

Jurisprudência da Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL  
N. 441.815-SC (2002/0074488-8)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti  
Agravante: Ministério Público Federal  
Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS  
Procuradores: Jesus Pereira e outros

**EMENTA**

Processo Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Previdenciário. Ação civil pública. Ministério Público. Ilegitimidade. Decisão mantida por seu próprio fundamento.

1. O Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública que objetiva discutir a concessão de benefício previdenciário.

2. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir o fundamento da decisão atacada.

3. Agravo a que se nega provimento.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, a Sr<sup>a</sup>. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

---

DJ 09.04.2007

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A hipótese é de agravo regimental desafiando decisão assim ementada:

“Recurso especial. Previdenciário. Ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público Federal.

1. As duas Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte assentaram orientação de que, tratando-se de interesses individuais, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública.

2. Recurso especial provido.” (Fl. 381)

Sustenta o Ministério Público Federal que, na linha da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, possui legitimidade para ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A irresignação não merece acolhimento.

A decisão merece ser mantida pelo que nela se contém, dado que proferida em sintonia com o entendimento desta Corte de que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública que objetiva discutir a concessão de benefício previdenciário, valendo citar, em reforço, os seguintes precedentes:

A - “Recurso especial. Direito Processual Civil. Reajuste de benefício previdenciário. Direito individual disponível. Ação civil pública. Inadequação. Ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público.

1. A ação civil pública não se presta à proteção de direitos individuais disponíveis, salvo quando homogêneos e oriundos de relação de consumo.

2. ‘Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.’ (Parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985)

3. O Ministério Público não possui legitimidade para ajuizar ação civil pública visando ao reajuste de benefício previdenciário, por se tratar de interesse individual disponível (Constituição da República, arts. 127 e 129, inciso III, e Lei Complementar n. 75/1993, art. 6º, inciso VII).

4. Precedentes.

5. Recurso provido.” (REsp n. 416.962-SC, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU 12.12.2005)



B - “Previdenciário e Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público Federal. Ilegitimidade. Direitos individuais homogêneos. Ausência de relação de consumo.

I - A ação civil pública nasceu como instrumento processual adequado para coibir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, atendendo, assim, os interesses coletivos da sociedade. O campo de aplicação da ação civil pública foi alargado por legislações posteriores, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, para abranger quaisquer interesses coletivos e difusos, bem como os individuais homogêneos, estes últimos na proteção do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

II - Tratando-se de interesses individuais, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública.

III - Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 404.656-RS, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJU 10.02.2003)

C - “Processo Civil. Previdenciário. Recurso especial. Ação civil pública. Comprovação de exercício de atividade rural, em regime de economia familiar. Documentos expedidos em nome de pai ou cônjuge do segurado. Ausência de direitos indisponíveis. Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. Violação aos arts. 21 da Lei n. 7.347/1985, 6º, VII, **d**, da LC n. 75/1993 e 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990.

A concessão ou não de benefício previdenciário, fundamentado em documentos expedidos por pai ou cônjuge do segurado objetivando a comprovação de exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, não é direito indisponível, mas, ao contrário, disponível, porquanto requer a provocação da parte interessada, uma vez que, sem este ato, a máquina estatal sequer será instada a se manifestar acerca do interesse do particular. Outrossim, os beneficiários da Previdência Social que pleiteiam o benefício da aposentadoria, não estão enquadrados na definição de consumidor, de que trata o art. 2º, e seu parágrafo único, da Lei n. 8.078/1990, tornando-se inaplicável, à espécie, os arts. 81 e 82, do citado diploma legal, bem como os arts. 21 da Lei n. 7.347/1995 e 6º, VII, **d**, da Lei Complementar n. 75/1993. Violação configurada.

Ilegitimidade do Ministério Público Federal para o caso em exame reconhecida, por tratar-se de direitos individuais disponíveis.

Precedentes (REsp ns. 114.908-SP, 144.030-GO, entre outros).

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 370.957-SC, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJU 15.04.2002)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 22.182-MG (2002/0056186-1)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Danielle Christine de Oliveira Costa

Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

Paciente: Marcelo Haddad

### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Réu colocado em liberdade em virtude de indulto. Decisão cassada em sede de agravo de execução pelo Tribunal de origem. Reconhecimento da prescrição da pena que resta a ser cumprida. Ordem concedida.

1. Se o condenado foragido tem direito ao reconhecimento da prescrição do restante da pena em seu favor (art. 113 do Código Penal), com muito mais razão aquele que é posto em liberdade em decorrência de ato judicial, posteriormente reformado pelo Tribunal.

2. *Habeas corpus* concedido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.



Brasília (DF), 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

---

DJ 23.04.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Marcelo Haddad contra acórdão do Tribunal de Justiça de Alçada do Estado de Minas Gerais que denegou o *writ* ali formulado.

O paciente, condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, pela prática de estelionato, foi beneficiado por indulto, tendo o Tribunal de origem, em sede de julgamento de agravo em execução interposto pelo Ministério Público, cassado a aludida decisão, determinando que o condenado cumprisse o restante da reprimenda.

Sustenta a impetração a ocorrência de prescrição em relação ao *quantum* de pena que resta a ser descontado.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, foram os autos solicitados da Subprocuradoria Geral da República, que vieram sem parecer.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A ordem deve ser concedida.

Faz-se necessário um breve relato dos fatos.

O paciente foi condenado pelo Juízo de Direito da Comarca de Lavras-MG à pena de 2 (dois) anos de reclusão, no regime fechado, pela prática de estelionato, tendo sido preso em 11.08.1997 e beneficiado por indulto em 29.12.1998, data em que foi posto em liberdade.

Contra a aludida decisão o Ministério Público interpôs recurso de agravo em execução, restando este provido pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que determinou que o paciente volte a cumprir a sua reprimenda.

Sustenta a impetração a ocorrência de prescrição da pena que resta a ser cumprida, isto é, de 7 (sete) meses e 12 (doze) dias, já que superam mais de 2 anos entre a data que o paciente foi posto em liberdade e o acórdão que cassou o indulto.

Na verdade, o Tribunal de origem incorreu em equívoco ao fundar-se no art. 112 do Código Penal, para denegar a impetração ali formulada, já que tal

dispositivo trata do termo inicial da prescrição nos casos de revogação da suspensão da pena ou do livramento condicional, hipóteses distintas da dos autos, que cuida de decisão concessiva de indulto.

Ora, não há previsão legal para o caso do paciente, visto que o art. 113 do Estatuto Repressivo refere-se a prescrição do restante da pena, mas em caso de evasão do condenado.

Todavia, mostra-se absolutamente razoável reconhecer que a situação do paciente deve ser equiparada a do sentenciado que foge e é beneficiado pela prescrição executória.

Com efeito, se o condenado foragido tem direito à contagem do prazo prescricional em seu favor, com muito mais razão aquele que é posto em liberdade em decorrência de ato judicial, posteriormente reformado pelo Tribunal.

Na mesma linha de raciocínio, o termo inicial a ser considerado, assim como no caso do art. 113 do Código Penal é a data da fuga, aqui é a data em que o paciente foi colocado em liberdade.

Sendo assim, como transcorreram mais de 2 (dois) anos da data em que o paciente foi posto em liberdade até o julgamento do respectivo agravo, ressalvando-se que este também não é um marco de interrupção, há que se reconhecer a extinção da punibilidade.

Diante do exposto, concedo o *habeas corpus*, para declarar extinta, pela prescrição da pretensão executória, a punibilidade do paciente na ação penal de que aqui se cuida.

É como voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 33.086-SP (2004/0004231-7)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: José Francisco dos Santos

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: David Antônio Lopes

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Direito Processual Penal. Devolução de veículos apreendidos. Pleito incompatível com o



*habeas corpus*. Flagrante forjado. Impossibilidade de reconhecimento. *Writ* parcialmente conhecido e denegado.

1. O pleito de devolução de coisas apreendidas é estranho ao âmbito de cabimento do *habeas corpus*.

2. É inviável, no âmbito angusto do *habeas corpus*, a pretensão de desconstituição de condenação que requisita o exame de todo o conjunto da prova, cujos elementos, de resto, não instruem a inicial.

3. Não é ilegal a apreensão de substância entorpecente no interior de residência, se autorizada a atividade policial por prévio mandado judicial de busca e apreensão.

4. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem e a denegar, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Neves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 30 de maio de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJ 04.09.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em sede de apelação, preservou a condenação de David Antônio Lopes a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a serem cumpridos integralmente em regime fechado, e a 88 dias-multa, imposta pelo Juízo da Comarca de Franco da Rocha, e, em sede de revisão criminal, a 3 (três) anos de reclusão, a serem cumpridos integralmente em regime fechado, e a 50 dias-multa, que lhe foi imposta na Comarca de Praia Grande.

Alega o impetrante, em síntese, relativamente ao processo de Franco da Rocha, a nulidade da ação penal, eis que o flagrante teria sido forjado por policiais, tendo em vista que o paciente levou ao conhecimento do Juízo da Comarca que esses policiais apreenderam uma arma calibre 12 e não a apresentaram no



auto de exibição à autoridade competente, bem certo sendo que não morava, nem se encontrava no local.

Sobre o tema, afirma o seguinte:

“Estes policiais, anteriormente vinham ameaçando o paciente, de matá-lo ou encerrá-lo na prisão, forjando contra este *Flagrante Forjado*, em virtude de ter dado conhecimento ao MM. Juiz de Direito da Comarca de Franco da Rocha, a apreensão de uma arma — calibre 12 de caça, documentada e registrada, que os policiais não apresentaram em auto de exibição a autoridade competente, ficando a arma para uso indevido dos policiais.” (Fl. 4)

Sustenta, mais, relativamente ao processo de Praia Grande, que foi vítima de perseguição desses policiais, que invadiram a sua residência e afirmaram que lá encontraram entorpecentes, sem qualquer prova de que lhe pertencessem.

Afirma que:

“No dia dos fatos, dia 07.02.1998, os policiais, segundo eles, munidos de mandado de busca na residência de Daniel Antonio Lopes, alegando denúncia anônima, visando prenderem e forjar flagrante contra David Antonio Lopes, invadiram a residência de Daniel, e não encontrando lá David, que não residia alí, nem se achava no local, imputaram posse de ‘drogas’ com estes, aproveitando para Indiciar Também a David Antonio Lopes, alegando que este era o proprietário da contravenção supostamente apreendida.

(...) pode ser indiciado em flagrante por tráfico de ‘drogas’ uma pessoa que não foi pego com nenhuma droga, nem se fazia presente no local da apreensão (??), talvez por isso, tenham os policiais se empenhado em encontrá-lo depois, e apresentar junto com o preso mais uma porção de entorpecentes, alegando ter sido encontrado em sua posse, porém sem nenhuma prova, pois a única pessoa que na Praia Grande presenciou a prisão de David, declarou que: os policiais estavam com objetos nas mãos, dizendo que era ‘droga’ e que tinham encontrado com David, porém nenhuma testemunha presenciou o encontro dessa ‘droga’ sendo achada.” (Fls. 5/8)

E também que:

“(…)

A polícia civil da Comarca de Franco da rocha não têm competência para efetuar prisão em outra Cidade, nem poderia sem mandado de busca invadir a residência de David, fato que aconteceu sem que nenhuma testemunha presenciasse o encontro de qualquer objeto de contravenção,



retornando a ressaltar que a testemunha que arrolaram, disse que: ‘(...) Os policiais estavam com alguma coisa nas mãos, que alegaram ser droga, e que tinham encontrado na posse de David, ou seja, no local onde residia, isso está muito distante de que a testemunha tenha presenciado quando acharam qualquer coisa que fosse.’ (Fl. 11)

Aduz, de resto, que foram apreendidos um veículo, de propriedade da esposa do paciente e uma moto, sendo certo, ainda, que os policiais passaram a utilizar o veículo, enquanto o paciente já se encontrava preso, “(...) tendo várias multas a serem pagas por infrações de trânsito cometidas pelos policiais que o estavam utilizando indevidamente.” (Fl. 12)

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, “(...) visando a desconstituição das decisões condenatórias contidas nos processos da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande-São Paulo, Processo n. 151/1998 — Art. 12 da Lei n. 6.368/1976, assim como também a desconstituição da pena imposta pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Com. de Franco da Rocha, onde o crime era impossível de se consumar, sem a presença de quem lhes imputa tráfico, sem drogas na sua posse, num local onde era residência de seus familiares e não de David, que residia na Praia Grande, justamente para se livrar das represálias de seus acusadores agora nos fatos narrados, requerendo seja deferido liminarmente a liberação do veículo da esposa de David e sua moto.” (Fl. 14)

Informações prestadas às fls. 56/57 dos autos, dando conta de que:

“(...)

O paciente foi denunciado perante o juízo da 1ª vara da Comarca de Praia Grande (Processo n. 151/1998), como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Recebida a denúncia, foi o paciente citado e interrogado, tendo seu defensor apresentado defesa prévia.

Após regular instrução, sobreveio sentença que condenou o paciente por infração ao art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/1976, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor mínimo. Não foi interposto recurso e a decisão transitou em julgado, sendo expedida a guia de recolhimento.

Em relação ao Processo n. 139/1998 da 2ª Vara da Comarca de Franco da Rocha, o paciente foi denunciado como incurso no art. 12, c.c. o art. 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/1976. Recebida a denúncia, foi ele citado e interrogado, tendo seu defensor apresentado defesa preliminar.

Após regular instrução, sobreveio sentença que condenou o paciente por infração ao art. 12, *caput*, c.c. o art. 18, inciso III, ambos da Lei n.

6.368/1976, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 88 (oitenta e oito) dias-multa, no valor mínimo. Desta decisão apelou a defesa, tendo a Colenda Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negado provimento do recurso.

O paciente ingressou com pedido de revisão criminal, que recebeu o n. 293.494.3/8, relativa ao processo da Comarca de Praia Grande. O Colendo Terceiro Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando em 16.08.2001, o referido processo, por votação unânime, indeferiu o pedido.

Finalmente esclareço que o paciente já impetrou perante esse Colendo Superior Tribunal de Justiça os *Habeas Corpus* n. 10.491/São Paulo e n. 10.393-SP”.

Liminar indeferida. (Fls. 115/116)

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer assim sumariado:

“*Habeas corpus*. Entorpecentes. Alegação de nulidades de duas ações penais. Flagrante forjado. Cerceamento de defesa. Falta de provas para condenação.

Nos autos da Ação Penal n. 151/1998, que tramitou pelo Juízo de Praia Grande, foi requerida revisão criminal, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça, por considerar provada a materialidade do crime assim como a autoria.

Na Ação Penal n. 139/1998, que tramitou pelo Juízo de Franco da Rocha, não se evidencia qualquer vício processual que torne írrita a sentença condenatória, pelo que não há nulidade a ser declarada através do *writ*.

Por permitir exame aprofundado e amplo do material cognitivo existente nos autos da ação penal, não se presta a angusta via do *mandamus* para transformar condenação em absolvição, pleito que encontra melhor solução em revisão criminal, que pode ser requerida em relação à Ação Penal n. 139/1998, vez que já transitou em julgado a condenação.

Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 119)

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, conheço apenas em parte do pedido, pois que as questões relativas à arma que se diz



apreendida e não apresentada e à apreensão e uso indevido de um automóvel e uma motocicleta são estranhas ao âmbito de cabimento do *habeas corpus*.

Quanto aos fatos criminosos que determinaram as duas condenações do paciente, diversamente do que se alega, quais sejam, 7 de fevereiro de 1998, o da Comarca de Franco da Rocha, e 6 de março de 1998, o da Comarca de Praia Grande, mostram-se as respectivas sentenças devidamente motivadas, quanto ao fato e a sua autoria. (Fls. 61/69 e 91/99)

O mesmo se diga dos acórdãos da apelação interposta e da revisão criminal requerida pelo ora paciente. (Fls. 70/73 e 106/112)

É de se acolher, pois, em todos os seus termos, o parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes, que ora adoto como razões de decidir:

“(…)

Pretende, o impetrante, com a presente súplica, ser declarada a nulidade dos processos a que respondeu perante a 2ª Vara Criminal de Franco da Rocha — Ação Penal n. 139/1998 — e 1ª Vara de Praia Grande — Ação Penal n. 151/1998 —, pelos motivos que aponta.

Em relação ao processo que tramitou perante a Comarca de Praia Grande — Ação Penal n. 151/1998 —, a sentença condenatória transitou livremente em julgado, sem que fosse interposto recurso pela Defesa.

Requerida a revisão criminal, foi esta processada e decidida pelo Tribunal de Justiça, julgando-a improcedente, por considerar provada a existência do crime assim como a autoria.

No âmbito restrito do *habeas corpus*, torna-se impossível rever a sentença ou o acórdão proferido na ação revisional, para aferir eventual insuficiência de provas para a condenação, ou mesmo existência de vício na prova oral produzida, decorrente de suspeição das testemunhas, de molde a absolver o réu.

Quanto ao processo que tramitou perante a Comarca de Franco da Rocha — Ação Penal n. 139/1998 —, da sentença condenatória, houve recurso de apelação que restou improvido.

Também em relação a tal processo, não merece guarida a pretensão do impetrante.

Primeiramente, não se evidencia qualquer nulidade no processo.

Naquela ação, o paciente não foi autuado em flagrante, e sim os seus comparsas, que foram encontrados na residência vistoriada em razão de

mandado judicial de busca e apreensão expedido pelo Juiz, tendo em vista denúncias anônimas de que na avenida Washington Luiz, n. 445, três indivíduos conhecidos por ‘Mel’, ‘Davi’ e ‘Curvim’ estavam comercializando substância entorpecente (fl. 71). Não houve, pois, invasão de domicílio sem autorização judicial.

No local, os policiais lograram prender Daniel Antônio Lopes e Rubens Antônio Lopes com 10,5g de cocaína e 295,4g de maconha. O paciente ali não se encontrava, tendo aparecido em uma moto, mas conseguiu fugir ao notar a presença dos policiais. (Fl. 72)

O processo — conforme consta do HC n. 14.045/São Paulo — tramitou, de início, somente em relação aos dois co-réus, sobrevindo sentença condenatória em 13 de julho de 1998. O paciente foi denunciado em 15 de setembro de 1998 (fls. 59/60), sendo recebida a denúncia — também segundo apurado no aludido *habeas corpus* — em 23 do mesmo mês, quando foi decretada sua prisão preventiva. Foi regularmente citado e interrogado, oferecendo defesa prévia através de advogado constituído, onde alegou já haver sido julgado e condenado pelo mesmo fato, na Comarca de Praia Grande.

A instrução tramitou regularmente, somente não tendo sido inquiridas as testemunhas arroladas pelo réu porque deixaram de comparecer à audiência para tal fim designada, apesar de a Defesa ter-se comprometido a apresentá-las independentemente de intimação, fatos estes devidamente esclarecidos nos autos do HC n. 14.045-SP, no qual nos manifestamos.

Nas alegações finais, não argüiu qualquer nulidade, limitando-se a enfrentar o mérito, sustentando falta de prova para a condenação, por não considerar suficientes os testemunhos policiais não confirmados por pessoas comuns. Nas razões de recurso, de igual modo, não argüiu qualquer nulidade, cingindo-se a criticar a condenação, ante a insuficiência de provas, tudo não passando de trama dos policiais que o perseguiram.

A sentença condenatória está devidamente fundamentada, citando os elementos colhidos nos autos em que firmado o convencimento do Juiz no sentido de ser o réu autor do crime, fazendo ver que os fatos apurados em Praia Grande não são os mesmos que deram azo à ação penal em Franco da Rocha, ante o tempo decorrido entre os dois eventos; que não ficou caracterizada qualquer perseguição policial contra o réu, que sequer fez prova de que possuía arma de fogo indevidamente apreendida pela Polícia; que ficou provado que ele chegou no local, de moto, quando se realizava a diligência,



dali tendo fugido ao perceber a presença da Polícia; que os co-réus disseram que a droga lhe pertencia. Enfim, considerou suficiente a prova acusatória, não a invadindo o fato de serem as testemunhas, policiais civis ou militares, se não ficou demonstrada qualquer intenção de prejudicar o réu. Também está devidamente fundamentada a sentença quanto ao reconhecimento da associação criminosa e dosagem da pena. (Fls. 61/69)

O acórdão, por seu turno, também de forma fundamentada, considerou suficiente a prova da autoria.

Pelo que se colhe dos autos, ademais, não nos parece que tenha havido uma só diligência policial para os dois flagrantes, sendo que a prisão dos co-réus, em Franco da Rocha, ocorreu em 7 de fevereiro de 1998 (fl. 61), enquanto a prisão em flagrante do paciente, em Praia Grande, aconteceu em 06 de março do mesmo ano. (Fl. 89)

Assim, não se evidencia qualquer nulidade processual a ser sanada através do *writ*, não constituído cerceamento de defesa o indeferimento da ação revisional pelo Tribunal de Justiça, em relação ao processo oriundo de Franco da Rocha, visto que ainda não tinha transitado em julgado a sentença condenatória, pois pendente de julgamento o recurso de apelação.

Registro, por derradeiro, que não havendo possibilidade de amplo e profundo reexame do material probatório coligido nos autos da ação penal, não se tem como, na angusta via do *mandamus*, verificar a inexistência de provas, ou sua insuficiência para sustentar decreto condenatório, ou possível perseguição policial, sendo, pois, via inadequada para transformar condenação em absolvição, podendo o réu valer-se da revisão criminal para viabilizar sua pretensão, já agora possível ante o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A alegação de que o flagrante foi forjado, conforme decidido por essa Augusta Corte, encontra-se superado, ante a superveniência de sentença condenatória transitada em julgado.

Quanto à liberação do veículo apreendido, é pleito que escapa à possibilidade de exame através do *habeas corpus*.” 123/127)

Averbe-se, em remate, que o feito se ressent de peças essenciais relativamente ao alegado abuso de autoridade na prisão em flagrante efetuada na Comarca de Praia Grande, sendo, por outro lado, imprópria a via mandamental para a restituição de coisas apreendidas.

E a questão da progressividade de regime não se coloca na espécie, pois que, ao tempo da impetração, o paciente já se achava em livramento condicional.

Pelo exposto, conheço parcialmente da ordem e a denego.

Determino que se encaminhe, por ofício, cópia de todo o processado ao Excelentíssimo Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, para providências que se entender cabíveis.

É o voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 36.696- PE (2004/0097086-3)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrantes: Antônio Nabor Areias Bulhões e outros

Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Paciente: Alexandre Tadeu Rabelo de Lemos

Sustentação oral: Antônio Nabor Areias Bulhões, pelo recorrente

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Direito Processual Penal. Homicídio qualificado. Trancamento da ação penal. Aditamento à denúncia. Cabimento. Ofensa ao princípio do promotor natural. Ocorrência. Ordem parcialmente concedida.

1. É cabível o aditamento à denúncia, antes de editada a sentença final, para inclusão de co-réu em relação ao qual o inquérito policial não fora arquivado por decisão judicial. Precedentes do STJ.

2. Em qualquer fase do processo, o Juiz, reconhecendo a sua incompetência, há de declará-la, remetendo os autos da ação penal ao Juízo competente, previamente intimadas as partes, por cabível recurso em sentido estrito.

3. No Juízo competente, admitida a declinatória, prosseguirá o processo, com a ratificação, quanto aos fatos criminosos, e retificação, quanto à sua classificação jurídica, da denúncia, e seu aditamento, se for o caso, pelo Ministério Público, seguindo-se, após o recebimento do aditamento eventual, a ratificação dos atos processuais não decisórios, incluídamente, o recebimento da denúncia, como é da letra dos arts. 108, § 1º, 581, inciso II, e 567, todos do Código de Processo Penal.



4. Entretanto, se o aditamento, enquanto fato acrescido à denúncia, e o seu recebimento, enquanto despacho judicial, ressentem-se da atribuição do membro do Ministério Público, o primeiro, e da competência do Juiz, o segundo, produz-se a sua nulidade, à qual não servem de sanatória o recebimento da denúncia pelo Juízo competente, ao qual foi remetido o processo, nem a intimação posterior do membro do Ministério Público com atribuição, por função do indisponível *due process of law*.

5. Ordem parcialmente concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Neves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 16 de maio de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJ 04.09.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, denegando *writ* impetrado em favor de Alexandre Tadeu Rabelo de Lemos, Procurador do Estado de Pernambuco, preservou-lhe o processo da ação penal a que responde, após aditamento da denúncia, pelo homicídio de Geraldo Pinheiro de Melo Júnior, chefe do cerimonial do Tribunal *a quo*, em acórdão assim ementado:

“Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* objetivando o trancamento da ação penal. Paciente acusado como co-autor do crime tipificado no art. 121, § 2º, inciso IV, c.c. o art. o 29, Ambos do CPB. Alegação de impossibilidade do aditamento à prefacial acusatória (art. 18 do CPP e Súmula n. 524-STF) e de ilegitimidade processual do representante do *Parquet*, em desobediência ao princípio do promotor natural. Improcedência.



1. No que tange a afirmação dos impetrantes da impossibilidade de aditamento, em virtude de ter ocorrido um pretense arquivamento tácito, em relação ao Paciente A. L., sabe-se que não se configura arquivamento implícito do inquérito se o aditamento à denúncia não contraria os requisitos exigidos por lei para o exercício da ação penal (art. 43, inciso III, do CPP).

2. Quanto à alegação de Ilegitimidade Processual do Promotor de Justiça que ofertou o atacado aditamento, é notório que um dos princípios basilares que caracterizam a atuação do Ministério Público é o da Independência Funcional de seus membros, (§ 1º, do art. 127, da Carta Magna). O Ministério Público é uno, indivisível, pelo que não importa quem seja o subscritor da ação penal.

3. Não há que se falar em nulidade, haja vista que o Juízo Coator determinou a intimação do Representante do Órgão Ministerial de todo o teor do despacho ratificado.

4. Em relação ao pedido de trancamento da ação penal, é sabido que tal pleito só é admitido em casos excepcionais, quando as evidências indiquem que o fato não constitui crime, nem mesmo em tese, ou desponha claramente a inocência do acusado e, ainda, quando ocorre a extinção da punibilidade, já que o remédio constitucional não é compatível com o exame aprofundado das provas. A peça acusatória encontra-se revestida dos requisitos legais, nos moldes do art. 41 do Código de Processo Penal, não tendo que se falar em ausência de justa causa para a ação penal.

5. Ordem denegada. Decisão por maioria de votos.” (Fls. 58/59)

Estão os impetrantes, em suma, em que falta justa causa à ação penal, eis que “(...) havendo o Promotor Público com atribuições para o Tribunal do Júri excluído o paciente da denúncia que deu origem ao processo, não poderia outro Promotor de Justiça (e Promotor sem atribuições para atuar na Vara do Júri) promover aditamento à denúncia, sem fato novo ou prova nova, para alcançar o paciente.” (Fl. 3)

Narram os autos que, instaurado inquérito policial para apuração do homicídio ocorrido em 2 de outubro de 1997, foram indiciados Alexandre Tadeu Rabelo de Lemos, o paciente, Gilvan José de Souza e Moisés Pedro de Melo, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, do Código Penal, e Waldemar Pedro de Melo, Elias Pedro de Melo, Joab Pedro de Melo e Ricardo Rogério Santos da Silva, por violação do art. 171 do Código Penal.



Remetidos os autos do inquérito ao Ministério Público, os Promotores de Justiça Maria Helena da Fonte Carvalho e Josenildo da Costa Santos, designados pelo Procurador-Geral de Justiça, requisitaram 44 diligências complementares, tendo a ilustre Procuradora de Justiça Anamaria Campos Torres requisitado ao Sr. Secretário de Segurança Pública a designação de um Delegado Especial para presidi-las.

Ao cabo das diligências, restaram indiciados, com exceção do paciente e Gilvan José de Souza, Moisés Pedro de Melo, pela prática dos ilícitos tipificados nos arts. 121, § 2º, inciso II, e 171 do Código Penal, e os demais, juntamente com Marluce Pedro de Melo e Joel Lima de Souza, pela infração ao art. 171 do Código Penal, e, todos, pelo crime de quadrilha ou bando.

A ilustre Promotora de Justiça Elza Roxana Álvares Saldanha ofereceu denúncia, em 17 de novembro de 1998, contra todos os indiciados, Gilvan José de Souza e Severino Manoel dos Santos, sendo estes últimos e Moisés Pedro de Melo, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, e os demais, no art. 171 do Código Penal.

Divisando tratar-se de homicídio, e não latrocínio, suscitou o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca do Recife conflito negativo de competência, julgado improcedente, na razão de que “(...) Se se chegar, depois da instrução, a conclusão de que não é latrocínio, é homicídio, aí já seria outra história. Mas, na fase atual, como está, processando-se essa denúncia por latrocínio, é evidente que a competência é da Vara Criminal por distribuição.” (Fl. 953 do apenso)

Após a fase do art. 499 do Código de Processo Penal, o ilustre Promotor José Vladimir da Silva Acioli, titular da 14ª Promotoria de Justiça Substituta da Capital, com exercício acumulativo na 4ª Promotoria de Justiça Criminal, ofereceu aditamento da denúncia em processo em curso, para além de alterar a qualificação jurídica dos fatos imputados aos policiais militares Moisés Pedro de Melo, Gilvan José de Souza e Severino Manoel dos Santos, de latrocínio para homicídio qualificado, nela incluir o paciente Alexandre Tadeu Rabelo de Lemos, também como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso IV, combinado com o art. 29, ambos do Código Penal.

Recebido o aditamento e decretada a prisão preventiva do paciente, por conveniência da instrução criminal, eis que “tentou aliciar testemunhas” (fl. 1.300 do apenso), foram os autos enviados ao Juízo de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca do Recife, o qual ratificou a decisão de recebimento da denúncia, “exceto quanto ao decreto de prisão preventiva, vez que já fora apreciado e revogado na superior instância.” (Fl. 1.541 do apenso)

Daí, a impetração originária, e a presente.

Sustentam os impetrantes, primeiro, que, em inexistindo fato novo ou provas substancialmente inovadoras, mostra-se incabível o aditamento da denúncia, já que houve implicitamente arquivamento do inquérito policial com relação ao paciente, afora que tal deu-se após o prazo de 24 horas assinalado pelo art. 499 do Código de Processo Penal.

Asseveram que os elementos colhidos no inquérito já haviam sido inteiramente valorados pela autoridade policial e pelo Ministério Público, bem assim pelo próprio Juízo ao receber a denúncia inicial, sem ressalvas ou aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal.

Afirmam que o pleito de trancamento da ação penal ajusta-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e ao Enunciado n. 524 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, invocado analogicamente.

Aduzem, segundo, que o Juiz da Vara do Júri recebeu o aditamento, antes de qualquer manifestação do Ministério Público com atribuições para atuar perante aquele Juízo, o que acabou por malferir o princípio do promotor natural (Constituição Federal, art. 5º, inciso LIII), bem certo que o representante do *Parquet* nem ao menos ratificou o aditamento apresentado.

Liminar indeferida pelo Ministro Presidente Edson Vidigal às fls. 33/34.

A decisão foi por mim reconsiderada, suspendendo o andamento da ação penal relativamente ao paciente. (Fls. 46/50)

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Jair Brandão de Souza Meira, assim sumariado:

“*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Arquivamento de inquérito. O silêncio do MP em relação a acusado cujo nome só aparece depois em aditamento não implica em arquivamento implícito, se não houve despacho do Juiz nesse sentido. Art. 18, CPP. Ofensa ao princípio do promotor natural. Inocorrência. Tese, ademais, rejeitada pelo STF.

Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 83)

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, é este o voto condutor do acórdão impugnado:



“O objetivo do presente *writ* repousa no Trancamento da Ação Penal, em que o Paciente responde como co-autor da suposta prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, inciso IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal Brasileiro, alegando que inexistem provas suficientes o viabilizar o aditamento recebido pelo Magistrado coator, bem, como pela ausência do Promotor de Justiça competente para atuar perante a 1ª Vara Privativa do Júri da Capital.

Nas suas informações, inseridas às fls. 1465/466, a Autoridade apontada como Coatora narra todas as fases do processo e esclarece, em síntese que:

a) Após a conclusão do inquérito policial pelo delegado Ernande Francisco da Silva, titular da Delegacia Especializada em Homicídios, o Paciente Alexandre Tadeu Rabelo Lemos figurou entre os indiciados;

b) Recebida à peça inquisitorial pelo Ministério Público, foi requisitada a realização de novas diligências, com o escopo de se esclarecerem alguns pontos que, na ótica da Procuradora de Justiça — Drª. Anamaria Campos Torres (à época Coordenadora do Centro de Apoio Operacional às Promotorias Criminais e da Central de Inquéritos do Ministério Público) e de sua equipe, deveriam ser checados para, assim, consubstanciar de forma segura a proposição da Ação Penal;

c) Para as diligências solicitadas pelo *Parquet*, foi designado pelo Sr. Secretário de Segurança Pública, um delegado especial para presidi-las, Dr. Paulo Fernandes Barbosa; o qual apresentou novo relatório policial, excluindo o anterior indiciamento do Paciente Alexandre Tadeu Rabelo Lemos e de Gilvan José de Souza, e imputando a Moisés Pedro de Melo, Waldemar Pedro de Melo, Elias Pedro de Melo, Joab Pedro de Melo, Marluce Pedro de Melo, Joel Lima de Souza e Ricardo Rogério dos Santos a infração aos arts. 121, § 2º, inciso II, 171 e 288, todos do CPB;

d) Ocorre que, concluído o procedimento policial, foram os autos distribuídos sob nova n. 001.1998.045788-6, ao Juízo da 4ª Vara Criminal da Capital vez que fora oferecida denúncia contra Moisés Pedro de Melo, Gilvan José de Souza, Severino Manoel dos Santos, Waldemar Pedro de Melo, Elias Pedro de Melo, Joab Pedro de Melo, Marluce Pedro de Melo, Joel Lima de Souza e Ricardo Rogério dos Santos, os três primeiros, como incurso nas penas do art. 157, § 3º, *in fine* do CP c.c. o art. 1º da Lei n. 8.072/1990 e item II do art. 1º, da Lei n. 8.930/1994, enquanto que os demais como incurso nas penas do art. 171, *caput*, do CPB;

e) Constatando duplicidade de feitos e já havendo aquele Juízo recebido a denúncia, dando prosseguimento a ação penal, o Juízo da Vara do Júri determinou a redistribuição do feito n. 01.1997.055354-5 para ser apensado aquele já em tramitação perante o Juízo, então competente, em razão do matéria;

f) No início da instrução, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Capital, de ofício, suscitou o Conflito Negativo de Competência, por entender que os fatos narrados na denúncia não se configuravam crimes de latrocínio, mas sim de homicídio, subindo os autos a esta Superior Instância, ocasião em que esta egrégia Câmara Criminal julgou improcedente o conflito, por entender que somente ao final de encerrada a instrução criminal poderia o Juízo Suscitante se manifestar pela desclassificação;

g) Encerrada a instrução criminal e com vistas as alegações finais, o Representante do Ministério Público ofereceu o aditamento à denúncia, imputando a Alexandre Tadeu Rabelo Lemos, Moisés Pedro de Melo, Gilvan José de Souza e Severino Manoel dos Santos, a prática de crimes previstos no art. 121, § 2º, inciso IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, tendo o eminente Magistrado Francisco Rodrigues da Silva, Titular da 4ª Vara Criminal da Capital, recebido o aditamento a denúncia, decretada a prisão preventiva dos acusados e declinado de sua competência para julgamento da demanda;

h) Por fim, ressaltou que prolatou despacho de fl. 1.577, ratificando o longo e bem elaborado despacho do Magistrado da 4ª Vara Criminal, que recebera o aditamento à denúncia, exceto no que tangia ao decreto de prisão preventiva dos denunciados, por já haver sido apreciado e revogado por esta Corte de Justiça, designando data para interrogatórios dos acusados e determinando, ainda, a intimação do Representante do *Parquet* de todo o teor do despacho ratificado.

Não merece abrigo o presente *writ* manejado.

Quanto à alegação de Ilegitimidade Processual do Promotor de Justiça que ofertou o atacado aditamento, é notório que um dos princípios basilares que caracterizam a atuação do Ministério Público é o da Independência Funcional de seus membros, assim como o da Indivisibilidade destes Componentes do Sistema da Justiça ante os preceitos do § 1º, do art. 127, da Carta Magna, sendo, descabida, portanto, a pretensão dos Impetrantes de acolhimento da suscitada ilegitimidade processual.

Ora, com o recebimento do aditamento, toda a instrução será necessariamente refeita, inclusive o parágrafo único do art 384, do CPP, possibilita



a abertura de novo prazo para a apresentação de defesa prévia para aqueles que respondiam inicialmente por outro crime.

Quanto ao paciente, o processo está se iniciando, com a devida instrução, sem nenhuma nulidade.

No que diz respeito ao aditamento da denúncia ter sido feito pelo Promotor de Justiça que atuava junto à 4ª Vara Criminal da Capital, nenhuma irregularidade se apresenta, haja vista que o Ministério Público é uno, indivisível, pelo que não importa quem seja o subscritor da ação penal, conforme inteligência do art. 127, § 1º, da CF.

A esse respeito, trago à colação o seguinte julgado:

‘A Constituição, diferentemente do que faz com os Juízes, tudo em prol dos jurisdicionados, não garante o ‘princípio do promotor natural’. Ao contrário, consagra no § 1º do art. 127 os princípios da ‘unidade’ e da ‘indivisibilidade’ do Ministério Público, dando maior mobilidade à instituição, permitindo avocação e substituição do órgão acusador, tudo, evidentemente nos termos da lei orgânica. No caso concreto, ademais, o promotor natural se deu por impedido. Daí a designação de outro, o denunciante. (STJ, RHC n. 3.061-MT, Sexta Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJU 28.02.1994, p. 2.916)

Registre-se por oportuno, que as denúncias não são oferecidas ou aditadas pelos Representantes do *Parquet* titulares das Varas Criminais, mas sim pela Central de Inquéritos.

Ainda se não bastasse os argumentos expostos, resta demonstrado que o Juízo Coator determinou a intimação do Representante do Órgão Ministerial de todo o teor do despacho ratificado, não havendo, portanto, que se falar em nulidade.

No que tange a alegação dos impetrantes da impossibilidade de aditamento, em virtude de ter ocorrido um pretense arquivamento tácito, em relação ao Paciente Alexandre Lemos, adoto o posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal — Moreira Alves e Maurício Correio, *in verbis*:

‘*Habeas corpus*. Não é o *habeas corpus*, por seus limites estreitos, o meio processual hábil para o exame da alegação de falta de justa causa quando há necessidade de reexame de provas. Improcedência das alegações de ofensa ao Princípio do contraditório, de ocorrência de arquivamento implícito a possibilitar o aditamento da denúncia e de falta de motivação da sentença de pronúncia. *Habeas corpus* indeferido.’

(HC n. 75.852-MG, julgado em 14.04.1998, DJ 08.05.1998, p. 3, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma)

*Habeas corpus*. Estelionato. Concurso de pessoas. Aditamento a denúncia. Inclusão de co-réu em face das provas surgidas em juízo. Inquérito não arquivado. Recebimento do aditamento: fundamentação inegável. Arquivamento implícito: ausência de configuração.

1. (omissis)

2. (omissis)

3. (omissis)

4. Não configura arquivamento implícito do inquérito se o aditamento à denúncia não contraria os requisitos exigidos por lei para o exercício da ação penal (art. 43, inciso III, do CPP)

5. *Habeas corpus* indeferido. (HC n. 74.793-RJ, julgado em 27.07.1996, DJ 29.11.1996, p. 47.158, Relator Ministro Maurício Correia, Segunda Turma)

Em relação ao pedido de trancamento da ação penal, é sabido que tal pleito só é admitido em casos excepcionais, quando as evidências indiquem que o fato não constitui crime, nem mesmo em tese, ou desponte claramente a inocência do acusado e, ainda, quando ocorre a extinção da punibilidade, já que o remédio constitucional não é compatível com o exame aprofundado das provas. Por se tratar de matéria de mérito, a via estreita deste remédio constitucional, não cabe a análise de prova para comprovação ou não do fato imputado.

No caso em tela, a denúncia atribui ao paciente Alexandre Tadeu Rabelo Lemos, participação no ilícito de que versa a exordial.

Satisfazendo a denúncia as exigências do art. 41, do Código de Processo Penal e tendo suporte nas provas colhidas no inquérito, não há que se falar em ausência de justa causa para a ação penal.

Da análise das informações prestadas pelo magistrado a quo e dos demais elementos constantes dos autos, não há como conceder a ordem de *habeas corpus* pleiteada pelo paciente.

Posto isto, o meu voto é no sentido de ser denegada a ordem.” (Fls. 68/73)

Alegam os impetrantes, primeiro, que falta justa causa à deflagração da persecutio criminis, sem fato novo ou prova substancialmente nova, enquanto houve arquivamento implícito do inquérito policial, destacando que “(...) ao oferecer a



denúncia, o Ministério Público do Estado de Pernambuco não incluiu o paciente na acusação por absoluta ausência de indícios de sua participação no homicídio investigado” e que “(...) Ao não incluir o paciente na exordial acusatória, acabou o Ministério Público por opinar tacitamente pelo arquivamento do inquérito policial quanto a ele”. (Fls. 7/8)

É esta a letra do art. 18 do Código de Processo Penal:

“Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”

E esta, a da Súmula n. 524 do Supremo Tribunal Federal:

“Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.”

Do verbo legal e do enunciado do Excelso Pretório, colhem-se duas lições: a de que a lei, ela mesma, condiciona o arquivamento do inquérito policial, que não é obrigatório, a uma decisão judicial, vale dizer, “só se considera o arquivamento ante o despacho do juiz”, repetindo o mui ilustre Ministro Francisco de Assis Toledo, primeira, e o fato de que a prova nova só é exigível quando haja sido acolhido o pedido de arquivamento, não antes de que esse juízo se tenha realizado, segunda.

Na doutrina, leia-se Julio Fabbrini Mirabete:

“Ainda que fique provada a inexistência do fato ou que não se tenha apurado a autoria do ilícito penal, a autoridade policial não pode mandar arquivar o inquérito (art. 17). Tal providência cabe ao juiz, a requerimento do órgão do Ministério Público. Sendo este último destinatário do inquérito policial, deve formular um juízo de valor sobre o seu conteúdo, para avaliar da existência, ou não, de elementos suficientes para fundamentar a acusação. Se não encontrar esses elementos, cumpre-lhe requerer ao juiz o arquivamento do inquérito. Tal requerimento deve ser fundamentado, já que a lei menciona as ‘razões invocadas’ para o arquivamento no art. 28. Pode ocorrer, porém, um pedido implícito de arquivamento, como, por exemplo, na manifestação de que a prova coligida não autoriza estabelecer a participação de um indiciado na prática do crime, ou de que considera o juiz incompetente, recusando-se a oferecer a denúncia.

Nesta última hipótese, discordando o juiz da manifestação do Ministério Público, tem-se recomendado a aplicação, por analogia, do art. 28 do CPP, encaminhando-se os autos ao Procurador-geral para preservar a titularidade da ação penal pública.



Quanto ao pedido de arquivamento implícito em que o Promotor de Justiça deixa de incluir na denúncia algum fato típico ou omite na referida peça o nome do co-autor indiciado, sem expressa declaração das razões pelas quais assim procede, tem-se dito que o despacho do juiz, recebendo a denúncia, acarretaria preclusão processual, impedindo o aditamento da denúncia sem novas provas (Súmula n. 524). Entretanto, como pondera José Antônio Paganella Boschi, como o art. 28 se refere às 'razões' do pedido de arquivamento e o art. 569 permite que as omissões da denúncia ou queixa possam ser supridas a qualquer tempo, tal construção doutrinária não encontra o devido amparo legal. Assim, a preclusão só existe quando houver pedido expresso de arquivamento ou quando for proferida a sentença sem que a tenha aditado o seu prolator até a decisão. Aliás, com a vigência da Constituição de 1988, que determina sejam fundamentadas as decisões judiciais (art. 93, IX e X), afasta-se a possibilidade do reconhecimento de um arquivamento implícito, ou seja, sem requerimento do Ministério Público e sem decisão expressa e fundamentada da autoridade judiciária competente." (*in Processo Penal*, 15ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 101/102)

E recolhe-se na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça os seguintes precedentes:

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Crimes contra a ordem tributária e quadrilha. Aditamento à denúncia. Súmula n. 524-STF. Inaplicabilidade. Ofensa ao princípio do promotor natural. Não-ocorrência. Trancamento de ação penal em curso. Impossibilidade. Ausência de justa causa não demonstrada. Recurso a que se nega provimento.

1. O oferecimento de denúncia em desfavor de alguns dos indiciados ou investigados em inquérito não implica em pedido de arquivamento implícito em relação aos demais, mas tão-somente indica não ter vislumbrado o membro do *Parquet*, naquele momento, a presença de materialidade e indícios suficientes de autoria convergentes para os não-denunciados.

2. Pode o Ministério Público aditar a denúncia, até a sentença, incluindo co-réu no rol dos denunciados, à luz do art. 569 do CPP, desde que presentes os requisitos do art. 41 do diploma adjetivo penal.

3. Não há falar em ofensa ao princípio do promotor natural apenas pelo fato de ser o subscritor do aditamento à denúncia diverso do signatário da inicial acusatória, sendo necessária a demonstração inequívoca de 'lesão ao exercício pleno e independente das atribuições do *Parquet*' ou 'possível manipulação casuística ou designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça a deixar entrever a figura do acusador de exceção',



o que não se verifica *in casu*. (HC n. 12.616-MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 05.03.2001, p. 241)

4. O trancamento da ação penal por esta via justifica-se somente quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, o que não ocorre na hipótese dos autos. Precedentes.

5. Recurso a que se nega provimento.” (RHC n. 17.231-PE, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, *in* DJ 10.10.2005, nossos os grifos)

“Penal. Processual. Peculato. Arquivamento. Justa causa. Trancamento. *Habeas corpus*. Recurso.

1. O silêncio do Ministério Público em relação a acusados cujos nomes só aparecem depois em aditamento à denúncia não implica em arquivamento quanto a eles. Só se considera arquivado o processo com o Despacho da autoridade judiciária. (CPP art. 18)

2. Adicionar numa denúncia nomes de pessoas imputando-lhes co-autoria de crime sem descrever sequer de forma sucinta a conduta delitiva atribuída aos acusados, inviabilizando, portanto, a avaliação correta da existência ou não de um crime em tese a apurar, configura evidente constrangimento ilegal, reparável por *habeas corpus*.

3. ‘*Habeas corpus* recebido como Substitutivo de Recurso Ordinário; ordem concedida para trancar a ação penal por falta de justa causa.’ (HC n. 1.268-SP, Relator Ministro Edson Vidigal, *in* DJ 14.09.1992, nossos os grifos)

Outro não foi, neste ponto, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Jair Brandão de Souza Meira:

“Com efeito, prescreve a Súmula n. 524-STF: ‘Arquivado o inquérito policial, por despacho do Juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.’ (Sem grifos no original)

E os impetrantes fundam-se nesse preceito, para defender a tese da impossibilidade, no caso concreto, do aditamento à denúncia, com a consequente abertura de ação penal contra o ora paciente.

Interpretando o mandamento, tem-se que, arquivado o inquérito, embora essa decisão não produza coisa julgada, pois tomada *rebus sic stantibus*, somente poderá a autoridade policial efetuar novas diligências a respeito do fato que foi objeto do procedimento arquivado diante da notícia da existência de novas provas.

Entretanto, só se considera arquivado o inquérito com o despacho do Juiz, ante o requerimento do órgão do Ministério Público. Certo é que pode haver também pedido implícito, quando o representante ministerial deixa de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados, sem expressa manifestação ou justificação nesse sentido.

Igualmente, há pedido implícito com a declaração expressa de que a prova coligida não autoriza a denúncia contra um dos indiciados ou por um dos delitos a ele imputado requerer diligência a respeito e, ainda, quando o Ministério Público não oferece denúncia por entender que o Juízo é incompetente, hipótese em que deverá ser aplicado o art. 28 do Código de Processo Penal.

Há que se registrar, porém, que em todas as hipóteses, seja o pedido explícito ou implícito, o arquivamento dependerá de despacho da autoridade judiciária, ou seja, somente se considera efetivado com o referido despacho.

No caso em exame, embora o *Parquet* tenha se quedado silente quanto ao ora paciente, não o incluindo na prefacial acusatória, o que poderia implicar em arquivamento implícito, não vejo evidenciada essa figura, pois não houve despacho do Juízo nesse sentido.

Nesse sentido, a jurisprudência desse egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Penal. Processual. Peculato. Arquivamento. Justa causa. Trancamento. *Habeas corpus*. Recurso.

1. O silêncio do ministério público em relação aos acusados cujos nomes só aparecem depois em aditamento a denúncia não implica em arquivamento quanto a eles. Só se considera arquivado o processo com o despacho da autoridade judiciária. (CPP art. 18)

2. Adicionar numa denúncia nomes de pessoas imputando-lhes co-autoria de crime sem descrever sequer de forma sucinta a conduta delitiva atribuída aos acusados, inviabilizando, portanto, a avaliação correta da existência ou não de um crime em tese a apurar, configura evidente constrangimento ilegal, reparável por *habeas corpus*.

3. *Habeas corpus* recebido como substitutivo de recurso ordinário; ordem concedida para trancar a ação penal por falta de justa causa. (HC n. 1.268-SP; DJ 14.09.1992; p. 14.979; Relator Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma). (Sem destaque no original)



Por outro lado, como é sabido, a denúncia é uma peça suscetível de modificação pelo seu autor, o dominus lictis, e, no caminhar da respectiva ação penal podem surgir situações que levem à alteração da dita peça. *In casu*, entendeu o Ministério Público requerer a inclusão de Alexandre Tadeu Rabelo Lemos na denúncia, pretensão acatada pelo Magistrado, obedecidas as formalidades penais pertinentes.

O aditamento sobreveio ao encerramento da instrução probatória, quando tornou-se evidente o envolvimento do ora paciente na ação delitativa, justificando-se plenamente o aditamento à denúncia, salientando, mais uma vez, que em nenhum momento foi determinado o arquivamento do inquérito.

Afastada, pois, a incidência da Súmula n. 524 do Pretório excelso, bem como do art. 43, inciso III, parte final, do Código de Processo Penal, invocados pela impetração.” (Fls. 87/89)

Em inexistindo, com efeito, arquivamento do inquérito, cabível, à luz dos arts. 384 e 569 do Código de Processo Penal, o aditamento da acusatória inicial, antes de editada a sentença final, para inclusão de co-réu, dê que ajustada ao art. 41 do Código de Processo Penal, estatuto da sua validade, questão essa não objeto do presente pedido de *habeas corpus*.

Passo seguinte, em qualquer fase do processo, o Juiz, reconhecendo a sua incompetência, há de declará-la, remetendo os autos da ação penal ao Juízo competente, previamente intimadas as partes, por cabível recurso em sentido estrito.

No Juízo competente, admitida a declinatória, prosseguirá o processo, com a ratificação, quanto aos fatos criminosos, e retificação, quanto à sua classificação jurídica, da denúncia, e seu aditamento, se for o caso, pelo Ministério Público, seguindo-se, após o recebimento do aditamento eventual, a ratificação dos atos processuais não decisórios, incluídamente, o recebimento da denúncia, como é da letra dos arts. 108, § 1º, 581, inciso II, e 567, todos do Código de Processo Penal, *verbis*:

“Art. 108. (...)

§ 1º Se, ouvido o Ministério Público, for aceita a declinatória, o feito será remetido ao juízo competente, onde, ratificados os atos anteriores, o processo prosseguirá.”

“Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

(...)

II - que concluir pela incompetência do juízo”

“Art. 567. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.”

Assim, o aditamento, enquanto fato acrescido à denúncia, e o seu recebimento, enquanto despacho judicial, ressentem-se da atribuição do membro do Ministério Público, o primeiro, e da competência do Juiz, o segundo, o que produz a sua nulidade, a que, a meu juízo, não servem de sanatória o recebimento da denúncia pelo Juízo do Júri, nem a intimação posterior do membro do Ministério Público com atribuição, por função do indisponível *due process of law*.

Por fim, não desconheço o precedente do Excelso Supremo Tribunal Federal, citado pelo Ministério Público Federal, no sentido da rejeição do princípio do Promotor Natural (HC n. 67.759-RJ, Relator Ministro Celso de Mello, *in* DJ 1<sup>a</sup>.07.1993), mas sigo afirmando a garantia constitucional do Promotor Natural, em nada me contrapondo, nesse passo, à jurisprudência desta Corte (RHC n. 16.144-MA, da minha Relatoria, DJ 25.04.2005, e RHC n. 11.821-DF, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 18.11.2002), nem substancial doutrina.

Ouçá-se, a propósito, Paulo Rangel:

“O Promotor Natural, assim, é garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) de ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado Promotor de encomenda para esse ou aquele caso.

(...)

O princípio está expresso na sistemática constitucional vigente, pois, se não haverá juiz ou Tribunal de exceção e se ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (cf. art. 5<sup>o</sup>, XXXVII e LIII, respectivamente, da CRFB) é porque o promotor de justiça (ou Procurador da República) que funciona junto ao juízo ou vara respectiva tem que estar, previamente, investido das atribuições inerentes àquele órgão de execução”.

(...)

A ação penal é privativa do Ministério Público (art. 129, I, da Carta Magna); portanto, o indivíduo tem a garantia de somente ser processado pelo órgão do Ministério Público com a atribuição delimitada em lei. Não basta ser o Ministério Público, mas sim, e, necessariamente, seu órgão de



execução (art. 7º, IV, da Lei n. 8.625/1993) com o atributo previsto em lei para a prática do ato: atribuição.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em sua excelente obra denominada O Ministério Público no Processo Civil e Penal, define, com a elegância que lhe é peculiar, o princípio do Promotor Natural. Diz o mestre:

O princípio do promotor natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá officiar no processo correspondente, salvo as exceções previstas em lei, vedado, em qualquer hipótese, o exercício das funções por pessoas estranhas aos quadros do *Parquet*. (Rio de Janeiro: Forense, 5 ed., p. 51)

O princípio, assim, é inerente ao devido processo legal, pois não se admite que alguém seja privado de sua liberdade e/ou de seus bens sem que o órgão responsável pela acusação tenha a garantia de fazê-lo com independência necessária para repelir toda e qualquer ingerência indevida à sua atuação.” (in *Direito Processo Penal*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 34/35)

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus*, para declarar nulo o aditamento à denúncia, o seu recebimento e a sua ratificação, determinando que se abra vista ao Ministério Público, com atribuição na Vara do Júri, para que se manifeste como entender de direito.

É o voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 46.854-SP (2005/0134145-5)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Carlos Jacinto Pellegrino — Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Sidney Marcelino de Oliveira (preso)

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Roubo com emprego de arma de brinquedo. Aumento de pena. Revogação da Súmula n. 174-STJ.

1. O emprego de arma de brinquedo não caracteriza a causa de aumento prevista no § 2º, inciso I do art. 157 do Código Penal.

2. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República, constitui-se em condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

3. A imposição de regime mais gravoso, entre os admitidos em lei, requisita, necessariamente, fundamentação específica (Constituição Federal, art. 93, inciso XI).

4. “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” (Súmula do STF, Enunciado n. 718)

5. “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.” (Súmula do STF, Enunciado n. 719)

6. Ordem concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* e, de ofício, corrigir o regime inicial de cumprimento da pena para o semi-aberto, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 4 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJ 04.09.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, improvendo o apelo de Sidney Marcelino

de Oliveira, manteve a sentença que o condenou como incurso nas penas do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, não obstante o emprego de arma de brinquedo, em acórdão assim ementado:

“Roubo. Prova. Suficiência. Condenação mantida.

Suficiente o acervo probatório composto por prova oral incriminadora, de rigor a manutenção do decreto condenatório.

Roubo. Arma de brinquedo. Incidência da qualificadora. Entendimento.

A utilização de arma de brinquedo, no roubo, se presta a qualificá-lo, vez que tem caráter intimidativo sobre a vítima que desconhece tal circunstância, a qual vê diminuída sua capacidade de resistir.

Roubo. Momento consumativo. Entendimento.

O entendimento jurisprudencial que vem predominando, inclusive no Pretório Excelso tem como consumado o roubo, tão-só, pela subtração dos bens da vítimas, mediante violência ou grave ameaça, ainda que, em ato contínuo, de imediato, o próprio ofendido detenha o agente e recupere a ‘res’.

Roubo qualificado. Regime prisional fechado. Entendimento.

Em se tratando de roubo qualificado, a opção pelo regime fechado mostra-se mais adequada, posto que se enfrenta delito que causa grande abalo ao corpo social, apresentando-se, na atualidade, como maior fonte de sua inquietação.” (Fl. 26)

Alega o impetrante que “(...) a condenação do réu, por crime de roubo qualificado por emprego de arma de brinquedo, tornou-se, *data venia*, constrangimento ilegal.” (Fl. 3)

Sem pedido liminar e informações prestadas. (Fls. 42/77)

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem, em parecer assim sumariado:

“*Habeas corpus*. Roubo qualificado pelo uso de arma de brinquedo. Impossibilidade. Decisão em contraposição ao posicionamento do Tribunal Superior de Justiça. Precedentes. Parecer pelo deferimento.”

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, concedo a ordem de *habeas corpus* impetrada.



A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, cancelando o Enunciado n. 174 de sua Súmula, firmou entendimento em que a utilização de arma de brinquedo pelo roubador não caracteriza a causa de aumento inserta no § 2º do inciso I do art. 157 do Código Penal.

A propósito, por todos:

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Revisão criminal. Cabimento. Arts. 621 e 623 do CPP Art. 157, § 2º, I, do Código Penal. Roubo. Consumação. Majoração. Tentativa. Pena. Aplicação. Majoração. Arma de brinquedo. Impossibilidade.

I - Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que ele saia da esfera da vigilância do antigo possuidor, bastando que cesse a ‘clandestinidade ou a violência’. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

II - O emprego de arma de brinquedo não acarreta a incidência da majorante do § 2º, inciso I do art. 157 do Código Penal, dado o cancelamento da Súmula n. 174-STJ. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

Recurso parcialmente conhecido e, nesse ponto, provido.” (REsp n. 688.437-SP, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 30.05.2005, nossos os grifos)

*In casu*, outra foi a conclusão do acórdão impugnado, tal qual se recolhe no seguinte trecho:

“De outra parte, não há falar-se no afastamento da qualificadora do emprego de arma, sob o fundamento de que não era verdadeira. (‘laudo de fls. 47/48)

Com efeito, a utilização de arma de brinquedo, no roubo, se presta a qualificá-lo, vez que tem caráter intimidativo sobre a vítima que desconhece a circunstância, e vê diminuída sua capacidade de resistir.” (Fl. 29)

Assim, faz-se imperativo que se exclua o *quantum* correspondente à causa de aumento de pena.

Outrossim, cabe concessão de *habeas corpus* de ofício, para estabelecer o regime semi-aberto como inicial de cumprimento de privativa de liberdade, pois fixado regime mais grave dentre os cabíveis, por só função da gravidade abstrata do delito.

Confira-se o acórdão impugnado:

“Fica mantido, por fim, o regime fechado.

Isto porque, dado o crescente aumento da criminalidade violenta, a tranqüilidade e a segurança do corpo social devem ser resguardadas, não se olvidando que a hipótese dos autos — roubo qualificado pelo emprego de



arma —, denota maior periculosidade do agente e até falta de desvelo para com a integridade física de outrem e a própria vida humana.” (Fls. 30/31)

Pelo exposto, concedo a ordem, para estabelecer a resposta penal em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, como incurso na sanção do art. 157 do Código Penal. Outrossim, concedo *habeas corpus* de ofício para fixar o regime semi-aberto como inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

É o voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 54.705-RJ (2006/0033078-6)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Rosane Reis Lavigne — Defensora Pública

Impetrada: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Robson Serra Nunes (preso)

#### **EMENTA**

Roubo (figuras qualificadas). Pena-base (aumento além do mínimo). Maus antecedentes (condenação transitada em julgado). Presunção de não-culpabilidade (caso). Duas majorantes (exasperação da pena). Fundamentação (necessidade). Regime de cumprimento (fechado/semi-aberto).

1. O processo criminal em curso não é considerado antecedente criminal em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição.

2. A mera presença de pluralidade de majorantes no crime de roubo, por si só, não conduz ao aumento da pena além do mínimo, sem que seja fundamentada a necessidade da exasperação.

3. O juiz estabelecerá o regime inicial de cumprimento de pena, levando em conta, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, as circunstâncias previstas no art. 59.

4. Tratando-se de paciente primário e possuidor de bons antecedentes, tem o apenado direito a iniciar o cumprimento da pena no regime legalmente adequado.

5. Ordem concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 30 de maio de 2006 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

---

DJ 30.10.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Tomo por relatório o do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral Wagner Gonçalves, nestes termos:

“1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensora Pública Roseane Reis Lavigne, em favor de Robson Serra Nunes, combatendo acórdão unânime, da egrégia Sexta Câmara Criminal do TJ-RJ (fls. 30/34), que negou provimento ao apelo da defesa, corrigindo, no entanto, erro material constante da sentença (fls. 13/19), no que tange às majorações implementadas nas penas-base, o que resultou na redução do *quantum* total, fixado em 9 (nove) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias-multa e ao pagamento de 21 dias-multa, para 8 (oito) anos e 7 (sete) dias de reclusão e ao pagamento de 19 (dezenove) dias-multa.

2. Insurge-se a impetrante contra o decreto condenatório ratificado pelo acórdão proferido em grau de apelação, no qual restou estabelecido que a elevação da pena-base encontrava-se devidamente justificada em razão do paciente ostentar outra condenação por crime de roubo. Sustenta que o paciente é tecnicamente primário, uma vez que a outra sentença condenatória ainda não transitou em julgado, razão pela qual entende que não deve prosperar tal decisão, em face do princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5º, inciso LVII, da CF/1988.

3. Além disso, a impetrante defende que o aumento de 3/8 para as qualificadoras foi ratificado sem a devida fundamentação, limitando-se os Eméritos Julgadores ‘a delinear a configuração das 2 qualificadoras bem como as supostas circunstâncias em que o injusto foi perpetrado, sem trazer



a lume qualquer elemento em concreto hábil a justificar a transposição do patamar mínimo legal'. (Fl. 8 de 1/3)

4. Por último, acrescenta que, com a redução da pena 'far-se-á necessário adequar o regime prisional para inicial cumprimento da pena, nos moldes do art. 33 do Código Penal.' (Fl. 10)

5. Pugna pelo estabelecimento da pena-base no mínimo legal, bem como das qualificadoras, 'haja vista a ausência de elementos aptos a embasarem eventual gravame' (*ibidem*)."

Em conclusão, o parecer foi pela denegação da ordem, tendo sido assim ementado:

"HC. Roubo com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes. Pena-base acima do mínimo legal justificada. Adequada análise das circunstâncias judiciais. Maus antecedentes. Majoração resultante da incidência de duas qualificadoras. Mudança de regime desautorizado. Hipótese de indeferimento.

1. Inexiste constrangimento ilegal na aplicação da pena-base acima do mínimo legal, se ao paciente — condenado por roubo duplamente qualificado, transitado em julgado —, foi reconhecido expressamente possuir maus antecedentes, consistente em outra condenação por crime de roubo.

2. Igualmente, não se verifica ilegalidade na exasperação da reprimenda pela evidência de duas majorantes — concurso de agentes e emprego de arma de fogo — eis que, tratando-se de causas especiais de aumento de pena, admite-se a dupla valoração e a exasperação em até a metade, nos termos da previsão legal.

3. Apesar da aplicação da pena-base e a fixação do regime prisional inicial terem por base os mesmos critérios, objetivam desígnios distintos: no primeiro caso, vela-se unicamente pela dosagem da reprimenda; enquanto que, no segundo, pela reeducação do agente e pela segurança da sociedade.

4. Pelo indeferimento do *writ*."

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Dispôs assim a sentença no tocante à pena privativa de liberdade e ao regime de seu cumprimento:

"Quanto ao acusado Robson Serra Nunes:

Considerando que o réu já foi condenado anteriormente pela prática do crime de roubo, ostentando maus antecedentes, merece a sanção penal ser exacerbada. Assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal, mais especificamente em 5 (cinco) anos de reclusão e dias-multa à razão do mínimo legal. Em nova operação, majoro a pena em 3/8 (três oitavos) pela incidência de duas qualificadoras, alcançando a pena o total de [6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias]. Considerando o reconhecimento do concurso formal, aumento a reprimenda em 1/6 (hum sexto) levando em consideração que dois patrimônios foram vulnerados pela ação criminosa, acomodando a resposta penal em 9 (nove) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa à razão do mínimo legal. Torno-a definitiva na ausência de outras circunstâncias que possam influir na dosimetria da pena.

E, na forma do art. 33, § 3º, do CP, levando-se em consideração que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado, a pena deverá ser cumprida em regime fechado.”

Nesse particular, estabeleceu o acórdão da apelação:

“O pedido de redução do aumento impulsionado nas penas-base, a título das qualificadoras, não é de ser acolhido. Assim é porque a aplicação do aumento mínimo por duas qualificadoras, como pretende a Defesa, importa em se dar tratamento desproporcional e desigual ao agente que, cometendo também um crime de roubo, o faça apenas com uma das cinco causas especiais de aumento de penas. Ao se admitir o aumento mínimo, de 1/3 (um terço), com a presença de mais de uma qualificadora, estar-se-á ferindo, claramente, os princípios da proporcionalidade e da individualização das penas. Além disso, o aumento de 1/3 (um terço) é reservado à hipótese em que esteja presente apenas uma das qualificadoras elencadas no § 2º do art. 157 da Lei Penal. Não há sentido de, em havendo mais de uma qualificadora, se majorar as penas-base em apenas 1/3 (um terço), desprezando as demais como se elas não existissem e transformando as palavras da lei em um amontoado de letras mortas. E mais: se fosse essa a intenção do legislador, não haveria necessidade de se ter estabelecido os patamares mínimo e máximo de aumento pelas qualificadoras. Bastaria, à evidência, a previsão de aumento por patamar único, independentemente do número de qualificadoras. No entanto, o legislador não quis assim. Em razão disso, é de se manter o aumento aplicado na sentença de 3/8 (três-oitavos), que é o que se amolda à presença de duas qualificadoras e às circunstâncias em que o delito foi perpetrado.



Por outro lado, é de se consignar que a sentença recorrida se acha convenientemente fundamentada, com precisa análise e valoração das provas constantes dos autos.

De outro lado, as penas-base, fixadas um pouco acima dos mínimos legais, estão devidamente justificadas, especialmente porque os apelantes já ostentam condenação por crime de roubo. (Fl. 129)

É, no entanto, de se corrigir erro material constante da sentença, no que tange às majorações implementadas nas penas-base. Consideradas estas penas (5 anos de reclusão e 13 dias-multa), o aumento de 3/8 (três oitavos) pelas qualificadoras, e o de 1/6 (um sexto) pelo concurso formal de crimes, as reprimendas ficam acomodadas em 8 (oito) anos e 7 (sete) dias de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa.”

Dito isso, três pontos — importantes, a meu juízo — levam-me a conceder a ordem. Primeiro, quanto ao aumento da pena-base; segundo, quanto à exasperação da pena pelo reconhecimento de duas majorantes; terceiro, quanto ao regime de cumprimento da pena. Enfrentemo-los, pois, um a um.

2. Na fixação da pena-base, não poderia a autoridade que prolatou a sentença ter considerado que o réu ostentava maus antecedentes se, ao tempo do cometimento do delito, não contava ele com nenhuma condenação transitada em julgado. Tanto é assim que nada foi computado em sua pena a título de reincidência.

A propósito, o Superior Tribunal firmou o entendimento de que, em razão do princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, não configura maus antecedentes a existência de processos criminais não-findos. Ora, se as condenações se tornaram definitivas após o cometimento do crime que veio a lume nestes autos — e, pelo visto, após a respectiva condenação —, não conta o paciente com maus antecedentes. Nesse sentido, os seguintes julgados da 5ª e Sexta Turmas:

“Penal. Recurso especial. Art. 213, do Código Penal. Estupro. Forma simples. Crime hediondo. Progressão de regime. Processos em curso. Maus antecedentes.

(...)

II - Em respeito ao princípio da presunção da inocência, a simples existência de inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, para exacerbação da pena-base. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ)

Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 663.659, Ministro Felix Fischer, DJ 16.11.2004)

“Criminal. Estelionato. Majoração da pena-base acima do mínimo. Consideração de inquéritos e processos não findos como maus antecedentes. Impossibilidade. Ausência de comprovação de autoria. Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. Fundamentos não impugnados. Súmula n. 283-STF

(...)

3. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça referente à impossibilidade de, em respeito ao princípio da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), inquéritos e processos em andamento serem considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base.

4. ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.’ (Súmula do STF, Enunciado n. 283)

5. Recurso não conhecido.” (REsp n. 278.187, Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 27.08.2001)

3. É de ver, ainda, que a sentença majorou a pena no percentual de 3/8 (três oitavos) pela existência de duas qualificadoras, baseando-se apenas em raciocínio aritmético. Não foi apresentada nenhuma motivação para a exasperação nesse patamar.

Ora, o simples fato de haver pluralidade de majorantes, por si só, não justifica o aumento da pena além do mínimo, sem que seja fundamentada a sua necessidade.

Veja-se a jurisprudência da Casa a respeito de casos assemelhados ao presente, por exemplo, o HC n. 43.898 (DJ 17.10.2005), de minha relatoria, e o HC n. 43.423 (DJ 13.03.2006), de relatoria do Ministro Quaglia Barbosa:

“Roubo (dupla qualificação). Pena (aumento além do mínimo). Juridicamente, não é possível tal aumento quando efetuado somente pelo fato de se tratar de roubo duplamente qualificado. Precedentes do STJ. *Habeas corpus* deferido.”

“*Habeas corpus*. Roubo duplamente qualificado. Exasperação. Causas de aumento da pena. Ausência de fundamentação. Constrangimento ilegal configurado.



1. A presença de duas causas de aumento de pena no crime de roubo não gera automaticamente a majoração da pena acima do mínimo previsto no art. 157, § 2º, do CP, necessitando de concreta fundamentação.

2. Ordem concedida de ofício para reduzir o índice de aumento da pena-base para 1/3 (um terço).”

4. Do exposto, em vez de sugerir à Turma que anule a sentença (e também o acórdão) na parte atinente à fixação da pena privativa de liberdade, proponho, desde logo, ajustá-la, a pena, ao que ora ficou reconhecido: I - a pena-base não há de ser aumentada, porquanto não há maus antecedentes e II - a dupla qualificação do roubo não autoriza o aumento da pena além do mínimo sem que, para tanto, haja fundamentação idônea. Em consequência, há também de ser ajustado o regime de cumprimento da pena diante do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

Proponho, então, seja fixada a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, aumentada de um terço — porque, na origem, não se justificou o aumento além do mínimo —, o que perfaz a pena provisória de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. O reconhecimento do concurso formal leva ao aumento da pena de um dos crimes na proporção de 1/6 (um sexto). Assim, proponho seja a pena fixada definitivamente em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

À vista da pena fixada, possível é, juridicamente, o estabelecimento do regime semi-aberto para o cumprimento da pena. Ora, se o regime de cumprimento de pena deve levar em conta as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não havendo antecedentes capazes de aumentar a pena-base, tem o apenado o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime legalmente adequado. Afinal, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Sobre o tema já me pronunciei, tendo escrito a seguinte ementa para o HC n. 36.112 (DJ 16.08.2004):

“Pena privativa de liberdade (cumprimento). Regimes (fechado/semi-aberto). Roubo (figuras qualificadas).

1. Quando da fixação da pena, o juiz estabelecerá o regime inicial de cumprimento de pena, levando em conta, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, as circunstâncias previstas no art. 59.

2. Quando as circunstâncias forem favoráveis ao réu, não é lícito ao juiz estabelecer regime pior, tomando em consideração a natureza do crime praticado.



3. Tratando-se de réu primário e de bons antecedentes, daí ter o próprio juiz fixado a pena no seu mínimo, tem o condenado direito a iniciar o cumprimento da pena no regime legalmente adequado.

4. Precedentes do STJ.

5. *Habeas corpus* deferido.”

5. Tal o contexto, concedo a ordem a fim de fixar, em definitivo, a reclusão em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias, em regime semi-aberto, bem como a multa em 15 (quinze) dias-multa.

---

#### **RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 12.690-PR (2002/0046598-2)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Antônio Pellizzetti

Advogado: Antônio Pellizzetti

Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná

Paciente: Olívio Pelentir

#### **EMENTA**

Recurso em *habeas corpus*. Roubo qualificado. Processo Penal. Arguição de deficiência de defesa técnica na fase de alegações finais. Desídia do advogado constituído. Réu foragido. Nomeação de defensor dativo para a prática do ato. Não apreciação das razões finais ofertadas, fora do prazo, por patrono constituído. Contraditório e ampla defesa assegurados. Prejuízo não demonstrado. Aplicação da Súmula n. 523-STF. Indeferimento do pedido de reinquirição de testemunhas. Alegação de cerceamento de defesa. Improcedência. Nulidade da audiência de oitiva de testemunhas de acusação. Não demonstração. Recurso desprovido.

1. A designação de defensor dativo para a apresentação das alegações finais se deu em virtude de o advogado constituído ter permanecido inerte diante das intimações procedidas pelo Juízo de origem e, notadamente, em razão da impossibilidade de ciência do réu para constituir novo defensor, por se encontrar foragido.



2. A teor do contido na Súmula n. 523-STF, não se comprovando o efetivo prejuízo à defesa, não há como acolher a tese de deficiência de defesa técnica, principalmente no caso, em que se constata o desempenho satisfatório do defensor dativo, que desenvolveu fundamentada argumentação procurando demonstrar a inexistência de provas que autorizassem a condenação do recorrente.

3. O deferimento de diligências na fase do art. 499 do Código de Processo Penal está condicionado à avaliação de sua conveniência, cabendo ao julgador aferir, em cada caso concreto, dentro da esfera de discricionariedade, a real necessidade de sua realização para a formação de sua convicção, não consubstanciando cerceamento de defesa o seu indeferimento, nulidade, ademais, se ocorrente, também de caráter relativo, que deve ser argüida *opportuno tempore*, sob pena de preclusão.

4. No que diz respeito à nulidade decorrente da realização de audiência de inquirição das testemunhas de acusação sem que fosse “assegurada ao paciente a presença, ainda que irregular, de seu defensor constituído nos autos”, trata-se de matéria que não foi examinada pelo Tribunal de origem, não podendo esta Corte enfrentá-la, sob pena de supressão de instância.

5. Recurso de *habeas corpus* conhecido em parte, mas desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 6 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

---

DJ 26.02.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso ordinário interposto por Olívio Pelentir, condenado como incurso no art. 157, § 2º, I, II e III, do Código

Penal, a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, contra acórdão do extinto Tribunal de Alçada do Paraná que denegou o *writ* ali manejado.

Pretende o recorrente, em síntese, a decretação de nulidade do processo a partir da denúncia, por violação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, decorrente da deficiência técnica das alegações finais formuladas por defensor dativo, bem como pela realização da audiência de inquirição das testemunhas de acusação sem a presença do advogado constituído, e, por fim, em razão do indeferimento do pedido de ouvida de uma nova testemunha e de reinquirição das de acusação na fase do art. 499 do Código de Processo Penal.

Os autos foram a mim redistribuídos em razão da aposentadoria do Ministro Fontes de Alencar.

Prestadas as informações solicitadas à origem, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não vejo como acolher a irresignação.

Adoto, como razão de decidir, os fundamentos do parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria das Mercês de C. Gordilho Aras, nos seguintes termos:

“Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão prolatado pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que denegou *writ* ali ajuizado em benefício de Olívio Pelentir.

Colhe-se do *in folio* que, nos autos da Ação Penal n. 42/1999, foi o ora paciente condenado pelo Juízo de Direito da Vara Criminal de Matinhos-PR à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, bem como à multa pecuniária de 90 (noventa) unidades diárias, pela prática do crime de roubo qualificado, capitulado no art. 157, § 2º, incisos I, II e III, do Código Penal. (v. sentença condenatória de fls. 59/73)

Não obstante haver sido o advogado constituído pelo réu devidamente intimado para a apresentação das alegações finais, deixou de fazê-lo, no prazo de lei, motivo pelo qual lhe foi nomeado defensor dativo para o oferecimento daquela peça processual. Por isso, quando da prolação da sentença,



o magistrado deixou de apreciar as derradeiras razões posteriormente ofertadas pelo patrono eleito, considerando-as intempestivas e levou em conta as que foram ofertadas pelo causídico designado para a defesa do acusado.

Irresignado, o ora recorrente impetrou o *Habeas Corpus* n. 0187233-3 em face do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, postulando a declaração de nulidade do processo-crime sob o fundamento de ausência do contraditório, com o conseqüente cerceamento de defesa. (Fls. 2/16)

A ordem foi, porém, denegada pela Primeira Câmara Criminal daquela Corte sob o argumento de pretender a defesa se utilizar do remédio heróico como sucedâneo do recurso de apelação. O Tribunal a quo ainda concluiu pela inexistência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, salientando, nesse ponto, a preclusão da matéria referente ao indeferimento da ouvida de testemunhas na fase do art. 499 do Código de Processo Penal. Também considerou acertado o posicionamento do Julgador Singular, ao apreciar as alegações finais do defensor dativo, deixando de fazê-lo no que tange ao advogado constituído pelo réu, não apresentadas dentro do prazo legal.

Por meio do presente recurso ordinário em *habeas corpus*, pretende o ora recorrente ver anulada toda a Ação Penal n. 42/1999, da Comarca de Matinhos-PR, ou a sentença condenatória proferida, aduzindo a ocorrência de cerceamento de defesa, haja vista não terem sido objeto de apreciação as alegações finais por ele oferecidas, nem lhe haver sido assegurada, tampouco, a oportunidade de se fazer presente à audiência de ouvida dos testigos de acusação, seguindo-se o indeferimento do pleito defensivo de reinquirição de testemunhas, por ocasião do prazo do art. 499 do Código de Processo Penal.

São estes, em síntese, os fatos.

A presente súplica não merece provimento.

Ainda que devidamente intimado, por duas vezes, para apresentar as alegações finais defensivas, no curso da Ação Penal n. 42/1999, o patrono do ora recorrente deixou de fazê-lo no prazo legal e mesmo após o seu decurso, tendo o magistrado, por isso, nomeado defensor dativo, de molde a garantir ao réu, foragido, o contraditório e a ampla defesa.

Acerca do tema, esse Augusto Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado pela ausência de nulidade da nomeação de defensor dativo para a apresentação das alegações finais, nas situações em que o advogado constituído deixa de oferecê-las, mormente estando o réu foragido, sem

condições de ser notificado para a escolha de novo patrono. É o quanto se depreende das ementas a seguir transcritas:

“Ementa (parcial): recurso ordinário. Nomeação de defensor dativo a réu foragido, cujo patrono constituído omitiu-se na apresentação das alegações finais, apesar de regularmente intimado. Ausência de nulidade.

(...)

Recurso Desprovido.” (STJ, RHC n. 9.146, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU 22.11.1999). Grifamos.

“Ementa: Processo Penal. Roubo. Nulidade. Inocorrência. Efeito suspensivo. Recurso especial. Permanência do réu em liberdade. Impossibilidade.

Se o Defensor constituído, sem renúncia do mandato, se mostra inerte, apesar de intimado, a nomeação do Defensor Dativo para substituí-lo na fase de alegações finais não acarreta, de pronto, nulidade.

Esgotadas as instâncias ordinárias, nada impede a execução provisória da decisão condenatória.

Ordem denegada.” (STJ, HC n. 19.129, Relator: Ministro Jorge Scartezzini, DJU 18.11.2002). Os grifos não são do original.

Por outra parte, como de ciência correntia, no processo penal, só se declara nulidade da espécie relativa como a de que ora se cuida, se ficar demonstrada a efetiva ocorrência de prejuízo para o acusado. É o que se vê dos seguintes julgados dessa Augusta Corte de Justiça:

“Ementa: Processo Penal. Alegações finais. Nomeação de defensor dativo para apresentar alegações finais, em virtude da omissão do defensor constituído. Nulidade inócurrenente. Inexistência de prejuízo. Não há direito subjetivo ao benefício de aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do júri (art. 408, § 2º, do CPP).

Recurso improvido.” (STJ, RHC n. 678, Relator Ministro Paulo Costa Leite, DJU 06.08.1990). Grifamos

“Ementa: Processual Penal. *Habeas corpus*. Apresentação de alegações finais. Alegação de defesa deficiente em razão de substituição de defensor público por advogado dativo. Nulidade. Ausência de demonstração. Em tema de nulidades no Processo Penal, é dogma fundamental a assertiva de que não se declara a nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não



houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

A ausência ou deficiência de defesa, susceptível de dar causa à nulidade do processo, deve ser suficientemente demonstrada, com objetiva indicação do prejuízo, não merecendo acolhida na hipótese em que o réu foi assistido por defensor dativo.

Inteligência da Súmula n. 523-STE

Recurso ordinário desprovido.” (STJ, RHC n. 11.081, Relator Ministro Vicente Leal, DJU 10.09.2001)

Assim também o patrocínio apontado como insuficiente só macula o processo se houver a demonstração de prejuízo, orientação esta que tem sede, inclusive, na Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor:

‘No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.’

Nessa mesma esteira, vem se pronunciando esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante é possível verificar dos arestos de seguintes ementas parciais:

“Ementa: HC. Defensor dativo. Defesa deficiente. Nulidade. Inexistência. Crime de tráfico. Associação. Configuração. Art. 14 da Lei n. 6.368/1976 c.c. o art. 8º da Lei n. 8.072/1990. Dosimetria da pena. Reexame de prova. Inviabilidade.

A ausência de defesa vicia o processo penal de nulidade absoluta, mas sua deficiência só é acatada se houver prova de prejuízo para o réu.

(...)

Ordem denegada.” (STJ, HC n. 6.116, unânime, decisão de 02.12.1997, Quinta Turma, Relator: Ministro Cid Flaquer Scartezini). Os grifos não são do original.

“Ementa: Processo Penal. *Habeas corpus*. Legitimidade do ministério público. Ação penal pública condicionada à representação. Exame de prova. Inadmissibilidade. Deficiência da defesa. Prova do prejuízo.

(...)

A falta de defesa e a defesa deficiente são situações distintas. Nesta, a nulidade processual está condicionada à demonstração do efetivo prejuízo, segundo o *canon pas de nullite sans grief*. Naquela, o prejuízo é presumido pela lei. exegese que se extrai da Súmula n. 523-STF

(...)

Recurso Desprovido. (STJ, Relator: Ministro Vicente Leal). Destacamos.

Sem dúvida, há diferença entre ter sido o acusado defendido timidamente, sem veemência ou arrojo e, simplesmente, não ter tido defesa, situação a que se compara o desempenho profissional destoado do mínimo razoável ditado pela praxe e pelo bom senso.

Nenhuma das duas hipóteses se configura, porém, no caso dos autos.

Não obstante as considerações do ora recorrente a respeito da atuação do defensor dativo, não esteve o paciente indefeso, no curso do feito criminal a que respondeu, cujo quadro probatório, robusto em prol da pretensão acusatória, desagou na condenação, sem que o desempenho do seu munus, por aquele causídico nomeado, houvesse contribuído para tal desfecho desfavorável.”

Assim, a teor do contido na Súmula n. 523-STF, não se comprovando o efetivo prejuízo à defesa, não há como acolher a tese de deficiência de defesa técnica, principalmente no caso, em que se constata o desempenho satisfatório do defensor dativo, que desenvolveu fundamentada argumentação procurando demonstrar a inexistência de provas que autorizassem a condenação do recorrente.

E continua a manifestação do *Parquet* federal:

“Não merece prosperar, igualmente, a alegativa de violação do contraditório e da ampla defesa, pelo indeferimento de nova ouvida de testemunhas na fase do art. 499, do Código de Ritos.

Embora o patrono do ora Recorrente tenha assinalado a ocorrência de vício processual em razão da denegação daquele pedido, não demonstrou a importância da repetição da prova testemunhal, sendo certo, ademais, cumprir ao Juízo Competente a apreciação da conveniência das diligências requeridas pelas partes.

Sabe-se não constituir direito da parte a realização da diligência postulada, porquanto o magistrado, genuíno destinatário da prova produzida no processo, tem o poder discricionário para decidir acerca da conveniência e da necessidade da pretendida colheita de elementos probatórios, na fase



do art. 499 do Código Penal de Ritos, tendo em mira a verdade real a ser alcançada. Aliás, este é o entendimento esposado por esse Tribunal Superior, conforme se extrai das ementas adiante transcritas:

‘Ementa: Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Indeferimento de diligências. Discricionariedade do magistrado. Alegação de excesso de prazo. Súmula n. 52-STJ. O deferimento, ou indeferimento, de diligências requeridas na fase do art. 499 do CPP é ato que se encontra incluído no âmbito da discricionariedade do juiz condutor do processo, a quem cabe, destarte, aferir a necessidade, ou não, de acolher-se o requerimento efetuado, não constituindo cerceamento de defesa, suscetível de ataque por *habeas corpus*, o indeferimento motivado de tal pedido, sobretudo em virtude da necessidade de aprofundado exame do quadro fático ensejador da referida recusa por parte do magistrado. “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo” (Súmula n. 52-STJ). Recurso ordinário desprovido.’ (STJ, RHC n. 12.562-SP, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, DJU 17.06.2002)

‘Ementa: Processual Penal. *Habeas Corpus*. Nulidades. Cerceamento de defesa. Art. 499 do CPP. Indeferimento de diligências.

Não configura constrangimento ilegal por cerceamento de defesa o indeferimento de diligências, de forma fundamentada e convincente, que se apresentavam desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo.

*Writ* denegado.’ (STJ, HC n. 21.780, Relator: Ministro Felix Fischer, DJU 10.03.2003). Destaques nossos.

‘Ementa: Processual Penal. Fase do art. 499 do CPP. Novo interrogatório. Faculdade do juiz. Indeferimento. Nulidade. Inexistência.

1. Segundo o dispositivo em causa (art. 499 do CPP) apenas as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução da causa, mediante adequada demonstração, poderão ser objeto de novas medidas instrutoras, *in casu* não devidamente articuladas mediante alegação comprovada ao direito de defesa.

2. Dentro desta perspectiva, não obstante a previsão dos arts. 196 e 200 do CPP de novo interrogatório, não está o juiz, mediante simples requerimento, no dever de renovar o ato ausente nessa recusa expressão de nulidade.



3. Ordem denegada.’ (STJ, HC n. 21.532, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, DJU 02.12.2002)

Desse modo, não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de diligência tida por desnecessária pelo Juízo competente (também neste sentido: STF, HC n. 76.614, DJU 12.06.1998, p. 53).

Omitiu-se o recorrente, por outro lado, de apontar o efetivo prejuízo sofrido pelo réu em razão da negativa da aludida diligência. Como cediço, porém, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, não se declara nulidade, se não resultar prejuízo para a parte. Assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgado de seguinte teor:

‘Ementa: Prova. Diligência. Requerimento no prazo do art. 499 do CPP. Indeferimento. Nulidade inexistente. Pedido que não objetivava a acareação, mas a oitiva de testemunhas e realização de exame grafotécnico. Falta, ademais, de demonstração de prejuízo que impõe a aplicação do art. 563 do CPP.’”

Quanto ao indeferimento de diligências — ouvida de uma nova testemunha e reinquirição das de acusação, não se trouxe aos autos cópia do respectivo pedido e nem do despacho que o indeferiu, mostrando-se impossível emitir juízo de valor nesta oportunidade.

De qualquer forma, o deferimento de diligências na fase do art. 499 do Código de Processo Penal está condicionado à avaliação de sua conveniência, cabendo ao julgador aferir, em cada caso concreto, dentro da esfera de discricionariedade, a real necessidade de sua realização para a formação de sua convicção, não consubstanciando cerceamento de defesa o seu indeferimento, nulidade, ademais, se ocorrente, também de caráter relativo, que deve ser argüida *opportuno tempore*, sob pena de preclusão.

Além dos precedentes citados, vejamos:

A - *Habeas corpus*. Penal. Processual Penal. Defensor constituído. Inércia, nomeação de defensor dativo. Nulidade. Inocorrência. Ausência de comprovação de prejuízo. Ordem denegada.

1. Não acarreta nulidade a substituição, em alegações finais, de procurador constituído, que permaneceu inerte diante da intimação, por defensor dativo.

2. É princípio fundamental, no processo penal, a assertiva da não declaração de nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula n.



523 da Suprema Corte.

3. Ordem denegada.” (HC n. 44.354-PB, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJU 05.12.2005)

B - “*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Crime contra a honra. Advogado em causa própria. Nulidade processual. Nomeação de defensor dativo. Alegações finais.

Embora o réu tenha direito de ser defendido por advogado de sua livre escolha e confiança, pode o Juiz nomear-lhe defensor, ainda que somente para oferecimento de alegações finais, se o constituído deixa de fazê-lo no prazo legal, tendo em vista que segundo norma inserta no art. 265, parágrafo único, do Código de Processo Penal, nenhum ato do processo será adiado pelo não comparecimento do defensor, mesmo que motivado, devendo o Juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.

Demais disso, as alegações finais da defensora nomeada, conforme determinação judicial, somente foram ajuizadas após vencido o prazo para o defensor constituído.” Ordem denegada.” (HC n. 36.868-SP, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU 11.10.2004)

C - *Habeas corpus*. Extorsão mediante seqüestro, com resultado morte, e porte ilegal de arma. Réu revel. Prisão. Reinquirição das testemunhas. Faculdade do magistrado.

1. O réu revel, interrogado fora do tempo processual próprio, e com a instrução criminal já encerrada, não tem direito à apresentação de nova defesa prévia, nem à produção de nova prova testemunhal, mormente se o patrono constituído produziu todos os depoimentos tidos por necessários.

2. Constitui faculdade judicial, e não direito subjetivo das partes, a reprodução da prova testemunhal após a prisão do réu revel. (Intelecção dos arts. 209 e 502 do Código de Processo Penal)

3. Ordem denegada.” (HC n. 25.123-RJ, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU 27.06.2005)

No que diz respeito à nulidade decorrente da realização de audiência de inquirição das testemunhas da acusação sem que fosse “assegurada ao paciente a presença, ainda que irregular, de seu defensor constituído nos autos”, trata-se de a matéria que não foi examinada pelo Tribunal de origem, não podendo esta Corte enfrentá-la, sob pena de supressão de instância.

Ainda assim, impõe-se transcrever também a ponderação do parecer ministerial:

“Noutro giro, sustenta o recorrente não ter sido assegurada a sua presença na audiência de ouvida das testemunhas de acusação.

Ele próprio reconhece, no entanto, nas alegações finais que apresentou (v. fl. 43), que, no curso da instrução processual, quando da audiência de inquirição dos testigos arrolados pelo Ministério Público, a defesa do ora paciente estava, ainda, sendo exercida por outro profissional, razão por que não poderia, mesmo, ter participado daquele ato processual, que foi regularmente realizado, não havendo falar, portanto, em nulidade.

Não obstante salientar o ora recorrente que a defesa de Olívio Pelentir foi patrocinada por advogado de co-réu com interesses conflitantes com os do ora paciente, não traz aos autos elementos capazes de demonstrar tal alegação.”

Pelo exposto, conheço em parte do recurso, mas lhe nego provimento.

É como voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
N. 10.307-SC (1998/0077140-9)**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrentes: Domingos Saturninho Antônio e outros

Advogados: Paulo Leonardo Medeiros Vieira e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Advogados: Osmar José Nora e outros

**EMENTA**

Recurso em mandado de segurança. Subtenentes. Gratificação Complementar de Remuneração Paritária concedida aos oficiais. Direito de equiparação. Impossibilidade. Postos distintos.

1. Os subtenentes, ao passarem para a inatividade, não obstante terem obtido majoração no valor do soldo, não foram promovidos a Oficiais e, por isso mesmo, não fazem jus às vantagens próprias da patente, dentre elas, a Gratificação Complementar de Remuneração Paritária, instituída pelo art. 10 da Lei n. 9.487/1995, regulamentada



pela LC n. 137/1995, aos titulares dos postos de Coronel, Tenente Coronel, Major, Capitão, Tenente e Aspirante da Polícia Militar de Santa Catarina. Precedentes.

2. Recurso improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 1<sup>a</sup> de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJ 26.03.2007

### RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso em mandado de segurança, interposto por Domingos Saturninho Antônio e outros, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que denegou o *mandamus* impetrado contra o Comandante Geral da Polícia Militar, em que se requeria a extensão aos Subtenentes da gratificação complementar de remuneração paritária concedida aos 2<sup>o</sup> Tenentes da Polícia Militar de Santa Catarina.

Alegam o recorrentes, em síntese, que, como Subtenentes, ao passarem para a reforma, tiveram seus proventos equiparados aos de 2<sup>o</sup> Tenentes, razão pela qual teriam direito à perceberem a gratificação complementar de remuneração paritária.

Sustentam que tal gratificação foi concedida aos titulares das patentes de Coronel, Tenente Coronel, Tenentes e Aspirantes, pelo art. 10 da Lei n. 9.847/1995, regulamentada pela LC n. 137/1995 e que, devido ao princípio da isonomia, os recorrentes, como percebem os soldos de Tenente teriam também direito à esta gratificação.

Aduzem que a gratificação complementar de remuneração paritária não se trata exatamente de uma gratificação, mas de um reajuste de vencimento que, por esta natureza, deveria ser estendido à todos os policiais militares.

Em contra-razões, o recorrido pugna pela manutenção do aresto combatido. O Ministério Público opinou pela denegação da ordem. É o relatório.

### VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão tratada no processo não é nova nesta Corte.

Trata-se de saber se a gratificação complementar de remuneração paritária, concedida pelo Estado de Santa Catarina, pela Lei n. 9.487/1995, regulamentada pela LC n. 137/1995 aos titulares dos postos de Coronel, Tenente Coronel, Major, Capitão, Tenente e Aspirante, deve ser estendida aos Subtenentes que, ao passarem para reserva, tiveram seus vencimentos equiparados aos de 2<sup>o</sup> Tenentes.

Nesse sentido, trago diversos precedentes desta Corte, que já pacificaram a matéria:

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Militares. Subtenente reformado. Proventos calculados com base no soldo do Segundo Tenente. Inexistência de promoção. Gratificação Complementar de Remuneração Paritária.

1. Os Subtenentes da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, ao passarem à reserva remunerada, não são promovidos ao posto de Segundo Tenente, nem têm direito à percepção de proventos de Segundo Tenente, mas, sim, ao cálculo de seus proventos sobre o soldo correspondente ao posto de Segundo Tenente.

2. Precedentes.

3. Recurso improvido.” (RMS n. 11.769-SC, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 22.09.2003)

“Constitucional. Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Servidor militar. Subtenentes na reserva remunerada. Extensão da Gratificação Complementar de Remuneração Paritária concedidas à segundos-tenentes.

1. Os vencimentos, proventos e soldos são regulados por lei (Leis Estaduais ns. 5.645/1979, arts. 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup>, 80, 84 e 87; e 6.218/1983, art. 50, § 1<sup>o</sup>, inciso III). Os Subtenentes apenas recebem, quando passam para a inatividade, o soldo de Segundo-Tenente.

2. Gratificação concedida aos oficiais (Segundos-Tenentes), não pode ser, pelo princípio constitucional da isonomia (art. 40, § 4<sup>o</sup>, da CF) a eles



estendidas, porquanto seria o mesmo que promovê-los, sendo constitucionalmente vedada tal atribuição ao aplicador da lei.

3. Precedente. (RMS n. 9.487-SC)

4. Recurso que se nega provimento.” (RMS n. 9.951-SC, Relator Ministro Jorge Scartezini, Quinta Turma, DJ 03.11.1999)

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Subtenentes reformados. Proventos equivalentes ao soldo de Segundo-Tenente. Gratificação Complementar de Remuneração Paritária.

1. A legislação estadual não confere vantagens inerentes ao posto de 2º Tenente para os Subtenentes e Sargentos reformados. Somente foi conferido o direito de proventos calculados com base no soldo do grau imediatamente superior. Os recorrentes não foram inativados como Segundo-Tenente, motivo pelo qual não têm direito a perceber as vantagens correspondentes a este grau hierárquico, como é o caso da gratificação complementar de remuneração paritária, prevista na Lei n. 9.847/1995.

2. Recurso em mandado de segurança improvido.” (RMS n. 11.022-SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 22.05.2000)

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Subtenentes reformados. Proventos calculados sobre o soldo de Segundo-Tenente. Gratificação não extensível.

O fato de ser o soldo do subtenente, ao passar para a reserva remunerada, correspondente ao percebido pelo 2º tenente, não leva à conclusão de que vantagem específica prevista para o posto paradigma, a Gratificação Complementar de Remuneração Paritária (Lei Estadual n. 9.847/1995), deva ser estendida aos subtenentes.

Recurso desprovido.” (RMS n. 11.041-SC, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 25.10.1999)

Ressalto, por oportuno, que o direito do militar à equiparação com soldo correspondente ao grau hierarquicamente superior, quando este é transferido para a reserva, não tem o condão de englobar outras vantagens ou gratificações próprias da patente, porquanto tal equiparação na reserva não possui o poder de transferir à patente superior o militar que passa para a reserva.

No presente caso, os recorrentes eram Subtenentes e, ao passarem para a inatividade, a despeito de terem obtido majoração no valor do soldo, não foram promovidos a Oficiais e, por isso mesmo, não fazem jus às vantagens próprias da patente, dentre elas, a Gratificação Complementar de Remuneração Paritária.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 194.029-SP (1998/0081690-9)**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrentes: Ady Alves Pereira Viranda e outros

Advogados: Roberto Ferreira Rosas e outros

Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo

**EMENTA**

Processo Civil. Ação declaratória. *Querela nullitatis*. Cabimento. Litisconsórcio unitário. Ausência de citação de todos os réus.

É cabível ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*), para se combater sentença proferida, sem a citação de todos os réus que, por se tratar, no caso, de litisconsórcio unitário, deveriam ter sido citados.

Recurso conhecido e provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, acompanhando o voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora, e os votos dos Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti, no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento nos termos do voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 1<sup>a</sup> de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJ 02.04.2007

## RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial, interposto por Ady Alves Pereira Viranda e outros, com fundamento no art. 105, III, **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que restou assim sintetizado:

“Ação declaratória. Objeto restrito às hipóteses previstas no art. 4, I e II, do CPC. Anulação de acórdão proferido em ação rescisória. Impossibilidade. Desrespeito à coisa julgada. Indeferida a inicial.”

Exsurge dos autos que a recorrida ajuizou, em 13 de outubro de 1988, ação rescisória contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que julgou procedente o pedido dos recorrentes, funcionários públicos aposentados, para condenar a Fazenda do Estado de São Paulo, ao pagamento de adicionais de forma cumulativa.

Na referida rescisória foi determinada a citação dos réus, a qual foi realizada, tendo estes apresentado contestação.

Em preliminar, foi argüida nulidade pela falta de citação de alguns réus.

Julgando a rescisória, o Tribunal paulista entendeu ser a Fazenda do Estado de São Paulo carecedora de ação, razão pela qual deixou de apreciar a preliminar de falta de citação, bem como o mérito da demanda.

Destarte, a Fazenda interpôs recurso especial, que restou provido, com a finalidade de determinar que o Tribunal *a quo* proseguisse no julgamento da rescisória, afastando a carência de ação.

Retornando os autos ao Tribunal de Justiça de São Paulo, foi colhido parecer do Ministério Público que opinou pela extinção do feito, porquanto não foram citados todos os réus para ação rescisória, citação esta que se fazia fundamental, em virtude do litisconsórcio unitário da demanda.

Levada a ação a julgamento, foi ela provida em parte, deixando o Tribunal Bandeirante de analisar a preliminar de falta de citação de alguns réus.

O acórdão proferido na ação rescisória transitou em julgado em 20 de junho de 1995.

Irresignados, os recorrentes ajuizaram, perante o Tribunal *a quo*, ação declaratória de nulidade, com o objetivo de ver declarada a nulidade absoluta existente no julgamento da citada ação rescisória, consubstanciada na falta de citação de 15 réus.



Julgando a referida ação declaratória, o Tribunal paulista entendeu que era incabível a presente ação declaratória pois, caso os recorrentes tivessem ficado insatisfeitos com a nulidade na rescisória, deveriam ter se insurgido com o recurso adequado no momento oportuno, não cabendo tal desiderato em sede de ação declaratória de nulidade.

Interposto o presente recurso especial, pela alínea **c** do permissivo constitucional, foi ele inadmitido pelo eminente 4º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Contra essa decisão, os recorrentes interuseram agravo de instrumento para esta colenda Corte que restou provido, em decisão do ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, para que o agravo fosse reautuado como recurso especial.

Colhida a manifestação do Ministério Público, este opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Manejado apenas alínea **c**, o recurso especial trouxe como paradigma, acórdão semelhante à presente hipótese, qual seja o REsp n. 7.556-RO, realizando o devido confronto analítico, nos moldes do que determina o art. 255, do RISTJ. Com efeito, no acórdão divergente, a egrégia Terceira Turma expressamente entendeu ser cabível o ajuizamento de ação declaratória para declarar a nulidade ocorrida em ação rescisória, qual seja, aquela decorrente da falta de citação.

Compatibilizado o confronto analítico, passo a analisar a questão de fundo.

Dessa feita, o cerne da controvérsia cinge-se em saber se é cabível o ajuizamento de ação declaratória, junto a Tribunal de Justiça, para declarar a nulidade, por falta de citação, ocorrida em sede de ação rescisória, intentada perante tal Tribunal.

Nesse sentido, por primeiro, oportuno transcrever o que dita o art. 214, *caput*, do Código de Processo Civil:

“Para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu.”

Não é por demais, ressaltar que a citação é, ainda, pressuposto processual de existência, que tem por escopo formar por completo a relação jurídica processual.

Dessa forma, para o desenvolvimento regular e válido do processo, indispensável se torna a citação do réu, sem a qual, é inexistente a lide.



*In casu*, trata-se de ausência de citação de 15 réus, para responder à ação rescisória que, obrigatoriamente, deveriam ter sido citados, pois todos foram alcançados pela sentença rescindenda. Tem-se, portanto, litisconsórcio unitário, de formação obrigatória e que resulta numa mesma decisão a todos os réus.

Assim, na palavras de Nelson Nery Junior “a sanção para a parte que não providencia a citação do litisconsorte necessário ou unitário, no prazo assinado pelo juiz, é a extinção do processo sem julgamento do mérito.” (*Código de Processo Civil Comentado*, 7ª ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 415)

Contudo, o Tribunal *a quo*, transpôs esta barreira e julgou o mérito da ação rescisória, afastando-se da preliminar de nulidade do processo.

Transitada em julgado essa decisão, cabe, nesse momento, definir a possibilidade de, em ação declaratória, argüir-se a nulidade do processo por falta de citação ou, mais precisamente, por falta de citação de alguns litisconsortes.

A doutrina, de há muito, já consolidou a existência da querela nullitatis, no direito processual brasileiro. Tal figura tem por finalidade corrigir vícios formais que se apresentam no processo, tornando nula a sentença, sobretudo no que se refere à falta ou à nulidade da citação.

O festejado mestre Pontes de Miranda, citado pelo Ministro Waldemar Zveiter, no REsp n. 12.586-SP abordando a questão da possibilidade de se declarar nula sentença proferida com falta ou nulidade na citação, assim ensinava:

“(…) A sentença proferida em processo, em que não houve citação, nem o réu compareceu, ou a citação foi nula e revel foi o réu, é sentença nula de pleno direito, e não só rescindível. Por isso mesmo, o revel é autorizado a pedir-lhe a decretação da nulidade, fora da ação rescisória, nos simples embargos do devedor; ou, antes em *actio nullitatis*, ou em *exceptio nullitatis*.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, p. 102)

Coadunando-se com a doutrina do mestre alagoano, esta Corte também expressamente tem admitido o uso da querela nullitatis (ou ação declaratória de nulidade):

“Quanto à ação correta para a declaração da nulidade da citação — se declaratória ou rescisória —, esta Corte já se pronunciou no sentido da admissibilidade da ação declaratória de nulidade, com o escopo de buscar o reconhecimento da falta ou nulidade de citação.

Por não produzir nenhum efeito, a sentença nula por falta ou defeito de citação, pode ser assim declarada a qualquer tempo e por meio de qualquer via judicial, no próprio juízo onde foi prolatada.

O sustentáculo da *querela nullitatis* está em que, no processo nulo, a sentença não produz qualquer efeito, sendo que a nulidade retroage à data em que ocorreu.” (REsp n. 459.351-SP, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ 16.06.2003)

Feita essa digressão acerca da ação declaratória de nulidade, resta saber se pode ela ser utilizada nos casos de ausência de citação de alguns réus, quando houver litisconsórcio unitário.

Para tanto, mister trazer lição de Chiovenda, citado por Ovídio Batista dos Santos, em artigo publicado na revista *Forense*, vol. 333 que, com acuidade, tratava da nulidade da sentença proferida sem a formação correta do litisconsorte unitário:

“Tentemos compreender o verdadeiro sentido dado por Chiovenda ao que ele denominava sentença inutiliter data, nos casos de não integração regular de um litisconsórcio necessário.

Como é sabido, Chiovenda, tratando do litisconsórcio, ensinava: “*Si può dire che l'impossibilità giuridica di pronunciare separatamente rispetto a più, si ha quando la sentenza resa rispetto a un solo fra i più non ha per sé alcun valore, inutiliter datur.*” (*Saggi di diritto processuale civile*, ed. de 1993, Giuffrè, 2ª vol., p. 436)

Em outra passagem do ensaio, diz Chiovenda: “*Si più sono soggetti all'effetto giuridico, nel senso che questo deve prodursi necessariamente di fronte a più persone insieme, queste sono naturalmente litisconsorti necessari nel relativo giudizio: perchè in giudizi separati avremmo altrettante sentenze nessuna delle quali produce l'effetto giuridico voluto, che tutte inutiliter datur.*” (p. 444)

Ora, uma sentença inútil será aquela despida de qualquer efeito. Na verdade, equivalerá a uma sentença inexistente, quanto a sua eficácia, posto que inteiramente inoperante frente ao terceiro não convocado para integrar a demanda (e, segundo Chiovenda, totalmente ineficaz perante as próprias partes).

(...)

A sentença, disse-o Chiovenda, emanada de processo sem formação regular de um litisconsórcio necessário, é inútil, ou inutilmente dada.”

Assim, nas palavras de Chiovenda, sendo a sentença nula por ausência de citação de todos os litisconsortes, resta idêntica a conclusão desta com aquela proferida por ausência ou nulidade da citação de um único réu: ambas são nulas.



E, desse modo assentado, outra não é a saída senão o ajuizamento de ação declaratória de nulidade, para ver expungido do cenário jurídico sentença eivada de nulidade.

Para delimitar a questão, trago, ainda, à colação trecho do voto proferido pelo ilustre Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp n. 97.928-RJ, que, em questão idêntica, com brilhantismo elucidou a matéria:

“No caso sustenta-se, porém, que a hipótese seria de litisconsórcio e, ao que se conclui da exposição, não apenas necessário, mas unitário.

(...)

O caso, a rigor, não seria propriamente de nulidade, mas de ineficácia. Desnecessário, quanto a isso, maiores indagações doutrinárias, tendo em vista o disposto na parte final do *caput* do art. 47 do Código de Processo Civil. E admitido que se trate de litisconsórcio necessário, em razão de ser unitário, a ineficácia é absoluta, ou seja, em relação também a quem foi parte no processo, já que incindível a decisão, que não poderá operar em relação a um e não em relação a outro.

Sendo ineficaz a sentença, inutiliter data, como se afirma comumente, não há necessidade de ação rescisória. O cabimento dessa, aliás, é que seria duvidoso. Como observa Dinamarco, a sentença dada em tais circunstâncias “não projetou para fora do processo e sobre a vida dos sujeitos que dele participaram, o pretendido efeito de declarar, de constituir de condenar; nem o de declarar negativamente, como ocorre na maioria dos casos de improcedência da demanda proposta”. Daí que, prossegue o mesmo autor, não adquiriu a autoridade de coisa julgada que incide exatamente sobre esses efeitos (Litisconsórcio, Malheiros, 3ª ed p. 293). Nem seria de admitir-se que o decurso do prazo de dois anos pudesse conduzir a fazer eficaz tal sentença.

Perfeitamente possível a ação declaratória de nulidade ou de ineficácia, necessária no caso, pois não seria dado ao autor simplesmente ignorar a sentença.” (REsp n. 97928-RJ, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 29.10.1996)

Não há dúvidas de que, tanto na ausência ou nulidade da citação, como na ausência de citação de alguns réus que, por se tratar de litisconsórcio, deveriam ter sido citados, a solução é a mesma: pode ser ajuizada ação declaratória, com a finalidade de ver anulada a sentença proferida sem observância das formalidades essenciais para o desenvolvimento regular e válido do processo.

Como toque final, convém, ainda, transcrever trecho do acórdão trazido como paradigma:

“Efetivamente, nulo o processo, por falta ou nulidade de citação, não se requer o ajuizamento de ação, tendente a rescindir a sentença. Basta reconhecer e declarar a nulidade, o que pode ser feito em ação declaratória, a isso dirigida, ou mesmo em embargos à execução. (CPC, art. 741, I).” (REsp n. 7.556-RO, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 02.09.1991)

De todo o exposto, não há como deixar de se reconhecer a possibilidade de ajuizamento de ação declaratória para atacar nulidade decorrente da falta de citação de todos os litisconsortes unitários.

Assim não fosse, tais litisconsortes, que são alcançados pela decisão da rescisória, seriam imensuravelmente prejudicados, pois não participaram da relação jurídica e se viram afetados pela decisão. E não se diga que deveriam ter recorrido desta decisão, pois tal recurso sequer era viável pela impossibilidade técnica de fazê-lo, ante a ausência destes da lide.

Dessa forma, tenho que a solução adequada, técnica e justa para resguardar esses litisconsortes, que não participaram da relação, é o ajuizamento de ação declaratória com a finalidade de verem anulado o processo que, à revelia deles, foi decidido, repercutindo diretamente em suas esferas jurídicas.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou provimento, para determinar o prosseguimento da ação declaratória, ajuizada perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É como voto.

#### **VOTO-VISTA**

O Sr. Ministro Nilson Naves: Discute-se sobre a admissão da ação declaratória de nulidade em caso de citação defeituosa. São indicados pela Relatora precedentes da Terceira Turma dos anos noventa: entre 1991 e 1996. O paradigma — trata-se aqui de recurso fundado em divergência jurisprudencial — foi tomado sob a minha presidência (da Turma, é claro), no ano 1991. Também participei do julgamento dos REsp n. 12.586, Ministro Zveiter, e 97.928, Ministro Eduardo. Em 1993, ementei assim o REsp n. 26.041 (DJ 13.12.1993): “Ação declaratória de nulidade de sentença (de sentença anteriormente proferida em ação de usucapião, por falta de citação dos confiantes, ora autores, do imóvel usucapiado). Admite-se a ação declaratória, entendendo-se que aquela sentença não beneficiou nem prejudicou terceiros.



Código de Processo Civil, art. 472. Precedentes do STF e do STJ sobre quere-la de nulidade: RE n. 97.589 e REsps ns. 12.586, 19.241 e 26.989. Recurso especial não conhecido.”

Voto, portanto, com a Relatora.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 201.111-SC (1999/0004395-2)**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Rodrigo Porto

Advogado: Werner Backes

Recorrido: Município de Criciúma

Advogados: Hercílio Emerich Lentz e outros

### **EMENTA**

Processual Civil. Mandado de segurança. Prazo inicial e prazo final. Forma de contagem. Natureza do *mandamus*. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

1. O prazo do mandado de segurança é um prazo *sui generis*, aplicável apenas ao procedimento do *mandamus*. Contudo, como a Lei do Mandado de Segurança não estipula a forma como deve ser contado o prazo processual, nada impede e até se faz necessário que seja aplicado o Código de Processo Civil, pois é certo que tal diploma se aplica subsidiariamente às normas do mandado de segurança. Doutrina.

2. Assim é que, tendo sido publicado o decreto em 08.03.1996, este dia não se computa na contagem do prazo decadencial, daí porque o prazo final para a impetração do *mandamus*, na espécie, era 06.07.1996 (sábado). Doutrina.

3. Seguindo a linha de raciocínio, caso o prazo final recaia em um feriado ou, ainda, em um dia que não houver expediente, o *dies ad quem* para impetração deve ser o primeiro dia útil posterior. Precedentes.

4. Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 8 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJ 26.03.2007

### RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial, interposto por Rodrigo Porto, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que restou desse modo sintetizado:

“Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público municipal. Ato de exoneração devidamente publicado em jornal. Ciência inequívoca pelo interessado. Interposição do *mandamus* após decorrido prazo de cento e vinte dias contado da publicação. Decadência caracterizada. Processo extinto.

O prazo para a impetração do mandado de segurança é material, decadencial e improrrogável, tendo início a partir da ciência inequívoca, pelo interessado, do ato a ser impugnado e término no centésimo vigésimo dia, sendo irrelevante que caia em sábado, domingo ou feriado, porque não são aplicáveis as regras de direito processual.”

Opostos embargos declaratórios, estes foram rejeitados, reafirmando o entendimento esposado no acórdão impugnado.

Alega o recorrente, em síntese, que o acórdão recorrido violou o art. 184 § 1º e § 2º do Código de Processo Civil, art. 125, § 1º, do Código Civil e art. 18 da Lei n. 1.533/1951, porquanto decidiu que o prazo para a impetração de mandado de segurança é de natureza material e improrrogável, a ele não se aplicando as normas do Diploma Processual, pouco importando se finda num sábado, domingo ou feriado.

Sustenta que publicado o decreto, objeto do *mandamus*, em uma sexta-feira, o prazo inicia-se no dia seguinte e findando em um sábado, deve-se prorrogar



o prazo para o 1º dia útil. Dessa forma, na espécie, o mandado de segurança estaria tempestivo.

Afirma, ainda, haver divergência jurisprudencial com diversos acórdãos provenientes do excelso Supremo Tribunal Federal, egrégio Superior Tribunal de Justiça e egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, todos no sentido de se prorrogar para o 1º dia útil, o termo *ad quem* para impetração do mandado de segurança, caso esse caia em um final de semana.

Em contra-razões, o recorrido pugnou pela manutenção do aresto recorrido.

Alçado ao juízo de admissibilidade, o recurso foi admitido.

É o relatório.

### VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão central da lide é determinar o termo *a quo* e o termo *ad quem* para a impetração do mandado de segurança.

Desse modo, a controvérsia gira em torno de saber se, na contagem do prazo de 120 dias, conta-se o dia em que o ato foi praticado e se o prazo final pode ser prorrogado para o primeiro dia útil, caso a última data recaia em um final de semana.

Tal deslinde é fundamental para a solução da presente demanda como se pode observar dos seguintes fatos: o decreto que exonerou o recorrente foi publicado em 08.03.1996 (sexta-feira) e o *mandamus* foi impetrado em 08.07.1996 (segunda-feira).

Dessa forma, a se considerar como correta a interpretação do Tribunal *a quo*, o primeiro dia a ser computado seria 08.03.1996, decaindo o mandado de segurança em 05.07.1996. De outra banda, caso se entenda como quer o recorrente, o dia do começo não se incluiria, passando o primeiro dia a ser 09.03.1996, ultimando-se em 06.07.1996 (sábado), que, por não ser dia útil atrairia o prazo final para 08.07.1996, data em que foi impetrado o presente mandado de segurança.

Portanto, cabe, por primeiro, analisar qual o marco inicial para a contagem do prazo do mandado de segurança.

Para tanto, mister uma breve digressão sobre a natureza do prazo mandamental.

Muito embora a lei fale em prazo decadencial, de prazo decadencial propriamente dito não se trata. Isso porque, se decadencial fosse, importaria em



dizer que o recorrente perderia seu direito potestativo consistente no poder que a lei concede a alguém para, com sua manifestação de vontade, influir sobre a condição jurídica de outrem. De fato este poder o impetrante não perde, pois como é cediço, possui ele as vias ordinárias para fazer valer seu direito, caso perca o prazo do mandado de segurança.

Já como prescricional também não pode ser definido. Assim o é porque o prazo prescricional, em breves palavras, é a perda da pretensão do autor. Tal perda, por óbvio, que em nada afeta o direito do autor, pois este permanece existindo, conforme expressamente dispõe o art. 15, da Lei n. 1.533/1951.

Sobre o tema, certas são as palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

“É curioso o emprego do vocábulo decadência em relação à extinção do direito ao mandado de segurança pelo decurso do prazo de cento e vinte dias para impetrá-lo. (Lei n. 1.533 de 31.12.1951, art. 18)

(...)

Se o prazo passar sem que o interessado haja impetrado o *writ*, nem por isso se reputa extinto seu eventual direito ao bem (LMS, art. 16); seria até truculenta e contraditória uma disposição legal que, travestida de garantias às liberdades públicas, sujeitasse os direitos a tanta fragilidade. Nem o direito de ação fica prejudicado pelo decurso do prazo ditado na Lei do Mandado de Segurança, porque esta é expressa — como não podia deixar de ser — ao consignar que o direito poderá ser tutelado pelas vias processuais ordinárias. Se nem a ação nem o direito se extinguem pelo decurso *in albis* do prazo para impetrar a segurança, na realidade não se trata de decadência nem de prescrição (qualquer que seja a posição adotada para a distinção entre essas duas causas extintivas). O que deixa de existir é a adequação dessa tutela diferenciada, carecendo o impetrante de ação por falta do interesse-adequação.” (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, Malheiros editores, 2ª ed., p. 261)

Dessa forma, é de se reconhecer que o prazo do mandado de segurança é um prazo *sui generis*, aplicável apenas ao procedimento do *mandamus*.

Nesse sentido, arremata Alfredo Buzaid:

“Nós pensamos, porém, que não há mister recorrer aos conceitos de prescrição, de decadência ou de preclusão para explicar a perda do direito de impetrar mandado de segurança, depois de decorridos os 120 dias, a que alude o art. 18.

(...)



Mais lógico, adequado e prestadio, especialmente em obséquio ao enunciado legal, será falar-se de prazo extintivo, sem assumir antecipadamente compromissos doutrinários com os referidos institutos.” (*Do Prazo para Impetrar Mandado de Segurança*, in *Revista de Processo*, ano 14, n. 53, p. 100)

Portanto, em se tratando de prazo especial, indispensável, nessa seara, definir que procedimento se deve seguir: aquele do direito processual ou do direito material.

Esclarecendo a controvérsia, ensina José Carlos Barbosa Moreira:

“Feita essa concessão, continua sendo verdade o essencial, com as ressalvas já formuladas: a disciplina do mandado de segurança, quando não se contenha na legislação especial, é necessariamente complementada pelas normas constantes do Direito Processual comum, isto é, em outras palavras, pelas normas constantes do Código de Processo Civil.” (Mandado de Segurança — uma apresentação in *Mandado de Segurança*, editora Del Rey, p. 84)

Desse modo, como a Lei do Mandado de Segurança não estipula a forma como deve ser contado o prazo processual, nada impede e até se faz necessário que seja aplicado o Código de Processo Civil, pois é certo que tal diploma se aplica subsidiariamente às normas do mandado de segurança.

Volvendo à questão da contagem do prazo, no mesmo passo antes citado, cabe, portanto, definir como se dá a contagem do prazo inicial para a impetração da ação mandamental.

Muito embora não haja uma unanimidade sobre qual a forma de contagem a ser adotada (até porque esse é o debate do presente processo), certo é que várias decisões do Excelso Pretório, não obstante a antiguidade de alguma delas, já definiram a questão:

“1. Mandado de segurança. Extinção do prazo de 120 (cento e vinte) dias. Não conhecimento.

2. O prazo de 120 (cento e vinte) dias escoou-se no dia 23 de abril de 1982, sexta-feira, não sendo por isso prorrogável até segunda-feira na contagem dos prazos, prevalece o princípio de que se exclui o dia do começo e se inclui o do vencimento.” (MS n. 20.337-DF Relator Ministro Alfredo Buzaid, DJ 24.09.1982)

“Mandado de segurança. Prazo. Exclusão do dia do começo e prorrogação até o primeiro dia útil. ICM. Operações interestaduais. Transferência

pelo preço no local de origem exclusão do frete e seguro da base de cálculo do imposto.

Recurso extraordinário não conhecido.” (RE n. 79.830 Relator Ministro Leita de abreu DJ 11.12.1978)

“Cumprir analisar a arguida decadência. O ato impugnado foi publicado em 26 de fevereiro de 2003. Somando-se os dois dias de fevereiro aos trinta e um dias de março e trinta e um de maio, tem-se que a protocolação do mandado de segurança em 26 de junho de 2003 ocorreu dentro dos 120 (cento e vinte) dias.” (MS n. 24.579-DF Relator Ministro Marco Aurélio DJ 06.08.2004)

Importante destacar que, como dantes salientado, não se trata de prazo decadencial propriamente dito, razão pela qual não se pode entender a contagem do prazo para a impetração na forma do direito material.

Assim é que, tendo sido publicado o decreto em 08.03.1996, este dia não se computa na contagem do prazo decadencial, daí porque o prazo final para a impetração do *mandamus*, na espécie, era 06.07.1996 (sábado).

Cabe, por fim, delimitar se estende-se o prazo final para a impetração ao primeiro dia útil subsequente, em razão do prazo final ter se ultimado em um sábado.

Nesse sentido, cabe transcrever a lição do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

“O prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração não se interrompe, nem se suspende como já visto. Não se conta o dia do começo e prorroga-se o termo final com o fechamento do foro. Penso que não se impõe a distribuição da ordem de segurança quando esgota-se o prazo durante o período de recesso ou de férias forenses, salvo se houver, no caso de Tribunal, Câmara ou Turma denominada de férias, com regular funcionamento, como já existe em diversos Tribunais. Estando a competência no 1º grau, não há a necessidade de distribuição sábado ou domingo, e durante o recesso forense, ainda que haja Juiz de plantão. O plantão é apenas para medidas urgentes, não se enquadrando como tal o termo final do prazo a impetração.” (*Manual do Mandado de Segurança*, 3ª ed., Editora Renovar, p. 75)

No mesmo passo, várias decisões entenderam de forma idêntica:

“Mandado de segurança. Decadência. Prazo.

1. Intempestividade do mandado de segurança, pois o ato publicado adequadamente suscita a ciência presumida, no âmbito a que a publicação se destina.



2. Embora seja de decadência o prazo do art. 18 da Lei n. 1.533/1951 para se ajuizar ação de segurança, fica prorrogado até o primeiro dia útil se o seu *dies ad quem recai num* daqueles em que não há expediente forense.

3. Mandado de segurança não conhecido.” (MS n. 20.171 Relator Ministro Rafael Mayer RTJ n. 89/42)

“1. O prazo marcado no art. 18 da Lei n. 1.533/1951 para se ajuizar ação de segurança, embora seja de decadência, fica prorrogado até o primeiro dia útil se o seu *dies ad quem recai num* daqueles em que não há expediente forense, obstáculo judicial que impede o ajuizamento da causa.

2. Precedentes do STF

3. Recurso Extraordinário não conhecido.” (RE n. 75.872, Relator Ministro Antônio Neder, RTJ n. 78/461)

“RMS. Mandado de segurança. Prazo decadencial. Feriado forense. *Dies ad quem*. Prorrogação.

Embora sendo decadencial o prazo para o ajuizamento de mandado de segurança, recaindo o *dies ad quem* em feriado forense, fica prorrogado o prazo final, para o primeiro dia útil seguinte.

Recurso conhecido e provido.” (RMS n. 2.428-PR, Relator Ministro Cid Flaquer Scartezzini, Quinta Turma, DJ 09.02.1998)

Portanto, seguindo a linha de raciocínio, caso o prazo final recaia em um feriado ou, ainda, em um dia que não houver expediente, o *dies ad quem* para impetração deve ser o primeiro dia útil posterior.

Desse modo, como o prazo final para a impetração era um sábado, dia 06.07.1996, tenho que perfeitamente cabível a impetração do presente *mandamus* no primeiro dia útil subsequente, qual seja, dia 08.03.1996, data em que foi efetivamente protocolado o mandado de segurança.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento, afastando o óbice da decadência do mandado de segurança.

É como voto.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 783.697-GO (2005/0158025-7)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Hélio Pinto Ribeiro de Carvalho Junior e outros  
Recorrida: Sebastiana Lázara da Silva  
Advogado: Mardem Mateus Amarante

#### EMENTA

Pensão por morte. União estável (declaração). Prova exclusivamente testemunhal (possibilidade). Arts. 131 e 332 do Código de Processo Civil (aplicação).

1. No nosso sistema processual, coexistem e devem ser observados o princípio do livre convencimento motivado do juiz e o princípio da liberdade objetiva na demonstração dos fatos a serem comprovados (arts. 131 e 332 do Código de Processo Civil).

2. Se a lei não impõe a necessidade de prova material para a comprovação tanto da convivência em união estável como da dependência econômica para fins previdenciários, não há por que vedar à companheira a possibilidade de provar sua condição mediante testemunhas, exclusivamente.

3. Ao magistrado não é dado fazer distinção nas situações em que a lei não faz.

4. Recurso especial do qual se conheceu, porém ao qual se negou provimento.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que acompanhou a relatoria, o qual foi seguido pelo Sr. Ministro Paulo Medina, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 20 de junho de 2006 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

---

DJ 09.10.2006

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Na origem, o especial foi admitido mediante esta decisão do Vice-Presidente Mário Ribeiro:

“Trata-se de recurso especial (fls. 71/77) interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **c**, da Constituição Federal, contra acórdão deste Tribunal (fls. 65/69) que, confirmando sentença de 1<sup>a</sup> Grau, proferida em ação ordinária, declarou a ‘existência de união estável’ da Autora/Recorrente ‘com Valdemar Pereira de Araújo, falecido em 11.10.1995, a fim de que sejam produzidos os efeitos de fato e de direito’.

O acórdão está assim ementado:

‘Previdenciário e Processual Civil. Isenção de custas e fixação de honorários de advogado. Não conhecimento. Declaração de união estável. Prova exclusivamente testemunhal. Possibilidade.

1. Não conhecimento do pedido de isenção de custas processuais, uma vez que não houve tal condenação na sentença.

2. Não conhecimento do pedido de redução dos honorários de advogado fixados em 15%, uma vez que tal verba não foi fixada nesse percentual.

3. A Lei n. 8.213/1991 somente exige início de prova material para fins de comprovação de tempo de serviço, não havendo tal exigência para fins de comprovação de união estável. Precedentes desta egrégia Corte e do colendo STJ. (AC n. 2001.01.99.047480-6-MG, Relator Juiz (Conv.) Velasco Nascimento, Primeira Turma, DJ 02.06.2003 e p. 76, AC n. 2000.01.00.066000-8-MG, Relator Desembargador Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ 21.06.2002, p. 41 e REsp n. 326.717, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, DJ Data: 18.11.2002 p. 300).

4. No caso concreto, tendo a prova testemunhal afirmado, de forma unânime e segura, que a apelada convivia com seu falecido companheiro, a mesma faz jus ao reconhecimento de união estável para fins de recebimento de pensão por morte com o de cujus, sendo a dependência econômica presumida.

5. Apelação e remessa oficial tida por interposta a que se nega provimento.’ (Grifei)

Sustenta o Recorrente a existência de divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região. (AC n. 97.04.07133-7-SC, Sexta Turma, Relator Juiz Nylson Paim de Abreu, julgado em 06.05.1997)

Decido.

O Recorrente sustenta divergência jurisprudencial, que restou demonstrada, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, por meio de cópia do acórdão apontado discrepante e de trechos do paradigma que identificam e assemelham os casos confrontados. É que consta do voto condutor do acórdão recorrido que: ‘(...) tendo a autora produzido a prova testemunhal (...), que afirma de forma unânime e segura que a apelada convivia com seu falecido companheiro no período de 1965 até 11.10.1995, (...)’.

E, por sua vez, o paradigma indicado, consubstanciado em precedente do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AC n. 97.04.07133-7-SC, Sexta Turma, Relator Juiz Nylson Paim de Abreu, julgado em 06.05.1997, fls. 81/84), sufraga o entendimento de que ‘(...) embora a prova testemunhal colhida na justificação judicial (...) ateste que a referida união se manteve por aproximadamente 12 anos, não conseguiu apresentar uma única prova documental’.

Isto posto, admito o Recurso Especial (CF, art. 105, inciso III, alínea c).”  
É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O art. 16 da Lei n. 8.213/1991 enumera claramente os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social possuidores da condição de dependentes. Quanto à companheira, diz ser “a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado (...), de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal”. E mais: de acordo com o texto da lei, a dependência econômica da companheira — assim como do cônjuge, do companheiro ou do filho não-emancipado menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido — é presumida. Da sua leitura, vê-se que não há nenhuma limitação ou restrição aos meios dos quais pode a parte lançar mão para provar a sua condição. Assim, instruído o processo, deve o juiz decidir de acordo com o que foi provado nos autos.

Na espécie, a mim não me parece razoável exigir da autora da ação mais do que a própria lei exige. Se a legislação previdenciária não impõe a necessidade da prova material para a comprovação tanto da convivência em união estável como da dependência econômica para fins previdenciários, não há por que o magistrado fazer tal interpretação da norma (*Ubi lex non distinguit, nec*



*interpretes distinguere* — “Onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazê-lo”). Ademais, no nosso sistema processual, coexistem e devem ser observados o princípio do livre convencimento motivado do juiz e o princípio da liberdade objetiva na demonstração dos fatos a serem comprovados, inscritos, respectivamente, nos arts. 131 e 332 do Código de Processo Civil. Ora, tanto a parte pode comprovar os fatos alegados por todos os meios de prova legalmente permitidos, como o juiz é soberano para formar seu convencimento e para decidir fundamentadamente.

Correta, a meu ver, a decisão tomada na origem. Segundo o acórdão recorrido, “no caso concreto, tendo a autora produzido a prova testemunhal de fls. 28 a 30, que afirma de forma unânime e segura que a apelada convivia com seu falecido companheiro no período de 1965 até 11.10.1995, data do óbito, tem ela direito ao recebimento da pensão por morte do marido”.

A propósito, a Quinta Turma decidiu caso semelhante. Vejamo-lo:

“Processual e Previdenciário. Pensão por morte. Dependência econômica. Comprovação.

A legislação previdenciária não estabelece qualquer tipo de limitação ou restrição aos mecanismos de prova que podem ser manejados para a verificação da dependência econômica da mãe em relação ao filho falecido, podendo esta ser comprovada por provas testemunhais, ainda que inexistam início de prova material.

Recurso provido.” (REsp n. 720.145, Ministro José Arnaldo, DJ 16.05.2005)

Conheço do recurso especial, mas nego-lhe provimento.

#### **VOTO-VISTA**

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **c**, da Constituição Federal, impugnando acórdão da Primeira Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

“Previdenciário e Processual Civil. Isenção de custas e fixação de honorários de advogado. Não conhecimento. Declaração de união estável. Prova exclusivamente testemunhal. Possibilidade.

1. Não conhecimento do pedido de isenção de custas processuais, uma vez que não houve tal condenação na r. sentença.

2. Não conhecimento do pedido de redução dos honorários de advogado



fixados em 155, uma vez que tal verba não foi fixada nesse percentual.

3. A Lei n. 8.213/1991 somente exige início de prova material para fins de comprovação de tempo de serviço, não havendo tal exigência para fins de comprovação de união estável. Precedentes desta egrégia Corte e do colendo STJ. (AC n. 2001.01.99.047480-6-MG, Relator Juiz. (Conv.) Velasco Nascimento, Primeira Turma, DJ 02.06.2003 e p. 76, AC n. 2000.01.00.066000-8-MG, Relator Desembargador Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ 21.06.2002, p. 41 e REsp n. 326.717, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 18.11.2002 p. 300)

4. No caso concreto, tendo a prova testemunhal afirmado, de forma unânime e segura, que a apelada convivia com seu falecido companheiro, a mesma faz jus ao reconhecimento de União Estável para fins de recebimento de pensão por morte com o de cujus, sendo a dependência econômica presumida.

5. Apelação e remessa oficial tida por interposta a que se nega provimento.” (Fl. 69)

A divergência jurisprudencial funda a insurgência especial.

Sustenta o recorrente, em suma, que “(...) as decisões em causa adotaram conclusões diversas. Enquanto o acórdão recorrido entendeu possível a comprovação de união estável por prova exclusivamente testemunhal, o julgado paradigma entendeu que a comprovação de união estável deve ser feita por início razoável de prova material, do contrário, não é devido o benefício.” (Fl. 76)

Na sessão do dia 18 de abril do corrente, o Ministro-Relator conheceu do recurso, mas lhe negou provimento.

Pedi vista para melhor exame da questão federal.

A questão está na comprovação de união estável, mediante prova exclusivamente testemunhal, para fins de percepção de pensão por morte.

Com efeito, dispõe o art. 400 do Código de Processo Civil que:

“Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:

I - já provados por documentos ou confissão da parte;

II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.”

Ao que se tem, a prova testemunhal é sempre admissível, desde que não disponha a lei de modo diverso.

Na espécie, a lei previdenciária não faz qualquer restrição quanto



aos meios de prova, no que diz respeito à comprovação da convivência *more uxorio*, somente exigindo a prova documental para a comprovação de tempo de serviço para fins de percepção de benefício previdenciário, *verbis*:

“Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

(...)

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento” (nossos os grifos).

Desse modo, não havendo, na lei previdenciária, qualquer exigência quanto ao início de prova material para fins de comprovação de união estável, é de ser admitida a prova exclusivamente testemunhal.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

“Recurso especial. Previdenciário. Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Violação do art. 535 do CPC. Não configurada. Reexame de matéria já decidida. Impossibilidade. Inscrição. Companheira.

O Tribunal a quo examinou e decidiu, de forma fundamentada e suficiente, os pontos suscitados pela parte recorrente, não havendo, assim, por que se cogitar de negativa de prestação jurisdicional.

Os embargos de declaração não constituem meio adequado a provocar o reexame de matéria já apreciada.

O art. 14 do Decreto n. 77.077/1976 em nenhum momento exigiu o início de prova material para fins de comprovação da convivência conjugal do ex-segurado e companheira para fins de concessão de pensão por morte à última.

Recurso desprovido.” (REsp n. 603.533-MG, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 07.11.2005)

“Previdenciário. Pensão por morte. Companheira de segurado falecido. Condição de beneficiária. Comprovação. Início de prova material. Desnecessidade. Decreto n. 77.077/1976.

O art. 14 do Decreto n. 77.077/1976 em nenhum momento exigiu o início de prova material para fins de comprovação da convivência conjugal do ex-segurado e companheira para fins de concessão de pensão por morte à última.

Na disciplina da matéria, há ressalva expressa (parágrafo primeiro do artigo em análise) no sentido de que qualquer prova “capaz de constituir elemento de convicção” será suficiente à certificação da vida em comum.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 326.717-GO, Relator Ministro Vicente Leal, *in* DJ 18.11.2002)

E ainda: REsp n. 779.658-MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 11.04.2006; REsp n. 775.000-GO, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 11.04.2006; REsp n. 783.438-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 27.10.2005; REsp n. 778.412-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 06.10.2005; REsp n. 709.706-RN, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 05.10.2005; REsp n. 750.976-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 23.06.2005 e REsp n. 711.633-GO, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 05.05.2005.

Pelo exposto, acompanhando o Ministro-Relator, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É o voto.

