o juiz singular, ao decretar a pronúncia, pode ou não excluir qualificadoras, dado que o julgamento cabe ao Tribunal Popular.

Por força da Carta da República, o Tribunal do Júri é o juiz natural dos crimes contra a vida, vale dizer, em linha de princípio, é defeso ao Juiz da instrução sonegar qualificadoras deduzidas na peça acusatória da apreciação do corpo de jurados.

O dissenso está comprovado. Realmente, o aresto recorrido, ao excluir a qualificadora do inc. IV, deu interpretação divergente da que vem sendo perfilhada pelas 5ª e 6ª Turmas do STJ.

Estou que ao Tribunal do Júri compete pronunciar-se acerca da ocorrência de tal circunstância.

Todavia, entendo, também, **data venia**, na linha do explicitado pelo Min. Relator Edson Vidigal no REsp 50.517-DF, acolhido, unânime, pela 5ª Turma, que não é um entendimento absoluto, cabendo ao juiz singular, se manifesta a improcedência da qualificadora, afastá-la.

Às fls. 128, diz o decreto de pronúncia:

“A defesa da vítima ficou completamente impossibilitada, porquanto o acusado chegou-se à porta da casa da vítima de onde avistava a

porta do quarto onde se encontravam Francisco e Maria Suevânia, sua amásia, não mostrando a arma e nada dizendo, levantou de uma vez o braço no qual empunhava a arma e efetuou o primeiro disparo contra a vítima que caindo no chão se tornou presa ainda mais fácil para o irmão, que mesmo atropelando os pedidos da amásia da vítima continuou atirando.”

Ora, a vítima era irmão do acusado, o que revela o elemento surpresa. Assim, a qualificadora, indicada na denúncia e mantida na pronúncia, não poderia ser afastada pelo Colegiado.

Como divergentes do aresto hostilizado, aponta o Ministério Público Estadual os REsp's 103.622-GO e 95.127-GO, assim ementados (fls. 175/6):

“Constitucional. Processual Penal. Recurso especial. Homicídio. Pronúncia. Exclusão de circunstância qualificante. Impossibilidade. Competência do Tribunal do Júri.

— Se a denúncia imputa ao réu crime de homicídio qualificado e, na sentença de pronúncia o Juiz monocrático mantém a decisão contida na peça acusatória, não

pode o Tribunal **a quo**, em sede de recurso em sentido estrito, excluir circunstância qualificante, pois, segundo a jurisprudência pretoriana, o tema deve ser reservado ao Tribunal do Júri, que é o Juiz natural competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, **ex vi** do art. 5º, XXXVIII, da Constituição.

— Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 103.622-GO, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 05.05.97 — pág. 17.146 — participaram, também, do julgamento os Eminentes Ministros Anselmo Santiago e Fernando Gonçalves).

Processual Penal. Homicídio. Pronúncia. Qualificadora.

Exclusão. Conquanto autorizada ao juízo de pronúncia a exclusão de qualificadoras do crime, tal não se basta quando incontroversamente presentes as suas elementares factuais.” (REsp nº 95.127-GO, Rel. Min. José Dantas, DJU 14.04.97, pág. 12.769 — participaram, também, do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Cid Flaquer Scartezini, José Arnaldo, Felix Fischer e Edson Vidigal).

Dessarte, conheço do recurso e o provejo para restabelecer a sentença de pronúncia.